

**INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO - IDP
ESCOLA DE DIREITO DE BRASÍLIA – EDB
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

LUIZ CARLOS DE LIMA FREIRES

CONCURSO ENTRE CRIME MILITAR E TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR

**BRASÍLIA,
AGOSTO 2015**

LUIZ CARLOS DE LIMA FREIRES

CONCURSO ENTRE CRIME MILITAR E TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR

Trabalho de Monografia apresentado ao Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Administrativo da Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP, como requisito parcial para obtenção da especialização e aprovação no Curso.

**BRASÍLIA,
AGOSTO 2015**

LUIZ CARLOS DE LIMA FREIRES

CONCURSO ENTRE CRIME MILITAR E TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR

Trabalho de Monografia apresentado ao Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Administrativo da Escola de Direito de Brasília – EDB/IDP, como requisito parcial para obtenção da aprovação no Curso.

Brasília-DF, 31 de agosto de 2015.

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

Dedico este trabalho à Polícia Militar do
Distrito Federal.

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente ao Criador que nos ilumina a cada dia, aos meus pais: Luiz e Rosa Maria à minha esposa Viviane e aos meus filhos Larissa e Carlos Fernando por todo apoio e carinho - família de importância incalculável.

Por fim, a todos que estiveram ao meu lado nesta trajetória, apoiando e incentivando, independentemente de que forma e intensidade, agradeço.

“Não há sociedade civilizada sem a polícia. Ela guarda o sono, mantém a liberdade, assegura a justiça dentro da lei, sustenta a democracia. Ignorante é aquele que pensa que a polícia seja inimiga da democracia.”

Luiz Felipe Pondé, filósofo.

RESUMO

O presente trabalho, concentrado no âmbito do Direito Militar, visa abordar a distinção entre o crime militar e transgressão disciplinar militar e tem como objetivo pesquisar a temática voltada para o concurso entre essas infrações. Para o desenvolvimento do assunto, fez-se uma abordagem histórica do Direito Militar no Brasil, em seguida sobre os conceitos e aspectos do crime militar no Código Penal Militar e da transgressão disciplinar no âmbito do Direito Administrativo Militar. E o estudo dessa temática se originou de um problema enfrentado no exercício da atividade policial correccional : na existência de concurso entre transgressão disciplinar e crime militar, em princípio, somente se aplicará ao infrator a sanção referente ao crime, por ser o crime militar a ofensa mais grave ao dever militar, pois vige no sistema jurídico penal brasileiro o princípio do *non bis in idem*. Assim, observou-se que é de extrema importância tal discussão e entendimento, uma vez que nos dias atuais, nos deparamos constantemente com questões acerca de referido assunto. Para levar a termo esse estudo, foi feita uma pesquisa do tipo bibliográfica, com base em uma revisão de literatura, cujo tema central do estudo focou em mostrar o concurso entre crime militar e transgressão disciplinar em condutas semelhantes. Por fim, concluir-se-á o estudo com a demonstração da distinção entre os temas abordados, ou seja, a partir da diferenciação entre o crime militar e a transgressão disciplinar militar. As conclusões a que se chegam neste estudo foram, em primeiro plano, que o militar pode responder nas esferas penal militar e administrativa, não de forma simultânea e, sim, alternada, visto que o crime militar absorve a transgressão disciplinar em conduta similar.

Palavras-chave: Direito Militar. Transgressão Disciplinar Militar. Hierarquia e Disciplina. Concurso. Princípio do *non bis in idem*.

ABSTRACT

This work was concentrated in the Military Law, aims to address the distinction between military crime and military disciplinary transgression and aims to research the issue facing the competition between these offenses. For the development of the subject, there was a historical approach of Military Law in Brazil, then on the concepts and aspects of military crime in the Military Penal Code and the disciplinary offense under the Administrative Law Military. And the study of this topic originated from a problem faced in the exercise of correctional police activity: the existence of competition between disciplinary transgression and military crime in principle be applied only to the offender the penalty related to the crime, being the military crime offense more serious military duty, as prevails in the Brazilian criminal justice system the principle of *non bis in idem*. It was found that it is extremely important that discussion and understanding, since today we are faced constantly with questions about that subject. To bring to completion this study, a survey of the literature kind was made, based on a literature review, the central theme of the study focused on showing the competition between military crime and disciplinary transgression in similar conduct. Finally, will be completing the study by demonstrating the distinction between the themes, in other words, from the differentiation between the military crime and the military disciplinary transgression. The conclusions that approach in this study were, in the foreground, the military can respond in military criminal spheres and administrative, not simultaneously and, yes, alternating, as the military crime absorbs disciplinary transgression in similar conduct.

Keywords: Military Law. Transgression Military Discipline. Hierarchy and discipline. Concourse. Principle of *non bis in idem*.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 – O DIREITO MILITAR BRASILEIRO E SUA HISTÓRIA	16
1.1 Breve histórico sobre a origem e estrutura do Direito Militar.....	16
1.2 Nascimento do Direito Militar Brasileiro.....	18
1.3 O Conselho Supremo Militar e de Justiça.....	19
1.4 Breve histórico e evolução constitucional da Justiça Militar Brasileira.....	20
2 – O CÓDIGO PENAL MILITAR E O CRIME MILITAR	25
2.1 O caráter especial do Direito Penal Militar.....	25
2.2 Pessoa considerada militar.....	26
2.3 O crime militar frente ao Código Penal Militar.....	30
2.4 Crime propriamente militar e crime impropriamente militar.....	32
3 - O DIREITO ADMINISTRATIVO MILITAR E A TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR MILITAR	38
3.1 Sucinto entendimento sobre o Direito Administrativo Disciplinar Militar.....	38
3.2 O poder disciplinar e o <i>jus puniendi</i> da administração militar.....	38
3.3 Hierarquia e disciplina militar.....	40
3.4 Os regulamentos das Forças Armadas e a transgressão disciplinar militar.....	43
3.5 O princípio do <i>non bis in idem</i>	46
4 CONCURSO ENTRE CRIME MILITAR E TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR	51
4.1 Crime Militar	51
4.2 A diferença entre o crime militar e a transgressão disciplinar.....	52
4.3 No Concurso de Crime Militar e Transgressão Disciplinar.....	54
CONCLUSÃO	58

REFERÊNCIAS..... 61

INTRODUÇÃO

Ao longo desses 206 anos de existência, a Polícia Militar do Distrito Federal (PMDF) tem buscado aprimorar sua estrutura. Hoje são quase 16.000 policiais militares, treinados e capacitados para atender qualquer tipo de solicitação da comunidade do Distrito Federal (DF).

A natureza do serviço prestado à comunidade do DF é de natureza pública, especializado e profissionalizado. Realiza o policiamento ostensivo e preventivo com vistas a manter a paz social.

A atividade da Polícia Militar do Distrito Federal encontra-se totalmente fundamentada na Constituição Federal do Brasil de 1988, em seu artigo 144, inciso V, parágrafo 5º:

CAPÍTULO III DA SEGURANÇA PÚBLICA

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

[...]

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 5º - às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.¹

[...]

Segundo o sítio da organização, com mais de dois séculos de existência, hoje a Polícia Militar do Distrito busca se estruturar de forma a contemplar as novas demandas sociais tendo como:

- a) Missão: “Promover a segurança e o bem-estar social por meio da prevenção e repressão imediata da criminalidade e da violência, baseando-se nos direitos humanos e na participação comunitária”;
- b) Visão: “Ser reconhecida como instituição policial moderna e de referência nacional na prevenção e na repressão imediata da criminalidade e da violência, pautada na defesa e respeito aos direitos humanos, na filosofia de policiamento comunitário, na análise criminal, no policiamento orientado para o problema e na qualidade profissional de seus integrantes”²

Cumprе mencionar, inicialmente, que o Direito Administrativo Disciplinar é ramo autônomo do Direito, em razão de estar vinculado a postulados e princípios próprios.

¹ **Constituição da República do Brasil de 1988**, disponível no *síte* do planalto da casa civil.

² Informação retirada do *síte* da PMDF.

A partir dessa premissa, pode-se asseverar que o Direito Penal Militar e o Direito Administrativo Disciplinar Militar se relacionam de forma intensa, justamente por ter a hierarquia e a disciplina como base de toda a estrutura jurídica construída, resultando em uma relação muito próxima entre o ilícito penal militar e o ilícito disciplinar.

Considerando o fato de que o contingente de servidores militares é muito grande e as forças, sejam federais ou estaduais, são organizadas em vários níveis de comando e direção, para a ordenação da convivência entre diferentes níveis hierárquicos, exige-se o rigor da disciplina e a obediência irrestrita às ordens superiores legais.

O respeito a tudo isso é o que dá sustentação às instituições militares, razão pela qual, não se pode conceber qualquer tipo de indisciplina, insubordinação ou desrespeito aos segmentos hierárquicos que venham a prejudicar a manutenção da hierarquia e da disciplina.

Outro detalhe, quando uma ordem superior é desrespeitada, o inferior estará incidindo nas transgressões disciplinares previstas nos regulamentos disciplinares ou, na sua escala mais grave, na prática de um delito penal militar. Contudo, não se pode esquecer que essa conduta se manifesta de maneira diferente para a transgressão e para o crime, impondo-se, no mais das vezes, a sua apuração por meio de procedimento investigatório da competência das autoridades que detém a polícia judiciária militar e a administrativa militar.

Constam nos Regulamentos Disciplinares da Marinha (RDM), Exército (RDE) e Aeronáutica (RDA), lembrando que o RDE é aplicado na Polícia Militar do Distrito Federal (PMDF), dispositivos com redações semelhantes aos contidos no Código Penal Militar, os quais se subsumem, às vezes, a mais de um tipo penal militar.

A responsabilidade administrativa encontra seu delineamento nos estatutos e regulamentos disciplinares, o que colore a responsabilidade em relevo com a designação de disciplinar. Em outras palavras, surge a chamada responsabilidade administrativo-disciplinar ou, simplesmente, responsabilidade disciplinar dos militares.

A responsabilidade penal, por sua vez, conhece seus contornos nas leis penais, em especial para nosso raciocínio, no Código Penal Militar. Por fim, a

responsabilidade civil encontra como norma motriz o Código Civil, sobre o qual não teceremos comentários por fugir ao nosso escopo.

O destaque em enfatizar essas condutas similares se deve ao fato de gerar controvérsias na interpretação por parte da Administração castrense e da Justiça Militar que, com certa regularidade, enquadram o comportamento do militar acusado como crime militar, diante de conduta que, na realidade, em tese, aplicar-se-iam reprimenda administrativa.

Os oficiais das Forças Armadas, das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Estaduais e do Distrito Federal, em razão da natureza de fiscalização do serviço, quando do exercício da função, são os primeiros a se confrontarem com condutas tipificadas em lei como crime ou contravenção penal e também como transgressão disciplinar e, nesse sentido, detêm o poder dever de enquadrar ou não, a conduta irregular para que se amolde ao tipo penal militar ou a uma infração disciplinar.

Nesse passo, a extensão do tema desse trabalho se restringirá ao concurso entre o crime propriamente militar e a contravenção administrativa, em condutas correspondentes, tipificadas tanto como crime militar e/ou contravenção disciplinar.

Para a abordagem desse aspecto, deve-se cindir a discussão sob dois enfoques: a concepção dos ilícitos penal militar e disciplinar, e o processamento desses ilícitos.

Do ponto central da discussão, infere-se que o critério diferencial entre delito militar e a transgressão disciplinar consiste no seguinte: 1)Ocorre que, não raro, em razão das nuances, encontram embaraço em eleger a norma adequada a ser aplicada ao caso em concreto; 2)O objetivo geral do estudo será analisar as diferenças entre transgressão disciplinar e o crime militar próprio, em face da necessidade de enquadramento do militar na conduta irregular; 3)Pesquisar o conceito jurídico de transgressão disciplinar e crime militar, a fim de subsidiar o debate em relação ao tema proposto; 4)Identificar o concurso entre crime militar e transgressão disciplinar, em condutas similares quando forem da mesma natureza observando o entendimento dos Tribunais e dos doutrinadores a respeito do tema.

Ocorre que, não raro, em razão das nuances, encontram embaraço em eleger a norma adequada a ser aplicada ao caso em concreto. Pois não basta a análise pura e simples da doutrina, ou da letra fria da lei, mas, também outros aspectos na

caracterização, no caso em estudo, do crime de abandono de posto, exemplificando o elemento subjetivo – dolo, presente na conduta do militar infrator.

Nesse passo, para responder ao questionamento objeto deste estudo foi feita uma pesquisa de cunho bibliográfico, a qual deu origem a uma revisão da literatura que buscou descrever o posicionamento de doutrinadores e dos Tribunais Militares em seus julgados, em face do concurso entre crime militar e transgressão disciplinar, quanto a fatos semelhantes.

Após a Constituição Federal de 1988, o Direito Militar, em geral, devido a seu caráter especial, despertou a atenção dos estudiosos do Direito. Assim, novos doutrinadores surgiram e obtiveram espaço e renome em referida área de estudo, destacando-se entres eles, por exemplo, Jorge César de Assis e Célio Lobão, na esteira do Direito Penal e Processual Penal Militar, e Álvaro Lazzarini, Paulo Tadeu Rodrigues Rosa e Douglas Fronza, no foco do Direito Administrativo Disciplinar Militar, entre tantos outros, os quais vem à procura de divulgar este ramo do Direito, que alcança tanto aos militares federais, que são os integrantes das Forças Armadas, quanto aos militares estaduais.

O tema, focado especialmente na esteira do Direito Militar, suscita uma abordagem sobre o crime militar em relação à transgressão disciplinar militar. Interessante e justo é o estudo de tais institutos, assim diferenciando-os, uma vez que não se pode deixar ao relento matérias que ocorrem diariamente, inclusive por se tratar de interesse do Estado, como veremos no decorrer da presente.

No mais, tem por objetivo dirigir-se não somente aqueles da área castrense, mas, em especial, os que dela não faz parte e precisam saber algo da Justiça Militar, instituições militares e, como o próprio tema sugere, sobre crime militar e transgressão disciplinar militar, pois em vários momentos do dia a dia, se deparam por situações onde há um militar envolvido, assim necessitam saber mais sobre os institutos do âmbito castrense.

Para desenvolvimento do assunto, de acordo com a estrutura da presente, no 1º capítulo: abordaremos a história do Direito Militar brasileiro, para assim entender referido ramo do Direito que poucos costumam estudar ou até mesmo conhecer; no 2º capítulo: capítulo será abordado a respeito do crime militar, o qual está contido no âmbito do Direito Penal Militar Brasileiro; no 3º capítulo: abordar-se-á sobre a

transgressão disciplinar militar, delineada no âmbito do Direito Administrativo Militar e no 4º capítulo: concurso entre crime militar e transgressão disciplinar.

Por fim, concluiremos o referido estudo com a distinção entre os temas abordados, ou seja, por meio da diferenciação entre o crime militar da transgressão disciplinar militar.

1 – O DIREITO MILITAR BRASILEIRO E SUA HISTÓRIA

1.1 Breve histórico sobre a origem e estrutura do Direito Militar

Para iniciar o estudo histórico sobre o nascimento do Direito Militar, é necessário retroceder um longo período no tempo.

Observa-se que, aproximadamente no período entre 3.500 a 2.550 a.C., os Sumérios, criadores da primeira civilização da Mesopotâmia, já tinham noção sobre o Direito Militar.

