



Crime Continuado

A distinção de tratamento no CPM e no CP Comum: existe razão para isso?

Ronaldo João Roth

Juiz de Direito da Justiça Militar do Estado de São Paulo
Especialista em Direito Processual Penal pela FIG – Unimesp

RESUMO: O presente artigo aborda a distinção de tratamento ao crime continuado no Código Penal Militar em relação ao Código Penal Comum e conclui que a aplicação de tratamento diferenciado não deve ser deixada de lado ante o princípio da especialidade, pois não fere o princípio constitucional da igualdade.

PALAVRAS-CHAVES: Crime continuado. Princípio da especialidade. Princípio da igualdade. Fatores de discriminação. Princípio da proporcionalidade.

ABSTRACT: This article discusses the distinction of treating crime continued in the Military Penal Code in relation to the Criminal Code and Common concludes that the application of differential treatment should not be left out against the principle of specialty, because it violates the constitutional principle of equality.

KEYWORDS: Crime continued. Principle of specialty. Principle of equality. Factors of discrimination. Principle of proportionality.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 1.1. Diferenças constitucionais – 1.2. Diferenças legais – 1.3. Outras diferenças entre o CPM de 1969 e CP Comum de 1940 (com reforma de 1984) – 1.4. Do princípio constitucional da isonomia – 2. Desenvolvimento – 2.1. Da norma do concurso de crime e do crime continuado – 2.2. Da análise sob os princípios constitucionais 3. Conclusão – 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

1.1 Diferenças constitucionais

O tratamento distinto entre o civil e o militar é uma realidade no ordenamento jurídico brasileiro, como também o é o tratamento díspar do crime comum em relação ao crime militar¹.

A própria Constituição Federal trata diferentemente o militar e o civil: (a) em termos de prisão, o civil somente se submete a dois tipos de prisão (flagrante delito e ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente), enquanto o militar se submete a quatro (flagrante delito, ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, transgressão disciplinar e crime propriamente militar - art. 5º, inciso LXI, da CF); (b) contrariamente ao que é permitido ao civil, ao militar são vedadas a sindicalização, a greve e a filiação partidária (art. 142, § 3º, incisos IV e V, da CF); (c) quanto aos direitos políticos, o militar sofre restrições para concorrer a cargo eletivo e, se eleito, passa à inatividade, ficando impedido retornar à carreira da caserna (art. 14, § 8º, incisos I e II, da CF)²; (d) ao crime militar em tempo de guerra, é possível a aplicação da pena de morte (art. 5º, inciso XLVII, alínea “a”, da CF), ao passo que a pena capital não existe para o crime comum.

¹ ROTH, R. J. Crime Militar versus Crime Comum: identificação e conflito aparente de normas. In **Direito Militar - Doutrina e Aplicações**. Coordenado por Dirceô Torrecillas Ramos, Ronaldo João Roth e Ilton Garcia da Costa, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, pp. 503/550.

² ROTH, R. J. Elegibilidade do Militar e suas restrições. In **Temas de Direito Militar**. São Paulo: Suprema Cultura, 2004, pp. 15/21.

1.2 Diferenças legais

Os benefícios da Lei 9.099/95 (crimes de menor potencial ofensivo) aplicam-se tão somente aos crimes comuns sendo vedada sua aplicação aos crimes militares (art. 90-A da Lei 9.099/95, instituído pela Lei 9.839/99). Sobre essa questão, um crime com mesma definição jurídica e mesma pena, previstos no Código Penal Comum (CP) e no Código Penal Militar (CPM), v.g., uma lesão corporal leve (o denominado crime impropriamente militar neste último) tem tratamento distinto, dependendo do enfoque, se crime comum ou crime militar. *Apenas no primeiro se aplica os benefícios da Lei 9.099/95 (composição civil, transação, representação e suspensão condicional do processo)*³.

Quanto à perda do cargo, se houver condenação por crime militar à pena igual ou superior a dois anos, para a Praça das Forças Armadas (FFAA), implica a sua exclusão como pena acessória (art. 102 do CPM), e para os Oficiais das FFAA e Oficiais das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros estaduais implica a submissão a um processo judicial de indignidade ou incompatibilidade para a perda do posto e da patente (art. 125, § 4º e 142, § 3º, inciso VII, da CF), sendo que para as Praças Militares estaduais a exclusão não é automática, mas depende de processo judicial para perda da graduação (art. 125, § 4º, da CF e 142, § 3º, inciso VII, da CF). No crime for comum, por sua vez, a perda do cargo ocorrerá como efeito da condenação apenas se houver pena privativa de liberdade igual ou superior a um ano nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública, ou, nos demais casos, quando a pena privativa de liberdade aplicada for igual ou superior a quatro anos (art. 92, I, “a” e “b” do CP Comum).

