

A Lei nº 9.099/95 e o Direito Penal Militar

Felix Fischer

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

1. A Lei nº 9.099/95 foi criada para regulamentar o art. 98, inciso I, da Carta Magna no que tange aos *juizados especiais* no âmbito da Justiça estadual e do Distrito Federal.

Na esfera criminal, assim que começou a correr o prazo da **vacatio legis**, surgiram publicações, ensaios e estudos, bem como encontros nos quais foram sendo firmados entendimentos acerca dos desdobramentos e do campo de incidência da **novatio legis**.

O texto legal não faz qualquer referência à Justiça Federal, à Justiça Eleitoral e nem à Justiça Castrense. Assim, neste ponto não se cogita, **ex vi legis**, da criação de *juizados especiais* em nenhum desses três segmentos da Justiça.

A **questio**, na verdade, no campo criminal, afora outras indagações de menor relevância, diz com a aplicação, ou não, de alguns institutos (*composição, transação, suspensão condicional do processo e representação* nos casos de lesões corporais leves e lesões corporais culposas) fora do campo da *Justiça Comum*.

A polêmica, já existente, decorre do fato de que aquelas regras inovadoras, por serem de *caráter misto* (alterando a estrutura processual penal e, ainda, apresentando reflexos penais em sede de ampla extinção da punibilidade), mostram-se, em relação ao ordenamento jurídico-penal comum, como hipótese de **lex mitior**. Decorre, daí, a observância ao disposto nos arts. 2º do CP e 5º, inciso XL, da **Lex Fundamentalis**. Mas, seriam casos de **lex mitior** fora do DP Comum? Poderiam, só por força de previsão na Lei nº 9.099/95, ser utilizadas, v.g., no *DP Militar* e no *DPP Militar*?

Aqui, neste trabalho, se pretende demonstrar que, de **lege lata**, elas são inaplicáveis na Justiça Castrense.

2. Inicialmente, é bem de ver que a Lei nº 9.099/95 se dirige, flagrantemente, à legislação penal *comum*. Não só pelos limites constitucionais (art. 98, inciso I) mas porque, expressa e repetidamente, se refere àquela, como se vê dos arts. 66, parágrafo único, 77, § 2º, e 89 (destacando o art. 77 do CP) e 92 (aplicação subsidiária do CP e do CPP). E, a própria exposição de motivos – não como fator decisivo, mas como relevante indicativo – evidencia o objetivo do novo texto legal.

Enfim, e de qualquer modo, não há previsão de que as alterações, havidas genericamente como benignas, possam ser empregadas fora do âmbito explicitado. Quanto à legislação castrense, poder-se-ia, ainda, indagar: seria caso de analogia **in bonam partem**? De obediência ao princípio da isonomia? Queremos crer que não!

3. De fato, não se deve olvidar que, em nosso ordenamento jurídico (alguns países não possuem CPM), o DP Militar é DP *especial*. Ao contrário da legislação penal *complementar* ou *extravagante* (v.g., os crimes contra a ordem tributária, contra a ordem econômica, os delitos previstos na Lei de Tóxicos, no Estatuto da Criança e do Adolescente, etc.), não poucas vezes, inadequadamente, denominada de especial ou de avulsa, e, em relação à qual, tem aplicação o disposto no *art. 12 do CP*, porquanto normas de DP *Comum* (o CP funciona, aí, como DP *fundamental*), a legislação penal *militar* compõe o DP *especial*. É **ius singulari** e não mero **ius privilegium**, apresentando diretrizes e princípios peculiares, com espírito próprio (fortemente calcado, o DPM, nos aspectos pertinentes à disciplina, à hierarquia, ao bom funcionamento das atividades militares e, de certa forma, à segurança do Estado) mesmo que não totalmente desvinculado da missão e da natureza do que deve ser o moderno Direito Penal. Tem ampla estruturação legal (o CPM tem parte geral diferenciada da legislação penal comum), destacando-se, de imediato, como ponto de partida, a preocupação basilar com *a ofensa a especiais deveres*, tendo em consideração, no dizer de **Jorge Alberto Romeiro**,¹ a qualidade da pessoa culpada da violação. **Heleno C. Fragoso**² tem-no como especial, visto que se “*aplica apenas a uma classe ou categoria de pessoas, em razão de sua qualidade ou da situação em que se acham*”. Na lição de **Asúa**, “*en todos los países, por razón de la especialidad de las personas y de la materia, y por necesidad jerárquica y disciplinar, se han dictado Códigos Penales Militares*”³ e que “*el rasgo más típico que se asigna al Derecho punitivo del Ejército de Tierra, Mar y Aire es una mayor severidad que la que impera en el Derecho común, oriunda de las exigencias de obediencia y disciplina*”.⁴ **Zaffaroni** ensina “*que el más importante desprendimiento sistemático del derecho penal ‘común’ u ‘ordinario’ es el derecho penal militar, que puede ser considerado un ‘derecho penal especial’ en el sentido de que modifica algunos principios generales que contrarian el código penal, de acuerdo a la particular función tutelar que cumple, es decir, autónomo en cuanto a la especial naturaleza de su tutela y del estado*

1. **Romeiro, Jorge Alberto**. Curso de Direito Militar, Ed. Saraiva, 1994, p. 5.

