



UNIVERSIDADE ESTADUAL DE GOIÁS
CORPO DE BOMBEIROS MILITAR DO ESTADO DE GOIÁS
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM GERENCIAMENTO DE
SEGURANÇA PÚBLICA (CEGESP)
CURSO DE APERFEIÇOAMENTO DE OFICIAIS

DANILO BRASILEIRO RAMOS GALVÃO

**O DESCOMPASSO ENTRE A LEI PENAL MILITAR E A LEGISLAÇÃO
DE PROTEÇÃO À MULHER NOS CASOS DE VIOLÊNCIA
DOMÉSTICA E FAMILIAR**

GOIÂNIA - GO
2015

DANILO BRASILEIRO RAMOS GALVÃO

**O DESCOMPASSO ENTRE A LEI PENAL MILITAR E A LEGISLAÇÃO
DE PROTEÇÃO À MULHER NOS CASOS DE VIOLÊNCIA
DOMÉSTICA E FAMILIAR**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito final para a conclusão do Curso de Especialização (*Lato Sensu*) em Gerenciamento de Segurança Pública, da Universidade Estadual de Goiás, ministrado em parceria com o Corpo de Bombeiros Militar do Estado de Goiás.

Orientadora: Profa. Ms. Mayra Caiado Paranhos

GOIÂNIA - GO

2015

RESUMO

A existência de regras especiais de índole penal aplicáveis na seara militar, distintas daquelas que disciplinam o direito penal comum é, por um lado, imprescindível, dadas as peculiaridades do ambiente da caserna, particularmente no que tange às questões de disciplina e hierarquia militares. De outro lado, contudo, tal distinção de regramentos acaba por gerar situações conflituosas na prática, suscitando dúvidas tanto quanto a aspectos procedimentais, quanto à aplicação do direito material em si. As situações de violência contra a mulher no ambiente doméstico, quando tanto ela quanto seu esposo ou companheiro são militares, nos fornece um excelente exemplo do mencionado conflito entre a legislação penal comum e a militar, notadamente quanto à possibilidade de aplicação da lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) e do Feminicídio a tais casos. A omissão do legislador e a ausência de posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto até o momento, dão ensejo a uma infinidade de questionamentos tais como: de quem seria a competência para investigar, processar e julgar os referidos crimes, bem como se as medidas legais protetivas à mulher seriam aplicáveis nesses casos. Esses aspectos serão apresentados e discutidos no presente artigo.

Palavras-Chaves: Direito Penal, Direito Penal Militar, Conflito de Competência, Violência Doméstica, Medidas Protetivas.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, sensível ao fato de que o espaço das mulheres na sociedade era mais limitado que o dos homens, trouxe dispositivos que disciplinaram medidas protetivas às mesmas. Além disso, igualou homem e mulher quanto ao exercício dos direitos e deveres referentes à sociedade conjugal, e se comprometeu a coibir a violência no âmbito das relações familiares (art. 226).

Na seara penal, especificamente, também houve certa evolução da legislação no sentido de reforçar tais mandamentos constitucionais, a exemplo da lei nº 11.340 de 2006, popularmente conhecida como “Lei Maria da Penha” e da lei nº 13.104 de 2015, recentemente sancionada, que tipificou a qualificadora do feminicídio.

Ocorre que a persecução penal no Brasil vai além das vias comuns das Justiças Federal e Estadual, pois tem curso também na Justiça Militar da União e na Justiça Militar do Estados.

Em que pese a clara previsão constitucional, e ainda o fato de ser a Justiça Militar o primeiro órgão jurisdicional criado no país, muitas vezes o Direito Penal Militar e o Direito Processual Penal Militar parecem ser deixados em segundo plano pela doutrina, tribunais e pelo próprio legislador. Assim, surgem os conflitos de competência e os consequentes problemas de ordem teórica e prática.

Neste sentido, verifica-se que, no tocante às leis de proteção à mulher contra a violência doméstica e familiar, não houve qualquer iniciativa, por parte do legislador, de atualizar o Código Penal Militar para esta nova demanda, ou sequer de criar dispositivos, na legislação comum, que façam qualquer referência à aplicação de tal legislação de proteção à mulher nas Justiças Militares.

Deste modo, nos casos de violência contra a mulher em que, devido às circunstâncias, o fato toma contornos de crime militar, surge uma situação em que a mulher militar estaria desamparada pela legislação criada para coibir este tipo de violência.

O presente trabalho busca esclarecer a posição da doutrina e dos tribunais acerca do assunto, bem como destacar situações controvertidas de ordem prática acerca do tema, visto que a polêmica em relação ao tema está presente na realidade não só dos tribunais, mas também no cotidiano dos quartéis em todo o país.

1 O DIREITO PENAL MILITAR

Os crimes e as penas militares estão presentes no ambiente da caserna desde a idade antiga, e estão, naturalmente, atreladas à natureza das atividades e ao modo de vida peculiar dos militares.

