

Recebido: 08/08/2023
Aprovado: 14/09/2023

REGIME DE PENAS POR CRIMES MILITARES NO DIREITO BRASILEIRO

PENALTY REGIME FOR MILITARY CRIMES IN BRAZILIAN LAW

Hugo Magalhães Gaioso¹

SUMÁRIO: Introdução. 1. O papel das Forças Armadas e a influência do pensamento de uma “sociedade de controle”. 2. Particularidades da profissão militar. 3. Cumprimento de penas de prisão na legislação penal militar brasileira (e seus problemas). Conclusão. Referências.

1 Juiz Federal Substituto da Justiça Militar (JMU). Especialista em Direito Processual. Mestre em Direito Penal e Ciências Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/Portugal. Ex-Defensor Público Federal (DPU). Ex-Oficial de Justiça Avaliador Federal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT). Professor em cursos preparatórios para concursos públicos. E-mail: hmgaioso@hotmail.com.

RESUMO: Tradicionalmente, os crimes militares foram marcados por penas de prisão e formas de cumprimento mais rígidas e severas do que os crimes comuns. Contudo, com o passar do tempo e sob a influência de uma sociedade de controle, tecnológica e global, além de mudanças significativas identificadas hodiernamente nas funções e atividades desempenhadas pelas Forças Armadas, tem-se evoluído igualmente na seara penal castrense e que o presente trabalho se desenvolverá ao analisar os diversos institutos passíveis de incidência no âmbito da execução penal militar brasileira sem que as finalidades da pena neste ramo especial do Direito sejam desatendidas.

PALAVRAS-CHAVE: Execução penal. Crimes Militares. Progressão de Regime Prisional. Suspensão Condicional da Pena. Penas Alternativas.

ABSTRACT: Traditionally, military crimes have been marked by prison sentences and more rigid and severe forms of enforcement than ordinary crimes. However, with the passage of time and under the influence of a control society, technological and global, in addition to significant changes identified in the functions and activities performed by the Armed Forces, it has evolved equally in the military criminal court for a decrease in applicability of prison sentences, transforming them from a principal title to a subsidiary one, in close approximation with ordinary criminal law, with alternative methods of complying with criminal sanctions being preferred to segregating the freedom of the offending military. It is under this approach that the present work will be developed when analyzing the various institutes that may be affected in the scope of Brazilian military criminal execution without the purposes of punishment in this particular branch of Law being neglected.

KEYWORDS: Penal execution. Military Crimes. Progression of Prison Regime. Conditional Suspension of Penalty. Alternative Penalties.

INTRODUÇÃO

Como sabemos, a sociedade tem enfrentado diferentes formas de influxos de novos institutos e pensamentos que conduzem à uma alteração dos comportamentos humanos, das instituições públicas e privadas e, por conseguinte, da própria legislação penal, que procura (e assim deve ser) se adequar aos novos tempos.

Embora muitas vezes esquecido e pouco estudado², o Direito Penal Militar não tem estado fora da pauta de discussões recentes a respeito dos reflexos de uma sociedade cada vez mais tecnológica e global.

Nesse contexto, é de se questionar se o ambiente militar, como típico exemplo de sociedade disciplinadora, está igualmente sujeito às influências de uma sociedade de controle e, sendo positiva esta afirmação, de que modo isso reflete especificamente na forma de cumprimento das penas privativas de liberdade por crimes militares.

Do confronto das inovações legislativas no campo do Direito Penal Comum com os valores e preceitos próprios (muitas vezes exclusivos) da função militar, observados os princípios constitucionais regentes e as finalidades das sanções penais, pode resultar em mudança ou, porque não dizer, evolução da legislação penal castrense em termos de cumprimento de pena³

O presente trabalho visa averiguar, noutros termos, se nos crimes militares praticados em tempo de paz somente o cumprimento de prisão em regime integralmente fechado atende às finalidades da pena, se é possível se falar em progressão de regime de penas, de aplicabilidade de institutos como a suspensão condicional da execução da pena de prisão e se há espaço para meios alternativos à privação da liberdade³.

2 Ácida é a crítica formulada por DEVESA (1986-1987, p. 329): “*La ignorancia del derecho penal militar (que comprende tanto el sustantivo como el adjetivo o procesal) es endémica en España, en el sentido del ignorieren alemán: no sólo no saber, sino no querer saber*”. Problema semelhante é apontado na Itália, pois o estudo da legislação militar consistiu durante décadas num ritual reservado a poucos sacerdotes, à margem da investigação científica (BRUNELLI; MAZZI, 1998, p. 6). O interesse da doutrina pela análise das normas castrenses é ainda mais exíguo no que se refere ao âmbito penitenciário, uma vez que o conservadorismo e o caráter hermético dos valores militares são tradicionalmente transportados para a fase de cumprimento de pena: “*(...) si las prisiones son mundos particulares, las militares son mundos más particulares todavía, pues no olvidemos que se encadenan y superponen aquí diferentes relaciones de sujeción especial*”. (PATIÑO, 2016, p. 16). Para maiores detalhes sobre a evolução histórica do direito penitenciário militar na Espanha, onde há significativo debate doutrinário, ver: VALDÉS, Carlos García. *El derecho penitenciario militar: sus orígenes*. Santiago de Compostela: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 2012.

3 É atribuída a Georges Clemenceau, estadista que governou a França no período de 1917-1920, isto é, ainda durante a Grande Guerra, acumulando essas funções com a de ministro da guerra, a seguinte frase, sempre citada para ilustrar as diferenças da profissão de soldado e, de certo modo, justificar um regime mais gravoso de penas criminais: “*Assim como há uma sociedade civil fundada sobre a liberdade, há uma sociedade militar fundada sobre a obediência, e o juiz da liberdade não pode ser o da obediência*”. O presente trabalho tenciona trabalhar com esta provocação: será mesmo que o juiz da obediência não pode dialogar com o juiz da liberdade?

Como critério metodológico, valemo-nos da análise comparada, num recorte temporal recente, das legislações de Brasil, Portugal e Espanha, com olhar crítico de filtragem constitucional e orientação doutrinária específica sobre o assunto em tela, associado à verificação da jurisprudência nos planos constitucional e infraconstitucional.

Ao final, ousamos propor um modelo normativo a respeito do tema, que melhor seria empregado no sistema penal militar brasileiro.

1. O PAPEL DAS FORÇAS ARMADAS E A INFLUÊNCIA DO PENSAMENTO DE UMA “SOCIEDADE DE CONTROLE”

É inconcebível pensar o Direito sem analisar o sistema político da instituição em que ele será aplicado.

Assim, partindo dos textos constitucionais das nações a que se restringiu a pesquisa, é possível verificar, de plano, que em todas elas há menção expressa às Forças Armadas e sua missão institucional.

De acordo com a Constituição da República Portuguesa de 1976 (CRP/76), incumbe às Forças Armadas a defesa militar da república, bem como, nos termos da lei, satisfazer os compromissos internacionais do Estado Português no âmbito militar e participar em missões humanitárias e de paz assumidas pelas organizações internacionais de que Portugal faça parte. Possibilita ainda o texto constitucional, igualmente por força de lei, que as Forças Armadas colaborem em missões de proteção civil, em tarefas relacionadas com a satisfação de necessidades básicas e a melhoria da qualidade de vida das populações, e em ações de cooperação técnico-militar no âmbito da política nacional de cooperação⁴ (MORAIS, 2000, p. 56).

De modo mais sintético, a Constituição Espanhola de 1978 (CE/78) estabelece que as Forças Armadas, constituídas pelo Exército de Terra, Armada e Exército de Ar, tem como missão garantir a soberania e a independência da Espanha e defender sua integridade territorial e seu ordenamento constitucional, deixando a cargo de uma lei orgânica⁵ a regulamentação das bases da organização militar de acordo com os princípios assegurados pelo texto constitucional⁶.

