

ARTIGO 9º § 2º DO CÓDIGO PENAL MILITAR E SUA CONSTITUCIONALIDADE ANTE A LEI Nº 13.491/17

Article 9 (2) of the military criminal code and its constitutionality before law no. 13.491 / 17

Luiz Henrique Moreira Pinto¹

Jaqueline Ribeiro Cardoso²

Resumo: A Justiça Militar é de sobremaneira importante para o processo e julgamento de crimes praticados por militares, ainda que praticado contra vítima civil, e, ainda que o crime esteja tipificado fora do Código Penal Militar. É a Justiça Militar que garante na esfera da sua competência a prestação jurisdicional. Já que é ela que protege os bens jurídicos tutelados pela lei penal militar e que controla as ações dos militares, o respeito, a disciplina e a hierarquia das instituições militares. Os direitos são garantidos por normas jurídicas que têm a estrutura de regras ou de princípios. Esses princípios norteiam a estrutura jurídica, servem como base para formação de todo o ordenamento jurídico. O Direito Penal Militar regula a intervenção punitiva que tutela a qualidade e probidade dos serviços prestados pelas instituições militares para a sociedade. O Código Penal Militar, responsável por enumerar as circunstâncias definidoras do crime militar, foi recentemente alterado pela Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017. Os crimes militares são classificados em crimes propriamente militares e impropriamente militares. No dia 13 de outubro de 2017 foi publicada a Lei 13.491, que altera o Decreto-Lei no 1.001/69 - Código Penal Militar, para, além de outras providências, ampliar a competência da Justiça Militar. A Lei 13.491, de 13 de outubro de 2017, trouxe significativa ampliação para a competência criminal da Justiça Militar estadual com a alteração da redação do inciso II do art. 9º do Código Penal Militar. O método de pesquisa adotado foi hipotético-dedutivo e o tipo de pesquisa apresentado foi o bibliográfico.

Palavras-chave: Constitucionalidade - Crime Militar - Justiça Militar - Lei 13.491

¹ Aluno de Graduação da Faculdade Minas Gerais – FAMIG

² Professora da FAMIG. Na disciplina orientação de monografia. Analista do MPMG. Pós graduada em Direito Público e Direito Penal. Pós Graduanda em divisão de poderes, Ministério Público e Judicialização pelo centro de aperfeiçoamento do MPMG.

Abstract: Military Justice is extremely important for the prosecution and judgment of crimes committed by the military, even if committed against a civilian victim, and even if the crime is typified outside the Military Penal Code. It is the Military Justice that guarantees jurisdictional provision in its sphere of competence. Since it protects the legal assets protected by the military criminal law and controls the actions of the military, respect, discipline and the hierarchy of military institutions. Rights are guaranteed by legal norms that have the structure of rules or principles. These principles guide the legal structure, serve as a basis for the formation of the entire legal system. Military Criminal Law regulates punitive intervention that protects the quality and probity of the services provided by military institutions to society. The Military Penal Code, responsible for enumerating the defining circumstances of military crime, was recently amended by Law No. 13,491, of October 13, 2017. Military crimes are classified as properly military and improperly military crimes. On October 13, 2017, Law 13,491 was published, amending Decree-Law No. 1,001 / 69 - Military Penal Code, in order to, in addition to other measures, expand the competence of the Military Justice. Law 13.491, of October 13, 2017, brought a significant extension to the criminal jurisdiction of the state Military Justice with the alteration of the wording of item II of art. 9 of the Military Penal Code. The research method adopted was hypothetical-deductive and the type of research presented was bibliographic.

Keywords: Constitutionality - Military Crime - Military Justice - Law 13.491

1. Introdução

A recente alteração trazida ao Código Penal Militar (CPM) pela Lei Nacional nº 13.491/17, ampliou de forma substancial o alcance da norma substantiva penal militar e, por via de consequência, a própria competência da Justiça Militar, Federal e Estadual. Essa alteração representa um movimento contrário ao que tem ocorrido em outros países da América Latina, onde a competência das Justiças Militares tem sido cada vez mais restringida.

Neste contexto, surgem questionamentos sobre a conformidade do novel dispositivo com o sistema jurídico brasileiro, considerando o fato de historicamente o Direito Militar ter alcance mais restrito aos contextos da caserna, sendo sua

aplicação em outras situações algo incidental, dando origem ao próprio conceito de crime impropriamente militar ou acidentalmente militar.

Destarte, o objetivo do presente artigo é discutir acerca da constitucionalidade do § 2º do artigo 9º do CPM, após a alteração dada pela Lei Nacional nº 13.491/17, a partir de uma análise bibliográfica, fundamentada na doutrina e jurisprudência do Brasil, de modo a apresentar, ao final, um posicionamento em torno da temática proposta para estudo.

A constitucionalidade ou não da legislação é muito questionada por parte dos estudiosos do tema, pois, segundo a corrente doutrinária, sendo ela considerada inconstitucional dá a civis e militares o mesmo tratamento, deixando muitas vezes de dar ocorrência ao que está previsto no Código Penal Militar.

Para tanto foi utilizado como marco teórico o artigo jurídico “A lei 13.491/17 e a alteração no conceito de crime militar: primeiras impressões – primeiras inquietações” (ASSIS, 2018).

O método de pesquisa foi o dedutivo por meio de referencial teórico, em especial, pesquisa bibliográfica, artigos, legislação pátria e resolução sobre o tema. Para atender o objetivo proposto, o presente trabalho foi dividido em capítulos.

O tema é de grande importância visto que, para muitos o tratamento diferenciado a militares não é visto com bons olhos. Através desse artigo, será demonstrada a relevância da Justiça Militar e sua aplicabilidade no que tange aqueles que a ela se submetem. Por isso será demonstrada toda a contextualização dessa legislação e sua gênese desde a primeira constituição até os dias de hoje com a legislação 13.461/17.