Veja que para todas as situações acima abordadas, de forma resumida, no ordenamento jurídico brasileiro não houve declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal (STF), de modo que essas distinções entre o servidor civil e militar, ou entre crime comum e crime militar são situações que o legislador constituinte e o legislador ordinário decidi-

³ ROTH, R. J. A aplicação dos institutos despenalizadores do Direito Penal Comum no âmbito militar. **Revista Estudos e Informações** da Justiça Militar do Estado de Minas Gerais, Nov. 2008, pp. 30/41.

ram explicitamente distinguir, porquanto a razão do *discrímen* é necessária e razoável já que os bens jurídicos tutelados são diversos, assim como as pessoas são constitucionalmente distintas (o militar e o civil), justificando, portanto, o tratamento desigual.

Outras distinções também são reais como podemos verificar em dois exemplos: 1) a distinção existente para os crimes militares de entorpecente (art. 290 do CPM) cujas penas, sem distinção entre o porte e o tráfico, variam de 1 (um) a 5 (cinco) anos de reclusão, enquanto que, para os crimes comuns da mesma espécie (Lei Federal nº 11.343/2006, arts. 28 e 33/39), para o usuário ou aquele que porta entorpecente para consumo próprio, não há pena privativa de liberdade, e para o tráfico de entorpecentes as penas variam de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão; 2) os crimes militares de estupro (art. 232 do CPM) e de atentado violento ao pudor (art. 233 do CPM), são apenados com sanções que variam, respectivamente, de 3 (três) a 8 (oito) anos de reclusão, e de 2 (dois) a 6 (seis) anos de reclusão, na modalidade simples; ao passo que o crime comum de estupro, cuja Lei 12.015/09 aglutinou aqueles dois crimes sexuais numa única figura penal, prescreve pena que varia de 6 (seis) a 10 (dez) anos de reclusão, na modalidade simples.

Essas distinções da legislação infraconstitucional penal para situações análogas – entre crime militar e crime comum – em que pese caracterizar um tratamento penal substancialmente diferente, como sabido, são válidas, apesar do paradoxo criado. E a razão dessa distinção ocorre porque a lei também tutela bens jurídicos distintos e penaliza infratores igualmente diversos (criminoso militar e criminoso comum).

1.3. Outras diferenças entre o CPM de 1969 e CP Comum de 1940 (com reforma de 1984)

As diferenças entre os dois diplomas legais penais não param por aí. Enquanto o CPM estabelece um quantum para as agravantes e atenuantes genéricas (art. 73), o CP Comum não prevê tal definição; da mesma forma, o primeiro diploma legal possui um quantum objetivo mais rigoroso para o livramento condicional, qual seja, de metade da pena para o réu primário obter tal benefício na execução penal (art. 89, I, “a”, do CPM), ao passo que

o segundo, exige apenas o cumprimento de um terço da pena (art. 83, I, do CP).

A matéria, como vemos, é complexa e existem muitas hipóteses no ordenamento jurídico de situações análogas que, todavia, recebem tratamento diverso, nos dois Codex (militar e comum). E isso ocorre, também, com o tratamento do crime continuado.

E aqui, há de se perguntar: essas diferenças ferem o princípio constitucional da igualdade ou da isonomia?

1.4. Do princípio constitucional da isonomia

A resposta decorre do próprio princípio constitucional da isonomia, cujo significado extraído do magistério de GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MARTIRES COELHO, e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, “significa em resumo tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”⁴.

Nesse contexto, a distinção do procedimento no julgamento, dos valores e do rigor da Justiça Castrense, em face do regime a que se submete a milícia, de se trazer as palavras de JOSÉ RENATO NALINI⁵:

(...) Justifica-se a existência dessa justiça especial em virtude das peculiaridades da milícia subordinada a regras especialíssimas, das quais a hierarquia é o norte e a disciplina, a baliza.

A experiência evidencia que o julgamento dos militares pela sua justiça, longe de refletir terrível corporativismo, prima por rigor e severidade paradoxais. Rigorismo que talvez fosse temperado na justiça comum, onde não imperaram os mesmos princípios incidentes sobre a milícia, ou, se existentes, podem ser relativizados pela imprevisibilidade

⁴ MENDES, G. F. COELHO, I. M. BRANCO P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 157.

⁵ NALINI, J. R. **O Poder Judiciário na Constituição de 1988**. In **Tratado de Direito Constitucional**. Coordenado por Ives Gandra Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valdir do Nascimento, Saraiva, São Paulo, 2010, Vol. 1., p. 969).

no funcionamento de convívio sem hierarquia e disciplina mais do que discutível. (g.n.).

Diante disso, é seguro dizer que o militar não é igual ao civil, daí porque o ordenamento jurídico impõe deveres e proibições para o militar, os quais, naturalmente, não incidem para o civil. Para o primeiro, profissional que exerce função essencial do Estado, as exigências e a disciplina legal são diferenciadas, exigindo-se até mesmo o tributo de sangue, sob o qual o militar jura defender a Pátria com o sacrifício da própria vida⁶.

Bem por isso, a exceção da pena de morte apenas para os crimes militares em tempo de guerra⁷, também acaba sendo justificada diante do *discrímen* relevante em jogo para tutelar uma situação excepcionalíssima, os crimes em tempo de guerra, que envolve exclusivamente a Justiça Castrense, a qual é a única a acompanhar o efetivo militar junto ao campo de batalha e no teatro de operações, como ocorreu durante a Segunda Guerra Mundial⁸.

