

A Lei nº 9.099/95 e o Direito Penal Militar (*)

FÉLIX FISCHER (**)
Procurador de Justiça - PR

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

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

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

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

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

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

2 - Inicialmente, é bem de ver que a Lei nº 9.099/95 se dirige, flagrantemente, à legislação penal comum. Não só pelos limites constitucionais (art. 98, inciso I) mas porque, expressa e repetidamente, se refere àquela, como se vê dos arts. 66, parágrafo único, 77 § 2º, 89 (destacando o art. 77 do CP) e 92 (aplicação subsidiária do CP e do CPP) E,

(*) - O presente trabalho é ampliação do artigo "A Lei dos Juizados Especiais e a Justiça Militar" de nossa autoria publicado no Estado do Paraná, em 14.1.96.

(**) - Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito de Curitiba da Escola Superior da Magistratura - PR e da Escola Superior do Ministério Público - PR.

a própria exposição de motivos - não como fator decisivo, mas como relevante indicativo - evidência o objetivo do novo texto legal

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

3 - De fato, não se deve olvidar que, em nosso ordenamento jurídico (alguns países não possuem CPM), o DP Militar é DP especial. Ao contrário da legislação penal complementar ou extravagante (v.g. os crimes contra a ordem tributária, contra a ordem econômica, os delitos previstos na Lei de Tóxicos, no Estatuto da Criança e do Adolescente, etc.), não poucas vezes, inadequadamente, denominada de especial ou de avulsa, e, em relação à qual, tem aplicação o disposto no art. 12 do CP, porquanto normas de DP Comum (o CP funciona, aí, como DP fundamental), a legislação penal militar compõe o DP especial. É *ius singulari* e não mero *ius privilegium*, apresentando diretrizes e princípios peculiares, com espírito próprio (fortemente calcado, o DPM, nos aspectos pertinentes à disciplina, à hierarquia, ao bom funcionamento das atividades militares, e, de certa forma, à segurança do Estado) mesmo que não totalmente desvinculado da missão e da natureza do que deve ser o moderno Direito Penal. Tem ampla estruturação legal (o CPM tem parte geral diferenciada da legislação penal comum), destacando-se, de imediato, como ponto de partida, a preocupação basililar com a ofensa a especiais deveres, tendo em consideração, no dizer de Jorge Alberto Romeiro⁽¹⁾, a qualidade da pessoa culpada da violação. Heleno C. Fragozo⁽²⁾ tem-no como especial visto que se "aplica apenas a uma classe ou categoria de pessoas, em razão de sua qualidade ou da situação em que se acham". Na lição de Astua, "em todos los países, por razón de la especialidad de las personas y de la materia, y por necesidad jerárquica y disciplinar, se han dictado Códigos Penales Militares"⁽³⁾ e que "el rasgo más típico que se asigna al Derecho punitivo del Ejército de Tierra, Mar y Aire es una mayor severidad que la que impera en el Derecho común, oriunda de las exigencias de obediencia y disciplina"⁽⁴⁾. Zaffaroni ensina que "el más importante desprendimiento sistemático del derecho penal común u ordinario es el derecho penal militar, que puede ser considerado um derecho penal especial, en el sentido de que modifica algunos principios generales que contraria el código penal, de acuerdo a la particular función tutelar que cumple, es decir, autónomo en cuanto a la especial naturaleza de su tutela y del estado militar de los autores, pero básicamente de carácter penal"⁽⁵⁾. E, guardadas certas peculiaridades do direito alemão, o caráter especial do DP Militar é destacado por Maurach⁽⁶⁾, para quem "el más importante derecho penal especial es el militar"⁽⁷⁾. Dessarte, mesmo que haja, com conseqüências jurídicas de destaque, diferença entre crimes propriamente militares e crimes imprópria ou acidentalmente militares (v.g. arts 5º, inciso LXI da Carta Magna e 64, inciso II do CP), o fato é que, entre nós, adotou-se, para definição do delito militar, o critério *ratione legis* (art. 124 da *Lex Maxima*). Reconhecido como tal, o evento recebe a valoração própria e específica estabelecida no DPM. Aplica-se, daí, na lição de Jorge Alberto Romeiro, o velho e basililar princípio *lex specialis derogat lex generali*, ou seja, "as normas de direito penal militar prevalecem sempre sobre as de direito comum, que não as derroga nem *ab-rogat*"⁽⁸⁾. O Pretório