Por seu turno, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88) define as Forças Armadas, compostas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, como instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade

4 Artigo 275º, nºs 1, 5 e 6.

5 Inicialmente o tema foi tratado pela *Ley Orgánica* n.º 6 de 1980, na sequência substituída pela *Ley Orgánica* n.º 5 de 2005, que regulamenta a Defesa Nacional e estabelece as bases da organização militar.

6 *Artículo* 8, nºs 1 e 2.

suprema do Presidente da República, e destinadas à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. O texto magno deixa a cargo da legislação complementar⁷ estabelecer as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas.⁸

Do que se extrai desses comandos contidos no ápice da pirâmide normativa de cada Estado-nação, em resumo, traduz uma preocupação dos legisladores constituintes de atribuir a uma determinada instituição, de modo (quase) exclusivo, a responsabilidade de assegurar, interna e externamente, a soberania nacional e a segurança⁹, incluída a preservação das demais instituições democráticas do país e da ordem constitucional.

No atual contexto internacional, marcado por uma série de fatos imprevisíveis e de larga escala, de que são exemplos o enorme fluxo migratório e de refugiados, bem assim os atentados terroristas que atingem praticamente todos os continentes do globo terrestre, a dimensão interna da segurança assume notável consideração para a credibilidade dos países perante a ordem internacional. É dizer que, além do consagrado conceito da segurança externa de proteção das fronteiras nacionais, associa-se a preocupação da segurança interna como componente do todo maior que é a segurança nacional¹⁰.

Nesse sentido, as Forças Armadas têm sido cada vez mais empregadas internamente no auxílio às forças policiais regulares de segurança pública, notadamente nos países com alto grau de criminalidade organizada violenta, o que é verificado de forma recorrente na América Latina.

Por outro lado, o emprego de militares em território estrangeiro também é uma constante para Brasil, Portugal e Espanha, visto que seus efetivos são componentes de missões de manutenção (ou até de imposição) da paz da UN/ONU, bem como em operações da NATO/OTAN, o que denota nitidamente uma mudança e ampliação do papel tradicional das Forças Armadas, que passam a assumir significativo conjunto de atribuições tanto no plano interno, quanto no âmbito internacional.

Com efeito, os conceitos de soberania e de desenvolvimento da política de segurança têm, hodiernamente, se inserido num contexto político e estratégico mais alargado, seja em favor de uma defesa integrada para gerir crises no cenário interno, seja também no âmbito internacional.

7 Lei Complementar nº 97 de 1999.

8 Artigo 142, *caput* e § 1º.

9 Para maiores detalhes sobre os contornos teóricos dos conceitos de soberania, segurança humana, segurança nacional, defesa nacional e segurança interna e externa, ver LUDOVINO, 2016. Disponível em: <https://www.revistamilitar.pt/artigo/1174>. Acesso em: 17/06/2019.

10 Idem.

O papel das Forças Armadas vem se transmutando para alcançar problemas de graves crises intestinas¹¹ e igualmente de missões humanitárias, de manutenção ou até mesmo de imposição da paz¹².

Até a metade do séc. XX, do ponto de vista organizacional, os militares tinham uma série de técnicas de conformação estrutural e operação que costumavam ser copiadas pela sociedade civil. Todavia, hoje em dia a situação tende a ser revertida, notadamente com as mudanças tecnológicas, na medida em que é a força militar que copia e adota diretrizes que aparecem primeiro na sociedade civil (RIAL, 2010, p. 14)¹³.

A título ilustrativo, o recente Código Penal Militar espanhol de 2015 traz em seu preâmbulo, como justificativa para a edição de uma nova legislação penal castrense, dentre outras, o processo de modernização da organização militar, a profissionalização já concluída das Forças Armadas, o novo modelo organizacional e o desdobramento territorial da força, assim como a participação permanente de unidades militares em missões internacionais fora do território nacional, integradas em unidades multinacionais ou em organizações supranacionais.

Nesse contexto, é possível conectarmos tais considerações com as ideias traçadas pelo filósofo francês Gilles Deleuze, o qual, avançando no pensamento de Michel Foucault¹⁴ sobre as sociedades disciplinadoras, afirma que a evolução da sociedade tecnológica global decorre, no fundo, de uma mutação do capitalismo, o qual torna-se essencialmente dispersivo, o mesmo acontecendo com a família, a escola, o Exército, de modo que até a arte abandonou os espaços fechados (DELEUZE, 1992, p. 219-226).

A sociedade disciplinar pode ser caracterizada pela presença de lugares ou instituições onde um grande número de indivíduos se colocam na mesma situação, “isolados” da sociedade por um período apreciável de tempo, e compartilham em seu confinamento uma rotina diária formalmente administrada, dos quais são típicos exemplos as prisões e hospitais psiquiátricos. Sem embargo, podemos afirmar que as organizações militarizadas até certo ponto compartilham essa visão, ainda que aqueles

11 Como dito, especialmente nos países latino-americanos, a exemplo do Brasil, Colômbia e México, que têm demandado cada vez mais das Forças Armadas para auxiliar no combate à macrocriminalidade (SOUZA, 2011, p. 69-90).

12 Sobre o assunto: FONTOURA, 2005.

13 Sobre a adaptabilidade das forças militares, discorre o articulista: “*La institución cerrada que poco a poco se abre, debe recurrir a nuevas formas de legitimación. La influencia conjunta de la tecnología, del cambio de la estructura social que compone las organizaciones militares, de la acción de grupos de promoción que buscan que el derecho humanitario y los derechos humanos sean parte de los conceptos que deben ser defendidos por los militares, han tenido como efecto un cambio importante que seguirá en curso en los años que siguen*”.

14 Na visão do autor, as sociedades disciplinares surgem no século XVIII, atingem seu apogeu no século XX e entram em processo de decadência a partir desse período (FOUCAULT, 1979), dando lugar ao surgimento de uma nova forma de organização social, fase à qual Deleuze denominou de *sociedade de controle*.

que fazem parte dela não tenham esse caráter de permanentes, mas quando fazem parte dela, adotam diretrizes semelhantes (RIAL, 2010, p. 11)¹⁵.

Comuta-se de disciplinas bem delimitadas pelas regras e pelo confinamento fixo e rígido presente nas instituições a um tipo de controle diluído, modulado e fluido, para além dos muros das instituições. Isso traduz-se em maior complexidade, flexibilidade e alcance, características que as Forças Armadas vêm buscando desenvolver e aprimorar no cenário global interno e estrangeiro.

No movimento disciplinar-punitivo em declínio, o indivíduo parecia viver a disciplina somente no confinamento, nos espaços fechados, ao contrário do que se dá com o controle atual, consistente numa contínua sensação de vigilância. Sob essa perspectiva, possível identificarmos certa conexão relativamente às prisões e outras formas de cumprimento de pena, nomeadamente no que toca aos crimes militares, assunto mais à frente abordado com maior propriedade.

2. PARTICULARIDADES DA PROFISSÃO MILITAR

Para cumprimento de pesado mister constitucional, as corporações militares ostentam as armas da nação e, para fazer valer sua missão institucional, podem fazer uso legítimo da força bélica, quando autorizada e demandada pelo seu comandante supremo (RIAL, 2010, p. 13)¹⁶.

E não é só. Características marcantes, igualmente previstas constitucionalmente, são típicas e por vezes exclusivas da profissão militar. Circunstâncias próprias que impõem significativo ônus no desempenho das suas atividades¹⁷.