Na mesma ordem de ideias, é por isso que o crime militar faz parte de uma categoria penal de competência da Justiça Castrense, que é uma Justiça Especializada, a qual aplica, por conseguinte, uma legislação especial, o Código Penal Militar (CPM) e o Código Processual Penal Militar (CPPM), diferentes, como se sabe, em relação aos correlatos diplomas penais da legislação comum.

⁶ BIERRENBACH, F. F. C. A Justiça Militar e o Estado Democrático de Direito. In **Direito Militar – Doutrina e Aplicações**. Coordenada por Dircêo Torrecillas Ramos, Ronaldo João Roth e Ilton Garcia da Costa, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 361: (...) *Entretanto, para os integrantes das Forças Armadas, para os marinheiros, soldados e aviadores, que prestam juramento solene perante a Bandeira, e que, em determinados momentos e diante de condições extremas, são obrigados a matar ou morrer, há outro valor mais alto que a vida. Em nome desse valor, muitas vezes, impõe-se o sacrifício da vida. Esse valor é a Pátria, cuja soberania compete aos militares defender, como está na Constituição. E essa circunstância é absolutamente única, singular, especial, incontornável.* (...).

⁷ MEYER-PFLUG, S. R. SILVEIRA, V. O. A Pena de Morte no Brasil, a Legislação Militar e a Justiça Militar. In **Direito Militar – Doutrina e Aplicações**. Coordenado por Dircêo Torrecillas Ramos, Ronaldo João Roth e Ilton Garcia da Costa, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, pp. 335/356.

⁸ *Apud* FIGUEIREDO, R. V. O Escabinato na Justiça Militar e o Julgamento na Primeira Instância. In **Direito Militar – Doutrina e Aplicações**. Coordenado por Dircêo Torrecillas Ramos, Ronaldo João Roth e Ilton Garcia da Costa, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 857.

2. DESENVOLVIMENTO

Assim, após situar o leitor no singular contexto dos crimes militares, cujos jurisdicionados respondem perante a Justiça Militar, enfrentaremos o tema a que nos propomos: Crime continuado - A distinção de tratamento no CPM e no CP Comum: existe razão para isso?

É de se constatar que, apesar das distinções constitucionais e legais, há uma tendência dos operadores de Direito, em matéria criminal, de igualar o tratamento penal dado ao infrator comum ao infrator militar, seja por política criminal, seja por apelo à violação do princípio da proporcionalidade.

As distinções de tratamento de ordem constitucional são insuperáveis pela sua própria natureza e tornam-se fortalecidas ante a inexistência de declaração de inconstitucionalidade pelo STF, portanto, firmando o já dito: o criminoso militar é diferente do criminoso comum.

Para solução das distinções de tratamento infraconstitucional penal e processual penal, temos visto uma tendência dos operadores do Direito de invocar a aplicação de tratamento menos rigoroso para o infrator militar à semelhança do que é aplicado ao infrator comum pelo CP, e, nessa esteira, socorrem-se da política criminal e do uso inadequado da analogia in bonam partem. Quanto à política criminal, aqueles que procuram mitigar as distinções entre crime comum e militar, se valem do argumento da desproporcionalidade entre os tratamentos diversos para a mesma hipótese legal, in casu, o cálculo da pena no crime continuado. Quanto ao uso da analogia in bonam partem, entendem que o legislador não andou bem, daí invocarem a substituição da uma lei especial (CPM) pela outra comum (CP).

Data vênua, tal raciocínio, além de contra legem, subverte o ordenamento jurídico castrense, porquanto despreza os pilares da hierarquia e disciplina que sustentam as instituições militares, bem como se afasta do princípio da especialidade. Ademais, incabível a aplicação da analogia in bonam partem, no tema em comento, posto que, se a lei (CPM) que se quer substituir esgota o assunto, não há lacuna a ser suprida pelo CP, exigência esta para a aplicação do instituto da analogia.

2.1 Da norma do concurso de crime e do crime continuado

O CPM tem substancial e maior rigor no tratamento penal ao crime continuado militar em comparação ao crime continuado comum do CP, pois diferentemente deste, aquele cuida do concurso de crimes e do crime continuado sob a disciplina da soma de penas (art. 79 e 80 do CPM, respectivamente).

Desta feita, para o concurso de crimes (material e formal) e para o crime continuado, o CPM adota a mesma regra da soma das penas dos crimes praticados, na forma estabelecida no artigo 79 (concurso formal e material) e, em combinação com o art. 80 (crime continuado), facultando-se ao Juiz, no concurso formal e crime continuado, a aplicação da redução da pena de um sexto a um quarto (§ 1º do art. 81). Vigora, pois, o cúmulo material para a responsabilização do crime militar para as três hipóteses mencionadas (concurso formal, material e crime continuado).