(1) - ROMEIRO, Jorge. *Curso de Direito Militar*. Ed. Saraiva, 1994, pág. 5.
 (2) - FRAGOSO, Heleno C. "Lições de Direito Penal". Ed. Forense, 12ª ed. PG, pág. 6 nº 4. Na mesma linha: Mayrink da Costa, Alvaro. "Direito Penal", Ed. Forense, 3ª ed., vol. I, tomo I, pág. 8.
 (3) - ASUA L. Jiménez. "Tratado de Derecho Penal". Ed. Losada, 3ª ed. tomo I, pág. 66.
 (4) - ASUA L. Jiménez. Ob. cit., tomo II, pág. 1.361.
 (5) - ZAFFARONI E R. "Tratado de Derecho Penal". Ediar, 1980, tomo I, pág. 209,210.
 (6) - MAURACH E R. "Tratado de Derecho Penal", Ed. Astres, 1994, tomo I, pág. 135.
 (7) - JESCHKECK H. H. "Tratado de Derecho Penal". Ed. Comares, 1993, pág. 97, indicando, tal como Maurach/Zipf, ob. cit. pág. 135, que no direito alemão, *civis potest ser processados por indultamento ou cumplicidade em delitos militares*.
 (8) - ROMEIRO, Jorge Alberto. ob. cit. pág. 20.

Excelso, mais de uma vez, já deixou claro este entendimento (SIF: RT 682/398, DJU de 19 3 93, pág. 4 280 e RTJ 116/541). Não fosse assim, teríamos por conclusão que grande parcela da parte geral do CPM, estaria revogada desde o advento da Lei nº 7 209/84 (com várias normas penais mais brandas)

Por outro lado, a distinção, preconizada por parte da doutrina, entre DP comum e DP especial, em razão de aplicação jurisdicional⁽⁹⁾ não acarreta qualquer consequência prática de realce. O DP seria comum ou especial em decorrência de regras de cunho processual. A diferenciação, desta forma, é confusa e, acreditamos, inútil (v.g., nos Estados que não possuem Tribunal de Justiça Militar, o DPM seria especial em primeiro grau e comum em segundo grau.)

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

4 - Na questão aqui enfocada, da aplicabilidade no DPM das normas de caráter misto (como *lex mitior*) previstas na Lei nº 9 099/95, nunca é demais lembrar que a interpretação deve ser técnica e não apenas literal. Pouco impressiona o argumento calçado no ato de pinçar, por assim dizer, uma expressão ou um trecho do texto legal (v.g., "abrangidas ou não por esta lei", art. 89) e ignorar o restante, principalmente, aspectos outros de valia decisiva. Igualmente, é de difícil aceitação o bloqueio do procedimento interpretativo via precipitação generalizada através do emprego deslocado e antecipado de brocardos clássicos (v.g., *ubi lex non distinguit nec non distinguere debemus*).⁽¹⁰⁾ Tudo isto, evidentemente, poder gerar graves equívocos, mormente com a prática, muito comum, do argumento *ad verecundiam*. Se interpretar é buscar o conteúdo e o significado da lei, atentando-se, todavia, para o seu escopo, para o sentido geral da ordem jurídica e da própria função do ramo do direito (cfe. H. C. Fragozo⁽¹¹⁾), então, queremos crer que a pretensão da ampla aplicação das alterações indicadas encontra amparo, tão-só, na interpretação gramatical e, assim mesmo, de parte do novo texto legal.

5 - A composição dos danos civis (art. 74 e parágrafo único da Lei nº 9 099/95) não tem, por si, qualquer sentido na legislação penal militar em vigor, porquanto, nesta, à exceção dos poucos casos indicados no art. 122 do CPPM (ação penal pública condicionada à requisição ministerial) e da discutível admissão, por força do art. 5º, inciso LIX da Constituição Federal, da ação penal privada subsidiária, na esfera castrense, a ação penal é sempre pública incondicionada (arts. 29 do CPPM e 121 do CPM). E, como se vê do art. 76 da nova lei, a composição não impede o processo quando se tratar de delito de ação penal pública incondicionada⁽¹²⁾. Não há nem que falar em *novatio legis in melius*, ainda que fosse admissível o cotejo entre as normas do DPM e as referentes à composição criada pela lei supra⁽¹³⁾. A reparação do dano se apresenta no CPM, na forma de arrendimento *post factum*, v.g., nos arts. 123, inciso VI, 303 § 4º, 240 § 2º, 250, 253, 254 e 260, parágrafo único do CPM⁽¹⁴⁾.

6 - A transação (arts. 72, *in fine*, 76 e 79 da Lei nº 9 099/95), como proposta de aplicação imediata de pena menos grave, ou seja, como está explicitado nos artigos men-

(9) - MARQUES, J. Frederico. "Curso de Direito Penal". São Paulo 1954, págs. 2021; Noronha, E. Magalhães. "Direito Penal". Saraiva, 1977, pág. 18, nº 8; Jesus, Damásio E. "Direito Penal". Ed. Saraiva, 15ª ed., vol. I, pág. 8.

(10) - MAXIMILIANO, Carlos. "Herminética e Aplicação do Direito". Forense, 1981, 9ª ed. págs. 103-105.

(11) - FRAGOSO, Heleno C. ob. cit. nºs 75 e 76, págs. 82-84.