A primeira seção fala sobre os aspectos a serem observados sobre a justiça militar no Brasil, o histórico da Justiça Militar, bem como os princípios reitores e o objeto da Justiça Militar.

Na segunda seção será falado sobre a lei 13.491/17, o crime militar e elenca os principais objetivos para o qual foi criada mencionada legislação.

Viu-se a necessidade desta pesquisa abranger sobre a situação do crime militar após a criação dessa lei. A presente pesquisa visa demonstrar que a conceituação quanto aos crimes militares, passou por significativas alterações.

Como desfecho, na terceira seção, será apresentada a questão da (in) constitucionalidade da expansão da competência da justiça militar demonstrando

através de significativas argumentações que o entendimento é o de que a lei e sua aplicação são constitucionais.

2. A Justiça Militar no Brasil

A Justiça Militar é de sobremaneira importante para o processo e julgamento de crimes praticados por militares, ainda que praticado contra vítima civil, e, ainda que o crime esteja tipificado fora do Código Penal Militar, assim preleciona Cabette (2017).

A intenção do Código Penal Militar nada mais é que tipificar aquilo que é assegurado pela Constituição Federal de 1988, ou seja, configurar o crime militar como tal e assegurar que a competência desse crime seja da Justiça Militar.

Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:

I - processar e julgar, originariamente:

a) os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;

b) as revisões criminais e as ações rescisórias de julgados seus ou dos juízes federais da região;

c) os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal;

d) os *habeas corpus*, quando a autoridade coatora for juiz federal;

e) os conflitos de competência entre juízes federais vinculados ao Tribunal;

II - julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição (BRASIL, 1988)

É o que assevera Willian Garcez:

Quando o Código Penal Militar define como crime militar, o homicídio de civil por militar em dadas circunstâncias, apenas cumpre o mandamento constitucional de proceder à definição de crime militar e, por reflexo, delimitar a competência da Justiça Militar Federal (GARCEZ, 2017).

Observe-se que quando se trata na Constituição Federal da competência da Justiça Militar Federal, não existe previsão de ressalva quanto aos crimes dolosos contra a vida de civil (GARCEZ, 2017).

Assim sendo, no campo da Justiça Militar Federal, a competência está ligada ao conceito do que seja “crime militar” e esse conceito é atribuído, pela própria Constituição Federal, à lei ordinária (CABETTE, 2017).

A Justiça Militar tem importância no Brasil desde sua origem, pois é ela quem garante na esfera da sua competência a prestação jurisdicional. É a justiça militar que protege os bens jurídicos tutelados pela lei penal militar, é ela quem controla as ações dos militares, o respeito a disciplina e a hierarquia das instituições militares.

Apesar dessa importância, é sabido que apenas 3 (três) estados brasileiros (Minas Gerais, Rio Grande do Sul e São Paulo) possuem Tribunais de Justiça Militar.

Portanto, se faz necessário demonstrar que não dar aos militares o direito de serem julgados pela Justiça Militar na atribuição que a ela compete, é ferir uma premissa Constitucional.

2.1 Histórico da Justiça Militar

Historicamente falando, a Justiça Militar teve origem com o Supremo Conselho Militar, que em 1893 passou a ser conhecido como Supremo Tribunal Militar, criado em 1808, por D. João VI, através do alvará de 1º de abril, e tal e qual os Conselhos portugueses, resultados dos tribunais militares ingleses, especialmente o Conselho do Almirantado.

Segundo Rogério Tadeu Romano (2018) no Império, o Conselho Militar, composto de 15 juízes, se tornou um Superior Tribunal Militar e apreciava todos os delitos militares praticados no país, cujos processos lhe eram remetidos por um recurso oficial.

Loureiro Neto (2010) observa que, com o intuito de concentrar a legislação, que antes era esparsa, surgiu o primeiro Código Militar, o Código da Armada, expedido em 1891, pelo Decreto Lei nº18 que foi ampliado ao Exército pela lei nº612/1899 e posteriormente à Aeronáutica, pelo Decreto-Lei nº 2.961/1941. Em 1944 entrou em vigor o Código Penal Militar, Decreto lei nº6.227 e finalmente em janeiro de 1970 passou a vigorar o Decreto 1.001 de 21 de outubro de 1969, que é o atual Código Penal Militar.

Dessa antiguidade pode-se compreender uma persistência estatutária nada desprezível, merecendo, por isso, pelo menos um artigo científico a mudança observável na principal lei que orienta as relações jurídicas entre os militares brasileiros (RIBEIRO, 2018).

Sobre essa historicidade a respeito do Direito Penal Militar, Galvão discorre que:

A incompreensão sobre o Direito Penal Militar, em grande medida, se deve ao discurso equivocado de que o mesmo se presta a tutelar exclusivamente os princípios da hierarquia e da disciplina militares. Desta premissa equivocada decorrem equivocadas conclusões, que normalmente reclamam por restrição da intervenção punitiva aos casos em que exista interesse específicos das instituições militares a tutelar ou restringem direitos aos servidores militares (GALVÃO, 2018).

Desse modo, Galvão (2017) assevera que a Carta Magna Brasileira indica que os princípios da *hierarquia* e da *disciplina* são esteios organizacionais das instituições militares e compõem apenas meios para a realização de seus fins institucionais.

Fernando Galvão salienta ainda que instituem fins das instituições militares da União, conforme o art. 142 da CF “a defesa da pátria, a garantia dos poderes constitucionais, e a garantia da lei e da ordem”. Por outro lado, instituem fins das instituições militares estaduais, nos termos do art. 144, a preservação da ordem pública, da incolumidade e do patrimônio das pessoas, no contexto do direito fundamental à segurança pública (GALVÃO, 2017).

Nesse sentido Jorge Cesar de Assis demonstra que se pode facilmente constatar que:

O sistema constitucional brasileiro, as instituições militares, os serviços que tais instituições prestam à sociedade brasileira, o Direito Penal Militar e a Justiça Militar estão inseridas no contexto do Estado Democrático de Direito e sob este prisma devem ser compreendidos. O conteúdo material do crime militar é a conduta socialmente inadequada de militar realizada no contexto de suas atividades e ofende os bens jurídicos portadores de dignidade penal (ASSIS, 2017).