Vejamos:

[...] tal instituição existe desde os primórdios da civilização. Nos mais antigos Códigos Sumerianos eram consignadas penalidades para todos que cometessem falhas no campo de batalha. Certo que normas penais próprias encontravam explicação na natureza peculiar da condição de militar, e na própria instituição das Forças Armadas, responsáveis pela defesa do Estado³.

Urge recordar as razões que ampararam a criação de um tribunal específico para julgar crimes cometidos por militares. Nos mais antigos códigos sumerianos, já se descreviam penalidades consignadas àqueles que cometessem crimes no campo de batalha. A norma penal própria era justificada pela natureza peculiar da condição militar e pela própria caracterização da instituição policial como responsável pela defesa do Estado⁴.

Assim, identifica-se que o Direito Militar é mais antigo quanto se pode imaginar, porém, este somente veio a ganhar plena abrangência com o Direito Romano. O dito Direito Romano consiste em um termo histórico-jurídico, o qual se refere originalmente ao conjunto de regras jurídicas existentes e predominantes na cidade de Roma e, conseqüentemente a todo contexto de direito aplicado ao território do Império Romano.

[...] Segundo René David (Traité Elém. De Droit Civ. Comparé, Paris, 1950, p. 232) “o que é essencial nesta matéria e permite dizer se serem todos os nossos direitos fundados no Direito Romano, é a seguinte consideração de ordem científica e não de ordem legislativa: em certa época, variável em cada país e independente de qualquer dominação física romana, nossos juristas acolheram a ciência jurídica romana e consideraram que esta ciência, magnificamente desenvolvida pelos juristas de Roma, revestia-se de valor universal, e, mais, que as regras de todos os direitos dessa época, sem se identificarem com as do direito romano, deviam ser organizadas,

³ BARROSO FILHO, José. **Justiça Militar da União. Jus Navigandi**, Teresina, ano 3, n. 31, maio 1999. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1570>>. Acesso em 22 jun. 2015.

⁴ D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Discurso por ocasião da posse dos juizes do TJMS**. Disponível em: <http://74.125.45.104/search?q=cache:1lp56vD7ZJAJ:www.oabsp.org.br/palavra_presidente/2006/96/+c3%B3digos+sumerianos&hl=pt-R&ct=clnk&cd=3&gl=br>. Acesso em: 12. mai. 2015.

classificadas e sistematizadas nos quadros criados pelo jurisconsultos de Roma”.

Na verdade, porém, o direito latino foi além da simples classificação e sistematização de suas normas segundo o quadro do direito romano e nem se pode dizer, com procedência, que a filiação latina ao direito romano se origine da obra artificial dos juristas. Basta considerar-se a identidade de institutos entre um direito e outro para se divergir, autorizadamente, da conclusão de René David. Os comentários latinos, franceses inclusive, indicam, com sensível frequência, a origem romana dos textos legislativos [...] ⁵.

Para melhor elucidação vejamos a definição de Direito Romano nas palavras de Paulo ⁶: “Direito Romano. Conjunto de regras jurídicas observadas pelos habitantes da antiga Roma entre o séc. VIII a.C. e o séc. VI d.C. Diz-se, também, direito clássico”.

Sem adentrar na história romana, verifica-se que a influência do Direito Romano sobre os direitos nacionais europeus foi extensa e constante. O sistema romano-germânico foi adotado por diversos Estados continentais europeus e, baseado no Direito Romano. O mesmo acontece com o sistema jurídico em vigor nos países latino-americanos.

A História de Roma é a história de todos nós... História que perpassa todo o ocidente e nos faz oriundos dos mesmos pais... Latinos, antes de tudo. Isto com todos os defeitos e qualidades que possam ser atribuídos à latinidade. Isto com todas as formas dos seres humanos, iguais a nós, que conquistaram o mundo inteiro de então...

O que há de mais interessante na História de Roma na atualidade é que ela é tão desconhecida quanto mal interpretada. Há muitos que pensam que os romanos eram apenas broncos violentos com ânsia de conquistas e há muitos que nem sequer sabem que nossa “genética cultural” há tanta romanidade que nem podemos enumerar.

Somos romanos até quando falamos, nossa língua é filha do latim, somos romanos na nossa nação urbana, somos romanos em nossa literatura. Somos romanos política e administrativamente. Mas, principalmente, somos romanos quando falamos em Direito, quando fundamos nossa sociedade em um Estado de Direito. Direito este sistematizado pelos romanos antigos. A História deste povo pode até passar despercebida para a maioria dos mortais, mesmo para nós latinos. Mas é imperdoável que estudantes de direito, advogados e, até mesmo os auto-entitulados juristas da atualidade considerem Roma como mera curiosidade de erudição, ou simplesmente não a considerem. Tomando as palavras de Von Ihering:

“A importância do Direito Romano para o mundo atual não consiste só em ter sido, por um momento, a fonte ou origem do direito: esse valor foi só passageiro. Sua autoridade reside na profunda revolução interna, na transformação completa que causou em todo nosso pensamento jurídico, e em ter chegado a ser, como o Cristianismo, um elemento da Civilização Moderna” ⁷.

⁵ RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 3. ed., anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros andoval. São Paulo: RT, 1991, v. 1.

⁶ PAULO, Antonio de. **Pequeno dicionário jurídico**. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

⁷ CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito**, geral e Brasil. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

Assim, é claro e evidente que os povos sumérios e os romanos foram os genitores do Direito Militar, uma vez que este ramo específico do Direito se originou devido às circunstâncias daquelas épocas, o qual era utilizado, de modo eficaz, para manter a ordem e disciplina nos campos de batalha no período sumérico e das tropas da Legião Romana.

1.2 Nascimento do Direito Militar Brasileiro

O Direito Militar Brasileiro teve seu marco inicial com a chegada da Família Real Portuguesa para o Brasil. Sua crescente e dedicada história pode ser verificada desde então.

O direito militar tem o seu início no Brasil-colônia com os donatários que exerciam o poder militar. A Coroa Portuguesa a eles delegava poderes relativos a armas, artilharia, pólvora, salitre, enxofre, chumbo e quaisquer coisas de munições de guerra. E mais: "...os moradores e povoados e povo da dita capitania serão obrigados em tempo de guerra a servir nela com o capitão se lhe necessário." (IAA, Documentos para a História do Açúcar, I, Legislação (1534-1596), Rio de Janeiro, 1954, p.8. Disposições da Carta de Doação da Capitania de Pernambuco a Duarte Coelho). NELSON WERNECK SODRÉ, em obra clássica, "A HISTÓRIA MILITAR DO BRASIL", 2ª Edição, Civilização Brasileira, p.19, assim se refere ao poder do donatário: "Permitia assim, ao donatário, o exercício do poder militar, e o título de comandante, enquanto colocava às suas ordens os povoadores, obrigados a servi-lo e a reconhecê-lo como chefe, ao mesmo tempo que permitia a entrada de instrumentos necessários à luta militar, as armas e munições, e ainda o tráfico delas, com a reserva de que isso só ocorresse entre cristãos e súditos do reino, o que vedava o comércio de armas com os indígenas, objeto, como se verá, de constantes cuidados e discriminações nesse sentido"⁸.

Com a chegada da Família Real Portuguesa e, conseqüentemente, com a transferência da Corte para o Brasil, houve a reprodução, o mais fielmente possível, das estruturas de governo da antiga capital portuguesa, uma vez que para os colonizadores eram indispensáveis tais estruturas. A real importância de toda essa reorganização, semelhante a do governo de Portugal, era de restaurar a continuidade jurídica, demonstrando à população que nada havia mudado e que poderiam continuar confiando na sobrevivência das instituições.

A partir de 11 de março de 1808, iniciou-se a montagem do Estado português no Brasil. Transplantaram-se todos os órgãos do Estado

⁸ TEIXEIRA, Paulo Ivan de Oliveira. **A organização judiciária militar do regulamento processual criminal militar de 1895**. Disponível em: <<http://www.uff.br/direito/artigos/artigo5.htm>>. Acesso em: 01 ago. 2015.

português: os ministérios do Reino, da Guerra e Estrangeiros, da Marinha e Ultramar, o Real Erário (que em 1821 passou a ser chamado de Ministério da Fazenda). Outros órgãos administrativos e da justiça foram também recriados: Conselho de Estado, Desembargo do paço, Mesa da Consciência e Ordens, Conselho Supremo Militar.

Esta “remontagem” do Estado português, entretanto, fez-se à revelia da Colônia, sobrepondo-se a ela de maneira impositiva, quase não incorporando os próprios colonos, visto que havia a preocupação de absorver toda a nobreza parasitária, que contava milhares de pessoas, que havia fugido junto com o Regente⁹.

Durante a reorganização do Estado Português no Brasil, no ano de 1.808, em específico, no 1º dia do mês de abril, foi instalado o Conselho Supremo Militar e de Justiça, verdadeiro embrião da Justiça Militar Brasileira, que certo tempo depois se transformou no Superior Tribunal Militar - STM, atualmente com sede em Brasília e, com jurisdição em todo o território nacional.

1.3 O Conselho Supremo Militar e de Justiça

O primeiro registro da Justiça Militar no Brasil foi há mais de 200 anos, com a criação do Conselho Supremo Militar e de Justiça na cidade do Rio de Janeiro, que acumulava funções administrativas e judiciárias, através do Alvará, com força de Lei, de 1º de abril de 1.808, assinado pelo então Príncipe Regente, logo após a organização dos Ministérios.

O Conselho Supremo Militar e de Justiça acumulava duas funções, sendo uma de caráter administrativo e outra de caráter estritamente judiciário.

A função administrativa tinha ênfase de auxiliar junto ao Governo questões referentes a requerimentos, cartas-patentes, promoções, soldos, reformas, nomeações, lavratura de patentes e uso de insígnias, sobre as quais manifestava seu parecer quando consultado.

Na atividade referente aos aspectos judiciários, como Tribunal Superior da Justiça Militar, o Conselho Supremo tinha a força de julgar, em última instância, os processos criminais dos réus sujeitos ao foro militar.

Observa-se que o primeiro Tribunal Superior de Justiça instituído no Brasil foi o Conselho Supremo Militar e de Justiça e, sua denominação foi mantida até os primórdios da República.

⁹ CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito, geral e Brasil. 2.** tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

Pela Constituição de 1.891, em seu artigo 77, passou a intitular-se Supremo Tribunal Militar, com organização e atribuições definidas pela Lei nº 149, de 18 de julho de 1.893, passando a integrar o Poder Judiciário pela Constituição de 1.934, na seção V, artigo 84 e seguintes. Finalmente, com a Constituição de 1.946, seção IV, artigo 106, veio a ser denominado Superior Tribunal Militar, nomenclatura que mantém até hoje.

1.4 Breve histórico e evolução constitucional da Justiça Militar Brasileira

Segundo o procurador de justiça e mestre em Direito Penal pela USP, José da Silva Loureiro Neto¹⁰, a Justiça Militar baseia-se no Direito Penal Militar que, por sua vez, é uma vertente do sistema judiciário que possui nuances próprias, tendo em vista que sua aplicabilidade é definida para um grupo de cidadãos, que estão sujeitos a regras de conduta específicas. Tais condutas são produtoras de figuras jurídicas e de infrações que se encontram somente nas Classes Armadas.

Ainda segundo o mesmo autor, na Antiguidade era comum, principalmente entre os romanos, que os julgamentos dos crimes militares se dessem em meio a acampamentos. Por não haver tempo hábil e estrutura para levar os acusados aos foros especializados nas cidades, tais crimes eram julgados em tribunais de campanha dentro dos próprios acampamentos, daí nasce o termo castrense, que deriva do latim “*castrorum*”, que significa acampamento, nesse contexto, a Justiça Militar denomina-se, também, como Justiça Castrense, em virtude de sua natureza.

Conforme salienta José da Silva Loureiro Neto¹¹, as normas disciplinares das Forças Armadas são estabelecidas por ordenamentos complementares, de cada Força, os quais permitem aplicar sanções disciplinares a seus integrantes por fatos decorridos da atividade militar, tomando como base os pressupostos de hierarquia e disciplina.

A Constituição Cidadã¹², em seus artigos 123 e 124, respectivamente, disciplinam que a Justiça Militar da União é a justiça especializada apta a aplicar a

¹⁰ NETO, José da Silva Loureiro. **Direito Penal Militar**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

¹¹ Idem.

¹² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. DOU de 05 de outubro de 1988, p.1 (ANEXO). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 14 mai. 2015.

lei a uma categoria especial, a dos militares federais - Marinha, Exército e Aeronáutica.

Em face desse posicionamento, a Carta Magna, nos §3º e §4º do artigo 125, destina a Justiça Militar Estadual apenas e, tão somente, processar e julgar os militares dos Estados, integrantes das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, ressalvando-se a competência do Tribunal do Júri, quando houver vítima civil. As Justiças Militares da União e dos Estados não se constituem em um tribunal de exceção, já que atuam, de forma ininterrupta há duzentos anos (STM). Tais mecanismos do Judiciário possuem magistrados nomeados segundo normas legais permanentes e não há subordinação a nenhum outro Poder.

Ainda segundo o sitio eletrônico do Superior Tribunal Militar, são instrumentos normativos básicos utilizados no âmbito da Justiça Militar da União:

- A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988;

- Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, Código Penal Militar;

- Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969, Código de Processo Penal Militar;

- Lei nº 6.880, de 09 de dezembro de 1980, Estatuto dos Militares; e a

- Lei nº 8.457, de 04 de setembro de 1992, Organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus serviços auxiliares.

Conforme exposto pelo STM, com a Declaração de Independência do Brasil, em 07 de setembro de 1822, e, posteriormente, a outorga da Constituição Política do Império do Brasil¹³, em 25 de março de 1824, o seu texto expressava, em seu art. 179, tão somente:

Art. 179 [...]

X. A exceção de flagrante delito, a prisão não pode ser executada, senão por ordem escrita da Autoridade legítima. Se esta for arbitrária, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido será punido com as penas, que a Lei determinar.

O que fica disposto acerca da prisão antes de culpa formada, não compreende as Ordenanças Militares, estabelecidas como necessárias á disciplina, e recrutamento do Exército;

¹³ BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil. Registrada na Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio do Brazil** a fls. 17 do Liv. 4º de Leis, Alvarás e Cartas Imperiaes. RJ: em 22 de Abril de 1824. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 14 mai. 2012.

Observa-se que, apesar da Constituição do Império não ter abordado a Justiça Militar em sua redação, esta corte continuou existindo. Fato que chama a atenção é que, durante o período colonial, o Tribunal foi presidido por D. João VI e, durante a monarquia, respectivamente, pelos imperadores D. Pedro I e D. Pedro II.

Após o fim da monarquia que teve como consequência a Proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, foi promulgada a primeira Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil¹⁴, em 24 de fevereiro de 1891, que versava no artigo 76, que os “oficiais do Exército e da Armada só perderão suas patentes por condenação em mais de dois anos de prisão passada em julgado nos Tribunais competentes”, já no artigo 77, além dos militares de terra e mar serem julgados em foro especial nos delitos militares, o Conselho Supremo Militar mudou sua denominação para Supremo Tribunal Militar, cuja composição era de membros vitalícios e a organização e atribuições reguladas por lei.

O Tribunal foi presidido pelos presidentes Marechal Deodoro da Fonseca e Marechal Floriano Peixoto. Com o advento do Decreto Legislativo, em 18 de julho de 1893, a Presidência do Supremo Tribunal Militar¹⁵, passou a ser exercida por membros da própria corte, eleitos por seus pares, entretanto vinculado ao Poder Executivo.