Retrocedendo na história, observamos que desde o Egito Antigo, por exemplo, havia penas de natureza militar, como a *fustigação* ou *bastonada*, e ainda a pena de morte para os desertores, sendo que neste caso a sanção era aplicada, inclusive, aos familiares do militar. Aos espiões, era aplicada a pena de arrancar a língua. Em Roma, existiam, dentre outras, as penas de decapitação, fustigação, de trabalhos forçados e mudança ou perda de estado (*capitis diminutio*). Aos desertores, eram aplicados o enforcamento, a tortura e o lançamento às feras (ASSIS, 2008, p. 16-17).

No Brasil, foram utilizados os Artigos de Guerra do Conde de Lippe, de 1763 e, posteriormente, o Código Penal para a Armada, de 1891, que vigorou até 1944, quando foi substituído pelo Código Penal Militar. Atualmente, está em vigor no país o Código Penal Militar de 1969 (Decreto-lei Nº 1.001, de 21 de outubro de 1969). (LOBÃO, 2006, p. 50).

Dadas as peculiaridades da atividade militar, depreende-se a necessidade de aplicação de um regramento específico a essa seara, justificando a existência de um ramo do direito a ela especialmente destinado, onde se insere o direito penal militar, que não se confunde com o direito penal dito “comum”, uma vez que este tem aplicação geral. Cumpre-nos, pois, diferenciar de forma mais detida o direito penal comum do militar.

A doutrina divide o direito penal em comum e especial. O direito penal comum, amplamente utilizado no cotidiano, tem aplicação a todos os cidadãos. Já o direito penal especial incide a uma classe de cidadãos, de acordo com sua particular qualidade (JESUS, 2003, v. 1, p. 8).

O critério para essa diversificação está no órgão encarregado de aplicar o direito objetivo. (...) Este é o melhor critério para uma distinção precisa, pelo menos no que tange ao direito penal: se a norma objetiva se aplica por meio de órgãos especiais constitucionalmente previstos, tal *norma agendi* tem caráter especial; se a sua aplicação não demanda jurisdições próprias, mas se realiza pela justiça comum, sua classificação será a de norma penal comum. (...) No Brasil, o Direito Penal militar pode ser indicado como Direito Penal especial, pois a sua aplicação se realiza por meio da justiça penal militar. (JESUS, 2003, v. 1, p. 8-9).

Esmeraldino Bandeira (1919 apud LOBÃO, 2006, p. 46), ao tratar do Direito Penal Militar, cita Ruy Barbosa, ensinando que

precisar a disposição, em que há de se averbar um delito, é declarar o Código, comum ou militar, por onde se julgará. E declarar o código é determinar o foro; porquanto nem lei militar se executa na jurisdição ordinária, nem lei ordinária na jurisdição militar.

Para Miguel e Cruz (2011, p. 1), o Direito Penal Militar

é um ramo do Direito Penal, especial, criado não com a finalidade de definir crimes para militares, mas sim de criar regras jurídicas destinadas à proteção das instituições militares e o cumprimento de seus objetivos constitucionais. Essa especialização se justifica na medida em que entendemos que a sociedade civil tem como base a liberdade, enquanto as instituições militares se fundam na hierarquia e na disciplina, seus princípios basilares.

Temos, pois, que em razão da necessidade de proteção das instituições militares, por meio da manutenção da hierarquia e da disciplina, bem como do respeito aos demais valores inerentes a tais forças ou corporações militares é que se justifica a existência de legislação e órgãos jurisdicionais específicos.

2 A JUSTIÇA MILITAR NO BRASIL

A justiça militar brasileira foi criada em 1º de abril de 1808, por meio do Alvará com força de Lei assinado pelo Príncipe-Regente D. João. Na ocasião, foi denominada de *Conselho Supremo Militar e de Justiça*.

Durante o período do Império e no início da República, foi presidido pelos governantes D. João VI, D. Pedro I, D. Pedro II, Marechal Deodoro e Marechal Floriano. Em 1893, passou a ser denominado *Supremo Tribunal Militar*.

Com a Constituição de 1946, recebeu o atual nome de *Superior Tribunal Militar*. Com mais de duzentos anos, é o mais antigo tribunal superior do país. (MIGUEL; COLDIBELLI, 2011, p. 1-2).

Atualmente, coexistem no país a Justiça Militar da União e as Justiças Militares estaduais, conforme a previsão constante nos artigos 122 e 125, §3º da CF.

As citadas justiças militares têm competência criminal restrita aos crimes militares, de acordo com o regramento previsto nos artigos 124 e 125, §4º da Constituição Federal. O primeiro, tratando da Justiça Militar da União, define que “à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei”. Já o

segundo, em sua primeira parte, traz que “competete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei”. (LIMA, 2012, p. 467-468).

Assim, temos que a competência da Justiça Militar – seja da União ou dos Estados – é estabelecida de acordo com a ocorrência ou não de crime militar. Deste modo, a definição do órgão competente deve ser precedida da análise do fato concreto e de suas circunstâncias, à luz do Código Penal Militar, quando então se verifica se houve crime militar ou não.

Tal análise, por vezes complexa, leva em consideração diversos critérios fáticos definidos no Artigo 9º do Código Castrense, razão pela qual a doutrina estabeleceu a conceituação de crime militar por diversos modos, a saber: *ratione materiae*, *ratione personae*, *ratione temporis* e *ratione legis*.

