

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

APLICAÇÃO DA PENA NO DIREITO MILITAR ANÁLISE COMPARADA

*Jorge Cesar de Assis**

Sumário: 1. Apresentação do tema. 2. Atenuantes e limites da pena. 2.1. A legislação espanhola. 2.2. Legislação comparada. 3. A suspensão condicional da pena. 4. Conclusão

1. Apresentação do tema

A matéria a seguir apresentada decorreu de uma dúvida colocada para um grupo de discussão acerca do direito militar, em página espanhola da web, derechomilitar@eListas.net:

“Para el caso de un militar que há cometido un delito penado com prisión de tres meses y un dia a seis meses, y concurriendo circunstancias atenuantes ¿ es posible solicitar la pena inferior em grado?”¹.

“Teniendo en cuenta que el reo es militar profesional – aunque los hechos datam de cuando era militar de reemplazo¿ seria posible solicitar una suspensión de la condena?”²

2. Atenuantes e limites da pena

A Lei orgânica n° 13, de 09.12.1985, trata do Código Penal Militar espanhol, que entrou em vigor em 1° de junho de 1986, sendo alterado pela Lei orgânica n° 134, de 20.12.1991, e pela Lei orgânica n° 11, de 27.11.1995, que inclusive aboliu a pena de morte em tempo de guerra. A tipificação de condutas construtivas de delito militar está centrada basicamente nos delitos exclusiva ou propriamente militares.

2.1. A legislação espanhola

Em seu art. 22, o Código Penal Militar espanhol considera como circunstâncias atenuantes nos delitos militares as circunstâncias modificativas previstas no Código Penal co-

* Jorge Cesar de Assis é Promotor de Justiça Militar (MPM). Autor de livros de Direito Militar.

¹ “Havendo circunstâncias atenuantes é possível solicitar pena em grau inferior para um militar que cometeu delito apenado com prisão de três meses e um dia a seis meses?”

² “Seria possível solicitar uma suspensão da condenação de um réu, militar profissional, levando-se em consideração que os fatos ocorreram quando estava afastado do cargo?”

mum e, especificamente, “o fato de não haver transcorrido trinta dias desde que o culpado efetuou sua incorporação às fileiras” e igualmente “o fato de haver precedido, por parte do superior, imediata provocação ou qualquer outra atuação injusta que naturalmente tenha produzido no sujeito um estado passional ou emocional intenso”³.

O socorro às regras do Código Penal comum está devidamente previsto nas causas de isenção de responsabilidade criminal e nas causas de inimputabilidade, conforme anotado no preâmbulo do Código Penal castrense.

Por sua vez, o art. 24 do código espanhol estabeleceu que as penas principais são: a) prisão; b) perda de emprego; c) inabilitação definitiva para comando de navio de guerra ou aeronave militar; d) confinamento; e) desterro.

Tratando da aplicação da pena, o art. 35 dispõe dever-se ter em conta, além das circunstâncias atenuantes e agravantes que concorram, a personalidade do culpado, sua graduação, função militar, a natureza do móvel que o impulsionou, a gravidade e a transcendência do fato em si e sua relação com o serviço e o lugar de sua perpetração. Para a imposição de pena em menor extensão, o culpado não deve ser militar profissional⁴.

Já o art. 36 estabelece que, concorrendo duas ou mais atenuantes e nenhuma agravante ou a reincidência, poderá impor-se a pena inferior em grau àquela assinalada pela lei⁵.

São exemplos de delitos militares punidos com pena de três meses e um dia a seis meses de prisão, pelo CPM espanhol, os seguintes: a embriaguez em ato de serviço⁶; o descumprimento negligente de ordem geral em tempo de paz⁷ e outros.

Forçoso concluir então que à luz dos dispositivos vigentes do CPM espanhol que, se concorrerem, no caso concreto, duas ou mais circunstâncias atenuantes e nenhuma agravante, e não sendo caso de reincidência, poderá ser imposta uma pena inferior em grau, na exata dicção do art. 36. Para a atenuação, entretanto, é necessário a ocorrência de no mínimo duas atenuantes. A locução *poderá* deve ser entendida não como uma faculdade, mas sim um dever do juiz, desde que presentes as circunstâncias previstas na lei.

³ Artículo 22. En los delitos militares, además de las circunstancias modificativas previstas en el Código Penal, serán estimadas como atenuantes: a) Para las clases de tropa o marinería, la de no haber transcurrido treinta días desde que el culpable efectuó su incorporación a filas; b) La de haber precedido por parte del superior inmediata provocación o cualquiera otra actuación injusta que naturalmente haya producido en el sujeto un estado pasional o emocional intenso.