Esclarecedora é a informação do sitio eletrônico do Superior Tribunal Militar, que somente com a promulgação da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934, a Justiça Militar deixou de fazer parte do Poder Executivo e passou a integrar efetivamente, o Poder Judiciário, figurando em seção específica. A Constituição de 1934 disciplinou a possibilidade de processar e julgar civis, nos casos expressos em lei, para a repressão de crimes contra a segurança externa do país, ou contra as instituições militares, além dos militares e as pessoas que lhes eram assemelhadas teriam foro especial nos delitos militares.

Além disso, previa a edição de lei que regularia em tempo de guerra, ou na zona de operações durante grave comoção intestina, a jurisdição, dos juízes militares e a aplicação das penas da legislação militar. Disciplinava que o Supremo Tribunal Militar e os Tribunais e Juízes inferiores, criados por lei, seriam órgãos da

¹⁴ BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. D.O. de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituicao91.htm>. Acesso em 14 mai. 2012.

¹⁵ BRASIL. **Superior Tribunal Militar. Institucional**. Disponível em: <<http://www.stm.jus.br/institucional/index>>. Acesso em: 14 mai. 2015.

Justiça Militar. A Constituição de 1934 delegou ao Supremo Tribunal Militar a determinação quanto à remoção de juizes militares em conformidade com o art. 64, letra *b*¹⁶, *in verbis*:

Art 64 - Salvas as restrições expressas na Constituição, os Juizes gozarão das garantias seguintes:

[...]

c) a inamovibilidade, salvo remoção a pedido, por promoção aceita, ou pelo voto de dois terços dos Juizes efetivos do tribunal superior competente, em virtude de interesse público;

Os juizes militares, apesar da inamovibilidade assegurada, não eram excluídos da obrigação de acompanhar a Força junto às quais tinham de servir.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937¹⁷, outorgada pelo presidente Getulio Vargas em relação à Justiça Militar, em seus artigos 111 a 113 não trouxe alterações em relação à Constituição anterior.

Com a promulgação da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 alterou-se a denominação do órgão máximo da Justiça Militar, deixando de ser o Supremo Tribunal Militar e consagrando o nome atual, Superior Tribunal Militar.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1967¹⁸, em plena época do Regime Militar, a Justiça Militar sofreu uma importante mudança, em virtude da entrada em vigor do Ato Institucional nº 02, posteriormente modificado pelo Ato Institucional nº 06 de 1969, o qual no § 2º do art. 122 delegava competência ao Superior Tribunal Militar para processar e julgar os governadores de Estado e seus secretários, nos casos expressos em lei para repressão de crimes contra a segurança nacional, ou às instituições militares¹⁹.

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, em acatamento ao pacto federativo, assegurou a distinção de competência na Justiça Militar (federal e estadual).

¹⁶ BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. D.O. de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm>. Acesso em: 14 mai. 2015.

¹⁷ BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. D.O. de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 15 mai. 2015.

¹⁸ BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil**. D.O. de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 15 mai. 2015.

¹⁹ Essa atribuição da Justiça Militar de processar e julgar governadores de Estado fora excluído na Constituição seguinte.

Os artigos 122, 123 e 124, respectivamente, especificam os órgãos que fazem parte da Justiça Castrense da União; a forma de nomeação dos Ministros pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, para composição dos Ministros do Superior Tribunal Militar, e os critérios na escolha dos ministros civis. A Justiça Militar da União dispõe de competência ampla, julgando todos os crimes tipificados no Código Penal Militar, tendo como jurisdicionados os militares federais das três Forças Armadas: Marinha, Exército e Aeronáutica e os civis nos crimes impropriamente militares.

Neste diapasão, com as alterações da Emenda Constitucional nº 45, de 2004, introduzidas no texto Constitucional nos §3º, §4º e §5º, respectivamente, do artigo 125, trouxe a previsão de que a lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juízes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados, em que, o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes. Estabeleceu ainda o legislador constituinte que a competência dos Tribunais de Justiça Militar nos Estados e do Distrito Federal, para processar e julgar, é restrita, ao critério *ratione personae*, julgando os crimes militares positivados na lei, deste modo, apenas, quando praticados por policiais militares e por bombeiros militares dos respectivos Estados e do Distrito Federal.

2 – O CÓDIGO PENAL MILITAR E O CRIME MILITAR

2.1 O caráter especial do direito penal militar

Primeiramente, é importante mencionar sobre o caráter especial que o direito penal militar detém, e para isso, citamos:

O complexo de normas jurídicas, destinadas a assegurar a realização dos fins essenciais das instituições militares, cujo principal é a defesa da Pátria, qualifica uma ordem jurídica militar dentro do âmbito da ordem jurídica geral do Estado.

A preservação dessa ordem jurídica militar, onde preponderam a hierarquia e a disciplina, exige obviamente do Estado, mirando a seus possíveis violadores, um elenco de sanções de naturezas diversas, de acordo com os diferentes bens tutelados: administrativas, disciplinares, penais etc.

As penas surgem com o direito penal militar, que é a parte do direito penal consistente no conjunto de normas que definem os crimes contra a ordem jurídica militar, cominando-lhes penas, impondo medidas de segurança e estabelecendo as causas condicionantes, excludentes e modificativas da punibilidade, normas essas jurídicas positivas, cujo estudo ordenado e sistemático constitui a *ciência do direito penal militar*.

[...]

O direito penal militar é um direito penal especial, porque a maioria de suas normas, diversamente do direito penal comum, destinadas a todos os cidadãos, se aplicam exclusivamente aos militares, que têm especiais deveres para com o Estado, indispensáveis à sua defesa armada e à existência de suas instituições militares.

Esse caráter especial lhe advém ainda de, em nosso país, a Constituição Federal atribuir com exclusividade aos órgãos da justiça castrense, que especialmente prevê (art. 122), o processo e o julgamento dos crimes militares definidos em lei (arts. 124 e 125, § 4º)²⁰.

De acordo com o aludido acima, observa-se que o Direito Penal Militar é a fração do Direito Penal que consiste no conjunto de normas que delimitam os crimes do âmbito jurídico militar, e para isso veremos:

O Direito Penal Militar é, evidentemente, um direito tutelar, porque tutela os bens jurídicos, os interesses jurídicos da ordem militar. De modo que o *crime será evidentemente militar quando atentar contra os bens ou interesses jurídicos de ordem militar, sejam quais forem os seus agentes* (militares ou civis). O que o Código Penal Militar ampara não é a pessoa do militar; o que ele protege é a *função*, adjetivamente considerada. Desta forma, tanto o militar como o civil, se atentar contra os interesses da ordem jurídico-militar, deve responder por crime militar. O legislador, no Decreto-Lei nº 1.001, adotou o critério *ratione legis*, isto é, *crime militar é o que a lei obviamente considera como tal. Não define, enumera*. Não quer dizer que não haja cogitado dos critérios doutrinários *ratione materiae, loci, personae ou ratione numeris*. Apenas não são expressos, pois o estudo do art. 9º revela que, na realidade, estão todos ali contidos²¹.

²⁰ ROMEIRO, Jorge Alberto. **Curso de direito penal militar**. São Paulo: Saraiva, 1994.

²¹ COSTA, José Armando Da. **Direito Administrativo Disciplinar** - 2ª Ed. São Paulo: METODO – 2010.

Noutro ponto, é concreta a existência e aceitação do referido caráter especial do Direito Penal Militar, uma vez que a Constituição Federal atribui com exclusividade aos órgãos da Justiça Militar o processo e o julgamento dos crimes militares definidos em lei (art. 124, CF).

Assim, o Direito Penal Militar é considerado um Direito Penal especial porque a maioria de suas normas, diferentemente das normas do Direito Penal comum que são destinadas a todos os cidadãos, se aplicam de modo exclusivo aos militares, os quais têm deveres especiais para com o Estado, sendo imprescindíveis a defesa do Estado e a existência das instituições militares.

Explorando o assunto, é necessário mencionar a respeito da interpretação da lei militar, principalmente por se tratar de norma específica e abranger um determinado ramo do direito.

É de extrema importância observar que interpretar uma lei é determinar o sentido e o alcance de sua escrita.

No mais, todo direito especial, o qual se excepciona do direito comum, deve ter suas normas interpretadas restritamente, isto porque tratam de assuntos com características próprias.

Observa-se que as regras gerais do Código Penal Militar se aplicam aos fatos incriminados por lei militar especial, se esta não dispõe de modo diverso (art. 17, 1ª parte, do Código Penal Militar).

Segundo Romeiro²², “as normas de direito penal militar prevalecem sempre sobre as de direito comum, que não derroga nem ab-roga (*lex specialis derogat legi generali*)”.

Assim, a lei militar, a qual faz parte de legislação especial, merece que sua interpretação seja feita de forma restrita, uma vez que trata de matérias exclusivas do âmbito militar.

2.2 Pessoa considerada militar

O conceito de militar está expresso no artigo 22 do Código Penal Militar, assim disposto:

²² ROMEIRO, Jorge Alberto. **Curso de direito penal militar**. São Paulo: Saraiva, 1994.

Art. 22. É considerada militar, para efeito da aplicação deste Código, qualquer pessoa que, em tempo de paz ou de guerra, seja incorporada às forças armadas, para nelas servir em posto, graduação, ou sujeição à disciplina militar.

No mais, o artigo 142, § 3º, da Constituição Federal, nos fornece uma classificação dos militares, *in verbis*:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

§ 1º - Lei complementar estabelecerá as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas.

§ 2º - Não caberá "habeas-corpus" em relação a punições disciplinares militares.

§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições:

(Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

I - as patentes, com prerrogativas, direitos e deveres a elas inerentes, são conferidas pelo Presidente da República e asseguradas em plenitude aos oficiais da ativa, da reserva ou reformados, sendo-lhes privativos os títulos e postos militares e, juntamente com os demais membros, o uso dos uniformes das Forças Armadas; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

II - o militar em atividade que tomar posse em cargo ou emprego público civil permanente será transferido para a reserva, nos termos da lei; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

III - O militar da ativa que, de acordo com a lei, tomar posse em cargo, emprego ou função pública civil temporária, não eletiva, ainda que da administração indireta, ficará agregado ao respectivo quadro e somente poderá, enquanto permanecer nessa situação, ser promovido por antigüidade, contando-se-lhe o tempo de serviço apenas para aquela promoção e transferência para a reserva, sendo depois de dois anos de afastamento, contínuos ou não, transferido para a reserva, nos termos da lei; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

IV - ao militar são proibidas a sindicalização e a greve; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

V - o militar, enquanto em serviço ativo, não pode estar filiado a partidos políticos; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

VI - o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra;

(Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

VII - o oficial condenado na justiça comum ou militar a pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no inciso anterior; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

VIII - aplica-se aos militares o disposto no art. 7º, incisos VIII, XII, XVII, XVIII, XIX e XXV e no art. 37, incisos XI, XIII, XIV e XV; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

IX - aplica-se aos militares e a seus pensionistas o disposto no art. 40, §§ 4º, 5º e 6º; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

IX - aplica-se aos militares e a seus pensionistas o disposto no art. 40, §§ 7º

e 8º; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 11998)(Revogado pela Emenda Constitucional nº 41, de 19.12.2003).

X - a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

É importante observar que a vigente Constituição Federal ampliou o conceito de militar, uma vez que o Código Penal Militar só abrange os integrantes das Forças Armadas. Ou seja, a Constituição, em seu artigo 42, dispõe que os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, e em seu artigo 125, § 4º, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, dispõe que a Justiça Militar estadual é competente para processar e julgar os militares dos Estados – Policiais Militares e Bombeiros Militares²³ – nos crimes militares definidos em lei.

Art. 42 Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

§ 1º Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º; do art. 40, § 3º; e do art. 142, §§ 2º e 3º, cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, 3º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos Governadores.(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

§ 2º Aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios e a seus pensionistas, aplica-se o disposto no art. 40, §§ 4º e 5º; e aos militares do Distrito Federal e dos Territórios, o disposto no art. 40, § 6º.(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

§ 1º Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º; do art. 40, § 9º; e do art. 142, §§ 2º e 3º, cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

§ 2º Aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios e a seus pensionistas, aplica-se o disposto no art. 40, §§ 7º e 8º. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

§ 2º Aos pensionistas dos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios aplica-se o que for fixado em lei específica do respectivo ente estatal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º - A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça. § 2º - Cabe aos Estados a instituição de representação de

inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em

²³De acordo com o artigo 144, § 6º, da **CF**, as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares são forças auxiliares e reservas do Exército.

face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

§ 3º - A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos Conselhos de Justiça e, em segundo, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo da polícia militar seja superior a vinte mil integrantes.

§ 4º - Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares nos crimes militares, definidos em lei, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

§ 3º A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juizes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 5º Compete aos juizes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares.

(Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 6º O Tribunal de Justiça poderá funcionar descentralizadamente, constituindo Câmaras regionais, a fim de assegurar o pleno acesso do jurisdicionado à justiça em todas as fases do processo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 7º O Tribunal de Justiça instalará a justiça itinerante, com a realização de audiências e demais funções da atividade jurisdicional, nos limites territoriais da respectiva jurisdição, servindo-se de equipamentos públicos e comunitários. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Art. 126. Para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça designará juizes de entrância especial, com competência exclusiva para questões agrárias.

Art. 126. Para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça proporá a criação de varas especializadas, com competência exclusiva para questões agrárias. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Parágrafo único. Sempre que necessário à eficiente prestação jurisdicional, o juiz far-se-á presente no local do litígio.

Para melhor entendimento sobre o assunto em questão, vejamos:

Portanto, como militar, entende-se quem se encontra incorporado às Forças Armadas, à Polícia Militar e ao Corpo de Bombeiros Militares, mesmo afastado temporariamente do serviço ativo, por licença para tratamento de saúde, licença especial, férias, licença para tratar de interesse particular, etc. Enfim, o que interessa é o vínculo à instituição militar que desaparece com a exclusão do serviço ativo, por transferência para a reserva remunerada, por reforma, demissão ou outros previstos no Estatuto dos Militares. Conseqüentemente, ao mencionarmos militar estamos nos referindo aos integrantes das Forças Armadas, da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militares, sem esquecermos que os primeiros são assim considerados para efeito da aplicação da lei penal castrense, pela Justiça

Militar federal, e os outros dois, para efeito da aplicação da lei penal castrense, pela Justiça Militar estadual²⁴.

Destarte, evidente está que militares são os integrantes das Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica), Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares.

2.3 O crime militar frente ao Código Penal Militar

O Código Penal Militar – CPM, Decreto-Lei nº 1.001, foi editado pelos Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, decretado em 21 de outubro de 1969 e, se estende aos militares, que devem obedecer e respeitar as regras militares, de acordo com os princípios da hierarquia e da disciplina militar.

No mais, é no referido estatuto que se encontram definidos os crimes militares, conforme veremos a seguir.

Primeiramente, há de se ter que crime militar é o que a lei define como tal. Nota-se que para definir o crime militar foi adotado o critério legal, ou seja, o legislador brasileiro enumerou de forma taxativa as várias situações que definem o delito. Em outras palavras, um fato só pode ser avaliado como crime militar se estiver disposto no Código Penal Militar – CPM.

Descrevendo de forma geral no dicionário jurídico, Paulo²⁵ define que crime militar é o “crime contra as instituições militares ou que afetem a organização das Forças Armadas do país”.

No momento em que o Código Penal Militar se refere ao crime, óbvio que está dizendo a respeito do crime militar, pois este é a razão de sua própria existência.