Em que pese histórica e aprofundada discussão da doutrina acerca de tal conceituação, Assis (2012, p. 44-45) nos traz uma esclarecedora explicação sobre o assunto:

O critério *ratione materiae* exige que “se verifique a dupla qualidade militar – no ato e no agente”. (...) O critério *ratione loci* leva em conta o lugar do crime, bastando, portanto, que o delito ocorra em lugar sob administração militar. São delitos militares, *ratione temporis* os praticados em determinada época, como, por exemplo, os ocorridos em tempo de guerra ou durante o período de manobras ou exercícios. Daí, conforme já concluímos anteriormente (1992: 58/59), **a classificação do crime em militar se faz pelo critério *ratione legis*, ou seja, é crime militar aquele que o Código Penal Militar diz que é, ou melhor, enumera em seu art. 9º.** (grifo nosso)

No entanto, apesar das hipóteses de ocorrência de crime militar serem bem definidas pelo Código Penal Militar, não são raros os conflitos de competência entre a Justiça comum e a Justiça Militar. Muitas vezes, o problema surge com a omissão do legislador em compatibilizar a legislação penal comum – em constante criação e modificação – com os institutos do Código Penal Militar, considerando que este último em quase nada foi modificado desde 1º de janeiro de 1970, quando entrou em vigor.

3 DOS CRIMES DE GÊNERO

A denominação *crimes de gênero* é utilizada para identificar aqueles delitos que são motivados por questões relacionadas ao gênero da vítima, ou seja, pelo fato de ser ela mulher, com as implicações sociais e culturais associadas a tal fato.

A história mostra que desde os tempos mais longínquos têm sido atribuídos às mulheres papéis sociais que denotam sua submissão ao homem. Desde o século passado muitos estigmas vêm sendo quebrados e as mulheres cada vez mais conquistam sua emancipação do estereótipo de *sexo frágil*.

Infelizmente, porém, apesar dos inegáveis avanços que a sociedade vem experimentando nesse sentido, não se pode olvidar que a mulher ainda é alvo de agressões normalmente ocorridas no ambiente doméstico e relacionadas a um sentimento de posse por parte de seus maridos, companheiros, namorados, pais; bem como à necessidade de que elas desempenhem determinados papéis socialmente esperados: ser mãe e esposa, com todas as obrigações que isso traz.

Diversos autores relacionam a concepção predominante na sociedade quanto aos papéis que devem ser desempenhados pelo homem e pela mulher à teoria do patriarcado, que estabelece uma forma de organização social e cultural fundamentada na dominação masculina sobre o gênero feminino (SILVA JÚNIOR, 2006). Izumino (2003, p. 79) estabeleceu que

O conceito de patriarcado, tomado como origem da dominação dos homens e da sujeição das mulheres tem sido utilizado em grande parte dos estudos a respeito da violência contra a mulher. Nem sempre o conceito está formulado explicitamente, mas existem referências claras sobre o entendimento de que a violência resulta da dominação masculina como um direito assegurado pela ordem social masculina.

Na seara penal, como principais instrumentos destinados a coibir os crimes de gênero, podemos citar a lei nº 11.340 de 2006, popularmente conhecida como “lei Maria da Penha” e a lei nº 13.104 de 2015, recentemente sancionada, que tipificou o crime de feminicídio. A seguir, trataremos dos principais dispositivos desses dois diplomas legais.

3.1 Lei Maria da Penha

A lei nº 11.340/2006 ganhou o nome de lei Maria da Penha em referência a Maria da Penha Maia Fernandes, que sofreu por duas vezes tentativa de assassinato por parte de seu então marido no ano de 1983. Após mais de uma década de trâmite processual, sem que o agressor tivesse sido punido pelos crimes, a vítima denunciou o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos OEA. O Brasil foi condenado e obrigado a cumprir recomendações, dentre as quais a de criar legislação para prevenção e proteção da mulher em situação de violência doméstica e a punição do agressor, que teve como fruto a lei em comento (INSTITUTO MARIA DA PENHA, 2015).

A lei em análise, nos termos de seu art. 1º, teve como foco a criação de mecanismos de coerção de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como estabeleceu medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

A definição de violência doméstica foi consignada no art. 5º do texto legal:

Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Não se limitou, portanto, a tratar da agressão física, abrangendo as de ordem psicológica, sexual e patrimonial. Ademais, englobou também situações de agressão por ex-maridos, ex-companheiros e ex-namorados no inciso III.

Observe-se, contudo, que não é qualquer agressão perpetrada contra a mulher que será alvo da lei Maria da Penha, mas somente aquela que seja levada a efeito em razão do gênero.

Quanto às formas de violência abarcadas pela lei nº 11.340/2006, foram elas as mais variadas: física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. Além destas,

expressamente previstas nos incisos I a V do art. 7º, o *caput*, trouxe cláusula aberta, ao estabelecer que são formas de violência contra a mulher as especificadas nos incisos, “entre outras”. Ou seja, nada impede que no caso concreto o magistrado aplique a lei ora estudada frente a algum outro tipo de violência contra a mulher não expressamente previsto.