2. **Fragoso, Heleno C.** Lições de Direito Penal, Ed. Forense, 12ª ed., P.G., p. 6, nº 4. Na mesma linha: **Mayrink da Costa, Álvaro**. Direito Penal, Ed. Forense, 3ª ed., vol. I, tomo I, p. 8.

3. **Asúa, L. Jiménez**. *Tratado de Derecho Penal*, Ed. Losada, 3ª ed., tomo I, p. 66.

4. **Asúa, L. Jiménez**. Ob. cit., tomo II, p. 1.361.

militar de los autores, pero basicamente de carácter penal".⁵ E, guardadas certas peculiaridades do direito alemão, o caráter especial do DP Militar é destacado por **Maurach**,⁶ para quem "*el más importante derecho penal especial es el militar*".⁷

Dessarte, mesmo que haja, com conseqüências jurídicas de destaque, diferença entre crimes propriamente militares e crimes imprópria ou acidentalmente militares (v.g., arts. 5º, inciso LXI, da Carta Magna, e 64, inciso II, do CP), o fato é que, entre nós, adotou-se, para definição do delito militar, o critério **ratione legis** (art. 124 da **Lex Maxima**). Reconhecido como tal, o evento recebe a valoração própria e específica estabelecida no DPM. Aplica-se, daí, na lição de **Jorge Alberto Romeiro**, o velho e basilar princípio **lex posterior generalis non derogat legi priori speciali**, ou seja "as normas de direito penal militar prevalecem sempre sobre as de direito comum, que não as deroga nem ab-roga".⁸ O Pretório excelso, mais de uma vez já deixou claro este entendimento (STF: RT 682/398, DJU de 19.03.93, p. 4.280 e RTJ 116/541). Não fosse assim, teríamos por conclusão que grande parcela da parte geral do CPM, estaria revogada desde o advento da Lei nº 7.209/84 (com várias normas penais mais brandas).

Por outro lado, a distinção, preconizada por parte da doutrina, entre DP comum e DP especial, em razão do órgão de aplicação jurisdicional⁹ não acarreta qualquer conseqüência prática de realce. O DP seria comum ou especial em decorrência de regras de cunho processual. A diferenciação, desta forma, é confusa e, acreditamos, inútil (v.g., nos Estados que não possuem Tribunal de Justiça Militar, o DPM seria especial em primeiro grau e comum em segundo grau...).

Na realidade, o CPM é *fundamental* em relação à *legislação penal militar complementar* (art. 17, 1ª parte do CPM), assim como o CP comum é *fundamental* em relação à *legislação penal comum complementar* (art. 12 do CP). Só, **ex hypothesis**, a falta de ampla sistematização e estruturação legal é que poderia levar a uma conclusão diferente ou a uma abordagem diversa para caracterizar o direito substantivo penal castrense.

4. Na questão aqui enfocada, da aplicabilidade no DPM das normas de

5. **Zaffaroni, E. R.** *Tratado de Derecho Penal*, Ediar, 1980, tomo I, pp. 209-210.

6. **Maurach, R. e Zipf H.** *Derecho Penal*, Ed. Astrea, 1994, tomo I, p. 135.

7. **Jescheck, H.H.** *Tratado de Derecho Penal*, Ed. Comares, 1993, p. 97, indicando, tal como **Maurach/Zipf**, ob. cit., p. 135, que, no Direito alemão, civis podem ser processados por induzimento ou cumplicidade em delitos militares.

8. **Romeiro, Jorge Alberto.** Ob. cit., p. 20.