A Constituição de 1934 introduziu modificações substanciais na Justiça Militar (ROMANO, 2018). O papel principal dessa Constituição foi o de incluir a Justiça Militar entre os órgãos do Poder Judiciário, a ela foi dedicada uma seção especial, como poderia ser visto nos artigos 63 e artigos 64 a 87, seção V (ROMANO, 2018).

Veja-se:

Art 63 - São órgãos do Poder Judiciário:

a) a Corte Suprema;

b) os Juízes e Tribunais federais;

c) os Juízes e Tribunais militares; (grifos nossos)

d) os Juízes e Tribunais eleitorais.

Art 84 - Os militares e as pessoas que lhes são assemelhadas terão foro especial nos delitos militares. Este foro poderá ser estendido aos civis, nos

casos expressos em lei, para a repressão de crimes contra a segurança externa do país, ou contra as instituições militares.

Art 85 - A lei regulará também a jurisdição, dos Juizes militares e a aplicação das penas da legislação militar, em tempo de guerra, ou na zona de operações durante grave comoção intestina.

Art 86 - São órgãos da Justiça Militar o Supremo Tribunal Militar e os Tribunais e Juizes inferiores, criados por lei.

Art 87 - A inamovibilidade assegurada aos Juizes militares não exclui a obrigação de acompanharem as forças junto às quais tenha de servir.

Parágrafo único - Cabe ao Supremo Tribunal Militar, determinar a remoção de Juizes militares, de conformidade com o art. 64, letra b. (BRASIL, 1934)

A Constituição de 1937 reproduziu os preceitos da Constituição de 1934.

A Constituição de 1946 não inovou nada em substância.

A organização e a competência do Tribunal e dos Conselhos de Justiça foram mantidas na Constituição de 1967 e na Emenda Constitucional nº 01/69, foi mantida a norma de extensão do foro militar aos civis, que vinha da Constituição de 1934(artigo 84), e reproduzida na Constituição de 1946(artigo 108, § 1º), ampliando-se com a expressão crimes contra a segurança nacional, quando as Constituições anteriores falavam em crime contra a segurança externa do país (ROMANO, 2018).

Portanto, em casos de crimes em geral, será aplicada a jurisdição comum; em casos de crimes estritamente militares, será utilizada a jurisdição especial; nos crimes de homicídio, o júri (ASSIS, 2017).

Esta equabilidade constitucional deve ser especialmente observada quando funcionários públicos militares cometerem crimes dolosos contra a vida de cidadãos civis. “Isso é o que se espera num Estado de Direito, lembrando que, no campo da Justiça criminal, nenhuma instituição civil representa melhor o princípio democrático do que o tribunal do júri” (ASSIS, 2017).

Atualmente a composição da Justiça Militar da União está prevista na Constituição Federal de 1988, no art. 122. Desta forma, são órgãos que compõem a Justiça Militar Federal: o Superior Tribunal Militar, Tribunais e juizes militares.

A Justiça Militar da União vem disposta legalmente pelo artigo 124 do texto constitucional, com apenas uma jurisdição penal, competente para processar e julgar os crimes militares previstos no *Codex Militar*, cometidos por militares das Forças Armadas, das Polícias Militares e dos Bombeiros Militares.

A Justiça Militar da União tem competência para processar e julgar os crimes militares..Por outro lado, a Justiça Militar Estadual vem disposta legalmente pelo artigo 125, §4º do texto constitucional, a qual poderá processar e julgar os crimes

militares previstos no *Codex Militar*, cometidos por militares estaduais, sendo eles Policiais Militares e Bombeiros Militares.

Nesse contexto, o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar é a legislação competente para regulamentar e normatizar a atividade profissional dos militares, sendo a justiça militar uma justiça especializada prevista na CF/88

2.2. Princípios reitores e objeto da Justiça Militar

Os direitos são garantidos por normas jurídicas que têm a estrutura de regras ou de princípios. Esses princípios norteiam a estrutura jurídica, servem como base para formação de todo o ordenamento jurídico.

A diferença entre regras e princípios, está no fato de que as regras garantem direitos ou impõem deveres definitivos, enquanto os princípios garantem direitos ou impõem deveres *prima facie*, ou seja, do conteúdo da regra, extrai-se uma proposição que deve ser satisfeita plenamente, sob pena de invalidade da regra, enquanto do conteúdo dos princípios extrai-se uma proposição que não se pode realizar sempre, sendo essa realização, geralmente, parcial, o que não significa, por outro lado, a invalidação do princípio (THOMAZI, 2018).

Conclui-se, portanto, que os princípios são mandamentos de otimização, que “exigem que algo seja realizado na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes” (NEVES e STREIFINGER, 2012 p. 97).

Nesse sentido, os princípios da Hierarquia e da Disciplina são bases organizacionais das instituições militares, constantes no art. 42, caput, da CRFB/88 (no que se refere às instituições militares estaduais) e, no art. 142, caput, da CRFB/88, (no que se refere às forças armadas) (CRUZ, 2018).

Em relação ao Princípio da Hierarquia, ele é o escalonamento, dos órgãos e dos agentes da administração que tem como objetivo a organização da função administrativa.

Quanto ao princípio da Disciplina tem-se, de maneira ampla, que é a situação de respeito que os agentes administrativos devem ter para com as normas que os regem, em cumprimento aos deveres e obrigações que a eles são impostos (CRUZ, 2018).

Ainda, a apuração se deve regular, nos limites da formalidade e, respeitando os limites do contraditório e da ampla defesa, constituintes do devido processo legal (BRASIL, 1988).

De outra forma, para se entender os princípios da Hierarquia e Disciplina, faz-se necessárias algumas observações acerca da diferenciação entre subordinação e vinculação.