A lei em análise estabeleceu, ainda, uma série medidas de prevenção e de assistência às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. Além disso, disciplina as providências que devem ser adotadas pela autoridade policial ao atender essas mulheres, no sentido de conferir-lhes a proteção necessária, encaminhando-as a hospital ou a abrigo quando for o caso, bem como remetendo ao juiz em um prazo de 48h expediente apartado com pedido da ofendida para concessão de medidas protetivas de urgência.

Apesar de não ter inaugurado nenhum tipo penal no ordenamento, a lei nº 11.340/2006 trouxe uma série de inovações de índole processual, como a vedação à aplicação, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, de penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa; a possibilidade de concessão de medidas protetivas de imediato, inclusive de ofício pelo juiz.

A lei Maria da Penha dispôs ainda sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, estabelecendo que enquanto estes não forem estruturados, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher. Em seu último dispositivo, determinou a inaplicabilidade da lei 9.099/95 aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, de modo que os agressores não poderão se beneficiar de seus institutos despenalizadores.

Após sua publicação, a lei 11.340/2006 teve a análise de sua constitucionalidade questionada por meio da ADI 4424/DF e da ADC 19/DF. Ao decidir a ADC 19/DF, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se pela constitucionalidade da lei, tendo em vista que o tratamento diferenciado dado à mulher teria cunho de promover igualdade material, em consonância com os preceitos constitucionais.

No julgamento da ADI 4424/DF, por sua vez, o Plenário do STF considerou procedente o pedido do Procurador Geral da República, dando interpretação

conforme a Constituição aos arts. 12, I e 16 (que tratam respectivamente da representação da ofendida e da possibilidade de renúncia desta nas ações penais públicas condicionadas a representação), determinando que a natureza da ação penal será pública incondicionada em caso de crime de lesão, pouco importando a extensão desta, praticado contra a mulher no ambiente doméstico.

No que se refere ao direito penal material, a lei Maria da Penha incluiu dentre as circunstâncias agravantes previstas na parte geral do Código Penal (CP) o cometimento de crime “com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, ou com violência contra a mulher na forma da lei específica”. Na parte especial do CP, alterou a pena da lesão corporal resultante de violência doméstica, que era de 6 meses a 1 ano, para de 3 meses a 3 anos.

3.2 Feminicídio

O feminicídio foi inserido no Código Penal pela lei 13.104/2015. Não se trata exatamente de um tipo penal novo, mas sim de figura qualificada do crime de homicídio. Foi acrescido o inciso VI no art. 121, §2º, consignando que o homicídio será qualificado quando “cometido contra a mulher por razões da condição de sexo feminino”.

A mesma lei tratou de inserir o §2º-A, que explica que haverá razões de condição do sexo feminino quando o crime envolver: (I) violência doméstica e familiar, remetendo à previamente analisada lei 11.340/2006; (II) menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Extrapola, portanto o ambiente doméstico e familiar, envolvendo relações afetivas, como previsto na lei Maria da Penha. Obviamente, esta só terá incidência nos casos de feminicídio envolvendo o inciso I.

Sanches (2015), critica a inclusão do §2º-A, sob a alegação de que o mesmo, além de ser inútil, causa confusão, tendo em vista que:

Feminicídio, comportamento objeto da Lei em comento, pressupõe violência baseada no gênero, agressões que tenham como motivação a opressão à mulher. É imprescindível que a conduta do agente esteja motivada pelo menosprezo ou discriminação à condição de mulher da vítima. A previsão deste (infeliz) parágrafo, além de repisar pressuposto inerente ao delito, fomenta a confusão entre feminicídio e feticídio. Matar mulher, na unidade doméstica e familiar (ou em qualquer ambiente ou relação), sem menosprezo ou discriminação à condição de mulher é FEMICÍDIO. Se a

conduta do agente é movida pelo menosprezo ou discriminação à condição de mulher, aí sim temos FEMINICÍDIO.

De fato, é forçoso concordar que o citado parágrafo era absolutamente dispensável.

No que se refere ao sujeito passivo, Bianchini e Gomes (2015) ensinam que será única e exclusivamente a mulher, não se admitindo analogia contra o réu. A orientação sexual da vítima, contudo, não interfere na tipificação do crime. Quanto à possibilidade de se admitir o transexual, a doutrina se divide. Uma corrente mais conservadora entende que, a genética é o que define se a pessoa é homem ou mulher, logo o transexual não pode ser vítima de feminicídio. Já outra corrente doutrinária mais moderna admite que o transexual que passou por cirurgia de adequação de sexo seja encarado como mulher, inclusive porque a jurisprudência admite a retificação de seu registro civil (SANCHES, 2015).

O sujeito ativo, por sua vez, pode ser tanto o homem quanto a mulher, desde que cometa o crime por “razões da condição do sexo feminino”.

Deve-se alertar ainda para o fato de que “a comprovação de uma violência de gênero exige prova inequívoca. Havendo dúvida, *in dubio pro reo*” (BIANCHINI; GOMES, 2015). Tal conclusão encontra amparo no fato de que a violência de gênero é elementar do feminicídio, logo, ausente esta, afastada fica essa forma qualificada do crime de homicídio.