Sobre essas especificidades, inúmeras são as limitações constitucionais impostas aos membros das Forças Armadas, dentre as quais é interessante destacar: a possibilidade de prisão, independentemente de flagrante ou ordem judicial, nos casos de transgressão disciplinar militar ou de crime propriamente militar definido em lei¹⁸; a impossibilidade de os conscritos se

15 Segundo o autor: *“La existencia de un fuero específico, militar, es el resultado del carácter de las corporaciones militares, que conforman instituciones totales, cerradas. Las normas de derecho militar se aplican a una institución que se ha percibido y, especialmente, se ha autopercebido como separada del resto de la sociedad”*.

16 Refere que o Estado é a única fonte do “direito à violência”, definição clássica esta proposta por Max Weber. E prossegue, citando o autor alemão, no sentido de que o Estado é a comunidade humana que, dentro de um determinado território (elemento distintivo), reivindica - com êxito - para si o monopólio da violência física legítima.

17 Veja-se, por exemplo, o teor do art. 13º do CJM/2003 português: “O perigo iminente de um mal igual ou maior não exclui a responsabilidade do militar que pratica o facto ilícito, quando este consista na violação de dever militar cuja natureza exija que suporte o perigo que lhe é inerente”.

18 Artigo 5º, inciso LXI, da CRFB/88; artigo 27º, nº 3º, da CRP/76.

alistarem como eleitores durante o período do serviço militar obrigatório¹⁹; o não cabimento de *habeas corpus* relativamente a punições disciplinares militares²⁰; a proibição de sindicalização, de greve²¹ e de afiliação partidária²²; dentre outras restrições (PIMENTEL, 2008).²³

A definição do bipé de sustentação das Forças Armadas – hierarquia e disciplina, bem como dos valores militares, contudo, está restrita ao plano legislativo infraconstitucional.²⁴

Com efeito, a legislação brasileira estabelece que a hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas, na medida em que a autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico. A hierarquia militar é conceituada como a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. Essa ordenação se faz por postos, no caso de oficiais, ou graduações, na situação das praças, e que 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 sequência de autoridade. Já a disciplina, de sua parte, 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 organismo²⁵.

Ressalte-se: a disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada

19 Artigo 14, § 2º, da CRFB/88.

20 Artigo 142, § 2º, da CRFB/88.

21 Artigo 142, § 3º, inciso IV, da CRFB/88; artículo 28, nº 1, da CE/78; artigo 270º da CRP/76.

22 Artigo 142, § 3º, inciso V, da CRFB/88; artículo 70, nº 1, da CE/78.

23 O autor justifica esse conjunto diferenciado de limitações para que as missões conferidas às Forças Armadas e os objetivos da instituição não sejam colocados em xeque.

24 De acordo com o artigo 164º, alínea “d”, da CRP/76, compete exclusivamente à Assembleia da República legislar sobre a “organização da defesa nacional, definição dos deveres dela decorrentes e bases gerais da organização, do funcionamento, do reequipamento e da disciplina das Forças Armadas”. Por sua vez, o artigo 142, § 3º, inciso X, da CRFB/88, prevê que 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”.

25 Artigo 14, *caput* e parágrafos 1º, 2º e 3º, da Lei nº 6.880/1980 (Estatuto dos Militares das Forças Armadas Brasileiras). No mesmo sentido já previa o revogado Regulamento de Disciplina Militar de 1913, das Forças Armadas Portuguesas: “art. 1º - a disciplina militar consiste num laço moral que liga entre si os diversos graus da hierarquia militar; nasce da dedicação pelo dever e consiste na estrita e pontual observância das leis e regulamentos militares”. O vigente Regulamento de Disciplina Militar (Lei Orgânica nº 2/2009) dispõe: “art. 1º: A organização e a atividade das Forças Armadas baseiam-se nos valores militares fundamentais da missão, da hierarquia, da coesão, da disciplina, da segurança e da obediência aos órgãos de soberania competentes nos termos da Constituição e da lei”; “art. 4.º: A disciplina militar consiste no cumprimento pronto e exato dos deveres militares decorrentes da Constituição, das leis e dos regulamentos militares, bem como das ordens e instruções dimanadas dos superiores hierárquicos em matéria de serviço”.

e reformados. Ou seja, mesmo dos militares inativos exige-se obediência à hierarquia e à disciplina.

A legislação portuguesa sobre as Bases Gerais do Estatuto da Condição Militar também dispõe de modo semelhante ao caracterizar a profissão militar pela: subordinação ao interesse nacional; permanente disponibilidade para lutar em defesa da Pátria, se necessário com o sacrifício da própria vida; sujeição aos riscos inerentes ao cumprimento das missões militares, bem como à formação, instrução e treino que as mesmas exigem, quer em tempo de paz, quer em tempo de guerra; subordinação à hierarquia militar, nos termos da lei; aplicação de um regime disciplinar próprio; permanente disponibilidade para o serviço, ainda que com sacrifício dos interesses pessoais; restrição, constitucionalmente prevista, do exercício de alguns direitos e liberdades; adoção, em todas as situações, de uma conduta conforme a ética militar, por forma a contribuir para o prestígio e valorização moral das forças armadas; consagração de especiais direitos, compensações e regalias, designadamente nos campos da Segurança Social, assistência, remunerações, cobertura de riscos, carreiras e formação.²⁶

Eis, pois, alguns dos bens jurídicos que o Direito Penal Militar, como ramo autônomo, independente e especial do Direito, assim como a Justiça Militar (e somente ela²⁷), podem e buscam tutelar.

Enquanto no âmbito social civil a vida e a liberdade são valores jurídicos de maior grandeza, a ponto de justificar que a sua violação seja punida criminalmente com as penas mais graves, para os militares o valor precípua é a pátria, cuja defesa pode exigir inclusive o sacrifício da própria vida, tal como preceituado em inúmeras legislações castrenses.²⁸

Ensina o mestre Figueiredo Dias, que os bens jurídicos militares, muitos deles não contemplados no regime penal comum, são compreendidos e aceitos como o “conjunto de interesses socialmente valiosos que se ligam a função militar específica: a defesa da Pátria, e sem cuja tutela as condições de livre desenvolvimento da comunidade seriam pesadamente postas em questão”. Nesta perspectiva, como já dito, há dois que merecem particular realce: os bens da disciplina e da hierarquia, características estruturais de umas forças militares e militarizadas capazes de cumprir as suas missões (DIAS, 1995, p. 25-26).

26 Artigo 2º da Lei nº 11/1989.

27 Embora reconheça o relevo da discussão sobre a necessidade da existência (ou não) de uma Justiça Militar autônoma para julgamento dos crimes militares, o presente trabalho não pretende adentrar nesse polêmico e tormentoso debate. Sobre o assunto, dentre outros: DIAS, 1995; CANOTILHO; MOREIRA, 1993; LECCA, 2015; RIAL, 2010; LONZOY, 2018; DEVESA, 1980.

28 Apenas para exemplificar: artigos 27, inciso I, e 31, inciso I, ambos da Lei brasileira nº 6.880/80; artigo 2º, alínea “b”, da Lei portuguesa nº 11/89.

Distinguindo em vários aspectos da sociedade em geral, a caserna impõe a obediência hierárquica, o cumprimento de ordens e sobreleva a importância desses valores e preceitos éticos-militares, traduzindo um nítido “microcosmos societário” (BATISTA, 2014, p. 3).

Não se olvida, ademais, da constante exposição ao risco à integridade física própria e de terceiros a que os militares estão sujeitos no desempenho da sua atividade, situação peculiar que demanda, por um lado, alto grau de habilidade, preparação e treinamento e, por outro, uma maior responsabilidade de suas ações, notadamente em face do emprego de materiais e instrumentos de alto poder destrutivo, cuja danosidade é imensa.