Em contraposição, o CP Comum dispõe de tratamento diverso para as hipóteses do concurso formal e do crime continuado, dispondo que o Juiz, no concurso formal, aplica a pena mais grave, aumentada de um sexto até metade (art. 70)⁹, enquanto que no crime continuado deve o Juiz aplicar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços (art. 71)¹⁰. Vigora, pois, o sistema de exasperação da pena. Para o concurso material o CP prevê o mesmo tratamento do CPM (soma de penas).

⁹ Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

¹⁰ Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Para bem estampar a diferença de tratamento no crime continuado, tomemos o seguinte e simples exemplo: o réu praticou 06 (seis) crimes de peculato simples, cuja pena prevista varia de 3 (três) a 15 (quinze) anos de reclusão (art. 303 do CPM) . Diante da condenação por estes seis crimes militares, o Juiz fixando a pena mínima de 3 anos para cada um dos crimes, e adotando o cúmulo material (soma das penas), encontraria uma pena de 18 (dezoito) anos de reclusão. Aplicando no caso concreto o maior índice de redução da pena (art. 81, § 1º), ou seja, um quarto, encontraria a pena finalizada de 13 (treze anos) anos e 5 (cinco) meses de reclusão.

No mesmo exemplo citado (seis crimes de peculato), só que se tratando de crimes comuns, cuja pena varia de 2 (dois) a 12 (doze) anos de reclusão e multa, o Juiz, sendo um pouco mais rigoroso do que o seu colega da Justiça Militar e igualando a pena mínima à pena aplicada ao mesmo crime militar, fixaria a pena-base em um ano acima do mínimo legal, ou seja, 3 (três) anos de reclusão. Após, aplicando a regra do crime continuado no seu maior percentual (dois terços), pelo sistema exasperação, obteria, assim, a pena finalizada de 5 (cinco) anos de reclusão e mais a multa de R\$ 10.950,00 (dez mil e novecentos e cinquenta reais)¹¹.

Então, de se constatar, no exemplo acima, que mesmo sendo mais rigoroso que o Juiz da Justiça Militar no cômputo da pena, o Juiz de Direito da Justiça Comum (ao exasperar a pena mínima), encontraria ainda uma diferença de 8 (oitos) anos e 5 (cinco) meses de reclusão a menos na pena privativa de liberdade em relação à pena aplicada, no mesmo caso, perante a Justiça Militar. De se ver, portanto, que inequivocamente há maior rigor penal no sistema de aplicação de pena no CPM em relação ao CP Comum, ressalvada a pena-multa, inexistente no CPM.

Essa questão traz no dia-a-dia forense a seguinte controvérsia: o juiz deve aplicar ao crime militar continuado a sua genuína regra de penalização, ou, pelo contrário, deve ser aplicada a regra de penalização comum, que é mais branda?

¹¹ Para o cálculo da multa tomou-se por base o salário mínimo de R\$ 500,00 e multiplicou-se pelo máximo permitido de 360 dias-multa (art. 49 do CP Comum), obtendo-se a pena pecuniária de R\$ 10.950,00.

2.2 Da análise sob os princípios constitucionais

A resposta à indagação acima nos remete inicialmente à reflexão se a norma do art. 80 do CPM (crime continuado) é inconstitucional. Há decisões do gênero e também defensores doutrinários desse posicionamento, o que expressamente discordamos¹².

Em primeiro lugar, há de se sustentar que é a própria Constituição Federal que facultou ao legislador infraconstitucional definir o crime militar (art. 124) e, por consequência, as penas correspondentes. Logo, se num mesmo crime, como o do peculato utilizado no exemplo citado, a pena mínima é diversa no CPM e no CP Comum, ou seja, o do crime militar é de 3 (três) anos de reclusão e o do crime comum é de 2 (dois) anos de reclusão, não há que se falar em qualquer inconstitucionalidade, até porque, como se disse na introdução deste trabalho, tratam-se de crimes de categorias distintas, isto é, um crime militar impróprio e outro crime comum, cada qual definido no Código Penal correspondente.

Em segundo lugar, na regra do crime continuado do CPM não há nenhum vício constitucional pelos mesmos motivos.

Em terceiro, porque o princípio da igualdade é autônomo e não se subordina ao princípio da proporcionalidade, valendo a lição de SUZANA DE TOLEDO BARROS¹³, “há uma estreita relação entre a proporcionalidade e a igualdade, mas é fundamental distinguir-se o plano de atuação de cada princípio, sob pena de correr o risco de confundi-los”.

De se acrescentar que tanto na divergência de penas mínimas entre o peculato comum e o peculato militar, como na divergência da regra do cúmulo material (soma de penas) para o crime continuado militar em contraposição ao sistema de exasperação adotada para o crime continuado comum,

¹² BARROSO FILHO, J. Crime continuado no Código Penal Militar. **Jus Navigandi**, capturado na internet em 25.2.13 no endereço eletrônico: <<http://jus.com.br/revista/texto/16380/crime-continuado-no-codigo-penal-militar/3>>.