A lei 13.104/2015 incluiu ainda um parágrafo adicional (§7º) ao art. 121, prevendo causas de aumento de pena para o feminicídio:

§ 7º A pena do feminicídio é aumentada de 1/3 (um terço) até a metade se o crime for praticado:

I - durante a gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto;

II - contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência;

III - na presença de descendente ou de ascendente da vítima.

A primeira causa de aumento de pena relaciona-se ao fato de que durante o período da gestação e nos meses imediatamente subsequentes ao parto, a mulher encontra-se numa situação de maior fragilidade. Além disso, sua morte afetará diretamente a vida do bebê em gestação ou recém-nascido. Bianchini e Gomes (2015) esclarecem que o período de três meses após a gestação se fundamenta na opinião de especialistas de que após esse período a criança estaria preparada para o desmame.

A segunda causa de aumento de pena, prevista no inciso II, quando a vítima for menor de 14 anos, maior de 60 anos ou deficiente, também se alicerça na maior vulnerabilidade dessas pessoas.

No que se refere à terceira causa de aumento de pena, entendem Sanches (2015) e Bianchini e Gomes (2015) que não é necessário que o descendente ou ascendente esteja fisicamente presente no local do crime, podendo ser aplicada, por exemplo, se o filho da vítima presencia seu assassinato através da *webcam* do computador.

Em todo caso, para que incida qualquer das causas de aumento de pena se faz necessário que o agressor tenha conhecimento da situação justificadora do aumento. Caso contrário, sua aplicação fica afastada.

Além das alterações levadas a efeito no Código Penal, a lei em comento incluiu o feminicídio no rol de crimes hediondos, gerando reflexos quanto à inadmissibilidade de fiança, bem como de anistia, graça ou indulto; e quanto aos prazos da prisão temporária, do livramento condicional e da progressão de regime.

Por fim, cumpre examinar se a qualificadora correspondente ao feminicídio é de natureza objetiva ou subjetiva. As qualificadoras de natureza objetiva dizem respeito aos meios e modo de execução do crime, ao passo que as de natureza subjetiva relacionam-se a uma motivação especial que impeliu o agente a cometer o ilícito. Assim, temos que a qualificadora de feminicídio é nitidamente de índole subjetiva, pois o que leva o agressor a praticar o homicídio são questões relacionadas ao fato de a vítima ser mulher (e de como esse agente encara a condição feminina de forma inferior).

Diante disso, fica afastada a possibilidade de que esta qualificadora, subjetiva que é, coexista com uma das formas privilegiadas do homicídio, conforme consolidado entendimento jurisprudencial e majoritário posicionamento doutrinário (GRECO, 2011, p. 269-270). Assim, “reconhecendo o Conselho de Sentença a forma privilegiada do crime, fica afastada, automaticamente, a tese do feminicídio” (SANCHES, 2015).

4 O CONFLITO DE COMPETÊNCIA

4.1 As hipóteses de ocorrência de Crime Militar à luz do CPM

Antes de um fato delituoso ser atraído pela Justiça Militar ou pela Justiça Comum, é necessário que se defina se tal conduta é crime militar ou não. Para isto, é fundamental a observância do artigo 9º do Código Penal Militar (CPM), que define as circunstâncias que caracterizam a ocorrência do delito castrense¹.

Temos, em resumo, que o art. 9º determina o seguinte: se a conduta descrita na parte especial do Código Penal Militar não existir na legislação comum, ou for definida de modo diferente, conclui-se que a hipótese é de crime militar. É o que se extrai do inciso I do dispositivo em análise.

Assim, o crime de deserção (tipificado no art. 187 do CPM), por exemplo, está previsto apenas no Código Penal Militar, e em nenhuma outra legislação penal. Não há, pois, qualquer dúvida que esta infração é militar e, conseqüentemente, de competência da Justiça Militar.

O inciso II do mesmo artigo apresenta a hipótese que mais traz controvérsia ao estudo do direito Direito Penal Militar. Trata dos casos em que a conduta delituosa tem igual definição tanto no Código Penal Militar como no Código Penal Comum ou legislação esparsa.

Assim, estando a conduta duplamente descrita em abstrato, a solução utilizada para saber se estará ou não caracterizado crime militar é posta pelas alíneas no próprio inciso II, o qual estabelece as circunstâncias que, ocorridas no

¹ O referido artigo preceitua o seguinte:

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;

(...)

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:

(...)

Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil serão da competência da justiça comum, salvo quando praticados no contexto de ação militar realizada na forma do art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica.

caso concreto, atrairão a competência da Justiça Militar. Melhor dizendo: dependerá de fatores como o sujeito ativo, a vítima, o lugar do crime, entre outros.

Já o inciso III trata da ocorrência de crime praticado por militar da reserva, reformado ou por civil contra as instituições militares.

Nos interessa aqui, porém, a hipótese constante da alínea “a” do inciso II do artigo 9º do CPM, que caracteriza como crime militar aquele praticado por militar em situação de atividade contra militar na mesma situação.