9. **Marques, J. Frederico.** *Curso de Direito Penal*, S. Paulo, 1954, pp. 20-21; **Noronha, E. Magalhães.** *Direito Penal*, Saraiva, 1977, p. 18, nº 8; **Jesus, Damásio E.** *Direito Penal*, Ed. Saraiva, 15ª ed., vol. I, p. 8.

caráter misto (como *lex mitior*) previstas na Lei nº 9.099/95, nunca é demais lembrar que a interpretação deve ser técnica e não apenas literal. Pouco impressiona o argumento calcado no ato de pinçar, por assim dizer, uma expressão ou um trecho do texto legal (v.g., "... abrangidas ou não por esta lei...", art. 89) e ignorar o restante, principalmente, aspectos outros de valia decisiva. Igualmente, é de difícil aceitação o bloqueio do procedimento interpretativo via precipitação generalizada através do emprego *deslocado e antecipado* de brocardos clássicos (v.g., *ubi lex non distinguit nec non distinguere debemus*).¹⁰ Tudo isso, evidentemente, pode gerar graves equívocos, mormente com a prática, muito comum, do argumento *ad verecundiam*. Se interpretar é buscar o conteúdo e o significado da lei, atentando-se, todavia, para o seu escopo, para o sentido geral da ordem jurídica e da própria função do ramo do direito (cfe. **H.C. Fragoso**);¹¹ então, queremos crer que a pretensão da ampla aplicação das alterações indicadas encontra amparo, tão-só, na interpretação gramatical e, assim mesmo, de parte do novo texto legal.

5. *A composição dos danos civis* (art. 74 e parágrafo único da Lei nº 9.099/95) não tem, por si, qualquer sentido na legislação penal militar em vigor, porquanto, nesta, à exceção dos poucos casos indicados no art. 122 do CPPM (ação penal pública condicionada à requisição ministerial) e da discutível admissão, por força do art. 5º, inciso LIX, da Constituição Federal, da ação penal privada subsidiária, na esfera castrense, a ação penal é sempre pública incondicionada (arts. 29 do CPPM e 121 do CPM). E, como se vê do art. 76 da nova lei, a composição *não impede* o processo quando se tratar de delito de ação penal pública incondicionada.¹² Não há nem que falar em *novatio legis in melius*, ainda que fosse admissível o cotejo entre as normas do DPM e as referentes à composição criada pela lei supra.¹³ A reparação do dano se apresenta no CPM, na forma de arrependimento *post factum*, v.g., nos arts. 123, inciso VI, 303, § 4º, 250, 253, 254 e 260, parágrafo único, do CPM."¹⁴

6. *A transação* (arts. 72, *in fine*, 76 e 79 da Lei nº 9.099/95), como proposta de aplicação imediata de pena menos grave, ou seja, como está explicitado nos artigos mencionados, de pena restritiva de direitos ou de multa, não guarda relação com o DPM em vigor. O CPM não contempla a pena de multa e nem a sistemá-

10. **Maximiliano, Carlos**. *Hermenêutica e Aplicação do Direito, Forense*, 1981, 9ª ed., pp. 103-105.

11. **Fragoso, Heleno C.** *Ob. cit.*, nºs 75 e 76, pp. 82-84.

12. **Jesus, Damásio E.** *Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada*, Ed. Saraiva, 1995, p. 58.

13. Em sentido contrário: a) **Grinover, A. P.** & outros. *Juizados Especiais Criminais. Comentários à Lei nº 9.099/95*, S. Paulo, pp. 95-9 e 119; b) Segunda conclusão da Comissão Nacional, instituída pela Escola Superior da Magistratura, em 27 e 28.10.95.

14. **Romeiro, Jorge Alberto**. *Ob. cit.*, pp. 103-104.

tica de penas substitutivas. Ele apresenta (v. RTJ 116/541) penas principais (art. 55) e acessórias ou *complementares* (art. 98). Estas dependem da aplicação das principais. Aquelas, as principais, estão previstas nos preceitos sancionadores da Parte Especial. Querer aplicar a pena não privativa de liberdade, prevista para um crime, em outro, com a devida vênua, é legislar a pretexto de utilizar a **lex mitior**. É criar uma legislação híbrida, sem qualquer amparo legal ou jurídico.

7. A exigência da *representação*, como condição de procedibilidade nos crimes de *lesões corporais leves* e de *lesões culposas* (arts. 88 e 91 da Lei nº 9.099/95), não pode ter aplicação no DPM. É que, como já antecipamos, no CPM e no CPPM, não existe *representação* como condição de procedibilidade mas, unicamente, como **delatio criminis** (v. art. 33 e §§, do CPPM). Ressalvados os poucos casos sujeitos à requisição (art. 122 do CPPM), e a questionável ação subsidiária, a legislação castrense só permite a ação penal pública incondicionada (arts. 29, 34, 54 e 122 do CPPM e arts. 121 e 122 do CPM).