⁴ Artículo 35. En los delitos militares, y salvo lo dispuesto en los artículos siguientes, se impondrá la pena señalada por la ley en la extensión que se estime adecuada, teniendo en cuenta, además de las circunstancias atenuantes e agravantes que concurren, la personalidad del culpable, su gradación, función militar, la naturaleza de los móviles que le impulsaron, la gravedad y transcendencia del hecho en sí y su relación con el servicio o el lugar de su perpetración. Especialmente se tendrá en cuenta la condición de no profesional del culpable para imponer la pena en menor extensión. La individualización penal que se efectúe debe ser razonada en la sentencia.

⁵ Artículo 36. Cuando concurren dos o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante o la circunstancia segunda del párrafo primero del artículo veintidós, podrá imponerse la pena inferior en grado a la señalada por la ley.

⁶ Artículo 148. El militar que en acto de servicio de armas o transmisiones, voluntaria o culposamente se embriagare o drogare, resultando excluida o disminuida su capacidad para prestarlo, será castigado con la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión.

⁷ Artículo 158. El militar que por negligencia no cumpliere una consigna general, dejare de observar una orden recibida o causare grave daño al servicio por incumplimiento de sus deberes militares fundamentales, será castigado en tiempo de guerra con la prisión de cuatro meses a cuatro años. En tiempo de paz, si concurre negligencia grave, se impondrá las penas de tres meses y un día a seis meses de prisión.

2.2. Legislação comparada

Pela sistemática do Código Penal Militar brasileiro (Decreto-Lei nº 1001, de 21.10.1969), as circunstâncias agravantes (art.70) e as circunstâncias atenuantes (art. 72) estão tratadas em dispositivos diversos, sendo certo que quando a lei determina a agravação ou atenuação da pena sem mencionar o quantum, deve o juiz fixá-lo entre um quinto e um terço, guardados os limites da pena cominados ao crime (art. 73).

Importante ressaltar que os limites da pena no direito penal militar são fixos, quais sejam, o mínimo da pena de reclusão é de um ano e o máximo de trinta anos; o mínimo da pena de detenção é de trinta dias e o máximo de dez anos (art. 58).

Isto significa que na aplicação da pena, sopesado o concurso de agravantes e de atenuantes, e mesmo quando a lei prevê causas de especial aumento ou diminuição de pena, a reprimenda final não poderá ser fixada abaixo do mínimo legal ou acima do máximo, contrário ao previsto no Código Penal comum, em que, de acordo com o sistema trifásico preconizado no art. 68, a pena final poderá ficar abaixo do mínimo ou acima do máximo legal⁸, pacífico na doutrina e na jurisprudência brasileira.

No entanto, em vários dispositivos do Código Penal Militar brasileiro, pode o juiz, em determinados crimes, e por ocasião do julgamento, desclassificá-los para transgressão disciplinar (lesão levíssima, art. 209. § 6º; furto atenuado, art. 240, § 1º, e outras).

Pelo Código de Justiça Militar da Pátria-Mãe (Decreto-Lei nº 141, de 09.04.1977, ainda em vigor)⁹, existe a previsão de uma série de atenuantes consideradas para os crimes essencialmente militares (art. 20) aos quais, aliás, o Código se aplica, a teor de seu art. 1º.

As penas aplicáveis pelos crimes essencialmente militares são: a prisão maior, que varia de dois a oito anos até de vinte e quatro a vinte e oito anos; a de presídio militar, variando de seis meses a dois anos até de seis a oito anos; e a de prisão militar, que não será inferior a dois meses e nem superior a um ano (arts. 24 a 27).

O art. 39 do Código de Justiça Militar português assevera que poderão extraordinariamente os juízes, considerando o especial valor das circunstâncias atenuantes, substituir as penas mais graves pelas menos graves.

O Código de Justiça Militar do Peru (Decreto-Lei nº 23.214, de 24.07.1980, modificado pela Lei nº 26.677, de 22.10.1998 e pela Lei nº 27.178, de 28.09.1999) estabelece em seu art. 22 que “las unicas sanciones penales que pueden imponerse conforme a las disposiciones de este Código, son las siguientes: muerte, sólo por traición a la Patria, en caso de guerra exterior; internamiento; penitenciaria; prisión; reclusión militar; expulsión de los institutos armados; separación absoluta del servicio; separación temporal del servicio; multa; y, arresto.”