Tais circunstâncias e atributos, próprios dos militares, justificam em grande medida a existência de - igualmente próprios - um direito penal militar e um direito disciplinar militar, em que as especificidades ora apontadas são consideradas nos textos legais em situação de especialidade em relação às leis do regime penal geral e administrativo. Não se trata de privilégio, muito pelo contrário, mas de adoção concreta do princípio da igualdade material definido em todos os ordenamentos jurídico-constitucionais aqui estudados.

Nessa ordem de ideias, há quem caracterize o Direito Penal Militar como um “conjunto normativo especial regulador dos pressupostos e circunstâncias dos comportamentos puníveis com penas de prisão, aplicadas no quadro específico da jurisdição militar” (OLIVEIRA, 1996, p. 12). Sob outra ótica, entretanto, questiona-se: somente as penas de prisão definem a punibilidade dos crimes militares?

É nesse contexto crítico que passaremos a discorrer.

3. CUMPRIMENTO DE PENAS DE PRISÃO NA LEGISLAÇÃO PENAL MILITAR BRASILEIRA (E SEUS PROBLEMAS)

De acordo com o Código Penal Militar brasileiro, as penas principais²⁹ são: morte³⁰, reclusão, detenção, prisão, impedimento, suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função e reforma.

Dentre as privativas de liberdade temos então as penas de reclusão, detenção, prisão e impedimento. Embora haja o entendimento (talvez

29 Artigo 55 do Decreto-lei nº 1.001/1969 (CPM).

30 Segundo o art. 5º, inciso XLVII, da CRFB/88, não haverá pena de morte, salvo em caso de guerra declarada. A forma de execução da pena de morte, que se dá por fuzilamento, encontra-se prevista no art. 707 do Código de Processo Penal Militar brasileiro (Decreto-lei nº 1.002/1969). Há registro da aplicação desta modalidade de pena por ocasião da campanha militar brasileira na Itália, durante a II Guerra Mundial, por um tribunal castrense instalado junto ao teatro de operações. Dois militares brasileiros foram condenados à morte por estupro (violação) e morte de duas mulheres italianas. Contudo, suas penas foram comutadas para privação de liberdade pelo então Presidente da República Getúlio Vargas. Para maiores detalhes: ALBUQUERQUE, 1958, p. 356-360.

prevalente) de que a pena de impedimento, que sujeita o condenado a permanecer no recinto da unidade, sem prejuízo da instrução militar³¹, aplicada exclusivamente aos condenados pelo crime de insubmissão³², seja espécie de pena restritiva de liberdade, não se pode questionar a nítida ocorrência de segregação da liberdade, ainda que em menor espectro.

A pena de reclusão ou de detenção até 2 (dois) anos aplicada a militar é convertida em pena de prisão e cumprida, quando não cabível a suspensão condicional, pelo oficial, em recinto de estabelecimento militar, e no caso da praça, em estabelecimento penal militar, onde ficará separada de presos que estejam cumprindo pena disciplinar ou pena privativa de liberdade por tempo superior a dois anos³³.

Noutro vértice, de acordo com o art. 61 do CPM/69, na hipótese de aplicação a militar de pena privativa da liberdade superior a 2 (dois) anos, o cumprimento se dá em penitenciária militar. Entendemos que a segunda parte do dispositivo em tela, que prevê, diante da ausência de penitenciária militar, que o militar cumpra pena em estabelecimento prisional civil, ficando o recluso ou detento sujeito ao regime conforme a legislação penal comum, de cujos benefícios e concessões também poderá gozar, encontra-se revogado parcial e tacitamente pelo art. 73, parágrafo único, alínea “c”, da Lei nº 6.880/80 (Estatuto dos Militares das Forças Armadas Brasileiras), ao dispor como prerrogativas dos militares o cumprimento de pena de prisão ou detenção somente em organização militar da respectiva Força cujo comandante, chefe ou diretor tenha precedência hierárquica sobre o preso³⁴.

É dizer que, em face da ausência de presídio militar, cada grande comando militar pode destinar uma unidade para desempenhar dita função, estruturando-a e fixando regras disciplinares a serem observadas pelos militares (da ativa, da reserva e reformados), que ali venham a ser recolhidos a título de prisão disciplinar, cautelar ou para cumprimento de pena por crime comum ou militar, tipificando as condutas carcerárias reprováveis

31 Artigo 63 do CPM/69.

32 CPM/69, artigo 183 – “Deixar de apresentar-se o convocado à incorporação, dentro do prazo que lhe foi marcado, ou, apresentando-se, ausentar-se antes do ato oficial de incorporação: Pena - impedimento, de três meses a um ano”.

33 Artigo 59 do CPM/69. Igual comando encontra este no art. 595, alínea “a”, do CPPM/69 (Código de Processo Penal Militar Brasileiro – Decreto-lei nº 1.002 de 1969).

34 Previsão normativa semelhante pode ser encontrada no art. 22º do Decreto-lei nº 90/2015 (Estatuto dos Militares das Forças Armadas Portuguesas), equivalente ao revogado art. 24º, 2, do DL nº 236/99: “2 - Os militares detidos ou presos preventivamente mantêm-se em prisão militar à ordem do tribunal ou autoridade competente, nos termos previstos na legislação processual penal aplicável”. No sistema brasileiro, independentemente da prática de crime comum ou militar, de prisão provisória ou definitiva, o militar, ainda que na reserva ou reformado (inatividade), mantém a prerrogativa de ser recolhido em presídio ou organização militar. Perda da condição de militar (expulsão da praça ou declaração de perda de posto e patente do oficial), o ex-militar condenado é transferido para o sistema prisional civil, onde permanecerá em ala distinta dos presos comuns.

e as sanções disciplinares a serem aplicadas na espécie (ASSIS; LAMAS, 2011, p. 07).

Por recinto de estabelecimento militar entende-se a organização militar (quartel) que, mesmo não estando devidamente habilitada e preparada organicamente para o encarceramento de presos ante a ausência de “xadrez” próprio (celas), ainda assim poderá receber militares para cumprimento de prisão, inclusive de ordem disciplinar, sendo todos recolhidos nas dependências da unidade, geralmente nos alojamentos (VIEIRA, 2009, p. 453). Contudo, como visto, o cumprimento de pena em estabelecimento militar estará restrito a oficiais e somente quando a pena for igual ou inferior a dois anos.

Distintamente, o estabelecimento penal militar dispõe de uma estrutura administrativa e técnica básica para o cumprimento de pena, pois contém um local específico de encarceramento (xadrez) e a presença de militares para a preservação da segurança. Nesse caso, o local será para o cumprimento de pena para praças, respeitadas a natureza da pena, que deverá diferenciar os locais destinados para o cumprimento de penas disciplinares e o cumprimento de penas de natureza criminal (comum ou militar).

Por fim, a terceira espécie de estabelecimento carcerário castrense é a penitenciária militar, típico presídio militar, uma vez que possui as mesmas características dos presídios comuns. É o estabelecimento responsável por receber tanto as praças como os oficiais para ocasião de cumprimento de penas superiores a dois anos. No atual cenário penitenciário brasileiro existe um único presídio militar federal no país, situado no estado do Rio de Janeiro, pertencente à Marinha³⁵. No entanto, no Brasil há aproximadamente 300 (trezentos) estabelecimentos que servem de presídios para militares das Forças Armadas, localizados dentro de Organizações Militares (ASSIS; LAMAS, 2011, p. 01).

Já o civil cumpre a pena privativa de liberdade aplicada pela Justiça Militar em estabelecimento prisional civil, ficando ele sujeito ao regime conforme a legislação penal comum, de cujos benefícios e concessões,

35 O Presídio da Marinha, situado na Ilha das Cobras/RJ, é o único estabelecimento prisional militar a nível federal do Brasil, foi criado pelo Decreto nº 59.317 de 28 de setembro de 1966 e regulamentado pelo Decreto nº 59.394 de 14 de outubro de 1966.

também, poderá gozar³⁶. A legislação penal comum referida é consubstanciada na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210 de 1984).