Árdua é a tarefa de definir e caracterizar o crime militar, embora seja aparentemente simples, uma vez que aceita a adoção do critério *ratione legis*, ou seja, crime militar é o que a lei define como tal.

O militar da ativa ou inatividade, ou mesmo um civil que praticar alguma conduta descrita em tese como crime, deverá, primeiramente, verificar-se-á a subsunção da ação ao Código Penal Militar. Em caso de atipicidade deste, será responsabilizado na legislação comum. Há delitos que tem a mesma descrição, tanto na legislação comum quanto na castrense, todavia,

²⁴ LOBÃO, Célio. **Direito penal militar**. 2. ed. atual. Brasília: Brasília Jurídica, 2004;

²⁵ PAULO, Antonio de. **Pequeno dicionário jurídico**. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

para a configuração nesta segunda legislação, mister ainda, ter o fato ocorrido dentro de uma das situações previstas no art. 9º do Código Penal Militar. Antes de adentrarmos nas possibilidades legais do que venha ser crime militar, é importante ressaltar que a interpretação quanto a essas possibilidades devem ser restritas, e num caso de dúvida, entre ser crime militar ou comum, prevalece este²⁶.

Claramente de acordo com o critério *ratione legis*, a caracterização do crime militar está compreendida nos três incisos do artigo 9º e nos quatro incisos do artigo 10, crimes militares em tempo de paz e crimes militares em tempo de guerra, ambos do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar), *in verbis*:

Crimes militares em tempo de paz

Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

II - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

c) por militar em serviço, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito a administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;

(Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996)

d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;

f) por militar em situação de atividade ou assemelhado que, embora não estando em serviço, use armamento de propriedade militar ou qualquer material bélico, sob guarda, fiscalização ou administração militar, para a prática de ato ilegal;

f) revogada. (Vide Lei nº 9.299, de 8.8.1996)

III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;

b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;

c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;

d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária,

²⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18ª. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

quando legalmente requisitado para aquêlê fim, ou em obediência a determinação legal superior.

Crimes militares em tempo de guerra

Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum.

(Parágrafo incluído pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996)

Art. 10. Consideram-se crimes militares, em tempo de guerra:

I - os especialmente previstos neste Código para o tempo de guerra;

II - os crimes militares previstos para o tempo de paz;

III - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum ou especial, quando praticados, qualquer que seja o agente:

a) em território nacional, ou estrangeiro, militarmente ocupado;

b) em qualquer lugar, se comprometem ou podem comprometer a preparação, a eficiência ou as operações militares ou, de qualquer outra forma, atentam contra a segurança externa do País ou podem expô-la a perigo;

IV - os crimes definidos na lei penal comum ou especial, embora não previstos neste Código, quando praticados em zona de efetivas operações militares ou em território estrangeiro, militarmente ocupado.

No mais, vale observar que as hipóteses descritas no transcrito acima abrangem tanto a pessoa civil quanto a militar, vejamos:

[...] Para que se faça distinção entre os crimes militares e comuns, o Oficial militar encarregado do exercício da polícia judiciária militar (art. 7º, do CPPM) deve verificar se a conduta do agente se enquadra dentre os crimes elencados na parte especial do Código Penal Militar. Além de buscar a tipicidade, a autoridade militar deve verificar se ocorre uma das hipóteses circunstanciais ditadas pelo artigo 9º, do CPM. A operação de hermenêutica, portanto, desenvolve-se em duas etapas: 1ª - busca de tipicidade na Parte Especial (exatamente como ocorre no Direito Penal comum); 2ª - busca de adequação em uma das hipóteses previstas no artigo 9º, do Código Penal Militar.

Ocorrendo hipóteses em que o fato encontra tipicidade no CPM, mas não ocorrer a adequação em relação ao Artigo 9º, este fato não será considerado crime militar, se enquadrando, conforme o caso, na legislação penal comum, sendo assim considerado crime comum²⁷.

Desta forma, para considerar algum fato como delituoso há de se ter que este deve ser típico, antijurídico e culpável. E para que um fato seja considerado um delito militar, além das formas acima mencionadas, este deve se enquadrar no artigo 9º ou 10 do Código Penal Militar.

²⁷ PAIOLA, Renan Francisco. **Crime Militar e Transgressão Militar no Âmbito Federal**. Regrad. São Paulo: Revista de Graduação, 2009.

2.4 Crime propriamente militar e crime impropriamente militar

A explicação de crime propriamente militar e crime impropriamente militar, seria:

No Código Penal Militar (Decreto-lei nº 1.001, de 21-10-69), estão definidos os *crimes militares*, que se dividem, segundo a lei, em crimes militares em tempo de paz (art. 9º) e crimes militares em tempo de guerra (art. 10). Também os crimes militares podem ser *puros* ou *próprios* (puramente militares) e *impróprios*. Os primeiros são os que somente estão definidos no CPM; os crimes militares impróprios são aqueles cuja definição típica também é prevista na lei penal comum, quando praticados nas condições estabelecidas no art. 9º, II, e no art. 10, III, do CPM²⁸.

Dessa forma, a lei ordinária não delimita ao que vem a ser crime propriamente militar e crime impropriamente militar, estas são simplesmente expressões utilizadas de forma doutrinária. Porém, há de se destacar que a Constituição Federal, no artigo 5º, LXI, dispõe que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. Assim, a Carta Suprema refere-se em especial ao crime propriamente militar, razão pela qual é imprescindível diferenciar as duas espécies de crime militar.

Muito se ouve falar em crimes propriamente militares e crimes impropriamente militares. Mas, o que significam, afinal, essas expressões? O artigo 124 da Constituição da República dispõe que compete à Justiça Militar processar e julgar crimes militares definidos em lei, ou seja, cabe ao legislador ordinário fixar os critérios para definir o crime militar. Essa lei é o Código Penal Militar, especificamente o seu artigo 9º, que define o que vem a ser crime militar em tempo de paz.

Contudo, a lei penal militar não define o que sejam crimes propriamente militares e crimes impropriamente militares. Estas são apenas expressões doutrinárias.

Segundo a lição de Jorge Alberto Romeiro, em seu Curso de Direito Penal Militar, são crimes propriamente militares aqueles que só podem ser praticados por militares, ou que exigem do agente a condição de militar. É o caso, por exemplo, dos crimes de deserção, de violência contra superior, de violência contra inferior, de recusa de obediência, de abandono de posto, de conservação ilegal do comando etc.

Já os crimes impropriamente militares são os que, comuns em sua natureza, podem ser praticados por qualquer cidadão, civil ou militar, mas que, quando praticados por militar em certas condições, a lei considera militares. São impropriamente militares os crimes de homicídio e lesão corporal, os crimes contra a honra, os crimes contra o patrimônio (furto, roubo, apropriação indébita, estelionato, receptação, dano etc), os crimes de tráfico ou posse de entorpecentes, o peculato, a corrupção, os crimes de falsidade, dentre outros.

²⁸ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003, parte geral - 1º vol.

[...] Do ponto de vista do bem tutelado — hierarquia, disciplina e ordem administrativa militar — são igualmente importantes, e representam ofensa equivalente, os crimes propriamente militares e os impropriamente militares. Assim, estando diante de um crime militar, seja ele propriamente ou impropriamente militar, a competência para processo e julgamento será da Justiça Militar²⁹.

Os crimes propriamente militares são, especificamente, os que só podem ser praticados por militares, ou, no mesmo sentido, os que exigem do atuante a qualidade de militar. Assim, somente a pessoa do militar pode cometer tal delito, uma vez que tal conduta versa em infração de deveres militares. Como exemplo, temos os crimes de deserção (art. 187, do CPM), abandono de posto (art. 195, do CPM), desacato a superior (art. 298, CPM), dormir em serviço (art. 203, do CPM), e outros:

[...] Crime propriamente militar, com acentua Esmeraldino Bandeira, recebeu definição precisa no direito romano e consistia naquele “que só o soldado pode cometer”, porque “dizia particularmente respeito à vida militar, considerada no conjunto da qualidade funcional do agente, da materialidade especial da infração e da natureza peculiar do objeto danificado, que devia ser – o serviço, a disciplina, a administração ou a economia militar” [...]. Ratificando esse ponto de vista, o mesmo Esmeraldino Bandeira reafirma que “crimes propriamente militares são os que consistem nas infrações específicas e funcionais da profissão do soldado”, enquanto o crime impropriamente militar é “aquele que pela condição militar do culpado, ou pela espécie militar de fato, ou pela natureza militar do local ou, finalmente, pela anormalidade do tempo em que é praticado, acarreta dano à economia, ao serviço ou à disciplina das forças armadas”.

[...] Como crime propriamente militar entende-se a infração penal, prevista no Código Penal Militar, específica e funcional do ocupante do cargo militar, que lesiona bens ou interesses das instituições militares, no aspecto particular da disciplina, da hierarquia, do serviço e do dever militar. É conveniente ressaltar que o crime propriamente militar pode ser cometido no exercício da função do cargo militar ou fora dele. Por exemplo, no abuso de requisição militar (art. 173 do CPM) o militar pratica o delito em função, enquanto na violência contra superior (art. 157 do CPM) o agente e o ofendido, no momento do crime, podem não estar em serviço ou fora de local sob administração militar³⁰.

Noutro sentido, os crimes denominados de impropriamente militares são aqueles que, comuns em sua natureza, podem vir a serem cometidos por qualquer sujeito, seja civil ou militar. Porém, há de se destacar que ao serem cometidos por militar, em determinadas condições, são caracterizados legalmente de crimes militares, isso porque estão previstos no Código Penal Militar. Para exemplo desse

²⁹ GADELHA, Patrícia Silva. **Entendendo a competência e a importância da Justiça Militar da União**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 4, nº 168. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1102>> Acesso em: 14 mai. 2015.

³⁰ LOBÃO, Célio. **Direito penal militar**. 2. ed. atual. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

tipo de delito temos o furto (art. 240, do CPM), homicídio (art. 205, do CPM), constrangimento ilegal (art. 222, CPM), e outros:

A respeito da distinção do que seja um e outro, não há um critério preciso. Contudo, é bastante respeitado aquele que diz ser crime propriamente militar quando só o militar pode ser o infrator, como, por exemplo, a infração ao crime de deserção, enquanto que, se o civil também pode cometer o delito, são os conhecidos impropriamente militar. (SILVA, 2002, p. 387).

[...] A doutrina costuma dividir os delitos militares em *próprios* e *impróprios*, conforme violem, a natureza da função militar, como a deserção, ou possam ser praticados por civis ou militares, cumpridos certos requisitos de pessoa, tempo e lugar.

Esclarece Basileu Garcia (*Instituições de Direito Penal*, v. 1, tomo 1, 2.^a ed., p. 212) que os últimos são, na verdade, infrações do Direito Comum, cometidas, nas condições previstas, no Código Penal Militar (reafirm -se, com Álvaro Mayrinck da Costa – *Crime Militar*, p. 136 – que “a noção de crime militar é aquela fornecida pela lei”), cuja especificidade foi ressalvada pelo art. 360 do Código Penal, que arrola transgressões especiais (crimes políticos, contra a economia popular, de imprensa, falimentares, de responsabilidade e militares, que Fernando Nery – *Lições de Direito Criminal*, 2.^a ed., v. 1, p. 182 – considerou mais importantes do que suas congêneres, acompanhando o entendimento de Esmeraldino Bandeira), distinguindo-as, inequivocamente, das comuns (delitos e contravenções). Por outro lado, a classificação dos crimes militares, segundo sejam realizados em tempo de paz ou em tempo de guerra, é óbvia, bastando consultar o figurino correspondente³¹.

É importante mencionar que os crimes militares merecem ser analisados, minuciosamente do ponto de vista da hierarquia, disciplina e da administração militar. Ou seja, os crimes propriamente militares, como a deserção e o desacato a superior, e os impropriamente militares, como o homicídio e o furto, praticados por militar em local sob administração militar, em ambos os casos ferem a ordem disciplinar e da administração militar, não importando sua denominação doutrinária.

Por fim, para melhor elucidar todo o exposto acima, vejamos:

Uma dúvida que sempre assalta a mente dos juristas, quando se fala em crimes militares, é se crime militar é aquele delito praticado somente por militares, ou, também, pode um civil praticá-lo, dependendo das circunstâncias ou do local em que ele ocorre.

[...]

A nossa Constituição Federal não define expressamente crime militar; no entanto, nota-se que em vários de seus artigos aparecem diversas referências, tais como nos artigos: 5º, inciso LXI, 124, § 4º, 125, § 4º e 144, § 4º. Nestes artigos há, de certa forma, a existência de crime militar.

A seu turno, para melhor vislumbrar um acessível e respeitado conceito de crime militar, ensina o Ilustre Promotor de Justiça Militar da União, Dr. Jorge César de Assis, que: “Crime militar é toda violação acentuada ao dever militar e aos valores das instituições militares”.

Nesse sentido, dos critérios estabelecidos pela doutrina para qualificar os crimes militares, temos os seguintes: *ratione materiae*, *ratione personae*,

³¹ CUNHA, L. Fernando Whitaker da. **Direito penal: fraude fiscal e outros estudos**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

ratione temporis e *ratione legis*. Vejamos, então, o que significa cada um deles para melhor esclarecê-los:

O critério *ratione materiae* exige que se verifique a dupla qualidade militar do ato e do agente.

São, porém, *ratione personae* aqueles cujo sujeito é militar atendendo exclusivamente à qualidade de militar do agente.

Já o delito *ratione temporis*, é o praticado em determinada época, ou seja, em tempo de paz ou em tempo de guerra.

Ficou ratificado que a qualificação do crime militar se faz pelo critério *ratione legis*, ou seja, é crime militar aquele que o Código Penal Militar (CPM) assim tipificar.

Sabendo-se da referida definição de crime militar e dos critérios firmados pela doutrina, resta-nos agora, distinguir crime militar próprio e crime militar impróprio. Para tanto, faz-se necessário observar os termos específicos contidos no artigo 9º do CPM, *in verbis*:

Artigo 9º - Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

Anteriormente, entendia-se que o crime militar próprio era aquele que só poderia ser cometido por militar. Posteriormente verificou-se que nem todo crime, cometido por militar, seria um delito militar, porque o agente atua também como cidadão.

Os crimes propriamente militares são aqueles cuja prática não seria possível se não ocorressem por militar, sendo fundamental essa qualidade do agente para vincular a característica de crime militar. Como foi mencionado, o crime militar obedece ao critério *ratione legis*, portanto, constata-se que o crime militar próprio é aquele que só está previsto no Código Penal Militar e só poderá ser praticado por militar.

Portanto, são propriamente militares, por exemplo: o motim e a revolta (artigos 149 a 153), a violência contra superior ou militar de serviço (artigos 157 a 159), a insubordinação (artigos 163 a 166), a deserção (artigos 187 a 194) e o abandono de posto e outros crimes em serviço (artigos 195 a 203). Já no que se refere aos crimes militares impróprios, será necessário vincular uma nova situação, que passará a constituir a descrição do crime, ou seja, os delitos que, mesmo sendo definidos como crimes militares, podem ter, de igual forma, como sujeito ativo, um militar ou um civil.

Acrescente-se, ainda, que os crimes impropriamente militares são os que, comuns em sua natureza, podem ser praticados por qualquer cidadão, civil ou militar, mas que, quando praticados por militar em certas condições, a lei os considera militares.