Trata das circunstâncias atenuantes em seu art. 20, e das agravantes no 21.

Por ocasião de sua aplicação, os juízes fixarão a duração da pena dentro do mínimo

⁸ Art. 68 do CP. A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

⁹ Importante anotar que o governo de Portugal está preparando uma nova legislação que irá atualizar os textos em vigor e simultaneamente dar cumprimento ao normativo constitucional que extingue os Tribunais Militares em tempo de paz, mantendo embora a existência de juízes militares junto aos Tribunais Civis para julgar crimes “essencialmente militares”. (cfe Ofício, de 07.06.2001, de S. Exa. o Presidente do Supremo Tribunal Militar de Portugal.)

e máximo fixado pelo Código de Justiça Militar, tendo em conta o que nele foi disposto¹⁰.

Nos casos em que, a critério dos juízes, se considere excessivo castigar o detido com a pena fixada em lei, poderá ser aplicada a que lhe segue em escala¹¹.

Nos casos de delitos culposos, o raciocínio é o mesmo: será castigado com a pena inferior à que corresponde ao mesmo delito intencional, e, ainda assim, desde que os juízes considerem a pena fixada como excessiva, poderão aplicar outra de grau imediatamente inferior, justificando a atenuação (arts. 40 e 41).

3. A suspensão condicional da pena

A suspensão condicional da pena *sursis* é o instituto pelo qual o réu é condenado mas não se executa a pena privativa de liberdade se ele cumprir, durante determinado prazo, as condições e obrigações impostas pela lei e pelo juiz. No campo do direito penal militar sua incidência não é tão ampla quanto no direito comum.

A legislação penal militar espanhola não contempla tal possibilidade, dir-se-ia, por *razones de ejemplaridad directamente vinculadas com la disciplina*.

O art. 348, da Lei Orgânica nº 2, de 13.04.1989, que trata do processo penal militar, assevera que as penas privativas de liberdade se executarão com a duração e o regime previsto na legislação penal e penitenciária, quando estas penas devam cumprir-se em estabelecimentos penitenciários comuns; ou com obediência aos princípios da Lei Orgânica Geral Penitenciária, adequados à especial estrutura das Forças Armadas quando as penas devam ser cumpridas em estabelecimento penitenciário militar. Em qualquer caso, obedecerão ao disposto no art. 42 do Código Penal Militar da Espanha¹².

O Código de Justiça Militar português também não prevê a suspensão condicional da pena.

Seu art. 47 assevera que todas as penas começam a correr desde o trânsito em julgado da decisão condenatória, enquanto que o art. 468 define que as decisões dos tribunais militares serão executadas logo que passem em julgado¹³.

Em contrapartida, o Código Penal Militar brasileiro, acolheu o benefício do *sursis*, em seu art. 84:

¹⁰ Artículo 38. Los jueces fijarán la duración de la pena dentro del mínimo e máximo señalado por este Código, teniendo en cuenta lo dispuesto en él y las circunstancias modificatorias de la responsabilidad y de la represión. Deberán expresar los motivos en que se basa la duración fijada a la pena.

¹¹ Artículo 39. En los casos en que, en concepto de los jueces, por estar casi probada alguna causal de justificación o de exención, o por concurrir causales de atenuación que disminuyan notablemente la responsabilidad penal, se considere excesivo castigar el delito com la pena específica señalada, podrá aplicarse la que sigue en la escala descendente.

¹² Artículo 42. Las penas de privación de libertad impuestas a militares por delitos comprendidos en este Código se cumplirán en el establecimiento penitenciario militar que se determine por el Ministerio de Defensa. En caso de que las penas impuestas a militares por la comisión de delitos comunes lleven consigo la baja en las Fuerzas Armadas, se extinguirán en establecimientos penitenciarios ordinarios, com separación del resto de los penados. Si no llevaran aparejadas la baja en las Fuerzas Armadas, se cumplirán en el establecimiento penitenciario militar que se disponga por el Ministerio de Defensa.

¹³ Art. 47. Todas as penas começam a correr desde o dia do trânsito em julgado da decisão condenatória, mas será levado em conta, por inteiro, na duração das penas, a detenção, a prisão preventiva e a privação de liberdade sofrida nas condições previstas no art. 3º.