Em síntese, portanto, temos que ao militar recolhido em estabelecimento/presídio militar aplicam-se as regras de execução penal previstas no CPM e no Livro IV do Código de Processo Penal Militar (CPPM), não havendo espaço, em tese e de acordo com a letra fria legal, para incidência da LEP e seus benefícios³⁷, dentre os quais destaca-se, ao que interessa ao presente trabalho, a possibilidade de progressão de regime de pena privativa de liberdade.

O artigo 33, §2º, do Código Penal prevê que o sentenciado terá direito à progressão de regime nas seguintes situações: a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado; b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto; c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Por seu turno, o art. 112 da LEP estabelece que a pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos 1/6 (um sexto) da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. Ressalva estabelecida para os crimes hediondos, cuja progressão se dá em quantum mais elevado, a saber: de 2/5 (dois quintos) se primário e de 3/5 (três quintos) se reincidente³⁸.

É justamente nesta temática que surge um grande problema a ser enfrentado: estão os militares, enquanto ainda mantêm esta condição,

36 Artigo 62 do CPM/69. Em idêntico sentido: art. 2º, parágrafo único, da LEP - “Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária”; e Súmula nº 192 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) - “Compete ao Juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral, quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual”. O parágrafo único do art. 62 do CPM estabelece, excepcionalmente, que “por crime militar praticado em tempo de guerra poderá o civil ficar sujeito a cumprir a pena, no todo ou em parte em penitenciária militar, se, em benefício da segurança nacional, assim o determinar a sentença”.

37 Embora não expressamente previsto, muitos defendem existir um “direito à visita íntima” do preso, o que decorre da interpretação extensiva do art. 41, inciso X, da LEP, que garante ao detento o direito de visita do cônjuge ou da companheira. Algumas legislações estaduais e recomendações de conselhos penitenciários, além do regulamento penitenciário federal (Decreto nº 6.049/2007, art. 95), asseguram o contato sexual do preso com seu companheiro(a) estável, cuja finalidade é fortalecer as relações familiares do detento. Na seara castrense, todavia, o tema é deveras polêmico, uma vez que a prática de qualquer ato libidinoso por parte do militar em área sob administração militar, ainda que estando preso, configura o crime militar tipificado no art. 235 do CPM. Sobre esta discussão, ver FOUREAUX, 2012; ASSIS, 2012. Mais uma vez, diga-se, entra em cena a limitação do exercício de alguns direitos por parte dos militares.

38 Art. 2º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos).

insuscetíveis de progredirem de regime de pena quando condenados por crimes militares? Em outras palavras, os alhures citados valores tipicamente militares justificam a obrigatoriedade de cumprimento de sanção privativa de liberdade em regime integralmente fechado?

Tradicionalmente, a jurisprudência do Superior Tribunal Militar (STM) brasileiro era sedimentada na especialidade da legislação penal e processual penal castrense, que inadmitia a aplicação da LEP para os militares condenados por crimes militares recolhidos em penitenciária ou estabelecimento castrense³⁹. Na espécie, tem aplicação as regras do CPM e o Livro IV do CPPM.

Após inúmeras provocações de (in)constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro, no *leading case*⁴⁰ em que um oficial militar fora condenado e cumpria pena de 9 (nove) anos de reclusão pelo crime de homicídio simples, decidiu, por unanimidade de votos, que “os militares, indivíduos que são, não foram excluídos da garantia constitucional da individualização da pena”. Com efeito, somente há justificativa para tratamento desigual, em virtude de características próprias da atividade castrense, quando o texto constitucional assim estabelecer. Quando o legislador constituinte quis fixar regras distintas para os militares, o fez expressamente, silenciando-se, pois, quanto à individualização da pena, não havendo espaço para a lei ordinária limitar essa garantia. Ademais, “o indivíduo é sempre uma realidade única ou insimilar, irrepetível mesmo na sua condição de microcosmo ou de um universo à parte”. Assim, julgou-se contrária à CRFB/88 a exigência do cumprimento de pena privativa de liberdade sob regime integralmente fechado em estabelecimento militar, seja pelo invocado fundamento da falta de previsão legal na lei especial, seja pela necessidade do resguardo da segurança ou do respeito à hierarquia e à disciplina no âmbito castrense⁴¹.

De fato, conforme já salientamos, existem diferenças entre o regime militar e o regime civil que tornam incompatíveis a comunhão plena de

39 Nesse sentido: Correição Parcial nº 2006.01.001943-4, Relator Min. Rayder Alencar da Silveira, data de publicação: 08/03/2007; Apelação nº 0000007-53.2010.7.00.0000/PE, Relator Min. Olympio Pereira da Silva Junior, data da publicação: 14/6/2010; HC nº 00000342620167000000/RJ, Relator Min. Cleonilson Nicácio Silva, data de publicação: 7/4/2016.

40 Em verdade, a primeira decisão da Suprema Corte, por sua 1ª Turma, que permitiu aplicar a LEP (regime prisional aberto) aos presos em estabelecimentos militares foi o RHC nº 92.746/SP, Relatora Min. Cármen Lúcia, DJe 08/05/2008. Contudo, não houve nenhuma declaração de inconstitucionalidade na oportunidade. O que motivou a decisão do STF foi uma análise equivocada do já citado art. 61 do CPM, ao permitir na sua parte final que o militar seja recolhido a estabelecimento prisional civil ante a ausência de presídio militar. Ovidou-se a Corte Constitucional da prerrogativa dos militares consagrada na lei federal nº 6.880/80 (art. 73, parágrafo único, alínea “c”) promulgada posteriormente ao CPM/69, que revogou tácita e parcialmente o dispositivo castrense referido, conforme expusemos anteriormente.

41 Supremo Tribunal Federal (STF), HC nº 104.174, Relator Min. Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 29/03/2011. Outros julgados seguiram a mesma diretriz, por exemplo: Superior Tribunal de Justiça (STJ) HC nº 215.765/RS, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJe 17/11/2011.

diplomas legais, sendo o Direito Militar considerado um microsistema jurídico particular, muitas vezes apartado das demais leis e códigos aplicáveis aos civis e, por essa razão, a execução penal militar possui, como se vê, distinções e maiores rigores perante a execução penal civil (ASSIS; LAMAS, 2011, p. 01).

Noutro vértice, a progressão do regime prisional fundamenta-se na necessidade de individualização da execução e tem por fim assegurar que a pena privativa de liberdade a que submetido o condenado alcançará efetivamente seu objetivo, que é o de reinserção na sociedade e, no caso do militar, ao seio da tropa⁴². Nesse viés, o benefício poderá ser deferido quando tal finalidade puder ser atingida e o apenado revelar condições de adaptar-se ao regime menos rigoroso (AVENA, 2017, p. 226).

Não podem os princípios constitucionais específicos balizadores das Forças Armadas, nomeadamente os garantidores da hierarquia e da disciplina militares, ao colidirem com outros de envergadura igual ou maior, como a dignidade da pessoa humana, a igualdade material, a individualização da sanção, a razoabilidade e a proporcionalidade, e que são inerentes a todo ordenamento jurídico constitucional democrático (mesmo que não previstos expressamente), sobreporem-se (ROCHA; RIBEIRO, 2014/2015, p. 61).

A progressão de regime de pena de prisão, decorrência lógica-jurídica e imediata do princípio da individualização da pena⁴³, afigura-se como verdadeiro direito subjetivo-constitucional do condenado, inexistindo amparo constitucional para excluir dessa garantia o militar condenado por crime militar (NEVES; STREIFINGER, 2012, p. 409).