Na *legislação penal militar* não há qualquer preocupação ou, ainda, consideração em relação aos efeitos concretamente danosos para o eventual ofendido (ou sua família) em decorrência da ação penal. O **streptitusfori** não é levado em conta. Por exemplo, nos crimes contra a honra (arts. 214 a 221 do CPM), no delito de ameaça (art. 223 do CPM), no crime de corrupção de menores (art. 234 do CPM), etc., ao contrário da *legislação penal comum*, a ação penal é pública *incondicionada*. É que, sendo infração militar, definida legalmente como tal, o bem jurídico tutelado apresenta contornos diferentes daquele da esfera do direito penal comum. O Estado é atingido pela conduta delituosa. Ele se apresenta, no DPM, sempre, como sujeito passivo *material* (e não, apenas, *formal*). Pode ser o único ou acompanhado de outro prejudicado pelo comportamento criminoso, mas ele é, em todos os casos, sujeito passivo.¹⁵ Conseqüentemente, uma **lex generalis** não pode afetar a estrutura diferenciada do DPM e do DPPM, com a inserção de um instituto ali estranho e sem nenhuma razão de ser. Além de se constituir, na legislação castrense em vigor, inovação sem nexos, tal intromissão propiciaria uma fonte inconcebível de anarquia, uma vez que os delitos indicados no art. 88 da Lei nº 9.099/95 estão, no CPM, pela própria característica deste, ligados aos aspectos da *hierarquia e da disciplina*. A apuração não pode ficar a critério do eventual ofendido. O Estado tem, também, interesse na **persecutio criminis**, não importa a posição, na escala hierárquica, dos envolvidos. Seria até desumano, fantasioso, deixar-se a critério do subalterno lesionado a apuração do delito. Da mesma forma, a condescendência de um superior lesionado seria algo incompatível

15. Jesus, Damásio E. Direito Penal. Ed. Saraiva, 15ª ed., vol. I, p. 153.

com a disciplina militar. Na legislação penal militar, por suas peculiaridades, já alinhadas, *todas as infrações* devem, de ofício, ser apuradas (exceto os casos indicados no art. 122 do CPPM e, isto por razões políticas) independentemente da vontade da pessoa concretamente atingida ou prejudicada.

8. Quanto à *suspensão condicional do processo* (art. 89 e §§, da Lei nº 9.099/95), pensamos que este instituto também não se ajusta à legislação militar vigente.

Em primeiro lugar, como já foi visto, a estrutura da **novatio legis** é inteiramente voltada para a legislação penal comum.

Em segundo lugar, se o DP, mesmo o militar, funciona como indispensável *reforço de tutela jurídica*, o disposto no art. 89 da Lei nº 9.099/95 neutralizaria, no tocante a muitos delitos, a legislação penal castrense. As sanções disciplinares seriam, *em grande parte dos ilícitos militares*, mais drásticas, com acentuado poder de intimidação. *Haveria uma inversão de valoração*. Por exemplo, em casos específicos, tais como nos arts. 240, em seus §§ 1º e 2º, 250, 253, 254, 260, parágrafo único, e 330 do CPM, a infração penal pode ser desclassificada para disciplinar. Ora, como a aplicação da suspensão condicional do processo *pode afetar amplamente a punibilidade* (art. 89, § 5º, da Lei nº 9.099/95), a sanção disciplinar provavelmente não seria a solução mais benigna. O réu preferiria, na maioria das infrações militares de ocorrência mais freqüente, o processo criminal ao disciplinar. A sanção penal seria, como previsão legal, um ornato, sem significado dentro da legislação castrense. E, se tudo isto não bastasse, **Jorge Alberto Romeiro** ainda alerta para a impossibilidade de cumulação da sanção penal com a disciplinar pelo cometimento de um mesmo fato, **ex vi** § 2º do art. 42 do Estatuto dos Militares e regulamentos disciplinares da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.¹⁶ A punição disciplinar, nessa linha de raciocínio, poderia ser aplicada, subsidiariamente, no caso de absolvição pelo crime (exceto na negativa do fato ou da autoria). E, aceita essa assertiva adicional, aí então, definitivamente, a aplicação da *suspensão condicional do processo* se evidencia, de uma vez por todas, incompatível com a legislação militar (v. art. 19 do CPM e arts. 8º e 9º do Decreto nº 76.322/75).

9. A Lei nº 9.099/95 não altera o CPM, e nem o CPPM, basicamente, em virtude do princípio da *especialidade*. O recurso à analogia **in bonam partem**, por seu turno, como forma de auto-integração da ordem legal, seria uma solução errônea, dada, inclusive, a ausência de identidade da **ratio legis**. Finalmente, e por mais forte razão, incabível se mostra, também, o apelo ao princípio da isonomia. *Conseqüentemente*, nenhuma das citadas normas mistas da Lei nº 9.099/95 tem aplicabilidade na legislação militar vigente.

16. **Romeiro, Jorge Alberto**. Ob. cit., pp. 11-12.