Assim, subordinação tem caráter interno e, é estabelecido entre órgãos de uma mesma pessoa administrativa como fator decorrente da hierarquia. Ainda, é uma relação existente entre uma divisão e um departamento de um determinado órgão da Administração Pública (CRUZ, 2018).

Quanto à vinculação, tem caráter externo e, resulta do controle que pessoas federativas exercem sobre pessoas pertencentes à administração direta; relação que liga os Estados-Membros a suas Autarquias.

3. O crime militar e a lei 13.491/17

Para iniciar esse tópico, é relevante questionar se o processo e o julgamento de militares na Justiça Militar, por crimes dolosos contra a vida, seriam sob a afirmação do artigo 5º, XXXVIII da CF que reconhece a Instituição do Júri com a organização dada pela Lei e lhe certifica competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida (MARREIROS, 2018).

Ao falar sobre a lei 13.491/17, Jorge Cesar de Assis explana que:

A Lei 13.491/17 tem, ao mesmo tempo, caráter penal e processual. Pode-se afirmar que ela tem um caráter essencialmente penal quando ampliou o leque dos crimes militares, abarcando igualmente os delitos da legislação penal comum quando praticados em condições que o próprio CPM estabelece. E, tem caráter processual sob dois aspectos: o primeiro deles, de discutível técnica legislativa, ao prever, no Código Penal Militar, que os crimes militares contra a vida de civil, praticados por militares, seriam da competência do tribunal do júri e; o segundo, porque em decorrência da nova classificação do crime anteriormente comum para militar, haverá o consequente deslocamento de sua competência para a Justiça Militar, pois será lá que o processo e julgamento deverão ocorrer. É, portanto, uma lei mista, híbrida por assim dizer (ASSIS, 2018).

Já para o doutrinador Ronaldo João Roth:

A Lei 13.491/17 é o marco para o engrandecimento da seara penal militar, pois, ao tornar crimes de natureza militar os tipos penais da legislação penal comum - instituindo, a nosso ver, a categoria dos crimes militares por

extensão -, aliviou da Polícia Judiciária Comum significativo número de infrações penais por ela investigadas, bem como diminuiu da Justiça Comum o peso dos processos-crime dessa categoria que por ali tramitavam, e, por conseguinte, elevou o número de atividades e o volume de trabalho da Polícia Judiciária Militar e da Justiça Militar (ROTH, 2018).

Roth segue dizendo que a norma que possui todos os elementos da geral e mais alguns, denominados especializantes é uma norma especial, que trazem um *minus* ou um *plus* de severidade (ROTH, 2018).

É como se tivéssemos duas caixas praticamente iguais, em que uma se diferenciasse da outra em razão de um laço, uma fita ou qualquer outro detalhe que a torne especial. Entre uma e outra, o fato se enquadra naquela que tem o algo a mais. O infanticídio tem tudo o que o homicídio tem, e mais alguns elementos especializantes: a vítima não pode ser qualquer “alguém”, mas o próprio filho da autora + o momento do crime deve se dar durante o parto ou logo após + a autora deve estar sob influência do estado puerperal. (...) Consequência: a lei especial prevalece sobre a geral, a qual deixa de incidir sobre aquela hipótese (ROTH, 2018).

No Princípio da Unidade da Constituição não se pode admitir que uma norma constitucional originária seja inconstitucional. Nota-se que o mesmo texto original da Constituição Federal que previu o júri entre os direitos e garantias fundamentais com “competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida” também previu as competências das Justiças Militares que se baseavam no escabinato e não no júri, com base na Lei que foi recepcionada pela Constituição (MARREIROS, 2018).

“Os dois devem ser compatibilizados sem que aquele tenha o poder de tornar este inaplicável. Reforça esse argumento o fato de que entre 1988 e 1996 não foi dado como inconstitucional o julgamento de crimes dolosos contra a vida pelos Conselhos de Justiça pelo STF, pelo STJ e nem pelo STM” (MARREIROS, 2018).

Certo é que o Direito Penal Militar regula a intervenção punitiva que tutela a qualidade e probidade dos serviços prestados pelas instituições militares para a sociedade (ASSIS, 2017). “O fundamento basilar que orienta a Constituição da República e o próprio Código Penal militar, ao distinguir crimes própria e impropriamente militares, é o de que a atuação dos serviços militares pode ofender bens jurídicos diversos da hierarquia e disciplina” (ASSIS, 2017).

Na visão de Vladimir Aras (ARAS, 2018) em que numa democracia as instituições militares devem se sujeitar ao poder civil e que a justiça militar deve tratar apenas dos crimes que digam respeito à hierarquia e a disciplina, os crimes

dolosos contra a vida devem ser de competência do Tribunal do Júri, ao concluir que:

Numa democracia, instituições militares e seus integrantes sempre devem estar sujeitos ao poder civil e, portanto, em regra os crimes cometidos por membros da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica que não digam respeito a hierarquia, disciplina e a outros valores militares (art. 142 da CF) devem submeter-se à Justiça comum.

Para os crimes em geral, a jurisdição comum; para os crimes estritamente militares, a jurisdição especial; para os crimes de homicídio, o júri. Esta equação constitucional deve ser especialmente observada quando funcionários públicos militares cometem crimes dolosos contra a vida de cidadãos civis. É o que se espera num Estado de Direito, no campo da Justiça criminal, nenhuma instituição civil representa melhor o princípio democrático do que o tribunal do júri. (ARAS, 2018)

Nesse sentido, entende o autor que o órgão que mais condiz com o Estado Democrático de Direito, representando o princípio democrático, é o Tribunal do Júri, quando há o cometimento por parte dos militares de crimes dolosos contra a vida de civil.

No mesmo sentido, Aury Lopes Júnior (JÚNIOR, 2017) entende que é uma violação ao juiz natural ao retirar os crimes dolosos contra a vida de civil da competência do tribunal do júri, aduzindo que:

Noutra dimensão, os tribunais militares tampouco se justificam em tempo de paz, devendo ter sua atuação realmente limitada aos crimes militares, quando praticados por militares e diante de um real e peculiar interesse militar. Do contrário, é violação do juiz natural.