Impor ao condenado militar sua permanência em penitenciária castrense durante todo o cumprimento da reprimenda estatal, sejam curtos⁴⁴ ou longos os períodos de privação da liberdade, tolhendo-lhe o direito

42 Na medida em que a socialidade é um princípio ínsito e natural do homem, sendo, pois, sociedade e homem inseparáveis, as penas se apresentam como meios para restabelecer o estado de direito, a perturbação jurídica causada pelo crime, e com isso resgatar a consciência moral do delinquente e reinseri-lo no corpo social (JORDÃO, 1853, p. 296).

43 Cujo assento é constitucional: inciso XLVI do artigo 5º da CRFB/88.

44 Igualmente não há previsão legal de aplicação do art. 44 do CP (substituição de penas privativas de liberdade em restritivas de direitos) aos crimes militares. A jurisprudência da Suprema Corte não oscila quanto à esta proibição: STF HC 1271.99, Rel. Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 25/04/2017; ARE 700.012 ED, Rel. Min. Cármen Lúcia, Segunda Turma, DJe 10/10/2012; HC 94.083, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 12/3/2010; HC 91.709, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 13/3/2009; ARE 779.938 AgR, Relator Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 05/08/2014.

fundamental de progredir de regime no cumprimento da sanção penal⁴⁵, afronta os valores máximos da nossa ordem constitucional (reconhecidamente pétreos), em especial o princípio da individualização e o conceito de justiça (ROCHA; RIBEIRO, 2014/2015, p. 70).

Portanto, nos termos esposados, a decisão da Corte Suprema brasileira alinhou a forma de cumprimento das penas de prisão por crimes militares aos princípios constitucionais, humanizando-a e individualizando-a, além de ter permitido, por via de consequência, maior êxito no alcance das finalidades das sanções penais.

Contudo, um outro imbróglgio surgiu deste precedente judicial⁴⁶. Na medida em que o STF, ao conceder o *writ*, determinou ao juízo militar responsável pela execução penal para que promovesse a avaliação das condições objetivas e subjetivas para progressão de regime prisional na concreta situação do paciente, e que, para tanto, deveria se valer do Código Penal e da Lei de Execução Penal, mas “naquilo que for omissa a lei castrense”, deixou o sistema incongruente em relação às penas de prisão não superiores a 2 (dois) anos.

Como vimos, a pena privativa de liberdade não superior a 2 anos aplicada a militar é convertida em prisão e cumprida pelo oficial em recinto de estabelecimento militar (alojamento) e pela praça em estabelecimento penal militar (art. 59 do CPM e art. 595, “a”, do CPPM).

Assim, tendo em vista esta normativa específica na legislação penal castrense, segundo a decisão do STF não há espaço para aplicação das disposições do CP e da LEP. Ora, como manter a lógica do sistema se, ao ter uma condenação à pena de 3 (três) anos de reclusão o sentenciado poderá cumprir a sanção em regime aberto, por força do quanto disposto no CP e na LEP, mas se a pena for de 2 (dois) anos de reclusão e não cabível a suspensão condicional, o sentenciado terá que cumpri-la integralmente com a privação da sua liberdade de acordo com o CPM/ CPPM?

45 Acreditamos que a decisão do STF de declarar inconstitucional o dispositivo legal que exigia o cumprimento em regime integralmente fechado para condenações privativas de liberdade por crimes hediondos (HC nº 82959, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006), *mutatis mutandis*, tenha influenciado e contribuído para que o mesmo entendimento fosse estendido aos crimes militares. Ademais, era incongruente a lei prever a impossibilidade de progressão de regime e o CP, relativamente aos crimes hediondos, admitir o livramento condicional (à razão de 2/3 do cumprimento da pena), ou seja, o retorno do apenado ao convívio social. O mesmo se dá em relação aos crimes militares, na medida em que tanto o CPM quanto o CPPM estabelecem as regras para aplicação do livramento condicional.

46 Embora o acórdão proferido por um dos órgãos turmários do STF tenha ocorrido em sede de *habeas corpus* e, portanto, em controle concreto e difuso de constitucionalidade, há uma forte tendência na jurisprudência brasileira de abstrativização/objetivização desse mesmo controle concreto, a irradiar eficácia *erga omnes* e efeito vinculante. *Vide*, nesse sentido, o já citado HC 82.959, Relator Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 23/02/2006, que julgou inconstitucional, também em sede de remédio heroico, dispositivo legal que estabelecia o cumprimento em regime integralmente fechado de privação de liberdade para os crimes hediondos.

Em outras palavras, admitir que uma condenação mais grave (pena maior) tenha a sua execução penal em regime de cumprimento mais brando do que uma condenação a pena menor é romper frontalmente com os postulados da proporcionalidade, da razoabilidade e da igualdade (SEVERO, 2018, p. 117).

Curiosamente, a jurisprudência da Corte Superior Castrense⁴⁷ e do próprio Supremo Tribunal Federal⁴⁸ tem se consolidado nesse trilhar.

De modo contrário, a nosso sentir, reforçando-se ainda mais os princípios constitucionais já expostos e homenageando-se uma exegese lógico-sistemática, é preciso conferir uma interpretação conforme dos dispositivos do CPM e do CPPM ao texto constitucional, para se alinhar com a *ratio decidendi* do acórdão referido. Em outras palavras, deve o julgador ponderar tais circunstâncias para permitir que o sentenciado militar faça jus à individualização completa da sua pena, da fixação na condenação ao final do cumprimento da reprimenda, particularmente nas curtas penas de prisão de até 2 (dois) anos não passíveis de suspensão condicional.

Não se trata, vale dizer, de situação excepcional, de pouca incidência. Ao inverso, não são raras as hipóteses de não cabimento da suspensão condicional

47 STM HC nº 0000039-82.2015.7.00.0000, Relator Ministro Lúcio Mário de Barros Góes, Data de Julgamento: 12/03/2015, Data de Publicação: 26/03/2015: “(...) Conforme se extrai da regra do art. 61 do CPM, somente no caso de condenação à pena superior a dois anos ficará o militar sujeito às regras prevista na Lei de Execução Penal (LEP), mesmo que seu cumprimento se dê em estabelecimento militar (...)”. No mesmo sentido: HC nº 0000198-93.2013.7.00.0000. Relator Ministro William de Oliveira Barros, Data de Julgamento: 19/11/2013, Data de Publicação: 29/11/2013; Apelação nº 0000009-08.2008.7.06.0006, Rel. Min. Alte Esq Álvaro Luiz Pinto Decisão: 31/3/2015, Data da Publicação: 17/4/2015; dentre outros tantos.

48 STF HC 150.443 AgR, Relator Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 22/03/2019: “É firme a orientação jurisprudencial desta Suprema Corte no sentido de que, na hipótese de crime de competência da justiça militar, ‘somente a falta de um regramento específico em sentido contrário é que possibilitaria a aplicação da legislação comum’, ante a ‘impossibilidade de se mesclar o regime processual penal comum e o regime processual penal especificamente militar, mediante a seleção das partes mais benéficas de cada um deles, pena de incidência em postura hermenêutica tipificadora de hibridismo ou promiscuidade regratória incompatível com o princípio da especialidade das leis’ (HC 105.925/SP, Rel. Min. Ayres Britto)”. No mesmo sentido são as recentes decisões da Suprema Corte: HC 165.541-AgR/MS, Relator Min. Alexandre de Moraes, DJe de 11/03/2019; HC 173.319/MS, Relator Min. Alexandre de Moraes, DJe de 01/08/2019.

da execução da pena⁴⁹, que está vedada legalmente para os seguintes crimes militares: contra a segurança nacional, de aliciação e incitamento, de violência contra superior, oficial de dia, de serviço ou de quarto, sentinela, vigia ou plantão, de desrespeito a superior, de insubordinação, de deserção, de desrespeito a símbolo nacional, de despojamento desprezível, de ato de libidinagem e de receita ilegal⁵⁰.