“Art. 84. A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, pode ser suspensa, por 2 (dois) a 6 (seis) anos, desde que:

I- o sentenciado não haja sofrido, no País ou no estrangeiro, condenação irrecorrível por outro crime a pena privativa de liberdade, salvo o disposto no § 1º do art. 71.

II- os seus antecedentes e personalidade, os motivos e as circunstâncias do crime, bem como sua conduta posterior, autorizem a presunção de que não tornará a delinquir.

Parágrafo único. A suspensão não se estende às penas de reforma, suspensão do exercício do posto ou função ou à pena acessória, nem exclui a aplicação imediata de medida de segurança não detentiva.”

Excetua, no entanto, no seu art. 88, o condenado por crime cometido em tempo de guerra e, em tempo de paz, o condenado por crimes contra o dever e o serviço militar, e contra a hierarquia e a disciplina.

De outra penada, o Código de Justiça Militar do Peru previu o *sursis*, no seu art. 66, nos casos em que a pena privativa de liberdade não seja superior a seis meses, sendo o réu primário e de bons antecedentes. E diga-se, de forma mais ampla, tratando a possibilidade como “La condena condicional”¹⁴.

A condição, portanto, segundo a lei militar peruana, é aplicada sobre a condenação em si, e não sobre a execução da pena propriamente dita, tanto que o art. 67 assevera que, transcorridos cinco anos sem que o beneficiado tenha sofrido outra condenação e nem tenha infringido as regras de conduta que lhe foram impostas, a condenação é como se não tivesse ocorrido, não produzindo efeito algum. Em caso contrário, por óbvio, se executará a condenação que lhe foi imposta.

4. Conclusão

Sem pretender esgotar o tema – até porque nos faltam condições para tanto, pode-se concluir o seguinte:

Em relação à atenuação da pena aplicada por crime militar na Espanha, até mesmo por expressa disposição legal (art. 36, CPM), poderá impor-se pena inferior em grau àquela prevista em lei. A toda evidência, não existindo grau inferior (v.g., três meses e um dia é a pena

¹⁴ Artículo 66. El juzgador podrá a su juicio suspender la ejecución de la pena, suspensión que comprenderá la pena principal como las accesorias: a- Si la sentencia se refiere a pena privativa de libertad no mayor de seis meses y a persona que no hubiese sido objeto de anterior condena; y, b- Si los antecedentes y el carácter del condenado hacen prever que esta medida impedirá cometer nuevo delito. Las sentencia mencionará las razones que justifiquen la concesión de la condena condicional y las reglas de conducta impuestas por las circunstancias tales como: 1- abstenerse del consumo de bebidas alcohólicas y de concurrir a lugares de expendio de éstas; 2- reparar el daño causado por el delito; 3- observar conducta intachable; y, 4- no dar lugar a que se imponga castigo disciplinario por falta que mereza arresto de rigor o arresto simple por más de tres días.

mínima de prisão – art. 26, I), tal atenuação extraordinária não será possível porque a pena já foi fixada em seu mínimo legal.

Tanto em Portugal (art. 39, CJM) como no Peru (art. 39, CJM), a critério dos juízes (prudente arbítrio), e considerando no primeiro caso o especial valor das circunstâncias atenuantes e no segundo ser excessivo o castigo da pena fixada em lei, pode-se substituir as penas mais graves pelas menos graves naquele, ou aplicar a pena que lhe segue em escala neste.

No Brasil existe um critério rígido de aplicação da pena já que foram fixados limites (art. 58, CPM) que não podem ser ultrapassados. Assim, quando a pena final estiver fixada no mínimo legal, não mais caberá nenhuma atenuação.

Quanto à suspensão condicional da pena *sursis*, verifica-se que ela não está prevista no direito penal militar espanhol e nem no português.

No Brasil, o *sursis* foi aceito com vedação aos casos de crimes contra o dever e o serviço militar, e contra a hierarquia e a disciplina.

Já no direito penal militar do Peru existe a condenação condicional mais ampla, pois se estende também às penas acessórias. Aqui não é mais a execução da pena privativa de liberdade que é suspensa mediante condições impostas pelo juiz, mas sim a própria sentença condenatória, e uma vez tendo o réu cumprido todas as condições e obrigações que lhe foram impostas é como se a condenação não houvesse existido. Guarda, portanto, certa similitude com a suspensão condicional do processo, instituto trazido ao direito penal brasileiro (mas sem repercussão no direito penal militar) pelo art. 89, da Lei nº 9.099, de 26.09.1995, que criou os Juizados Especiais Criminais.