Mas, na contramão de tudo isso, vem a Lei 13.491/2017, que inicia por retirar do tribunal do júri o julgamento dos crimes dolosos contra a vida de civil praticados por militares das Forças Armadas em situações de verdadeiro “policiamento urbano” (situações previstas no parágrafo 2º, incisos I, II e III do artigo 9º do CPM). (JÚNIOR, 2017)

Pode-se notar que para este autor a ampliação da competência da Justiça Militar da União, no tocante ao julgamento dos crimes dolosos contra a vida de civil, representa um retrocesso para a democracia brasileira.

Já autores como Carlos Eduardo Lamas Moreira e Sérgio Luis Lamas Moreira (MOREIRA e MOREIRA, 2017) entendem que a referida lei afronta o artigo 5º, XXXVIII da CF, ao concluírem que:

Destarte, o projeto que alterou o Artigo 9º do Código Penal Militar violou o procedimento de alteração das leis, portanto, incorreu em inconstitucionalidade formal, ao silenciar quanto parte essencial de sua alteração; e porque com o veto ao Artigo 2º o Poder Executivo, desfigurou completamente a vontade do Poder Legislativo, violou normas constitucionais, como eficiência, isonomia, igualdade, razoabilidade, caráter restritivo da jurisdição militar. Há violação ao Pacto de São José da Costa

Rica que propugna uma jurisdição militar restritiva, além das diversos questionamentos internacionais acerca da existência da polícia militar. (MOREIRA, MOREIRA, 2017).

Parece cristalino o entendimento de que para o direito penal não interessa proteger apenas a hierarquia e disciplina internas às instituições militares. Mas ele se interessa especialmente em proteger todos os bens jurídicos que possam ser afetados pela realização inadequada dos serviços militares (ASSIS, 2017). Nesta perspectiva, não se protege apenas o interesse imediato das corporações militares, mas o interesse da sociedade que é destinatária dos serviços pelas mesmas corporações (ASSIS, 2017).

A jurisprudência do Superior Tribunal Militar, bem como a do Supremo Tribunal Federal são no sentido de ser constitucional o julgamento dos crimes dolosos contra a vida de militar em serviço pela Justiça Castrense da União, sem a submissão destes crimes ao Tribunal do Júri, nos termos do o art. 9º, III, “d”, do CPM. Unanimidade. (STM, Pleno, rel. Min. José Coelho Ferreira, Apelação 000254-78.2013.7.01.0201/RJ, j. em 21/06/2016) (MARREIROS, 2018).

3.2. Conceito de crime militar e espécies

O Código Penal Militar, responsável por enumerar as circunstâncias definidoras do crime militar, foi recentemente alterado pela Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017.

As mudanças operadas pela nova Lex estabelecem, nitidamente, um alargamento da competência das justiças militares da União e dos Estados, bem como, por consequência, da atribuição da polícia judiciária militar, visando adequar a legislação penal à realidade brasileira, na qual se apercebe cada vez mais frequente o emprego das Forças Armadas em operações de garantia da lei e da ordem, dentre outras (WONDRACEK e WIGGERS, 2018).

De fato, a motivação da alteração legislativa operada pela Lei nº 13.491/2017 foi regular a competência para julgamento de crimes praticados por militares federais durante a execução de missões de garantia da lei e da ordem, entre outras na área da segurança pública e da segurança nacional (WONDRACEK e WIGGERS, 2018).

Contudo, ao dar nova definição ao crime militar, alterou também a competência das Justiças Militares dos Estados, e aqui reside o móvel da presente reflexão.

Os crimes militares são classificados em crimes propriamente militares e impropriamente militares. O crime propriamente militar é aquele que somente o militar pode cometer exemplo, deserção, recusa de obediência, praticar violência contra inferior, ou o crime de abandono de posto, pois o civil não teria como praticar tais delitos, mas somente o militar da ativa (POLITANO, 2015).

A estes crimes propriamente militares possibilita-se uma ordem de prisão, sem ser em flagrante delito, sem ordem judicial, mas uma quarta possibilidade de prisão tão somente pelo tipo penal.

Já o crime impropriamente militar é aquele que o civil também pode cometer, quando tal conduta é prevista no ordenamento militar castrense e decorrente da aplicabilidade do art. 9º do CPM (onde neste artigo que se encontra toda a descrição de quando um crime é militar ou comum), podendo inclusive um crime militar ser praticado por civil (POLITANO, 2015).

Sim, um civil também pode praticar um crime militar. Quando, por exemplo, invade uma instalação militar e comete o delito de furto ou roubo de um armamento, fica sujeito ao processo penal na Justiça Militar Castrense (desde que o crime seja contra as Forças Armadas), e lá será processado e julgado (WONDRACEK e WIGGERS, 2018).

Já o julgamento de oficiais é composto também pelo juiz-auditor, e outros 4 oficiais de carreira de posto superior ao acusado, porém o conselho é denominado de Conselho Especial de Justiça.

Na decisão de mérito caberá a cada um dos membros o direito ao voto (aberto e em público), sendo o primeiro voto decidido pelo Juiz-Auditor, que por vezes esclarece questões técnicas de direito. Posteriormente, cabendo à sequência de oficiais, do mais moderno ao mais antigo, a declaração de seu voto, sem no entanto a necessidade de justificar sua decisão, podendo se limitar por vezes a uma decisão de “absolvo ou condeno” (POLITANO, 2015).

Trata-se de um processo penal com rito próprio, previsto no Código de Processo Penal Militar, com prazos e peças diferentes daqueles adotados pelo CP, e prezando acima de tudo pelo princípio da oralidade.