(12) - JESUS, Damásio E. "Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada". Ed. Saraiva, 1995, pág. 58.

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

(14) - ROMEIRO, Jorge Alberto. ob. cit. págs. 103-104.

cionados, de pena restritiva de direitos ou de multa, não guarda relação com o DPM, em vigor. O CPM não contempla a pena de multa e nem a sistemática de penas substituívas. Ele apresenta (v. RTJ 116/54) penas principais (art. 55) e acessórias ou complementares (art. 98). Estas dependem da aplicação das principais. Aquelas, as principais, estão previstas nos preceitos sancionadores da Parte Especial. Querer aplicar a pena não privativa de liberdade, prevista para um crime, em outro, com a devida vênia, é legislar a pretexto de utilizar a *lex mitior*. É criar uma legislação híbrida, sem qualquer amparo legal ou jurídico.

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

Na legislação penal militar não há qualquer preocupação ou, ainda, consideração em relação aos efeitos concretamente danosos para o eventual ofendido (ou sua família) em decorrência da ação penal. O *streptus fori* não é levado em conta. Por exemplo, nos crimes contra a honra (arts. 214 a 221 do CPM), no delito de ameaça (art. 223 do CPM), no crime de corrupção de menores (arts. 234 do CPM), etc., ao contrário da legislação penal comum, a ação penal é pública incondicionada. É que, sendo infração militar, definida legalmente como tal, o bem jurídico tutelado apresenta contornos diferentes daquele da esfera do direito penal comum. O Estado é atingido pela conduta delituosa. Ele se apresenta, no DPM, sempre, como sujeito passivo material (e não, apenas, formal). Pode ser o único ou acompanhado de outro prejudicado pelo comportamento criminoso, mas ele é, em todos os casos, sujeito passivo¹⁵⁾. Conseqüentemente, uma *lex generalis* não pode afetar a estrutura diferenciada do DPM e do DPPM, com a inserção de um instituto ali estranho e sem nenhuma razão de ser. Além de se constituir, na legislação castrense em vigor, inovação sem nexo, tal intromissão propiciaria uma fonte inconcebível de anarquia, uma vez que os delitos indicados no art. 88 da Lei nº 9.099/95 estão, no CPM, pela própria característica deste, ligados aos aspectos da hierarquia e da disciplina. A apuração não pode ficar a critério do eventual ofendido. O Estado tem, também, interesse na persecutio criminis, não importa a posição, na escala hierárquica, dos envolvidos. Seria até desumano, fantasioso, deixar-se a critério do subalterno lesionado a apuração do delito. Da mesma forma, a condendência de um superior lesionado seria algo incompatível com a disciplina militar. Na legislação penal militar, por suas peculiaridades, já alinhadas, todas as infrações devem, de ofício, ser apuradas (exceto os casos, indicados no art. 122 do CPPM, e isto por razões políticas) independentemente da vontade da pessoa concretamente atingida ou prejudicada.

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

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

Em segundo lugar, se o DP, mesmo o militar, funciona como indispensável reforço de tutela jurídica, o disposto no art. 89 da Lei nº 9.099/95 neutralizaria, no tocante a muitos delitos, a legislação penal castrense. As sanções disciplinares seriam, em grande parte dos ilícitos militares, mais drásticas, com acentuado poder de intimidação. Haveria uma inversão de valoração. Por exemplo, em casos específicos, tais como nos arts. 240, em seus SS 1º e 2º, 250, 253, 254, 260, parágrafo único e 330 do CPM, a infração penal pode ser

(15) - JESUS Damásio E. "Direito Penal". Ed. Saraiva, 15ª ed. vol. I, pág. 153

desclassificada para disciplinar. Ora, como a aplicação da suspensão condicional do processo pode afetar amplamente a punibilidade (art. 89, § 5º, da Lei nº 9.099/95), a sanção disciplinar provavelmente não seria a solução mais benigna. O réu preferiria, na maioria das infrações militares de ocorrência mais freqüente, o processo criminal ao disciplinar. A sanção penal seria, como previsão legal, um ornato, sem significado dentro da legislação castrense. E, se tudo isto não bastasse, Jorge Alberto Romero ainda alerta para a impossibilidade de cumulação da sanção penal com a disciplinar pelo cometimento de um mesmo fato, ex vi § 2º do art. 42 do Estatuto dos Militares e regulamentos disciplinares da Marinha, do Exército e da Aeronáutica¹⁶⁾. A punição disciplinar, nessa linha de raciocínio, poderia ser aplicada, subsidiariamente, no caso de absolvição pelo crime (exceto na negativa do fato ou da autoria). E, aceita essa assertiva adicional, aí então, definitivamente, a aplicação da suspensão condicional do processo se evidencia, de uma vez por todas, incompatível com a legislação militar (v. art. 19 do CPM e arts. 8º e 9º do D. 76.322/75).

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

(16) - Romero, Jorge Alberto. ob. cit. págs. 11-12