As jurisprudências tanto do Superior Tribunal Militar (STM)⁵¹ quanto do Supremo Tribunal Federal (STF)⁵² são uniformes em declarar a não inconstitucionalidade da proibição do sursis aos tipos penais enumerados na lei castrense.

Embora se reconheça uma maior reprovabilidade da conduta aos crimes que ofendem a autoridade e a disciplina militares, todo instituto relacionado à execução da pena, quando da sua concreta aplicabilidade, deve ostentar a

49 Segundo o art. 84 do CPM, a execução da pena privativa da liberdade, não superior a 2 (dois) anos, pode ser suspensa, por 2 (dois) anos a 6 (seis) anos, desde que o sentenciado não tenha sofrido no país ou no estrangeiro condenação irrecorrível por outro crime a pena privativa da liberdade, os seus antecedentes e personalidade, os motivos e as circunstâncias do crime, bem como sua conduta posterior, autorizem a presunção de que não tornará a delinquir (prevenção especial negativa). Redação legal muito similar ao original art. 57 do CP/40, que somente previa penas de reclusão, detenção e multa. O CP/40 inovou ao prever a suspensão condicional da pena e o livramento condicional no direito penal brasileiro. A previsão de penas restritivas de direitos como penas autônomas e substitutivas da privação de liberdade ocorre somente com a reforma da Parte Geral em 1984. A reforma buscou uma aplicação mais efetiva do Direito Penal voltada à prevenção do crime e à ressocialização do preso. Em matéria de penas, inovou-se na extinção das penas acessórias, na criação das penas restritivas de direitos, na diminuição dos efeitos da reincidência, nas formas progressiva e regressiva de cumprimento da pena privativa de liberdade nos regimes fechado, semiaberto e aberto, restabelecendo o sistema dia-multa, banindo as medidas de segurança para imputáveis, substituindo o sistema do duplo binário pelo vicariante para os semi-imputáveis e adotando o sistema trifásico no cálculo da pena (ROSSETO, 2014, p. 42).

50 Artigo 88 do CPM.

51 STM Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0000007-46.2013.7.03.0103, Relator Ministro Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Data de Julgamento: 21/08/2014, Data de Publicação: 17/09/2014; Apelação nº 0000055-27.2015.7.10.0010, Relator Ministro Cleonilson Nicácio Silva, Data de Julgamento: 08/02/2018, Data de Publicação: 07/03/2018; Apelação nº 0000213-22.2015.7.12.0012, Relator para o Acórdão Ministro Luis Carlos Gomes Mattos, Data de Julgamento: 10/08/2017, Data de Publicação: 12/09/2017.

52 STF HC 76411/RJ, Relator Min. Nelson Jobim, Julgamento em 23/06/1998; HC 121674, Relatora Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 02/09/2014. Merece destaque o seguinte acórdão proferido em sede plenária: “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal inclina-se pela constitucionalidade do tratamento processual penal mais gravoso aos crimes submetidos à justiça militar, em virtude da hierarquia e da disciplina próprias das Forças Armadas. (...) Desse modo, como princípio de hermenêutica, somente se deveria declarar um preceito normativo conflitante com a Lei Maior se o conflito fosse evidente”. HC 119567, Relator p/ Acórdão Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 22/05/2014.

marca da estrita personalização, não havendo campo, a nosso sentir, para vedações legais frias, absolutas e apriorísticas⁵³.

Por isso, as atuais legislações penais militares de Portugal e Espanha, diversamente, não vedam de modo peremptório institutos despenalizadores como a suspensão condicional da execução de penas privativas de liberdade aos crimes militares, nem mesmo a certas espécies de crimes militares, ficando a cargo do julgador aferir, no caso concreto e balizando todas as circunstâncias particulares da individualização da pena, o cabimento ou não desses benefícios penais, atentando-se sempre para as circunstâncias adequadas e pertinentes aos valores, princípios, deveres e ao próprio ambiente castrense⁵⁴.

Infelizmente, a despeito das inúmeras inconsistências jurídico-legislativas aqui apontadas, o Projeto de Lei (PL) nº 9.432/2017 de “atualização” do CPM brasileiro, em trâmite na Câmara dos Deputados, nada altera em termos de execução de penas por crimes militares.

CONCLUSÃO

Ao final da pesquisa podemos constatar que o sistema de justiça militar é parte essencial para que seja garantida a regularidade e o pleno funcionamento operante das Forças Armadas, em quem o Estado confia a responsabilidade de guarnecer a soberania nacional, de zelar pelos poderes constituídos, de manter a segurança nacional, inclusive internamente, e com isso promover o desenvolvimento social da nação, reforçando os valores democráticos.

Influenciadas pela era de uma “sociedade de controle”, as Forças Armadas não estão restritas ao ambiente disciplinar intramuros, o que tem ensejado uma ampliação do seu papel no cenário local e internacional, na medida em que são cada mais acionadas para funções que tradicionalmente não desempenhavam.

Os sistemas penais comum e militar têm se comunicado cada vez mais, transparecendo um critério de complementariedade e realçando a especialidade deste em relação àquele.

53 Provavelmente a hipótese mais questionável de vedação do *sursis* ocorra em relação ao crime de ato de libidinagem (art. 235 do CPM) praticado pelo militar no interior do quartel (questionável, inclusive, a própria tipificação penal, sendo talvez bastante a configuração como transgressão disciplinar). Sujeitar o militar condenado à uma pena de detenção de seis a um ano, em regime integral de privação da liberdade, não nos parece atender aos ditames constitucionais já trazidos à baila. Comparativamente, o delito de homicídio culposo (art. 206 do CPM), por exemplo, ainda que decorrente do uso impróprio de armamento e com multiplicidade de vítimas, cuja pena varia de um a quatro anos, possibilita a suspensão condicional da pena se esta não ultrapassar dois anos de condenação e o agente preencher os demais requisitos subjetivos gerais.

54 Nessa linha de raciocínio, concluindo pela possibilidade de os estabelecimentos militares executarem penas privativas de liberdade em regime aberto, ver SEVERO (2018, p. 118-24).

As penas de prisão por crimes militares passam a assumir, assim como já percebido no Direito Penal comum, um caráter subsidiário, abrindo margem para penas alternativas que de melhor forma atendem às finalidades da pena.

Ademais, o regime de cumprimento de prisão por crimes militares deve ser progressivo, em homenagem à igualdade material e à individualização da pena, a favorecer a reinserção do condenado no ambiente militar (prevenção especial negativa/ressocialização).

A traduzir uma obrigação difusa⁵⁵, a par de submeter o condenado à restrição parcial da liberdade, mas sem isolamento e sem prejuízo do trabalho e da instrução militar, a pena de impedimento ou de localização permanente no quartel realça, por um lado, a participação da tropa no contributo de fiscalização do cumprimento da pena e, por outro lado, na reinserção do condenado e sua reincorporação/compreensão dos valores e deveres éticos, morais e militares que devem imperar no ambiente castrense, potencializando-os no seio da tropa.

A vedação legal apriorística do cabimento da suspensão condicional da pena a determinados crimes militares viola os postulados da isonomia, da individualização da pena e, por vezes, a depender do tipo penal, da proporcionalidade, pois inexistente circunstância constitucional de *discrímen* que justifique a proibição absoluta deste instituto para determinada categoria de delitos castrenses. A aferição das circunstâncias e pertinência da medida despenalizadora somente poderá ser concretamente realizada (para se conceder ou negar o benefício) e aplicada de fato a individualização da pena na particularidade do caso concreto, da sentença condenatória ao fim do cumprimento da pena, situação que se conflita com qualquer norma legal que proíba peremptoriamente a incidência do instituto.