3.3. A Lei 13.491/17

No dia 13 de outubro de 2017 foi publicado no DOU a Lei 13.491, que altera o Decreto-Lei no 1.001/69 - Código Penal Militar, para, além de outras providências, ampliar a competência da Justiça Militar.

“O §2 inserido pela nova Lei passou a tratar das exceções à regra do parágrafo anterior, regra que faz com que os crimes dolosos contra a vida de civis, em geral, quando praticados por militares, deixem de ser crimes militares” (MARREIROS, 2017).

Como explicado acima, não é uma regra de competência, mas uma regra de direito material escrita de forma pouco técnica. Ainda assim, desta vez se conseguiu, efetivamente, fazer aquilo que as Leis Complementares 117 e 136 não foram capazes: excepcionar a aplicação do §1º (que equivale ao antigo parágrafo único), justamente porque fez a modificação nesse parágrafo (MARREIROS, 2017).

4. A constitucionalidade da expansão da competência da Justiça Militar

A Lei 13.491, de 13 de outubro de 2017, trouxe significativa ampliação para a competência criminal da Justiça Militar estadual com a alteração da redação do inciso II do art. 9º do Código Penal Militar.

Com a nova redação, todos os crimes previstos na legislação penal e que sejam cometidos nas condições previstas nas alíneas “a” a “e” do referido inciso II, que permaneceram inalteradas, passaram a ser considerados crimes militares em tempo de paz, além dos crimes previstos no Código Penal Militar. Tais condições, identificam a existência de interesse da instituição militar a ser protegido e cabe a lei definir o conteúdo do crime militar (GALVÃO, 2017).

A consequência da nova Lei é que, a partir da sua entrada em vigor, os processos em trâmite na Justiça Comum deverão ser remetidos à Justiça Militar, havendo de se reconhecer o caráter mais benéfico da norma se os delitos foram praticados em data anterior à vigência da novel Lei. Nesse ponto, a doutrina se divide quanto ao processo continuar tramitando na Justiça Comum ou ser remetido à Justiça Castrense quando se tratar de situação mais gravosa ao réu, mas, em ambas as hipóteses, garantida a irretroatividade da lei penal (ROTH, 2018).

A alteração da definição de crime militar estava sendo discutida no PL 2014/2003 da Câmara, que teve início no Senado no ano de 2000 com o PLS 132. No Senado, o texto aprovado e encaminhado para a Câmara previa exatamente a alteração do inciso II do art. 9º que agora foi promovida pela Lei 13.491/2017. Na Câmara, o PL 2014 foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e ainda encontra-se na casa legislativa (GALVÃO, 2017).

Essa alteração na definição de crime militar que o PL 2014 propunha e acabou por ocorrer por meio de outro projeto amplamente discutido, inclusive com a realização de audiência pública na Comissão de Constituição de Justiça da Câmara. (GALVÃO, 2017).

Com o surgimento da lei, começou a polêmica sobre ser ou não inconstitucional o parágrafo único que ela incorporava no artigo 9º do CPM. Como ela era escrita levando em consideração a competência e fixando essa competência em sentido aparentemente contrário ao da Constituição, à interpretação literal, adotada por muitos, era a primeira a ser considerada. (MARREIROS, 2018).

Antes de qualquer interpretação, é importante analisar o processo legislativo que resultou na citada lei. Senão, veja-se:

A proposta inicial era remeter à justiça comum o julgamento, em tempo de paz, de crimes cometidos contra civil, e resultou da “CPI que investiga o Extermínio de Crianças e Adolescentes”. A motivação seria um alegado corporativismo no julgamento como regra. Nessa tramitação houve várias propostas e alegações, passando pela sempre absurda e inconstitucional tese de que militares estaduais não seriam considerados militares para fins penais; pela necessidade de tutela dos bens jurídicos ligados à razão de ser das Forças Armadas; redação que restringia a exceção do parágrafo aos militares estaduais; redação mais técnica como a que fala “Excetuosos os crimes dolosos contra a vida, consideram-se crimes militares em tempo de paz”, e outras idas e vindas em geral pouco técnicas e que, ao final, terminaram com a aprovação constante da lei 9.299/96 (MARREIROS, 2018).

A Constituição Federal estabelece as balizas para a definição da competência da Justiça Militar, e o faz em dois momentos diferentes: quando diz que “compete à Justiça Militar processar e julgar os crimes militares definidos em lei” (*art. 124*) em relação à Justiça Militar da União, e; em relação à Justiça Militar Estadual, quando afirma que “compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados nos crimes militares definidos em lei” (*art. 125, § 4º*) (ASSIS, 2018).

Apesar de se tratar de uma norma de Direito substantivo, incluída em um código de direito substantivo, no artigo que determina quando os crimes tem origem de crime militar em tempo de paz, ela tem sim reflexo direto na competência: “Como às justiças militares compete “processar e julgar os crimes militares definidos em lei”(União)” (MARREIROS, 2018) e “os militares dos estados nos crimes militares definidos em lei” (estados e DF), resulta que, como regra geral, esses crimes, agora militares, passem a ser processados e julgados nas justiças militares (MARREIROS, 2018).

Diz-se, como regra geral, “crimes militares podem ser julgados na justiça comum estadual e federal, por juízos monocráticos ou Tribunais e as hipóteses de prerrogativa de foro e crimes militares praticados por civis contra as instituições militares estaduais”. (MARREIROS, 2018)

Dizer o contrário seria admitir *abolitio criminis* o que é um equívoco. Dimensionando ainda mais exatamente o absurdo que seria admitir essa *abolitio criminis*, ela permitiria, por exemplo, admitir que o Comandante do Exército não responderia por nenhum crime militar, só por ter foro por prerrogativa (MARREIROS, 2018). “E nenhuma outra autoridade com foro por prerrogativa fora da Justiça Militar, também não” (MARREIROS, 2018).