Cumprе esclarecer que o termo “militar em situação de atividade” diz respeito ao militar da ativa – em oposição ao militar da reserva ou reformado – e não à situação em que o militar está “em serviço”, cenário este contemplado pela alínea “c” do mesmo inciso.

Neste sentido, Miguel e Cruz (2011, p. 36) asseveram:

O militar da ativa pode estar de férias, de folga, de licença, à paisana, que não perderá aquela condição. (...) Sempre que um militar da ativa praticar um delito contra outro militar da ativa, o crime será considerado militar. Não importa que um desconheça a condição de militar do outro, pois a lei assim não exige (...).

Ou seja, se um militar da ativa praticar, contra outro militar da ativa, uma conduta que está tipificada tanto na legislação comum quanto no Código Penal Militar, o crime será militar.

4.2 A legislação de proteção à mulher e o Código Penal Militar

A partir do surgimento e evolução da legislação penal que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, a exemplo da Lei Maria da Penha (lei 11.340/06) e da Lei 13.104/15, que prevê o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, bem como inclui tal qualificadora no rol dos crimes hediondos, surgiu a dúvida quanto à aplicação de tais institutos quando o agressor e a vítima são militares.

De acordo com o Código Castrense, se um militar da ativa comete uma lesão corporal, por exemplo, contra a sua esposa, também militar da ativa, a infração será caracterizada como crime militar, em decorrência do disposto no seu art. 9º, II, “a”. O agressor estaria, dessa forma, incurso no art. 209 do Código Penal Militar. Em uma análise objetiva, voltada aos exatos termos da lei, não há qualquer dúvida quanto a isso.

Deste modo, conclui-se que a própria lei define que é crime militar o delito praticado em situação de violência doméstica ou familiar praticada pelo militar contra cônjuge ou companheira também militar.

Questiona-se, no entanto, a exclusão da mulher militar do amparo das leis de proteção à mulher, e ainda a suposta interferência da Justiça Militar na intimidade do casal e da família.

Para Lobão (2006, p.121-122),

Com a incorporação de mulheres às Forças Armadas, à Polícia Militar e ao Corpo de Bombeiros Militares, surge o problema relativo à competência da Justiça Militar para conhecer do delito cometido por um cônjuge ou companheiro contra outro. Se a ocorrência diz respeito à vida em comum, permanecendo nos limites da relação conjugal ou de companheiros, sem reflexos na disciplina e na hierarquia militar, permanecerá no âmbito da jurisdição comum. Tem pertinência com a matéria a decisão da Corte Suprema, segundo a qual a administração militar 'não interfere na privacidade do lar conjugal, máxime no relacionamento do casal'. É questão a ser decidida pelo juiz diante do fato concreto.

Alves-Marreiros (2013), por sua vez, entende

que os crimes militares praticados por um militar contra outro, sendo eles cônjuges, companheiros ou em uma das situações previstas na Lei Maria da Penha não deixam de ser crimes militares, valendo ressaltar, como dissemos antes que os crimes que envolvem, em seu tipo, as qualidades de superior e inferior, só se tipificarão se praticados em serviço vez que, em outra situação, aplica-se plenamente o disposto no artigo 226, 5º da CF.

Em contrapartida, Freua (2007) defende que deve-se levar em consideração que no caso de violência doméstica envolvendo casal de militares, a mulher militar é tão merecedora de proteção como qualquer outra mulher, “pois o status de militar não lhe retira a qualidade de mulher”, sendo perfeitamente concebível a aplicação da Lei Maria da Penha, pois sua não incidência, poderia resultar em “uma inconstitucionalidade gritante, já que a mulher militar estaria sendo segregada por um entendimento jurídico limitador de direitos conquistados ao longo do tempo em prol da entidade familiar e da sociedade como um todo”.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal (STF) proferiu decisão no sentido de não afastar a competência da Justiça Militar num caso envolvendo crime de ameaça praticado por um sargento do Exército contra sua esposa, também sargento. A Primeira Turma do STF, decidindo por unanimidade, acatou argumento exarado no acórdão proferido pelo Superior Tribunal Militar, segundo o qual os

acontecimentos tiveram implicações no ambiente da caserna, aplicando-se, pois, o art. 9º, inciso II, alínea “a” do CPM.

De outra parte, deve-se atentar para as implicações decorrentes de uma eventual subtração da competência da Justiça Militar diante de fatos envolvendo o casal de militares, pois, considerando as particularidades da vida militar, problemas desta natureza certamente trazem grandes repercussões relativas à hierarquia e à disciplina, o que pode trazer prejuízos à disciplina de um quartel, por exemplo, extrapolando os limites da intimidade do casal.

Nesses casos, não parece razoável que o Comandante da Unidade ou qualquer outra autoridade militar tenha que ficar alheia ao problema, pois mesmo a situação sendo de causa pessoal, os seus reflexos certamente irão aparecer no cotidiano da vida profissional.

Há de se levar em conta ainda que, em razão da natureza da atividade militar, o fato delituoso pode ocorrer em circunstâncias extremamente especiais que exijam a imediata intervenção da autoridade militar, como por exemplo em um Batalhão de fronteira isolado, um local ermo onde esteja ocorrendo uma manobra ou acampamento, em um navio ou aeronave de guerra, ou ainda em território estrangeiro.