As penas de multa (na forma principal ou como substitutiva) podem ter cabimento para os crimes militares, em geral melhor adequadas às infrações culposas (negligentes) para satisfação das finalidades penais, embora sua utilização prática, pelo menos em parcela da realidade brasileira, seja reduzida⁵⁶.

A pena de prestação de serviços à comunidade não se mostra pertinente na realidade de sentenciado militar, uma vez que se distancia das funções da pena, notadamente no regresso do agente ao ambiente saudável da caserna.

55 O Tribunal Constitucional Espanhol, interpretando o art. 25.2 do texto constitucional, qualifica a execução penal como verdadeira relação jurídica especial de sujeição, donde surgem direitos e deveres para ambas as partes (Estado e condenado) (MELERO, 2014, p. 321).

56 Os militares recrutas, prestadores do serviço militar obrigatório, são os únicos brasileiros que podem auferir soldo em valor inferior ao salário mínimo nacional. De acordo com a súmula vinculante nº 6 do Supremo Tribunal Federal: “Não viola a Constituição o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial”.

Constata-se que o encarceramento sem progressão e/ou para cumprimento de curtas penas privativas de liberdade, ao invés de atender às finalidades de prevenção e reintegração, reinserção no corpo armado ou social, reeducação e reabilitação, termina por isolar e privar o condenado dessas possibilidades (MELERO, 2012, p. 303), consistindo a prisão, em muitos ensejos, apenas no viés punitivo-retributivo, pouco agregando de prevenção geral, mas quase sempre falhando no objetivo de o apenado interiorizar e resgatar os valores socioculturais do ambiente (militar e/ou civil) em que ele está inserido⁵⁷. Assim, uma correta ponderação dos direitos fundamentais penitenciários, atrelada aos fins penais, justificam uma terapêutica sancionatória militar diferente da privação da liberdade.

Por fim, na análise comparada do sistema de penas das nações estudadas, verificamos que a legislação penal militar brasileira, não obstante seu caráter vanguardista à época em que editada, hoje apresenta-se defasada e disforme, carecendo de patente atualização para se alinhar com leis penais castrenses mais modernas e evoluídas, como de Portugal e Espanha, por óbvio reconhecendo e identificando suas particularidades regionais para melhor aplicabilidade e eficiência.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Bento Costa Lima Leite de. *A Justiça Militar na campanha da Itália*. Fortaleza: Imprensa Oficial, 1958.

ASSIS, Jorge César de. *Novas considerações sobre o direito à visita íntima na Justiça Militar*. 2012. Disponível em: https://jorgecesarassis.jusbrasil.com.br/artigos/121940519/novas-consideracoes-sobre-o-direito-a-visita-intima-na-justica-militar?ref=topic_feed.

ASSIS, Jorge César de; LAMAS, Cláudia Ramos. *Execução da Sentença na Justiça Militar*. Curitiba: Juruá Editora, 3ª ed., 2011.

AVENA, Norberto. *Execução Penal: esquematizado*. 1ª ed. São Paulo: Forense, 2017.

BATISTA, Manuel João de Oliveira. *Cumprimento de Ordens, Obediência Hierárquica e Disciplinar Militar Versus Perpetração (In)voluntária de Crimes*. Lisboa: Universidade Nova de Lisboa, 2014.

57 A pena afigura-se como o meio para restabelecer o princípio da harmonia, perturbado no criminoso, devendo agir no melhoramento da vontade e moralização do delinquente, buscando assim um caráter de prevenção de intimidação racional (JORDÃO, 1853, p. 309-310).

BRUNELLI, David; MAZZI, Giuseppe. *Diritto penale militare*. Milão: Giuffrè Editore, 1998.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra: Coimbra Editora, 3ª ed., 1993.

DELEUZE, Gilles. *Post-Scriptum sobre as Sociedades de Controle*. Conversações: 1972-1990. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992, p. 219-226. Tradução de Peter Pál Pelbart.

DEVESA, José Maria Rodríguez. *Algunas consideraciones sobre el Código Penal militar español de 1985*. Santiago de Compostela: Estudios Penais y Criminológicos, nº 11, 1986-1987.

DEVESA, José Maria Rodríguez. *Algunas reflexiones sobre la jurisdicción militar*. Santiago de Compostela: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo 33, 1980.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português, Parte Geral II, As consequências Jurídicas do Crime*. Lisboa: Editorial Notícias, 1993.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Justiça Militar. In Colóquio Parlamentar promovido pela Comissão de Defesa Nacional*. Lisboa: Assembleia da República, 1995.

FONTOURA, Paulo Roberto Campos Tarrisse da. *O Brasil e as operações de manutenção da paz das Nações Unidas*. Brasília: Instituto Rio Branco, 2005.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

FOUREAUX, Rodrigo. *A visita íntima em estabelecimentos prisionais militares*. 01/01/2012. Disponível em: <https://www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/3416790>.

JORDÃO, Levy Maria. *O Fundamento do Direito de Punir. Dissertação inaugural para o acto de conclusões magnas*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1853.

LECCA, Francisco Carruitero. *Los fundamentos históricos y constitucionales de la jurisdicción militar española*. Espanha: Universidad de Castilla-La Mancha, 2015.

LONZOY, Aldo Nervo Atarama. *Justicia Militar como expresión de un Estado Democrático de Derecho Constitucional y su aporte a la democracia*. Lima: El Jurista del Fuero Militar Policial: revista académica del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar, nº. 12, 2018.

LUDOVINO, António Manuel Barradas. *O Emprego das Forças Armadas na Segurança Interna em Portugal: Estudo Comparativo com Espanha*. Lisboa: Revista Militar, n° 2578, novembro de 2016. Disponível em: <https://www.revistamilitar.pt/artigo/1174>.

MELERO, Montserrat Lopéz. *Aplicación de la pena privativa de libertad como principio resocializador: la reeducación y la reinserción social de los reclusos*. Santiago de Compostela: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 2012.

MELERO, Montserrat Lopéz. *Cuestiones sobre el régimen y el tratamiento penitenciário*. Santiago de Compostela: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 2014.

MORAIS, Carlos Blanco. *Alinhamentos sobre o regime jurídico da organização e funcionamento da Defesa Nacional e das Forças Armadas*. In: MORAIS, Carlos Blanco de; MIRANDA, Jorge (coord.). *O Direito da Defesa Nacional e das Forças Armadas*. Lisboa: Cosmos, Instituto da Defesa Nacional, 2000.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Francisco da Costa. *O Direito Penal Militar: Questões de Legitimidade*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1996.

PATIÑO, Juan Victorio Serrano. *El Derecho penitenciario militar español*. Madrid: Edisofer, 2016.

PIMENTEL, Luís. *A restrição de direitos aos militares das Forças Armadas*. Lisboa: AAFDL, 2008.

RIAL, Juan. *Justicia Militar: entre la reforma y la permanencia*. Buenos Aires: Resdal, 2010.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira; RIBEIRO, Micheline Barboza Balduino. A progressão do regime nos crimes militares ante as relações especiais de sujeição. Brasília: *Revista de Jurisprudência do Superior Tribunal Militar*, 2014/2015.

ROSSETO, Enio Luiz. *Teoria e Aplicação da Pena*. São Paulo: Atlas, 2014.

SEVERO, Natascha Maldonado. *Reflexões sobre a possibilidade de Execução da Pena Privativa de Liberdade em Regime Aberto em Estabelecimento Militar*. In *Perspectivas da Justiça Militar Contemporânea*. MELLO, Fernando Pessoa da Silveira (coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SOUZA, Luiz Antônio Francisco de. Militarização da segurança pública no Brasil: respostas recentes a um problema antigo. Medellín: *Revista Forum*, Vol. 1, nº. 2, 2011.

VIEIRA, Diógenes Gomes. *Manual Prático do Militar*. Natal: Editora D & F Jurídica, 2009.