Os crimes dolosos contra a vida, praticados por militar contra civil serão, em regra, crimes comuns (é norma de direito material e não de competência, apesar da redação ainda infeliz). Mas serão militares nas condições da Lei do abate (como já constava da redação de 2011), da Lei complementar n.97 que versa sobre operações de garantia da lei e da ordem e outras hipóteses e atuação das Forças Armadas, no exercício da polícia judiciária militar e quando no contexto do código eleitoral (PENAI 2018).

Caso um militar das Forças Armadas ou das Polícias Militares, estando em serviço, cometer um crime eleitoral na forma prevista no Código Eleitoral como o que consta no artigo 238 do Código eleitoral “prender ou deter eleitor, membro de mesa receptora, fiscal, delegado de partido ou candidato, com violação do disposto no art. 236” (BRASIL, 1965), a competência para processar e julgar será do Juiz da Zona eleitoral, e não da Justiça Militar da União ou Justiça Militar Estadual (PENAI 2018).

Esta nova classe de crime militar obviamente não pode ser conceituada como crime militar impróprio, porque estes, em que pese a alteração do inciso II, do art. 9º, continuam a ser aqueles que estão previstos tanto no Código Penal Militar como na legislação penal comum (ASSIS, 2018).

Os crimes hediondos terão a hediondez como elemento especializante. Tráfico não é hediondo, é apenas equiparado no tratamento dado a tais crimes, prevalecendo, por exemplo, o art. 290 do CPM (nas hipóteses que ele elenca): a Lei apenas diz, sem falar em artigo do CP, que o crime de tráfico receberia o mesmo tratamento que ela dava aos hediondos (PENAI, 2018).

É o mesmo que dizer que todos os militares que estão com processos e apurações de crimes tipificados no Código Penal comum ou em legislações extravagantes, se forem praticados nas condições previstas nas alíneas do inciso II do art. 9º do Código Penal Militar, deverão remeter o referido processo para a Justiça Militar Estadual e do Distrito Federal, a não ser que suscitem a inconstitucionalidade do dispositivo ou mesmo sua inconveniência” (ASSIS, 2018).

A constância desse tríptico compartimento do crime militar diante do surgimento da nova lei permitirá atingir com mais precisão a segurança jurídica desejada, já que no exame dos rígidos critérios do artigo 9º, inciso II, do CPM, se alcançará a diferenciação do crime militar em relação ao crime comum (ROTH, 2018).

Destarte, a nova lei traz a possibilidade de outros tipos penais - estranhos aos CPM - serem de competência da JMU e da JME, porquanto se considerarão crimes militares se praticados nas hipóteses do inciso II do art. 9º do CPM, como, por exemplo, aqueles previstos na legislação comum se praticados em serviço ou em razão da função (art. 9º, II, alínea “c”, CPM) ou se praticados no interior de local sob administração militar (art. 9º, II, alínea “b”, CPM), tais quais: o crime de abuso de autoridade (Lei 4.898/65); os crimes de tortura (Lei 9.455/97), os crimes ambientais (arts. 29/69-A da Lei 9.605/98); os crimes do Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/03, arts. 12/21); os crimes do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90, arts. 228/244-B); os crimes do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03, arts. 95/110); o crime de organização criminosa (Lei 12.850/13, art. 2º) e o os crimes de trânsito (Lei 9.503/97) etc.; bem como os delitos do Código Penal Comum não previstos no CPM, como, por exemplo: tráfico de pessoas (art. 149-A); receptação de animal (art. 180-A); assédio sexual (art. 216-A); associação criminosa (art. 288); constituição de milícia privada (art. 288-A); estupro de vulnerável (art. 217-A); inserção de dados falsos em sistema de informações (art. 313-A); modificação ou alteração não autorizada no

sistema de informações (art. 313-B); fraude processual (art. 347) (ROTH, 2018)

“Sobre a Lei no tempo, deve prevalecer o princípio penal de que a lei não pode retroagir para prejudicar e é necessária mitigação do princípio processual *tempus regit actum*, para institutos processuais que prejudiquem o réu ou indiciado penalmente não possam prevalecer” (PENNAIS, 2018).

Diante de todo o exposto, é correto afirmar que a Lei é constitucional, pois a sua edição obedeceu ao devido processo legal. Concluiu-se que a Lei 13.491/17 é constitucional tanto sob o aspecto da substancial alteração do artigo 9º do CPM quanto também pelo veto presidencial do dispositivo temporal a período ultrapassado relativo às olimpíadas ocorridas no Rio de Janeiro, em 2016 (ROTH, 2018).

5. Conclusão

A proposta desse trabalho foi demonstrar a necessidade de estudo no Brasil acerca da (in) constitucionalidade da lei 13.491/17, assunto demonstrado na seção 4.

Quando uma lei é criada, ela traz consigo o propósito de beneficiar a população de um modo geral, ou em alguns casos, uma minoria ou uma classe. As leis são criadas com a finalidade de assegurar que a população ou esse determinado grupo, tenham seus direitos preservados ou que sejam reavaliadas normas que dizem respeito a algumas das situações vividas por essa parte.

Qualquer dispositivo que deixe de conferir direitos a outrem deverá ser declarado inconstitucional; esse não é este o caso. Inconstitucional é aquela decisão ou determinação que traz prejuízo há um determinado grupo privando-os de terem exercidos os seus direitos.

A legislação mencionada nesse artigo é e deve ser reconhecida como constitucional, na presciência em que defende que os militares recebam o tratamento determinado pelo princípio da isonomia, que significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades.

O que esteve sempre em jogo é o direitos dos militares, de serem julgados de forma diferenciada, atendendo as suas equidades. Essa nova lei assegura que os

processos que tramitavam na Justiça Comum devem ser remetidos à Justiça Militar, devendo ser reconhecido o caráter mais benéfico da norma.

Esta mudança é substantiva, porque atrairá para a esfera de competência da Justiça Militar (tanto da União como a dos Estados) um número vultoso de casos concretos que antes estavam tramitando na Justiça Comum.

Sendo assim, uma legislação que abarque os direitos dessa classe, não pode jamais ser considerada inconstitucional.