¹³ BARROS, S. T. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 3. ed., 2003, p. 188.

o legislador infraconstitucional assim disciplinou em virtude tutelar bens jurídicos diversos e de réus distintos, um, autor de crime militar, e outro, autor de crime comum.

Todos esses discrimens estão a justificar o tratamento distinto do CPM em relação ao CP Comum, sem que isso configure qualquer desrespeito à Lei Maior. A propósito, a lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO¹⁴:

(...) As discriminações são recebidas como compatíveis com a clausula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com os interesses prestigiados na Constituição.”

Ademais de se trazer a colação novamente a lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO¹⁵ sobre a aplicação do princípio da igualdade, apontando os pressupostos para que um tratamento discriminatório seja oportuno juridicamente:

(...) o reconhecimento das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra do princípio da isonomia se divide em três questões: a) a primeira diz com o elemento tomado como fator de desigualação; b) a segunda reporta-se à correlação lógica abstrata existente entre o fator erigido em critério de discrimen e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; c) a terceira atina à consonância desta correlação lógica com os interesses absorvidos no sistema constitucional e destarte juridicizados.

Assim, a distinção de tratamento entre o crime comum e o crime militar não fere o princípio da igualdade. Para coroar essa abordagem, decidiu o Supremo Tribunal Federal sobre o tema, *in verbis*:

¹⁴ MELLO, C. A. B. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, 3. ed., 2011, p. 17.

¹⁵ Op. cit. p.21.

STF: HABEAS CORPUS. CRIME MILITAR DE CONCUSSÃO (ARTS. 305 e 53 do CPM). EXIGÊNCIA DE DINHEIRO PARA NÃO-LAVRATURA DE AUTOS DE INFRAÇÃO AMBIENTAL. PENA-BASE. MAJORAÇÃO. PRETENDIDA APLICAÇÃO AOS CRIMES MILITARES DA REGRA DA CONTINUIDADE DELITIVA, PREVISTA NO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL COMUM. IMPOSSIBILIDADE.

Revela-se devidamente fundamentada a sentença que, para majorar em dois meses a pena-base do acusado, se louva na especial gravidade do crime e no seu modo de execução, tudo conforme o art. 69 do Código Penal Militar. Não se aplica aos crimes militares a regra de continuidade delitiva a que se reporta o art. 71 do Código Penal Comum. Isso porque, nos termos do art. 12 do CP, a inexistência de regramento específico em sentido contrário é premissa da aplicação subsidiária do Código Penal às legislações especiais. No caso, tal premissa não se faz presente. Bem ou mal, o Código Penal Militar cuidou de disciplinar os crimes continuados de forma distinta e mais severa do que o Código Penal Comum. Não se pode mesclar o regime penal comum e o castrense, de modo a selecionar o que cada um tem de mais favorável ao acusado. Tal proceder geraria um 'hibridismo' incompatível com o princípio da especialidade das leis. Sem contar que a disciplina mais rigorosa do Código Penal Castrense funda-se em razões de política legislativa que se voltam para o combate com maior rigor daquelas infrações definidas como crimes militares. Precedentes. Ordem denegada. (Primeira Turma - Habeas Corpus 86854/SP – Rel. Ministro Carlos Britto, j. 14.03.06, DJ 02.03.07, p. 00038) (g.n.)

De igual modo, a 2ª Turma do STF já decidiu:

STF: PRINCÍPIO ISONÔMICO - CÓDIGO PENAL E CÓDIGO PENAL MILITAR - O tratamento diferenciado decorrente dos referidos Códigos tem justificativa constitucionalmente aceitável em face das circunstâncias peculiares relativas aos agentes e objetos jurídicos protegidos. A disparidade na disciplina do crime continuado não vulnera o princípio da igualdade. (...) (STF – 2ª Turma - RE 115770/RJ – Rel. Min. Aldir Passarinho – J. 29/10/1991). (g.n.)

O posicionamento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) também não destoava do Supremo Tribunal Federal:

STJ: PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME MILITAR. CONCUSSÃO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO SOBRE PARTE DA MATÉRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO-CONHECIMENTO PARCIAL. CONTINUIDADE DELITIVA. APLICAÇÃO DA REGRA ESPECIAL PREVISTA NO CÓDIGO PENAL MILITAR. NÃO-VULNERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. ORDEM CONHECIDA EM PARTE E, NESSA, DENEGADA.

1. Compete ao Superior Tribunal de Justiça apreciar, originariamente, habeas corpus contra ato de tribunal sujeito à sua jurisdição.
2. Não tendo sido apreciada pelo tribunal a quo a matéria ventilada neste writ, constituiria supressão de instância a manifestação de mérito por este Tribunal Superior.
3. O Código Penal Militar é estatuto especial em relação ao Código Penal, cujos tipos penais sujeitam-se às regras nele previstas, segundo o princípio da especialidade.
4. Inexiste ofensa ao princípio da isonomia nesta hipótese, pois o tratamento diferenciado conferido a organismos diversos, o corpo civil e o militar, possui justificativa constitucionalmente aceitável, imposto pelas circunstâncias peculiares relativas aos agentes e fins jurídicos colimados.
5. Ordem conhecida em parte e nessa denegada.” (STJ – Habeas Corpus – 40.392/SP – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – J. 02.06.2005).