Os crimes impróprios estão definidos no mencionado artigo 9º, inciso II, do diploma militar repressivo:

II - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; (alterado pela L-009.299-1996)

d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;

O decano do Direito, Doutor Clovis Beviláqua, chamava de crimes militares os referidos por compreensão normal da função militar, ou seja, embora

civis na sua essência, assumem a feição militar, por serem cometidos por militares em sua função.

Importante frisar, ainda, que há casos em que o civil comete crime militar caracterizando, assim, os crimes acidentalmente militares, seja contra as instituições militares, no que dispõe o inciso III do artigo 9º do CPM, seja contra o serviço militar, como por exemplo, insubmissão (artigo 183), que sendo crime militar, só pode ser praticado por civil.

Diante da diferenciação dos citados crimes e suas específicas diferenças, cabe informar, ainda, que é de competência da Justiça Militar, processar e julgar todos os respectivos crimes militares definidos em lei.

Por derradeiro, diante da explanação do assunto ora abordado, ficou evidenciado que há uma grande importância na distinção dos crimes militares, uma vez que possibilita ao leigo saber que, pode sim, um civil praticar um crime militar.³²

Desta forma, evidente está que o crime militar próprio só pode ser caracterizado quando o agente for um militar. Por outro lado, o crime impropriamente militar não depende da mesma regra, ou seja, o agente pode ser tanto um civil como um militar, porém, devendo ser observado que se praticado por militar, em certas condições, a lei considerará crime militar.

³² SANTOS, Edimilson Henriques dos. **Dos crimes militares próprios e impróprios**. Disponível em: <http://74.125.45.104/search?q=cache:J8tvjyZcJ:www.dazibao.com.br/boletim/0012/jur_edimilson.htm+distin%C3%A7%C3%A3o+crime+proprio+militar+improprio&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=1&gl=br>. Acesso em: 16 mai. 2015.

3 O DIREITO ADMINISTRATIVO MILITAR E A TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR MILITAR

3.1 Sucinto entendimento sobre o direito administrativo disciplinar militar

O âmbito do Direito dedicado ao estudo do relacionamento, ocorrido diariamente, entre a Administração Pública Militar e as pessoas nela integrantes é denominado de Direito Administrativo Disciplinar Militar, o qual regula as relações jurídicas que surgem do interesse do Estado.

É importante observar e mencionar que o direito disciplinar, em geral, se enquadra principalmente dentro de três áreas do estudo jurídico, quais sejam, o Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito Penal.

O Direito Administrativo Disciplinar Militar é uma especialização do Direito Administrativo Disciplinar, porém, se destaca por atingir exclusivamente os militares. No mesmo sentido, observa-se que as instituições militares possuem características próprias, que as tornam distintas das demais instituições públicas, isso porque são erguidas sobre os pilares da hierarquia e da disciplina.

3.2 O poder disciplinar e o *jus puniendi* da administração militar

O poder disciplinar é o atributo usado pelo superior hierárquico para regular atuação operacional dos servidores, assim responsabilizando os que não desempenharem fielmente suas atribuições ou deveres, próprios de seus cargos ou funções. Porém, é importante não confundir o poder disciplinar com o poder hierárquico, vez que ambos podem ser de uma mesma autoridade.

Para um amplo entendimento a respeito do poder disciplinar, em seu contexto geral, é de extrema importância mencionar que o poder disciplinar é exercido como faculdade punitiva interna da Administração, e, por isso mesmo, só abrange as infrações relacionadas com o serviço. A punição criminal é aplicada com finalidade social, visando a repressão de crimes e contravenções definidas nas leis penais e por esse motivo é realizada fora da Administração ativa, pelo Poder Judiciário.

No mais, é importante destacar que são imprescindíveis os institutos da hierarquia e da disciplina no âmbito militar, isso porque são considerados como os

alicerces das instituições militares. Assim, as condutas dos militares devem ser sempre fundamentadas nesses institutos, como veremos no decorrer da presente.

Visto que o poder disciplinar é um poder punitivo, acarretando assim em penalidades aos agentes que infringem normas ou preceitos, é viável estudar paralelamente o *jus puniendi*, uma vez que ambos se enquadram na administração militar e, em especial, são decorrentes um do outro, como se passará a entender.

A partir do momento em que ocorre uma transgressão disciplinar militar, surge então, para a Administração Militar, o denominado *jus puniendi*, ou seja, o direito de punir. Este direito da administração somente pode ser exercido através de um processo administrativo – PA, que passou a ser denominado, doutrinariamente, de processo administrativo disciplinar militar – PADM.

Abrangendo mais acerca do assunto, vejamos:

O direito administrativo disciplinar militar, ramo do direito administrativo, e que tem por objeto de estudo os atos funcionais praticados pelos integrantes das Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica) e os integrantes das Forças Auxiliares (Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares) no exercício de suas atividades constitucionais definidas respectivamente nos arts 142 "caput" e 144, parágrafo 5.o da Constituição Federal, pode ser dividido em duas fases : a 1.a fase anterior a Constituição Federal de 1988, e a 2.a fase, pós Constituição de 1988.

A nova Constituição Federal trouxe várias modificações no campo do direito penal e administrativo militar, que ainda não foram totalmente incorporadas pelas Organizações Militares que ainda possuem disposições legais que datam de um tempo onde havia modelos diversos dos adotados no Estado democrático de direito.

[...]

Por força de disposição dos regulamentos disciplinares aos quais estão submetidos, que na maioria das vezes adota o disposto no regulamento disciplinar do Exército, os militares, federais ou estaduais, ficam sujeitos a punições disciplinares toda vez que no exercício de suas atividades vierem a praticar o que se denomina de transgressão disciplinar militar.

A transgressão disciplinar militar para um melhor entendimento pode ser comparada a uma contravenção, uma vez que esta encontra-se abaixo do crime militar, o qual encontra-se previsto e disciplinado no Código Penal Militar e nas Leis Especiais Militares.

O art. 12 do Regulamento Disciplinar do Exército (RDE) conceitua transgressão disciplinar, "como sendo qualquer violação dos preceitos de ética, dos deveres e das obrigações militares, na sua manifestação elementar e simples. Distingue-se do crime, militar ou comum, que consiste na ofensa a esses mesmos preceitos, deveres e obrigações, mas na sua expressão complexa e acentuadamente anormal, definida e prevista na legislação penal".

Com o cometimento de uma transgressão disciplinar nasce para a Administração Militar o direito de punir o transgressor, para que este não volte a quebrar os preceitos militares decorrentes da hierarquia e da disciplina. [...]³³

³³ A ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Causas de justificação da transgressão disciplinar militar**. Disponível em: <http://www.cesdim.org.br/temp.aspx?PaginalD=106>>. Acesso em: 14 mai. 2015.

No mesmo sentido:

A Constituição Federal de 1.988, em seu artigo 5.o, inciso LIV prescreve que: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Esta garantia constitucional pressupõe a existência da ampla defesa e do contraditório, e o respeito ao princípio da legalidade para que uma pessoa possa ter o seu "ius libertatis" cerceado, seja na esfera criminal ou administrativa.

[...] O Regulamento Disciplinar é o diploma castrense que trata das transgressões disciplinares, as quais estão sujeitos os militares, sendo uma norma "interna corporis".

[...] Deve-se esclarecer que pelo cometimento de uma transgressão disciplinar dependendo da sua natureza e amplitude (leve, média ou grave) o militar fica sujeito a uma pena de detenção (prisão) até 30 dias, que poderá ser cumprida em regime fechado (xadrez).

[...] O Direito Militar, penal ou disciplinar, é um ramo especial da Ciência Jurídica, com princípios e particularidades próprias. Mas, como qualquer outro ramo desta ciência está subordinado aos cânones constitucionais.³⁴

Assim, podemos observar que a administração militar é detentora de poderes punitivos para assegurar seu ordenamento hierárquico e disciplinar.

Por fim, é importante mencionar que os Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal – STF e Superior Tribunal de Justiça – STJ) têm reconhecido que os militares para serem punidos na esfera administrativa merecem que lhes sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa.

3.3 Hierarquia e disciplina militar

A Constituição Federal, no seu artigo 142, dispõe que a hierarquia e a disciplina militar são a base organizacional das Forças Armadas, e tais exigências são repassadas aos integrantes das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, vez que estes são forças auxiliares, conforme já mencionado.

No mesmo sentido, o artigo 1º da Lei Complementar nº 97/99 (Normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas) dispõe:

Art. 1º As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

³⁴ A ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Causas de justificação da transgressão disciplinar militar**. Disponível em: <http://www.cesdim.org.br/temp.aspx?PaginalD=106>>. Acesso em: 14 mai. 2015.

A hierarquia militar é uma classificação dentre as autoridades, em níveis diferentes, com a devida finalidade da estrutura da organização, sendo que a ordem destas se dá por postos e graduações, e num mesmo posto ou graduação é feita pela antiguidade, devendo ser observado os preceitos legais de seus respectivos regulamentos.

Noutro âmbito, a disciplina militar, como a própria nomenclatura já delimita, é o plano onde se enquadra a obediência de ordem legalmente produzida por superior hierárquico, promovendo o bom convívio com os demais militares, assim como a plena execução das atividades impostas, devendo também ser rígida a observância quanto às leis, regulamentos, normas e disposições.

A Lei nº 6.880/80 – Estatuto dos Militares, em seus artigos 14 e 31, dispõe exclusivamente sobre o exposto acima, *in verbis*:

Art. 14. A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico.

§ 1º A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antiguidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à seqüência de autoridade.

§ 2º Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.

§ 3º A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformados.

Art. 31. Os deveres militares emanam de um conjunto de vínculos racionais, bem como morais, que ligam o militar à Pátria e ao seu serviço, e compreendem, essencialmente:

I - a dedicação e a fidelidade à Pátria, cuja honra, integridade e instituições devem ser defendidas mesmo com o sacrifício da própria vida;

II - o culto aos Símbolos Nacionais;

III - a probidade e a lealdade em todas as circunstâncias;

IV - a disciplina e o respeito à hierarquia;

V - o rigoroso cumprimento das obrigações e das ordens; e

VI - a obrigação de tratar o subordinado dignamente e com urbanidade.

No mesmo sentido, o Regulamento Disciplinar do Exército – Decreto nº 4.346/02, nos artigos 7º e 8º, estabelece sobre a hierarquia militar e a disciplina militar, *in verbis*:

Art. 7º A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, por postos e graduações.

Parágrafo único. A ordenação dos postos e graduações se faz conforme preceitua o Estatuto dos Militares.

Art. 8º A disciplina militar é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições, traduzindo-se pelo perfeito

cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes do organismo militar.

§ 1º São manifestações essenciais de disciplina:

I - a correção de atitudes;

II - a obediência pronta às ordens dos superiores hierárquicos;

III - a dedicação integral ao serviço; e

IV - a colaboração espontânea para a disciplina coletiva e a eficiência das Forças Armadas.

§ 2º A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos permanentemente pelos militares na ativa e na inatividade.

Desta forma, está claro que a hierarquia é um pressuposto para a autoridade militar no que diz respeito ao dever e poder de punir, assim mantendo a ordem no serviço e garantido a disciplina. Por fim, visando garantir a observância dos deveres contidos nas normas castrenses, são aplicadas por obrigação e justiça as sanções disciplinares cabíveis.

É importante mencionar que a obrigação que o militar subordinado tem em obedecer ao militar superior deve ser amparada legalmente, ou seja, aquele primeiro não é obrigado a fazer o que for manifestamente ilegal.

O dever de obediência do militar está presente em vários dispositivos do Estatuto dos Militares, e para breve entendimento vejamos alguns:

Art. 28. O sentimento do dever, o pundonor militar e o decore da classe impõem, a cada um dos integrantes das Forças Armadas, conduta moral e profissional irrepreensíveis, com a observância dos seguintes preceitos de ética militar:

[...]

IV - cumprir e fazer cumprir as leis, os regulamentos, as instruções e as ordens das autoridades competentes;

[...]

Art. 32. Todo cidadão, após ingressar em uma das Forças Armadas mediante incorporação, matrícula ou nomeação, prestará compromisso de honra, no qual afirmará a sua aceitação consciente das obrigações e dos deveres militares e manifestará a sua firme disposição de bem cumpri-los.

Art. 33. O compromisso do incorporado, do matriculado e do nomeado, a que se refere o artigo anterior, terá caráter solene e será sempre prestado sob a forma de juramento à Bandeira na presença de tropa ou guarnição formada, conforme os dizeres estabelecidos nos regulamentos específicos das Forças Armadas, e tão logo o militar tenha adquirido um grau de instrução compatível com o perfeito entendimento de seus deveres como integrante das Forças Armadas.

§ 1º O compromisso de Guarda-Marinha ou Aspirante-a-Oficial é prestado nos estabelecimentos de formação, obedecendo o cerimonial ao fixado nos respectivos regulamentos.

Art. 34. Comando é a soma de autoridade, deveres e responsabilidades de que o militar é investido legalmente quando conduz homens ou dirige uma organização militar. O comando é vinculado ao grau hierárquico e constitui uma prerrogativa impessoal, em cujo exercício o militar se define e se caracteriza como chefe.

Parágrafo único. Aplica-se à direção e à chefia de organização militar, no que couber, o estabelecido para comando.

Art. 35. A subordinação não afeta, de modo algum, a dignidade pessoal do militar e decorre, exclusivamente, da estrutura hierarquizada das Forças Armadas.

Todo o exposto acima nos dá a convicção da real importância dos regulamentos disciplinares, uma vez que através deles é erguida e mantida a disciplina nas organizações militares.

3.4 Os regulamentos das Forças Armadas e a transgressão disciplinar militar

Os regulamentos disciplinares são baixados por decretos e têm como finalidade ilustrar ou detalhar a lei, para assim facilitar seu cumprimento, regulando as contravenções ou transgressões disciplinares praticadas por seus integrantes.

O Exército regula sobre tais ocorrências através do Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002, que revogou o Decreto nº 90.608/84. A Marinha tem sua organização regulada de acordo com seu atual Regulamento Disciplinar, Decreto nº 88.545, de 26 de junho de 1983, com alterações inseridas pelo Decreto nº 1.011/93. E, na Aeronáutica, seu Regulamento Disciplinar foi estabelecido pelo Decreto nº 76.322, de 22 de setembro de 1975.

O Estatuto dos Militares, especificamente em seu artigo 47, nos fornece a definição e característica de regulamento disciplinar, *in verbis*:

Art. 47. Os regulamentos disciplinares das Forças Armadas especificarão e classificarão as contravenções ou transgressões disciplinares e estabelecerão as normas relativas à amplitude e aplicação das penas disciplinares, à classificação do comportamento militar e à interposição de recursos contra as penas disciplinares.

Concordando com o Estatuto dos Militares, o disposto no artigo 1º do Regulamento Disciplinar do Exército estabelece:

Art. 1º O Regulamento Disciplinar do Exército (R-4) tem por finalidade especificar as transgressões disciplinares e estabelecer normas relativas a punições disciplinares, comportamento militar das praças, recursos e recompensas.

É importante observar que as Forças Armadas estão blindadas pela Carta Constitucional, logo os regulamentos disciplinares, baixados por Decretos, inseparáveis e imprescindíveis de tais instituições, estão amparados de igual forma.

Adentrando no assunto, temos que o conceito da transgressão disciplinar se encontra implícito no Estatuto dos Militares, mais especificamente em seu artigo 42,

ao dispor que “a violação das obrigações ou dos deveres militares constituirá crime, contravenção ou transgressão disciplinar, conforme dispuser a legislação ou regulamentação específicas”. Ou seja, a transgressão disciplinar é a violação de alguma obrigação ou dever do militar, assim especificada de acordo com seu devido regulamento.