Em casos como esses, além da imediata intervenção ser necessária para a manutenção da ordem, a atuação da autoridade policial civil seria bastante difícil ou, por que não dizer, impossível.

Quanto à hipótese de ocorrência do fato em território estrangeiro, é importante notar que desponta mais uma diferença bastante significativa ao se decidir pela aplicação do Código Penal Militar ou da legislação comum, pois o diploma castrense tem como regra, de acordo com o seu artigo 7º, a territorialidade e a extraterritorialidade, ao contrário do Código Penal Comum, que tem a extraterritorialidade como norma excepcional.

Daí, surgiria uma inusitada situação, em que a mulher militar estaria mais protegida pela norma penal militar do que pela legislação comum, já que esta última só se aplica ao fato praticado no estrangeiro que atenda às condições previstas nos excepcionais casos de extraterritorialidade do Código Penal Comum.

Tais problemas demonstram que a questão não se resume aos conflitos nos Tribunais Superiores. O que ocorre, na prática, é que as indefinições e divergências surgem muito antes da fase processual penal – militar ou não – propriamente dita.

A controvérsia pode surgir, inclusive, no momento do crime, pois em caso de flagrante delito fica a dúvida quanto à competência da Polícia Judiciária Militar ou da Polícia Civil – que conta com delegacias especializadas – para a lavratura do Auto de Prisão. Estaria a autoridade de Polícia Judiciária Militar se omitindo ao tomar conhecimento do fato – que, em tese, é crime militar, de acordo com o Art. 9º do CPM – e não agir de acordo com o que determina o Código de Processo Penal Militar?

Há ainda a hipótese da *notitia criminis* chegar à autoridade de Polícia Judiciária Militar e também à Autoridade Policial Civil. Desta forma, será instaurado um Inquérito Policial Militar e, ao mesmo tempo, um Inquérito Policial junto à autoridade civil, pois esta última, naturalmente, irá tomar as providências cabíveis, como se uma situação comum fosse.

O andamento dos dois inquéritos ao mesmo tempo pode resultar, logicamente, em dois processos penais, fazendo com que o agente passe a ser réu na Justiça comum e na Justiça Militar por um único fato. Além disso, surgiriam desdobramentos incongruentes, como por exemplo a condenação ou absolvição em uma Justiça antes de qualquer provocação referente a conflito de competência. Neste caso, haveria coisa julgada independentemente de ser a pena de um código mais severa que a do outro, ou ainda se for considerada a possibilidade de futura absolvição no processo que ainda está em andamento?

O próprio conflito de competência, no direito penal militar, pode ser mais complexo do que nos demais casos do cotidiano da justiça brasileira, pois, além do problema central entre a justiça comum e a justiça militar, esta última pode ser a Justiça Militar da União ou Justiça Militar estadual, e ainda há estados onde há um Tribunal de Justiça Militar, além do Tribunal de Justiça Comum.

Outra fundamental questão diz respeito à diferença da pena em abstrato para a mesma conduta nos diferentes códigos. O crime de feminicídio, por exemplo, além qualificar o homicídio, cominando uma pena de doze a trinta anos de reclusão, prevê três causas de aumento de pena, de um terço até a metade, e ainda dá ao fato a qualidade de crime hediondo.

Em caso de homicídio praticado por militar contra a cônjuge ou companheira também militar em situação de violência doméstica e familiar, e sendo o fato considerado crime militar, o agente seria beneficiado, pois a pena máxima a que se submeteria seria aquela correspondente ao homicídio qualificado pelo motivo fútil.

A Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha (2015 apud OLIVEIRA, 2015), ex-Presidente do Superior Tribunal Militar, no dia dezoito de março de dois mil e quinze, argumentou na Câmara dos Deputados que há um

contorcionismo jurídico que compromete o senso de Direito e de justiça (...) Nós estamos realmente incomodados e preocupados com essa defasagem temporal. Somos uma justiça especializada com uma lei especial, mas, até por uma questão de proporcionalidade e razoabilidade, temos pinçado, *à la carte*, determinados dispositivos do Código Penal comum porque, senão, a injustiça seria muito grande. (...) Portanto, por exemplo, a lei feminicídio; a lei dos crimes hediondos; a lei dos crimes ambientais, que podem ser cometidos, eventualmente, por militares; a lei da pedofilia; a lei do estupro, que é tão relevante e que hoje não contempla mais somente as mulheres nem o ato da mera conjunção carnal, tendo um escopo muito maior: nada disso pode ser aplicado dentro da nossa justiça especializada, que pune com muito menor rigor e muito mais abrandamento crimes que hoje ofendem tanto a sociedade.

Não bastasse a carência legislativa, a polêmica é agravada ainda pela falta de uniformidade na jurisprudência pátria no que tange ao Direito Penal Militar. Não podia ser diferente: casos idênticos tramitam ao mesmo tempo na Justiça Militar da União e na Justiças Militares dos estados, e assim chegam ao Superior Tribunal Militar e ao Superior Tribunal de Justiça; tribunais estes que, talvez devido às suas composições (o primeiro, formado por dois terços de Generais de último posto, e o segundo naturalmente apenas por civis), não raras vezes apresentam entendimentos completamente opostos.