A equivocada sustentação de substituição da norma do concurso de crimes e do crime continuado do CPM, que prevê a soma de penas (cúmulo material), pela norma do CP Comum (sistema de exasperação), é tecnicamente impossível de ser utilizada, face ao princípio da especialidade, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

STJ: PENAL MILITAR. HABEAS CORPUS. ART. 225, § 2º, ART. 225, CAPUT, ART. 233 E ART. 209, CAPUT, NA FORMA DO ART. 79 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. CONCURSO DE CRIMES. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 70 DO CP AOS DELITOS PREVISTOS NO CPM. IMPOSSIBILIDADE.

I - Em atenção ao princípio da especialidade, não se aplica o art. 70 do Código Penal nos casos de concurso de crimes militares, devendo ser aplicada a regra prevista no art. 79 do Código Penal Militar.

II - A analogia pressupõe, para o seu uso, uma lacuna involuntária (art. 4º da LICC). Ordem denegada.” (STJ – 5ª T. - HC 48546 / SP Rel. Min. FELIX FISCHER J. 06/12/2005 DJ 13/03/2006, p. 351) (g.n.)

Da mesma forma, não há qualquer vício de constitucionalidade na divergência de tratamento constante do CPM quanto aos requisitos para obtenção do livramento condicional da pena, nem do período de prova da suspensão condicional da pena (*sursis*), em relação ao CP Comum, não havendo que se falar em substituição daquele por este, sob pena de existir a vedada mescla de leis em nosso ordenamento jurídico.

Portanto, cremos que o *discrímen* para diferenciação de tratamento aos réus do CPM em relação aos réus do CP Comum, tem fundamento lógico em função da desigualdade conjuntural entre o crime comum e o crime militar, de forma que essa divergência de tratamento é legítima e não desrespeita o princípio da igualdade, como se denota da lição de ALBERTO SILVA FRANCO:

ocorre desrespeito ao princípio da igualdade quando situações fáticas iguais são arbitrariamente cuidadas pelo legislador, como desiguais ou situações fáticas desiguais recebem, de modo arbitrário, tratamento igual. Assim, ‘quando não houver motivo racional evidente, resultante da natureza das coisas, para desigual regulação de situações de facto iguais ou igual regulação de facto desiguais, pode considerar-se uma lei, que estabelece essa regulação, como arbitrária’ (José Joaquim Gomes Canotilho. *Constituição Dirigente...* cit., p. 382) e, portanto, como violadora do princípio constitucional da igualdade¹⁶.

Se não vislumbrássemos o fundamento lógico discriminatório do crime comum em relação ao crime militar, teríamos que admitir a mesma solução para os crimes de pequeno potencial ofensivo, para a aplicação da multa e

¹⁶ FRANCO, A. S. *Código Penal e sua interpretação. Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: RT, 2007, 8. ed., p. 41.

para a aplicação das penas substitutivas para este (crime militar), todavia, como se sabe, esses institutos são previstos exclusivamente para os crimes comuns e não contemplam os crimes militares.

A contrario sensu, sem dúvida que as disparidades legais no tratamento diferenciado entre o crime comum e o crime militar não vedam que a aplicação in concreto da pena seja até exacerbada no crime militar para se igualar ao mínimo abstrato do crime comum, como ocorre no caso do tráfico de entorpecente, como medida de desestímulo à prática de crime militar que seja mais vantajoso do que o seu correspondente crime comum. Nesse sentido, tomando por base o crime de entorpecentes, que no CPM é punido na forma do art. 290 (reclusão de um a cinco anos), e no como crime comum é punido na forma da Lei 11.343/06 (o usuário e o dependente não sofrem pena privativa de liberdade, e o traficante poderá sofrer uma pena de cinco a quinze anos de reclusão), bem oportuna as palavras de ADALBERTO DENSER DE SÁ JÚNIOR¹⁷:

(...) De fato, se, por exemplo, um policial militar tiver em sua casa, para fins de entrega ao consumo de terceiros, cinquenta pedras de crack, ele será processado na Justiça Comum por incidir no art. 33 da Lei de Tóxicos. A pena será de cinco a quinze anos de reclusão. Agora, se este mesmo policial militar levar as cinquenta pedras de crack para o quartel e escondê-las em seu armário funcional, a competência para processá-lo será da Justiça Castrense e, pelo disposto no Código Penal Militar, ele estará sujeito a uma pena de, no máximo, cinco anos de reclusão. (...)

Assim, enquanto se mantiver o texto normativo atual, a alternativa é os aplicadores do Direito, notadamente os Juízes Togados e os Juízes Militares (Oficiais das Polícias Militares), ao estipularem o quantum de pena a ser aplicado aos réus em processos envolvendo tóxicos, fixarem a reprimenda no grau máximo, cinco anos, ou próximo desta medida. (...)