[...] Lembro que, durante o curso, que possui uma carga jurídica muito abrangente, estudando inclusive o Direito Penal Militar, Direito Processual Penal Militar, Direito Administrativo Militar e o Direito Administrativo Militar Aplicado, é comum aos que não possuem conhecimentos inerentes às peculiaridades dos militares confundir as transgressões disciplinares militares com os crimes militares.

É razoável suscitar tal dúvida, visto que tanto a transgressão militar quanto o crime militar constituem violações de ordenamentos jurídicos próprios dos militares, transgredindo regras de hierarquia e disciplina – pilares das instituições militares. O que não se pode confundir, no entanto, é o poder disciplinar da Administração com o poder punitivo do Estado, realizado através da Justiça Penal.³⁵

Nos regulamentos disciplinares das instituições militares, em geral, o conceito de transgressão disciplinar pode ser entendido como qualquer violação de princípios éticos, deveres ou obrigações militares, omissão ou ação que ferir princípios legais, regulamentos, normas ou, até mesmo, disposições, desde que tal conduta não constitua crime.

Para melhor exposição, o Regulamento Disciplinar do Exército – RDE, em seu artigo 12, define a transgressão disciplinar, *in verbis*:

Art. 14. Transgressão disciplinar é toda ação praticada pelo militar contrária aos preceitos estatuídos no ordenamento jurídico pátrio ofensiva à ética, aos deveres e às obrigações militares, mesmo na sua manifestação elementar e simples, ou, ainda, que afete a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe.

Assim, a fim de melhorar o entendimento a respeito de transgressão disciplinar é lúcido expor a seguinte citação:

O militar (federal ou estadual) no cumprimento de suas funções deve observar dois preceitos fundamentais: a hierarquia e a disciplina. A inobservância destes preceitos poderá configurar a prática de faltas administrativas denominadas transgressões disciplinares. Após um regular processo administrativo, *rules of the games*, onde devem ser assegurados a ampla defesa e o contraditório, o militar poderá ser punido com o cerceamento da liberdade. A prisão administrativa poderá ocorrer na forma de detenção ou prisão a ser cumprida em estabelecimento militar, em regra na OPM ou OM de origem do infrator.

A Constituição Federal de 1988 veda expressamente a possibilidade de prisão que não ocorra em caso de flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, art. 5.º, inciso LXI. A

³⁵ PAIOLA, Renan Francisco. **Crime Militar e Transgressão Militar no Âmbito Federal**. Regrad. São Paulo: Revista de Graduação, 2009.

regra constitucional admite apenas duas exceções, a prisão civil do depositário infiel e a inadimplência de pensão alimentícia, art. 5.º, inciso LXVII.

A Convenção Americana de Direitos Humanos, que está se tornando conhecida no meio militar, restringe ainda mais o campo de aplicação da prisão administrativa, e somente a admite no caso descumprimento de pensão alimentícia, que é o instrumento que o alimentado possui para obrigar o alimentante a cumprir com sua obrigação natural.

A adoção da prisão administrativa no processo de execução é uma questão a ser analisada para se evitar às fraudes e o descumprimento das decisões judiciais proferidas nos processos de conhecimento. A efetividade das sentenças ou acórdãos é essencial no exercício da atividade jurisdicional prestada pelo Estado.

O texto constitucional permite a prisão do militar no caso de crime militar ou transgressão disciplinar definidos em lei provinda do Poder Legislativo, sem que exista uma situação de flagrância ou uma ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente. A prisão administrativa militar poderá ser abusiva, e o ato arbitrário praticado contra o militar poderá ser reparado por meio de habeas corpus, e na esfera civil mediante indenização por danos morais e materiais a serem fixados pelo Poder Judiciário em atendimento ao art. 5.º, inciso XXXV, da CF. 2. Definição de transgressão disciplinar militar A transgressão disciplinar pode ser entendida como sendo uma contravenção penal, ou seja, a violação de um bem de menor potencial ofensivo. O regulamento disciplinar da Marinha, Decreto Federal n.º 84.143, de 31 de outubro de 1979, não faz menção a transgressão disciplinar mas utiliza a expressão contravenção.

Por força da CF de 1988, os regulamentos disciplinares das forças armadas, decretos expedidos pelo Poder Executivo, foram recepcionados, mas somente poderão ser alterados por meio de Lei, sob pena de nulidade de qualquer alteração, o mesmo ocorrendo com as penalidades impostas aos militares integrantes destas corporações.

Se o militar violar um bem jurídico que tenha importância relevante para o direito, como a vida, à integridade, à imagem da administração pública militar, não estará praticando uma contravenção ou transgressão disciplinar, mas um crime e ficará sujeito a uma sanção que poderá ser desde à pena de morte, em tempo de guerra, privação da liberdade, suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função, reforma, em atendimento as alíneas “a” a “g” do Código Penal Militar, Decreto-lei n.º 101, de 21 de outubro de 1969.

O art. 12 do regulamento disciplinar do Exército, Decreto Federal n.º 90.608, define a transgressão disciplinar como sendo, “qualquer violação dos preceitos de ética, dos deveres e das obrigações militares, na sua manifestação elementar ou simples”. O disposto no art. 12 do diploma disciplinar afasta-se do princípio da legalidade previsto no texto constitucional.

A administração pública possui poderes especiais que a diferenciam do administrado, como o poder de polícia e o poder hierárquico, mas isso não significa o afastamento do disposto no art. 37, caput, da CF. Os critérios de conveniência e oportunidade para a aplicação das penalidades, sanções, devem obedecer ao disposto em lei. O conceito de transgressão disciplinar é um tipo aberto que se afasta do princípio da legalidade, o que é vedado pelo ordenamento jurídico.

A liberdade é um direito fundamental do cidadão. No Estado de Direito não se admite a existência de disposições que não estejam previamente previstas em lei, não importando se o ato ilícito é um crime ou uma contravenção. 3. Elementos da transgressão disciplinar A transgressão disciplinar por definição não é um crime, mas uma contravenção que fere os valores da vida militar, da disciplina e da hierarquia, que são os fundamentos das instituições militares. A configuração da transgressão

exige a presença de alguns elementos sem os quais o fato imputado ao militar será atípico.

O jus puniendi no campo administrativo assim como ocorre no direito penal exige a existência de indícios de autoria e materialidade. O militar somente poderá ser punido se o fato por ele praticado na seara administrativa for um fato típico, antijurídico, que praticado em tese por um agente culpável tenha como conseqüência uma penalidade.

A transgressão disciplinar será considerada típica quando o fato estiver expressamente previsto no regulamento disciplinar, sendo vedada a utilização de conceitos indeterminados, como as expressões, honra, pundonor, ética, costumes, entres outras. O ato disciplinar poderá ser antijurídico quando a falta for contrária as regras disciplinares. A culpabilidade do agente exige o elemento dolo, vontade livre e consciente de praticar a infração, a não ser que o tipo queira punir a conduta culposa, imprudência, negligência ou imperícia.

A definição de transgressão disciplinar com base nos elementos apontados afasta a possibilidade de inobservância do princípio da legalidade, que foi assegurado pela Constituição Federal de 1988 de forma expressa no tocante as faltas disciplinares e aos crimes militares.

O tipo aberto que considera como transgressão disciplinar toda e qualquer ação ou omissão, ainda que não especificadas no regulamento disciplinar, mas que seja contrária a honra, ao pundonor militar, e ao decoro da classe, fere as garantias asseguradas aos militares federais e estaduais em atendimento ao texto constitucional e aos instrumentos internacionais que foram subscritos pelo Brasil em atendimento ao art. 5.º, § 2.º, da CF.

Os elementos da transgressão disciplinar se assemelham aos elementos do crime, que pode ser entendido como sendo fato típico, e antijurídico, praticado por agente punível, sendo essenciais para se evitar o abuso, ou excesso, que pode ocorrer nos julgamentos administrativos, onde o princípio da inocência não possui o mesmo desdobramento do direito penal.

A elaboração da teoria da transgressão disciplinar é essencial na busca da efetiva aplicação dos princípios enumerados na Constituição Federal. O poder discricionário possui limites que são estabelecidos pela lei. O administrador possui uma liberdade regrada que está sujeita aos princípios enumerados no art. 37, caput, da CF, e ainda ao princípio da proporcionalidade.³⁶

Desta forma, a transgressão disciplinar se restringe em ser a violação de princípios, deveres ou obrigações militares, assim como qualquer ato que venha a lesar princípios instituídos por lei ou normas, ressalvando os casos em que tal conduta constitua crime.

Lembrando que o Regulamento Disciplinar do Exército – RDE é aplicado na Polícia Militar do Distrito Federal – PMDF, por meio do decreto distrital de número 23.317 de outubro de 2002, para regulamentar a disciplina na corporação.

³⁶ A ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Causas de justificação da transgressão disciplinar militar.** Disponível em: <http://www.cesdim.org.br/temp.aspx?PaginalD=106>>. Acesso em: 14 mai. 2015;

3.5 O princípio do *non bis in idem*

Cumpra registrar, de logo, que o princípio de vedação ao *bis in idem* não possui previsão constitucional expressa, embora seja reconhecido, de modo implícito, como decorrência direta dos princípios da legalidade, da tipicidade e do devido processo legal no texto da Constituição Federal de 1988.

Consoante ressaltou Medina³⁷, esse princípio "está constitucionalmente conectado às garantias da legalidade, proporcionalidade e, fundamentalmente, devido processo legal, implicitamente presente, portanto, no texto da CF/88".

Nesse particular, Medina³⁸ pontua que se trata "de um problema de legalidade e, mais especialmente, de definir a aplicabilidade de uma norma em detrimento de outra, de uma punição que, uma vez incidente, afasta outra possível sanção".

Quanto ao conteúdo do princípio do 'non bis in idem', Medina³⁹ postulou, basicamente, que "ninguém pode ser condenado ou processado duas ou mais vezes por um mesmo fato".

Na mesma linha, Mello⁴⁰ aponta que tal princípio "impede a Administração Pública de impor uma segunda sanção administrativa a quem já sofreu, pela prática da mesma conduta, uma primeira [sanção]." Não é possível, portanto, a imposição de nova sanção pelo mesmo fato.

Mello⁴¹ registra, ainda, que a sanção "prevista na lei pressupõe uma única aplicação para cada conduta delituosa, não diversas".

No mesmo sentido, Nucci⁴² pontua que a garantia do *non bis in idem* significa que "ninguém deve ser processado e punido duas vezes pela prática da mesma infração penal", ainda que surjam novas provas.

Aliás, vale ressaltar, que, para esse autor, tal garantia está prevista de modo implícito pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, cuja redação é a seguinte:

Artigo 8°. Garantias judiciais.
[...].

³⁷ MEDINA, Fábio Osório. **Direito administrativo sancionador**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

³⁸ Idem.

³⁹ Idem.

⁴⁰ MELLO, Rogério Luís Marques de. **Da prova indiciária no processo administrativo disciplinar militar**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n.331, 3 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5287>>. Acesso em: 02/02/2014.

⁴¹ Idem;

⁴² NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal - 5**. São Paulo: Ed Nucci, 2014.

4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

No entanto, não se pode afirmar que a garantia do *non bis in idem* impossibilite o legislador, ou quem lhe faça as vezes, de atribuir mais de uma sanção, administrativa ou não, a uma mesma conduta.

[...] o princípio do *non bis in idem*, por outro lado, não veda ao legislador a possibilidade de atribuir mais de uma sanção administrativa a uma mesma conduta. Foi afirmado acima que a sanção que atende ao princípio da proporcionalidade é a prevista no ordenamento jurídico: o legislador, observadas as normas constitucionais, define as medidas sancionadoras adequadas e proporcionais para cada situação de fato. Se estabelece a lei formal múltiplas sanções para uma mesma conduta, são elas as sanções adequadas e proporcionais, não sendo sua aplicação ofensiva ao princípio do *non bis in idem*.⁴³

Da mesma forma, Ferreira⁴⁴ registra que não existe proibição constitucional ou legal de se impor, cumulativamente, "consequências restritivas de direitos a um administrado através de uma pena (criminal) e uma sanção administrativa, bastando para tanto que seu comportamento tenha configurado uma conduta reprovável para essas duas ordens normativas".

Nada obsta, então, que ato normativo estipule a acumulação de sanções administrativas ou de sanções administrativas com outras consequências, como sanções penais e compensações civis, por exemplo Vitta⁴⁵.

Assim é que o princípio do *non bis in idem* também não impede a cumulação de sanções administrativas, de sanções penais ou de sanções civis, ou de qualquer delas entre si, desde que haja proporcionalidade entre o ato praticado e suas consequências Mello⁴⁶, proporcionalidade, esta, a ser aferida pelo legislador ou por quem lhe faça as vezes.

Paralelamente, Vitta⁴⁷ reconhece a possibilidade de "ser imposta mais de uma penalidade administrativa ao infrator ou responsável, quando ocorre descumprimento de um mesmo dever, porém, explicitamente, a norma determina a imposição, concomitante, de diferentes penalidades administrativas".

⁴³ MELLO, Rogério Luís Marques de. **Da prova indiciária no processo administrativo disciplinar militar**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n.331, 3 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5287>>. Acesso em: 02/02/2014.

⁴⁴ FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001.

⁴⁵ VITTA, Heraldo Garcia. **A Sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁴⁶ Idem.

⁴⁷ Idem.

Desta feita, para todos esses autores e para a Corte Constitucional, portanto, o princípio do *non bis in idem* tem dimensão bastante específica, a qual pode ser sintetizada nas palavras de Ferreira:

O *non bis in idem*, ao contrário, tem outra e especial serventia enquanto princípio geral do Direito: a de proibir reiterados sancionamentos por uma mesma infração – vale dizer, afastar a possibilidade de múltipla e reiterada manifestação sancionadora da Administração Pública. Assim, não pode a autoridade competente impor uma sanção de advertência a servidor ‘X’, pelo ilícito ‘y’, e, passados 10 dias, concluir que deveria ter imposto outra, a ‘z’ (inclusive mais grave). No caso, estará exaurida a competência sancionadora da Administração em face daquela conduta reprovável.⁴⁸

Frise-se, portanto, com base no que assentado pela doutrina e jurisprudência pátrias, a viabilidade e legalidade da aplicação de mais de uma sanção, sejam elas de esferas distintas ou não, a uma mesma conduta, desde que devidamente observada a proporcionalidade entre tal conduta e a consequência jurídica imputada ou quando a lei assim determinar.

Não são raras as situações em que o servidor público indiciado por Comissão Disciplinar recebe como sugestão de punição duas ou mais sanções disciplinares decorrentes da apuração do mesmo fato em Processo Administrativo Disciplinar, isso quando, de fato, não recebe mais de uma punição disciplinar após conclusão do PAD.

Como exemplo, temos situações em que o servidor, por um mesmo fato, lhe vê imputada sanção de advertência cominada com suspensão; suspensão e posterior demissão por conta do mesmo ato ilícito; servidor militar que recebe aplicação da sanção disciplinar de prisão e exclusão dos quadros da corporação; servidor que recebe sanção de advertência e dias depois da aplicação desta recebe nova punição, inclusive mais grave, dentre outros casos.

Outro exemplo de situação recorrente na Administração Pública é a punição injustificada de servidor quando equivocadamente as Comissões Disciplinares desviam o objeto efetivamente a ser investigado conforme o termo de indicição e acabam por imputar “fatos novos” ao indiciado, sem cumprir o dever inculcado no art. 116, inc. VI, da Lei nº 8.112/90 de levar o conhecimento de tais fatos à sua autoridade superior.