Referências

ASSIS, Jorge Cesar de. **A lei 13.491/17 e a alteração no conceito de crime militar: primeiras impressões – primeiras inquietações**. Disponível em: <<https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/01/18/A-Lei-1349117-e-a-altera%C3%A7%C3%A3o-no-conceito-de-crime-militar-primeiras-impress%C3%B5es-%E2%80%93-primeiras-inquieta%C3%A7%C3%B5es>>. Acesso em 04 de set. de 20.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 04 de set. de 20.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 04 de set. de 20.

BRASIL. **Lei 6.880, de 9 de dezembro de 1980**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/l6880compilada.htm>. Acesso em 26. jul 19.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Crimes militares praticados contra civil - competência de acordo com a Lei 13.491/17**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/61211/crimes-militares-praticados-contra-civil-competencia-de-acordo-com-a-lei-13-491-17>>. Acesso em 05 de set. de 20.

CRUZ, Carla Fernanda da. **Os Pilares do Direito Militar: Hierarquia e Disciplina**. Disponível em: <<https://www.megajuridico.com/hierarquia-e-disciplina/>>. Acesso em 30 de set. de 20.

GALVÃO, Fernando. **Incompreensão sobre o bem jurídico tutelado nos crimes militares. Disponível em:** <<https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2017/11/23/Incompreens%C3%A3o-sobre-o-bem-jur%C3%ADdico-tutelado-nos-crimes-militares>>. Acesso em 04 de set. de 20.

GALVÃO, Fernando. **Não há inconstitucionalidade formal na lei 13.491/2017**.

<<https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2017/11/18/N%C3%A3o-h%C3%A1-inconstitucionalidade-formal-na-Lei-134912017>>. Acesso em 04 de set. de 20.

GARCEZ, Willian. **Considerações sobre a lei 13.491/17 (competência da justiça militar)**. Disponível em:

<<https://delegadowilliamgarcez.jusbrasil.com.br/artigos/516941844/consideracoes-sobre-a-lei-13491-17-competencia-da-justica-militar>>. Acesso em 05 de set. de 20.

LEITÃO, Vitor Manuel Matos. **A disciplina militar como elemento essencial do funcionamento regular das forças armadas**. Disponível em

<https://comum.rcaap.pt/bitstream/10400.26/1129/1/TII%20Cap%20Leitao_A%20DISCIPLINA%20MILITAR%20COMO%20ELEMENTO%20ESSENCIAL%20DO%20FUNCIONAMENTO%20REGULAR%20DAS%20F.%20ARMADAS.pdf>. Acesso em 07 de set. de 20.

LOUREIRO, Ithalo Frota. **Princípios da hierarquia e da disciplina aplicados às instituições militares**. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/5867/principios-da-hierarquia-e-da-disciplina-aplicados-as-instituicoes-militares>>. Acesso em 05 de set. de 20.

MARREIROS, Adriano Alves. **Lei 13.491/2017, Uma breve análise sobre a mudança da natureza comum para militar de certos casos de crimes dolosos contra a vida**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/11/27/lei-13-4912017/>>. Acesso em 05 de set. de 20.

MARTINS, Eliezer Pereira. **Direito Constitucional Militar**. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/3854/direito-constitucional-militar>>. Acesso em 07 de set. de 20.

NEVES, Cícero Robson Coimbra e STREIFINGER, Marcello. **Manual de Direito Penal Militar**. 2ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2012.

NETO, José da Silva Loureiro. **Processo Penal Militar**. 3ª Edição. Editora Atlas. Mauá, 1999.

PAULA, Jefferson Augusto de; POSADA, Carlos Eduardo O-Reilly Cabral; Gama, Ranka Diríangem Sandino da; SELLETI, Robson Luiz; MOTTA, Eduardo Henrique Titão e ALBUQUERQUE Marinson Luiz. **A necessidade de interpretação do direito militar à luz dos direitos e garantias fundamentais**. Disponível em <http://www.aprapr.org.br/wp-content/uploads/2011/11/A_NECCESSIDADE-DE-INTERPRETA%C3%87%C3%83O-DO-DIREITO-MILITAR-A-LUZ-DA-CF.odt>. Acesso em 07 de set de 20.

POLITANO, Rafael. **Crimes militares próprios e impróprios**. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/192660754/crimes-militares-proprios-e-improprios#:~:text=Os%20crimes%20militares%20s%C3%A3o%20classificados,com%20os%20crimes%20previstos%20no>>. Acesso em 30 de set. de 20.

RIBEIRO, Ney Rodrigo Lima. **As novas competências da “justiça castrense” com o advento da lei ordinária federal Nº 13.491/2017.** Disponível em: <<http://ibsp.org.br/ibsp/revista/index.php/RIBSP/article/download/3/15/>>. Acesso em 04 de set. de 20.

ROMANO, Rogério Tadeu. **Origens da justiça militar e aspectos históricos e atuais.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/66817/origens-da-justica-militar-e-aspectos-historicos-e-atuais>>. Acesso em 04 de set. de 20.

ROTH, Ronaldo João. **Lei 13.491/17 - Os crimes militares por extensão e o princípio da especialidade.** Disponível em: <<https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/08/31/Lei-1349117---Os-crimes-militares-por-extens%C3%A3o-e-o-princ%C3%ADpio-da-especialidade>>. Acesso em 30 de set. de 20.

THOMAZI, Robson Luis Marques. **A hierarquia e a disciplina aplicadas às instituições militares: controle e garantias no regulamento disciplinar da brigada militar.** Disponível em: <<https://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4799/1/410953.pdf>>. Acesso em 30 de set. de 20.

WONDRACEK, Jonatas e WIGGERS, Alan Pereira. **Lei nº 13.491/2017: nova definição de crime militar e seus reflexos.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64237/lei-n-13-491-2017-nova-definicao-de-crime-militar-e-seus-reflexos>>. Acesso em 30 de set. de 20.