No meu entender é preciso afastar a chamada 'ditadura da pena mínima' por meio da qual já se pressupõe que todo o réu primário e de bons antecedentes tem o direito público

¹⁷ DE SÁ JUNIOR, A. D. **O crime militar de entorpecente (art. 290 do CPM), crime organizado e endurecimento da sanção.** In *Coletânea de Estudos de Direito Militar – Doutrina e Jurisprudência – do TJM/SP*, Coordenada por Ronaldo João Roth, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2012, pp. 119/123.

subjetivo a ser condenado no mínimo legal. (...)

Os Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Ricardo Dip e Volney Corrêa Leite de Moraes Junior, na obra *Crime e Castigo – Reflexões Politicamente Incorretas*, 2ª edição, pág. 191, afirmam que ‘O que se está a indicar é que, dentro dos marcos na normativa penal – a contar da sua textualidade, por primeiro -, pode o juiz encontrar suportes elásticos para atender a necessidades de política criminal. Por exemplo, dentro da moldura punitiva in abstracto, preferir as penas mais brandas em situações de relativa normalidade social, ao passo que as deva eleger mais vultosas em quadros de efração intensificada da segurança pública. Isto pode até mesmo ocorrer – e não raro acontece – de modo segmentário, por classes de delitos. (g.n)

Assim, afastada a inconstitucionalidade sobre a validade da regra da soma de pena no concurso de crimes e no crime continuado no CPM, é de se defender esse tratamento específico do delito castrense, pois a prática do crime militar atinge com maior amplitude a sociedade, as instituições militares e os seus integrantes, daí se justificando o tratamento mais rigoroso ao delinquente fardado. A propósito, de se trazer a colação que a timidez na aplicação da pena é tão maléfica quanto o desmando, conforme o ensinamento de ROBERTO PORTO e de JOSÉ REINALDO GUIMARÃES CARNEIRO¹⁸, valendo-se da lição de Foucault:

a utilidade da pena reside na prevenção. Ela não deve ser calculada em função de delito, mas de sua possível reincidência. Não deve retribuir a ofensa passada, mas a evitar a desordem futura. É preciso punir exatamente o suficiente para impedir. Assim já se posicionava Beccaria, para quem, se uma pena igual for destinada a dois delitos que ofendem desigualmente a sociedade, não haverá obstáculos a impedir a prática de um delito mais grave. (...) A arte de punir reside justamente no segredo de tornar desvantajosa a idéia de prática do delito. A timidez na aplicação do castigo é tão

¹⁸ PORTO, R. CARNEIRO, J. R. G. Corrupção – impunidade versus cárcere. *Jornal O Estado de São Paulo*, A2, 27.07.05.

maléfica quanto o desmando, e jamais se confunde com o que chamamos de economia calculada no poder de punir (...) (g.n.).

3. CONCLUSÃO

O nosso ordenamento jurídico faz distinções de tratamento entre o crime militar e o crime comum, seja quanto à quantidade de pena, seja com relação ao sistema de aplicação de pena, de forma que o fato de existir maior rigor no tratamento legal não fere o princípio da igualdade, como demonstrado.

As distinções de tratamento entre o civil e o militar são evidentes e variadas na Constituição Federal e nas leis infraconstitucionais, inclusive em relação aos servidores públicos decorrentes do regime jurídico distinto para essas categorias públicas profissionais, ressaltando-se que os deveres e proibições previstos para os militares não alcançam os servidores civis, como, por exemplo, a obrigação de enfrentar o perigo com o sacrifício da própria vida, se necessário.

Assim, no caso da apenação do crime continuado militar, devidamente disciplinado pelo CPM, não comporta analogia com o tratamento distinto dado ao crime comum, posto que além de *contra legem*, subverte o ordenamento jurídico castrense, porquanto despreza os pilares da hierarquia e disciplina que sustentam as instituições militares, bem como se afasta do princípio da especialidade. Ademais, como demonstrado, a aplicação da analogia não encontra espaço diante da completa disciplina do crime continuado no CPM que esgota a matéria não havendo, portanto, que se falar em preenchimento de lacuna.

Não há razão assim para se deixar de aplicar a regra específica do crime continuado nos crimes militares (art. 80 do CPM), sob pena de gerar um 'hibridismo' incompatível com o princípio da especialidade das leis (STF, HC nº 86854/SP – Rel. Ministro Carlos Britto).

Tentar se igualar *contra legem* o tratamento do crime militar ao crime comum não se coaduna com o papel que o constituinte incumbiu a Justiça

Castrense, voltada a zelar para as questões jurisdicionais militares, de forma que as normas do CPM devem ser observadas desde que em conformidade com a Constituição Federal.

Não fosse assim, as diferenças existentes no ordenamento jurídico para os crimes comum e militar também deveriam ser ajustadas para um tratamento igualitário entre todos aqueles crimes, por exemplo, as normas dos crimes hediondos (Lei 8.072/90) que não incide aos crimes militares por ausência de determinação legislativa, teriam de incidir, bem como o rigor no tratamento do tráfico de entorpecente e do crime de estupro deveria incidir nos crimes militares. Por outro lado, a Lei 9.099/95 deveria ser aplicada, de igual maneira, aos crimes militares, mas não o é por expressa proibição (art. 90-A).