Porém, tal prática não deve ocorrer no âmbito da atuação sancionadora disciplinar da Administração Pública.

⁴⁸ FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001.

Segundo o princípio do *non bis idem*, o mesmo fato não pode ensejar duas punições de mesma natureza, ou seja, dentre as esferas penal, civil e administrativa, o sujeito ativo de um ato ilícito somente poderá sofrer as sanções na respectiva esfera por uma única vez, respeitada a sanção correspondente, já prevista no ordenamento.

Dentre os outros princípios citados no artigo 2º da Lei 9.784/1999, o princípio do *non bis in idem* é um dos que devem ser fielmente observados pela Administração Pública por se tratar de princípio basilar de construção doutrinária, que irradia também sobre os atos administrativos.

Cada ilicitude fática praticada por servidor público possui uma norma sancionadora específica a lhe ser imputada, devendo ao administrado ser aplicada apenas a sanção correspondente e suficiente para suas condutas, respeitada a razoabilidade e proporcionalidade dos fatos, isso porque a máxima da individualização da pena se reflete também no âmbito administrativo disciplinar, por conta da sua previsão constitucional.

Ademais, se para cada incidente fático existe uma respectiva norma incidente, assim, quando houver a incidência de mais de uma infração disciplinar ao fato a ser investigado, o conflito aparente deve ser resolvido pelas regras da alternatividade, especialidade, subsidiariedade ou consunção, de modo que se esclareça a única norma incidente ao fato, impossibilitando assim a justaposição de vários dispositivos para fato único.

Mantendo tal raciocínio, a investigação e os fatos apurados pelas Comissões Disciplinares devem se ater ao objeto principal a ser apurado, não podendo deturpar os fatos, se basear em fatos novos, ou ainda desviar o objeto a ser apurado.

A observância o princípio do *non bis idem* pela Administração Pública quando no exercício de seu poder disciplinar, garantirá que o devido processo administrativo esteja pautado pela legalidade e pela segurança jurídica.

4 CONCURSO ENTRE CRIME MILITAR E TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR

4.1 Crime militar

Reconhecer o crime militar não é simples, requer um vasto conhecimento sobre as hipóteses legais dispostas no Código Penal Militar. Em razão disso, diversos doutrinadores destacam citação de Júlio Fabrini Mirabete⁴⁹ como referência dessa dificuldade: “*Árdua, por vezes, é a tarefa de distinguir se o fato é crime comum ou militar, principalmente nos casos de ilícitos praticados por policiais militares*”.

Portanto, não são apenas os policiais militares que enfrentam dificuldade no momento de identificar o crime militar, mas também os principais juristas e operadores do direito.

O critério adotado pelo Direito Positivo brasileiro para a definição do crime militar, a exemplo da Itália e da Alemanha, é o *ratione legis* ou critério objetivo, desde a Constituição de 1946. É um critério estabelecido pela CF/88 quando expressa a competência da Justiça Militar em seus arts. 124 e 125, § 4º, também citado no inciso LXI, do art. 5º, do mesmo diploma legal.

Art. 5º - LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Dessa forma, o crime militar é aquele assim definido na lei, ou seja, no Código Penal Militar (CPM). Sendo assim, um fato é considerado crime militar quando corresponder a alguma conduta taxativamente prevista no CPM.

Indispensável é o estudo dos crimes militares devido a sua natureza especial, dificuldade de conceituação e interpretação. É interessante destacarmos que nos

⁴⁹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003, parte geral - 1º vol.

crimes militares haverá sempre uma lesão de um bem ou interesse jurídico tutelado pelo ordenamento penal militar. Independente do conceito, importante é a compreensão de que os crimes militares visam à defesa de tudo aquilo que consubstancia a razão de ser das instituições militares, dessa forma, qualquer conduta que atente contra a ordem militar será uma infração penal militar, seja o agente militar ou civil.

Célio Lobão define o crime militar da seguinte forma:

[...] é a infração penal prevista na lei penal militar que lesiona bens ou interesses vinculados à destinação constitucional das instituições militares, às suas atribuições legais, ao seu funcionamento, à sua própria existência, no aspecto particular da disciplina, da hierarquia, da proteção à autoridade militar e ao serviço militar.

As ofensas definidas na lei repressiva castrense que dizem respeito à destinação constitucional, às atribuições legais das instituições militares, à autoridade militar, ao serviço militar, têm, como agentes, tanto o civil quanto o militar, enquanto as que atingem a disciplina e a hierarquia têm como destinatário somente o militar.⁵⁰

Para verificar a existência de um crime militar, em primeiro lugar, é preciso encontrar previsão do fato na parte especial do CPM. Se não há previsão, o fato não configura um crime militar. Havendo previsão, passa-se para a segunda parte que é verificar se o fato criminoso se enquadra em uma das hipóteses dos Arts. 9º e 10º, também do CPM, tratando o primeiro dos crimes militares em tempo de paz e o segundo em tempo de guerra.

4.2 A diferença entre o crime militar e a transgressão disciplinar

Não é incomum o militar, no exercício do poder de polícia judiciária militar ou no exercício do poder disciplinar (Administração), que difere do poder punitivo (Justiça Penal), ter muitas dúvidas no momento de definir se um fato configura um crime ou mera transgressão disciplinar.

Por este motivo, é extremamente importante a compreensão da diferença entre o crime militar e a transgressão disciplinar. Este conhecimento traz contribuição significativa nas práticas rotineiras atinentes às decisões de justiça e disciplina das forças auxiliares.

Diante disso, é preciso, em primeiro lugar, lembrarmos o conceito de crime militar. Nesta oportunidade, o conceito que mais interessa é o amplo, que trata da

⁵⁰ LOBÃO, Célio. **Direito penal militar**. 2. ed. atual. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

conduta que viola bens jurídicos e interesses das Instituições militares, ao contrário do conceito restrito, que preceitua o crime militar como aquele assim definido em lei.

Ocorre que em alguns casos uma mesma conduta violadora poderá configurar um crime e, simultaneamente, uma transgressão disciplinar. Isso porque a prática de um crime, sobretudo nos delitos funcionais, exigirá uma avaliação da repercussão ética e disciplinar deste fato. Assim como em alguns casos, a conduta poderá ser apenas criminosa ou somente uma infração administrativa. A dificuldade está justamente na definição do caso concreto, ou seja, em definir pela existência de uma ou outra hipótese, ou pela coexistência das duas.

Vale frisar ainda que se um fato criminoso foi apurado, estando em fase de persecução criminal ou julgamento judicial, ou seja, sem haver trânsito em julgado, a Administração poderá apreciar o aspecto disciplinar independente da decisão judicial, no caso de entender pela existência de elementos suficientes que permitam a avaliação administrativa. Tal possibilidade tem como base o princípio da independência das instâncias, previsto no art. 2º da CF/88.

Ao consubstanciar a idéia de independência das esferas, Hely Lopes Meirelles⁵¹ preceitua que a mesma infração pode dar ensejo a punição administrativa (disciplinar) e a punição penal (criminal), porque aquela é sempre um *minus* (menos) em relação a esta. Conclui-se que, em razão disso, toda condenação criminal por delito funcional acarreta a punição disciplinar, mas nem toda falta administrativa exige sanção penal.

Um fato pode ser, ao mesmo tempo, definido como crime militar e transgressão disciplinar, como por exemplo o abandono de posto. Nesses casos, o critério a ser levado em consideração é o do grau de violação do bem jurídico tutelado. Portanto, a definição pelo crime ou pela transgressão dependerá da análise do caso concreto.

Dentre os principais casos que geram dúvidas na diferenciação do crime e transgressão disciplinar estão os de abandono de posto e o de dormir em serviço.

Vale destacar decisão do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo entendendo em um caso concreto de abandono de posto pela existência de mera infração disciplinar.

⁵¹ MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro** – 40ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

É o que o autor Jorge César de Assis⁵² chamou de crime militar em razão do dever jurídico de agir: o policial militar que, à paisana, e de folga, e com armamento particular, comete o fato delituoso por ter se colocado em serviço, intervindo numa situação de flagrância.

As alíneas *c* e *d* serão mostra na mesma parte do estudo, pois, na realidade, abarcam diversas situações que, basicamente, se resumem na expressão “em serviço ou atuando em razão da função”. Comissão de natureza militar, formatura, manobras ou exercício, são circunstâncias que caracterizam um serviço.

Nessas alíneas também temos como sujeito passivo qualquer pessoa que não seja militar da ativa.

Quanto ao conceito de serviço, cumpre reproduzir os ensinamentos do insigne autor Célio Lobão:

Militar em serviço é o que se encontra exercendo função do cargo militar, permanente ou temporário, decorrente de lei, decreto, regulamento, ato, portaria, instrução, ordem verbal ou escrita de autoridade militar competente. Pode ser função de natureza militar ou outro serviço executado pelo militar nessa qualidade.

A ordem deve ter suporte legal, caso contrário, não ocorre a condição de militar em serviço. Já tivemos a oportunidade de decidir que o militar encarregado pelo comandante de apurar furto de gado de particular não se encontra em serviço, o que é diferente se o gado pertencesse à administração militar. Nessa última hipótese, o agente estaria em serviço, embora não se encontrasse em função de natureza militar.

Como serviço, entende-se os destinados à limpeza e à higiene das instalações militares, ao abastecimento de gêneros alimentícios e de seu preparo, a conservação de imóveis, de material bélico, conservação e utilização dos meios de transporte militar, dos locais destinados ao esporte, à diversão, indispensáveis para sanidade mental da tropa, aliviando-a das tensões resultantes dos exercícios, dos treinamentos e da própria rigidez da disciplina militar. Serviço alcança, igualmente, função de natureza militar, que constitui requisito da alínea *d* do inciso III. Esta é a espécie, da qual aquele é o gênero.

Militar em serviço não se confunde com militar em situação de atividade, na ativa ou no serviço ativo. O militar em serviço exerce função de seu cargo militar, incluindo-se formatura, manobra, exercício, comissão de natureza militar. Obviamente, só o militar em situação de atividade exerce função do cargo militar, embora nem sempre esteja no exercício dessa função.⁵³

⁵² ASSIS, Jorge César de. **Curso de Direito Disciplinar Militar: da simples transgressão ao processo administrativo**. 3ª. edição. Curitiba: Juruá, 2012.

⁵³ LOBÃO, Célio. **Direito penal militar**. 2. ed. atual. Brasília: Brasília Jurídica, 2004;

4.3 No concurso de crime militar e transgressão disciplinar

Uma análise do Estatuto dos Militares, no Título II, das obrigações e dos deveres militares, em seu capítulo III, que versa sobre a violação das obrigações e dos deveres militares, conceitua-se em seu artigo 42, que constituirá crime, contravenção ou transgressão disciplinar, a violação das obrigações ou dos deveres militares conforme dispuser a legislação ou regulamentação específicas (regulamentos da Marinha, Exército e Aeronáutica).

Neste diapasão, continua o artigo 47 da lei nº 6.880/80 dispondo:

Os regulamentos disciplinares das Forças Armadas especificarão e classificarão as contravenções ou transgressões disciplinares e estabelecerão as normas relativas à amplitude e aplicação das penas disciplinares, à classificação do comportamento militar e à interposição de recursos contra as penas disciplinares.

Constata-se que os regulamentos disciplinares das Forças Armadas, normatizam de forma pormenorizada o que o Estatuto descreve de maneira mais ampla.

Em relação aos crimes militares, o artigo 46 do Estatuto dos Militares, define que “o Código Penal Militar relaciona e classifica os crimes militares, em tempo de paz e em tempo de guerra, e dispõe sobre a aplicação aos militares das penas correspondentes aos crimes por eles cometidos”.

Disciplinou o legislador no § 2º, do artigo 42, do mesmo *codex*, que “no concurso de crime militar e de contravenção ou transgressão disciplinar, quando forem da mesma natureza, será aplicada somente a pena relativa ao crime”.

Em consonância com o Estatuto dos Militares, o decreto nº 4.346/2002, em seu §1º, do artigo 14, ficou estabelecido que “quando a conduta praticada estiver tipificada em lei, como crime ou contravenção penal, não caracterizará transgressão disciplinar”.

Neste diapasão é a Jurisprudência do TJDFT⁵⁴:

Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME MILITAR PRÓPRIO. ABANDONO DE POSTO (ART. 195, CPM). PROVA TESTEMUNHAL ROBUSTA ALIADA À CONFISSÃO ESPONTÂNEA DO RÉU. PILARES DA INSTITUIÇÃO

⁵⁴BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão nº 602996, da 2ª Turma Criminal, Relator: Desembargador Silvânio Barbosa dos Santos, Brasília, DF, 05 de julho de 2012. Lex: jurisprudência do TJDFT, Brasília, Publicado no DJE, em 16 de julho de 2012 . p. 213. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 16 jun. 2015.

MILITAR: DISCIPLINA E HIERARQUIA. VIOLAÇÃO. DELITO DE PERIGO ABSTRATO. CONDENAÇÃO DE RIGOR. RECURSO DESPROVIDO.

- 1 O apelado, policial militar, abandonou posto de serviço durante jornada pré-estabelecida, sem a devida comunicação ou autorização de seu superior hierárquico, amoldando sua conduta ao artigo 195 do Código Penal Militar.
- 2 Mostrando-se indenes de dúvidas os depoimentos dos colegas de corporação, a respeito da prática do delito imputado, e tendo o acusado confessado o abandono de posto, rejeita-se a tese absolutória.
- 3 Se o ato de indisciplina afeta os pilares que sustentam a organização militar - a disciplina e a hierarquia -, a condenação é imperativa.
- 4 Não há falar em tratar a conduta como transgressão militar, quando o Código Penal Militar a prevê expressamente o crime de abandono de posto.
5. Recurso desprovido. (GRIFO NOSSO)

Face ao exposto, não é plausível o fato apurado, ser tratado como mera transgressão militar, uma vez que a conduta encontra-se tipificada como crime, e os regulamentos disciplinares das Forças Armadas somente são utilizados de maneira subsidiária, ou seja, nos casos em que o fato, não tem previsão legal como crime ou contravenção penal.

Noutro giro, oportuno é o voto elucidativo do Senhor Desembargador ROBERVAL CASEMIRO BELINATI – Relator no acórdão Nº 525.07184 do TJDFT, referente a apelação criminal nº 20090111375497APR⁵⁵:

(...) É certo que a conduta ‘abandonar, sem ordem superior, o posto ou lugar de serviço que lhe tenha sido designado, ou o serviço que lhe cumpria, antes de terminá-lo’ (art. 195, CPM) também configura transgressão da disciplina.

Aliás, é o que sempre ocorre quando se discutem **os crimes militares próprios, sendo correta a conclusão de que a todo crime militar propriamente dito corresponde uma transgressão da disciplina**. Só que o legislador, dentre as várias outras condutas que configuram transgressão disciplinar, seleciona aquelas que, pela gravidade, devem constituir crime.

Exata hipótese do tipo descrito no art. 195, CPM.