Logo, a repressão ao delito militar impõe a aplicação das normas específicas do CPM, ainda que mais rigorosas, sob pena de desvirtuar a sua finalidade, vez que a opção legislativa de tratamento diferenciado em relação aos crimes comuns tem sua raiz no *discrímen* do regime jurídico e dos bens jurídicos tutelados, em harmonia com os cânones constitucionais, de forma que os valores essenciais às Instituições Militares, da hierarquia e da disciplina militares, que acabam sendo atingidos nos crimes militares, não podem ser igualados aos valores tutelados nos crimes comuns. Essa divergência de tratamento é constitucional!

Como se demonstrou, o cumprimento do sistema do *cúmulo material* para aplicação das penas no CPM, tanto no concurso de crime como no crime continuado, encontra opositores que ora se apegam aos critérios de política criminal sob o argumento da violação ao princípio da proporcionalidade, ora se apegam no equivocado uso da analogia, todavia aqui se procurou demonstrar que aqueles procedimentos são inadequados.

Logo, se não podemos igualar o crime militar ao crime comum, melhor se respeitar a lei com as diferenças lógicas e justificadas que não ferem o princípio da igualdade, caso contrário, teríamos que admitir que as diferenças estabelecidas pelo legislador para aqueles diferentes crimes deveriam ser igualadas não somente em relação ao tratamento do crime continuado, mas

aos vários outros distintos institutos aqui resumidamente apontados, seja favorecendo o criminoso militar, seja favorecendo o criminoso comum.

Assim, discordando da tendência de amálgama parcial de leis para tratamento entre crimes comum e militar, melhor ficarmos com a lei como ela é, em especial quanto ao tema do crime continuado, prestigiando a norma do CPM (art. 80) diante do princípio da especialidade, pois existe razão para o tratamento distinto e nada há de inconstitucional. *Dura Lex, Sed Lex!*

4. REFERÊNCIAS

ASSIS, J. C. In **Questões controvertidas do Direito Penal Militar - Direito Militar, Aspectos penais, processuais penais e administrativos**. Curitiba: Juruá, 2012.

BARROS, S. T. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 3. ed., 2003.

BARROSO FILHO, J. Crime continuado no Código Penal Militar. **Jus Navegandi**, capturado em 25.2.13 na internet no endereço eletrônico: <http://jus.com.br/revista/texto/16380/crime-continuado-no-codigo-penal-militar/3>.

BIERRENBACH, F. F. C. A Justiça Militar e o Estado Democrático de Direito. In **Direito Militar – Doutrina e Aplicações**. Coordenada por Dircêo Torrecillas Ramos, Ronaldo João Roth e Ilton Garcia da Costa, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

CARNEIRO, J. R. G. PORTO, R. Corrupção – impunidade versus cárcere. **Jornal O Estado de São Paulo**, de 27.07.05.

MELLO, C. A. B. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, 3. ed., 2011.

DE SÁ JUNIOR, A. D. O crime militar de entorpecente (art. 290 do CPM), crime organizado e endurecimento da sanção. In **Coletânea de Estudos de Direito Militar – Doutrina e Jurisprudência** – do TJM/SP. Coordenada por Ronaldo João Roth, São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2012.

FIGUEIREDO, R. V. O Escabinato na Justiça Militar e o Julgamento na Primeira Instância. In **Direito Militar – Doutrina e Aplicações**. Coordenado por Dircêo Torrecillas Ramos, Ronaldo João Roth e Ilton Garcia da Costa, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

FRANCO, A. S. **Código Penal e sua interpretação. Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: RT, 8. ed., 2007.

MENDES, G. F. COELHO, I. M. BRANCO, P. G. G. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEYER-PFLUG, S. R. SILVEIRA, V. O. A Pena de Morte no Brasil, a Legislação Militar e a Justiça Militar. In **Direito Militar – Doutrina e Aplicações**. Coordenado por Dircêo Torrecillas Ramos, Ronaldo João Roth e Ilton Garcia da Costa, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

NALINI, J. R. O Poder Judiciário na Constituição de 1988. In **Tratado de Direito Constitucional**. Coordenado por Ives Gandra Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valdir do Nascimento, São Paulo: Saraiva, Vol. 1, 2010.

ROTH, R. J. Elegibilidade do Militar e suas restrições. In **Temas de Direito Militar**. São Paulo: Suprema Cultura, 2004.

_____. A aplicação dos institutos despenalizadores do Direito Penal Comum no âmbito militar. In **Revista Estudos e Informações**, da Justiça Militar do Estado de Minas Gerais, Nov 2008.

_____. Crime Militar versus Crime Comum: identificação e conflito aparente de normas. In **Direito Militar - Doutrina e Aplicações**. Coordenado por Dirceu Torrecillas Ramos, Ronaldo João Roth e Ilton Garcia da Costa, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