E a razão é simples: basta imaginar o que aconteceria à guarda, segurança e defesa do território nacional (Forças Armadas), ao serviço de policiamento ostensivo (Polícias Militares) e ao serviço de socorro em casos como de incêndio, hipóteses de catástrofes naturais, etc. (Bombeiros Militares) se os integrantes das respectivas corporações resolvessem sair de seus postos ao bel-prazer. (GRIFO NOSSO)

Como se vê, em todo crime puramente militar na sua gênese também corresponde a uma infração disciplinar, pois ferem os princípios da hierarquia e

⁵⁵BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão nº 525071, da 2ª Turma Criminal, Relator: Desembargador Roberval Casemiro Belinati, Brasília, DF, 28 de julho de 2011. Lex: jurisprudência do TJDFT, Brasília, Publicado no DJE, em 09 de agosto de 2011 . p. 226. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 16 jun. 2015.

disciplina castrense, como anteriormente explanada nos capítulos antecedentes deste trabalho.

Esperam-se do militar a presteza e a responsabilidade suficiente para o desempenho de suas funções, de modo que não se pode admitir que dele provenha conduta diversa que não as pautadas pelos basilares da disciplina e hierarquia.

Pela gravidade da conduta, esta transpassa a competência da esfera administrativa em apurar, amoldando-se ao tipo descrito no código penal militar, passando a figurar na alçada da justiça militar.

Entretanto, tomando como parâmetro, pois, o posicionar do Relator, Senhor Desembargador ANTONIO FERNANDO BAYMA ARAUJO, da Primeira Câmara Criminal, do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, referente à Apelação Criminal nº 000036/200485 – São Luis – MA⁵⁶:

"Por derradeiro, no respeitante ao delito atribuído tão-somente ao acusado [...], consubstanciado no art. 195, do Código Penal Militar, qual seja, abandono de posto, tenho, como certo e inarredável, inapto a supedanear a consumação do tipo, o mero deslocar-se, de forma breve e passageira, de sua regular escala de serviço, mesmo que sem prévia autorização superior. Assim, em que pese demonstrado pelo acervo, tendência lógica a reconhecer a incidência do dispositivo tipificador da conduta de abandono de posto, de se me afigurar, todavia, exacerbadamente rigoroso o posicionar da Junta Militar, haja vista, a todos, o emanar de situação motivadora a que, por momentos, do posto, ausente-se, sem que imune, nesse ínterim, à interrupção, face uma missão qualquer superveniente, sobremaneira em se tratando de policial, cujo dever, apurar e verificar circunstância que se lhe pareça ilícita.

[...] ante ao seu caráter de funcionário público e no exercício da função, igualmente, não se pode dizer quanto ao denotar do crime de abandono de posto, por se me mostrar o probatório, bem mais adequados ao perfazer de transgressão disciplinar, não só pelo próprio apurar fático, mas, sobretudo, pelo dever do Magistrado de que interpretado sempre o mais benéfico ao réu, por incidente esse decidir, diretamente, nos efeitos vexatórios da pena e, porquanto isso, além de imperioso, irrenegável o seu sopesar, até pela consagrada necessidade de aplicação do Princípio do Favor Rei." (GRIFO NOSSO)

Para o Magistrado, em não se demonstrando, de forma irrefutável, a exposição a perigo ou grave ameaça, outra alternativa não resta, senão a de desclassificar a conduta de crime militar para transgressão disciplinar.

⁵⁶BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Acórdão nº 057.095/2005, da Primeira Câmara Criminal, Relator: Desembargador Antonio Fernando Bayma Araujo, São Luis, MA, 21 de novembro de 2005. Lex: jurisprudência do TJMA, São Luis, Publicado no DJE 244, em 20 de dezembro de 2005 . p. 1-2. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br/app/webroot/files/diariojustica/2005/doj20051220.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2015.

CONCLUSÃO

Diante do que o presente estudo jurídico propôs abordar, viável e indispensável é a distinção entre crime militar e transgressão disciplinar militar.

Confundir crime militar com transgressão disciplinar militar é perdoável, em se tratando de pessoa leiga no assunto, e também pelo fato de que tanto a transgressão disciplinar quanto o crime são decorrentes de violações dos ordenamentos jurídicos dos militares, violando normas da hierarquia e disciplina, princípios base das instituições militares.

O crime militar, em sua definição, é baseado de acordo com o critério legal. Ou seja, uma situação só pode ser tida como crime militar se estiver, taxativamente, prevista na lei especial militar – Código Penal Militar.

Para avaliar e enquadrar um ato como um delito, é necessário a presença da tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade deste. Indo além, para considerar que seja um crime militar, é necessário, além dos itens mencionados acima, que este esteja disposto em base legal, ou seja, que pertença ao rol dos crimes militares existentes no Código Penal Militar.

Por sua vez, a transgressão disciplinar militar, de modo geral, é qualquer ação ou omissão que contrarie o dever militar. Em outras palavras, é a infração de uma obrigação ou dever inerente ao militar, previstos em regulamento próprio. Decorrentes destes fatos, considerados de menor gravidade se comparados aos crimes militares, e com vistas a garantir o ordenamento hierárquico e disciplinar, as autoridades militares aplicam sanções disciplinares aos agentes infratores.

Especificada de acordo com seu devido regulamento, a transgressão disciplinar pode ser vista paralelamente à contravenção, ou seja, pode ser comparada a esta última, isso porque está abaixo do crime militar, previsto e disciplinado exclusivamente pelo Código Penal Militar.

A transgressão disciplinar militar possui características relativamente semelhantes ao crime militar, porém, é distinta deste. Ambos institutos são decorrentes de conduta humana ilícita pelo descumprimento de uma norma, e diferem-se no seu conteúdo e em grau de importância. Ou seja, forte diferença entre o crime militar e a transgressão disciplinar está cravada na intensidade do fato

delituoso ocorrido, e deve-se observar que a punição da transgressão é de caráter preventivo, tendo assim a intenção de prevenir o acontecimento do crime militar.

É importante suscitar que a transgressão disciplinar militar é qualquer ato ou circunstância que contrarie ou afronte o dever militar. Já o crime militar é a ofensa em grau mais elevado, também em relação ao dever militar. Assim, observa-se que a conduta infratora do dever militar, em geral, é a mesma. Somente de acordo com o caso concreto poderá ser determinado se ocorreu uma transgressão disciplinar ou um crime militar. No mais, vale lembrar que em certos casos poderá ocorrer a determinação dos dois institutos, coincidentemente, devido ao mesmo delito praticado.

Ressalte-se que, uma conduta para ser considerada como crime militar deve estar definida no Código Penal Militar e, no mesmo entendimento, para ser considerada transgressão disciplinar deve estar prevista em Regulamento Disciplinar próprio.

Destarte, encontramos reforço na legislação militar para destacar que os institutos são plenamente distintos, ou seja, o Código Penal Militar deixa claro em seu artigo 19 que “este Código não compreende as infrações dos regulamentos disciplinares”.

Nesse passo, a extensão do tema desse trabalho se restringirá ao concurso entre o crime propriamente militar e a contravenção administrativa, em condutas correspondentes.

O destaque em enfatizar essas condutas similares se deve ao fato de gerar controvérsias na interpretação por parte da Administração castrense e da Justiça Militar que, com certa regularidade, enquadram o comportamento do militar acusado como crime militar, diante de conduta que, na realidade, em tese, aplicar-se-ia reprimenda administrativa.

A conceituação e especificação de uma conduta como contravenção disciplinar ou crime militar, muitas vezes, esbarra na linha tênue que permeia a diferenciação entre condutas similares descritas tanto nos regulamentos militares das Forças Armadas como no Código Penal Militar (CPM). O estudo em questão buscou apreciar a distinção existente entre o fato, em conhecer a infração penal militar.

De todo o exposto, infere-se que o critério diferencial entre delito militar e a transgressão disciplinar consiste no seguinte: o ordenamento repressivo penal militar compreende a ordem repressiva penal propriamente dita, por meio de uma sanção disciplinar cominada a uma transgressão disciplinar. O critério diferencial formal, portanto, estabelecido entre crime e falta disciplinar está na sanção cominada. Para o crime militar, pena (morte, reclusão, detenção), e para a transgressão disciplinar, sanção disciplinar (repreensão, detenção e prisão). E mais: enquanto os crimes militares são julgados pelos Conselhos de Justiça dos Tribunais Militares, e Auditorias Militares, as faltas disciplinares são apreciadas e reprimidas pelos Comandantes das Unidades a que pertencer o transgressor.

Assim, havendo concurso entre transgressão disciplinar e crime militar, em princípio, somente se aplicará ao infrator a sanção referente ao crime, por ser o crime militar a ofensa mais grave ao dever militar, pois vige no sistema jurídico penal brasileiro o princípio do *non bis in idem*. Note-se salientar que se fala em princípio, pois o concurso, apenas acontecerá naqueles casos em que for perfeito.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Francisco Erivaldo Gomes de. **O Exercício do Poder de Polícia da Polícia Militar**. Fortaleza: [s.e.], 2001.

ASSIS, Jorge César de. **Curso de Direito Disciplinar Militar: da simples transgressão ao processo administrativo**. 3°. edição. Curitiba: Juruá, 2012.

ASSIS, Jorge César de. **Curso de Direito Militar: Aspectos Penais, Processuais e Administrativos**. 3°. edição. Curitiba: Juruá, 2012.

BARROSO FILHO, José. **Justiça Militar da União**. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 31, maio 1999. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1570>>. Acesso em 22 jun. 2015.

BOER, Nicolas. **Militarismo e Clericalismo em mudança**. São Paulo: T. A. Queiroz, 1980.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão nº 602996, da 2ª Turma Criminal, Relator: Desembargador Silvano Barbosa dos Santos, Brasília, DF, 05 de julho de 2012. **Lex**: jurisprudência do TJDF, Brasília, Publicado no DJE, em 16 de julho de 2012 . p. 213. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 16 jun. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão nº 525071, da 2ª Turma Criminal, Relator: Desembargador Roberval Casemiro Belinati, Brasília, DF, 28 de julho de 2011. **Lex**: jurisprudência do TJDF, Brasília, Publicado no DJE, em 09 de agosto de 2011. p. 226. Disponível em: <<http://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>>. Acesso em: 16 jun. 2015.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Acórdão nº 057.095/2005, da Primeira Câmara Criminal, Relator: Desembargador Antonio Fernando Bayma Araujo, São Luis, MA, 21 de novembro de 2005. **Lex**: jurisprudência do TJMA, São Luis, Publicado no DJE 244, em 20 de dezembro de 2005 . p. 1-2. Disponível em: <<http://www.tjma.jus.br/app/webroot/files/diariojustica/2005/doj20051220.pdf>>. Acesso em: 16 jun. 2015.

CASTRO, Flávia Lages de. **História do direito, geral e Brasil**. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

COSTA, José Armando Da. **Direito Administrativo Disciplinar - 2ª Ed**. São Paulo: METODO – 2010.

CUNHA, L. Fernando Whitaker Da. **Direito penal: fraude fiscal e outros estudos**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

DINIZ, Márcio Augusto de Vasconcelos. **Constituição e Hermenêutica Contitucional**. 2ª. ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. **Discurso por ocasião da posse dos juízes do TJMSP**. Disponível em: <http://74.125.45.104/search?q=cache:1lp56vD7ZJAJ:www.oabsp.org.br/palavra_presidente/2006/96/+c3%B3digos+sumerianos&hl=pt-R&ct=clnk&cd=3&gl=br>. Acesso em: 12. mai. 2015.

FAGUNDES, João Batista. **A Justiça do Comandante**. Imprensa Brasília – 1988.

FALCÃO, Raimundo Bezerra Falcão. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 1997.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**. trad. Paul Siebeck. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1997.

FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001.

GADELHA, Patrícia Silva. **Entendendo a competência e a importância da Justiça Militar da União**. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, a. 4, nº 168. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1102>> Acesso em: 14 mai. 2015.

GIL, Antônio Carlos. Como **Elaborar um Projeto de Pesquisa**. 3º ed. São Paulo: Atlas, 1996.

GORRILHAS, Luciano Moreira. **Conflito aparente de normas entre transgressões disciplinares e crimes militares e o necessário controle externo da atividade policial militar**. Disponível na internet: <http://jus.com.br/artigos/18917/conflito-aparente-de-normas-entre-transgressoes-disciplinares-e-crimes-militares-e-o-necessario-controle-externo-da-atividade-policial-militar#ixzz2aUhL1MFi>.> Acesso em 21/02/2014.

Governo Planalto. **Constituição da República do Brasil de 1988**, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>, acesso em 12/05/2015.

Informação retirada do site da **PMDF**, disponível em: <<http://www.pmdf.df.gov.br/?pag=Instituicao&BuscaMenu=1>>, acesso em 08/12/2014.

LUZ, Egberto Maia. **Direito administrativo disciplinar**. São Paulo: Edipro, 2002.

LOBÃO, Célio. **Direito penal militar**. 2. ed. atual. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

MARTINS, Eliezer Pereira. **Direito Administrativo Disciplinar Militar e sua processualidade**. São Paulo: Editora de Direito Ltda, 1996.

MAXILIMINIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 9ª. ed./3ª. Tiragem. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MEDINA, Fábio Osório. **Direito administrativo sancionador**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro** – 40ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Rogério Luís Marques de. **Da prova indiciária no processo administrativo disciplinar militar**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n.331, 3 jun. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5287>>. Acesso em: 02/02/2014.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003, parte geral - 1º vol.

MUNIZ, Jacqueline. **A Crise de Identidade das Polícias Militares Brasileiras: Dilemas e Paradoxos da Formação Educacional**. *Security and Defense Studies Review*. Vol. 1. Winter 2001. Págs. 177/197. <http://www.ndu.edu/chds/journal/PDF/Muniz-final.pdf> - acesso em 05/02/2014.

NETO, José da Silva Loureiro. **Direito Penal Militar**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NEVES, Cícero Robson Coimbra, STREIFINGER, Marcello. **Apontamentos de Direito Penal Militar**, v. 1. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal** - 5. São Paulo: Ed Nucci, 2014.

PAIOLA, Renan Francisco. **Crime Militar e Transgressão Militar no Âmbito Federal**. Regrad. São Paulo: Revista de Graduação, 2009.

PAULO, Antonio de. **Pequeno dicionário jurídico**. 2. ed. atual. Rio de Janeiro: DP&A, 2005.

RÃO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 3. ed., anot. e atual. por Ovídio Rocha Barros andoval. São Paulo: RT, 1991, v. 1.

ROMEIRO, Jorge Alberto. **Curso de direito penal militar**. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Causas de justificação da transgressão disciplinar militar**. Disponível em: <http://www.cesdim.org.br/temp.aspx?PaginaID=106>>. Acesso em: 14 mai. 2015.

SANTOS, Edimilson Henriques dos. **Dos crimes militares próprios e impróprios**. Disponível em: <http://74.125.45.104/search?q=cache:-J8tvyjyZcJ:www.dazibao.com.br/boletim/0012/jur_edimilson.htm+distin%C3%A7%C3%A3o+crie+proprio+militar+improprio&hl=pt-BR&ct=clnk&cd=1&gl=br>. Acesso em: 16 mai. 2015.

SANTOS, Antônio Raimundo dos. **Metodologia Científica: a Construção do Conhecimento**. 5º ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

SARMENTO, Daniel (et. al.). **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 18ª. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

TEIXEIRA, Paulo Ivan de Oliveira. **A organização judiciária militar do regulamento processual criminal militar de 1895**. Disponível em: <<http://www.uff.br/direito/artigos/artigo5.htm>>. Acesso em: 01 ago. 2015.

VITTA, Heraldo Garcia. **A Sanção no Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

ZAVERUCHA, Jorge. *Rumor de Sabres: Tutela Militar ou Controle Civil?* São Paulo: Ática, 1994.