Diante de tantos problemas de ordem teórica e prática, Lima (2012, p. 507) apresenta entendimento bastante coerente para o caso da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06):

A nosso juízo, trata-se de crime da competência da Justiça Militar, porquanto cometido por militar da ativa contra militar da ativa (CPM, art. 9º, inc. II, 'a)'). Isso, todavia não impede que a Justiça Militar aplique ao caso concreto as medidas protetivas de urgência estabelecidas pela Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06), haja vista a possibilidade de utilização do poder geral de cautela do processo penal (CPC, art. 798, c/c art. 3º do CPPM).²

² O art. 798 do Código de Processo Civil (CPC) e o art. 3º do Código de Processo Penal Militar (CPPM) têm, respectivamente, os seguintes textos:

Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Art. 3º: Os casos omissos neste Código serão supridos:

- a) pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar;
- b) pela jurisprudência;
- c) pelos usos e costumes militares;
- d) pelos princípios gerais de Direito;
- e) pela analogia.

A solução apontada pelo autor resolve os dois aspectos do problema, pois, ao conservar a característica de crime militar, encerra os diversos questionamentos ligados à disciplina militar e também aqueles relacionados à responsabilidade para a lavratura de auto de prisão em flagrante ou instauração de Inquérito Policial Militar. Ao mesmo tempo, ao aplicar as medidas protetivas da lei Maria da Penha, garante também à mulher militar as conquistas da moderna legislação penal.

Em relação ao recém-criado feminicídio, observa-se que a lei que o criou poderia ter alterado também o art. 205 do Código Penal Militar, da mesma forma que modificou o art. 121 do Código Penal e o art. 1º da Lei nº 8.072/90, para o incluir no rol dos crimes hediondos. Poderia, ainda, ter alterado o art. 9º do CPM para excluir esta hipótese da competência da Justiça Militar, do mesmo modo que excluiu o crime doloso contra a vida de civil por meio do parágrafo único do citado artigo no ano de 1996. Mais uma vez o legislador perdeu a oportunidade de harmonizar a legislação comum com o ordenamento penal militar.

CONCLUSÃO

É incontroverso que prática de atos de agressão de um militar da ativa contra outro militar da ativa configura crime militar. O problema surge quando esses dois militares são um casal e a agressão configura violência doméstica ou quando há homicídio (ou sua tentativa) motivado por questões de gênero.

Nas situações apontadas acima, doutrina e jurisprudência não chegaram ainda a um consenso se o caso deve ser tratado como crime militar (e, portanto, investigado, processado e julgado perante a Justiça Militar), ou se deve ser tratado como crime comum (sendo investigado, processado e julgado perante a Justiça comum), a fim de que sejam aplicadas as medidas de proteção à mulher consagradas na lei Maria da Penha, bem como permitindo a incidência da punição mais severa nos casos de feminicídio.

A controvérsia surgida nestes casos são bastante prejudiciais à administração militar, aos órgãos jurisdicionais e, principalmente, às vítimas. Ela parece ter a principal origem na omissão do legislador, que deixa de adequar o Código Penal Militar à nova realidade social, ou no mínimo, de criar dispositivos na legislação comum que façam referência ao tratamento que deve ser dado àqueles casos que

tenham os contornos de crime militar. Agravando a situação, também não há, ainda, posicionamento definitivo do Supremo Tribunal Federal.

Por tudo isso, permanecem as dúvidas quanto a aspectos doutrinários e práticos, que transitam desde o momento do fato delituoso até a declaração da coisa julgada, atentando contra a segurança jurídica das partes, a disciplina militar e a tão almejada economia processual no âmbito dos tribunais, já que não raras vezes o mesmo fato pode ser apurado e julgado paralelamente pelas Justiças comum e Militar.

A fim de contornar o problema, no tocante às situações de violência doméstica envolvendo um casal de militares da ativa, enquanto o Legislativo e o Supremo Tribunal Federal não enfrentam o tema, sugere-se que tais fatos sejam tratados como crimes militares, sem que isso afaste a possibilidade de se aplicar as medidas protetivas da lei Maria da Penha à mulher militar que sofre violência doméstica, em decorrência da possibilidade de aplicação do poder geral de cautela do processo penal a tais casos.

No que se refere aos casos de homicídio e sua tentativa motivados por questões de gênero, contudo, infelizmente há que se aguardar que o legislador discipline a situação. Entendemos que melhor solução aqui seria alterar o texto do art. 205 do CPM, inserindo em seu §2º inciso correspondente à qualificadora do feminicídio, tal qual se fez no Código Penal, o que garantiria tratamento isonômico à mulher militar vítima de tal crime.

REFERÊNCIAS

ALVES-MARREIROS, Adriano. *O Casal de Militares e o CPM: Crime Militar praticado por um cônjuge contra o outro, sendo ambos militares. Discussão sobre família, proteção da mulher e Lei Maria da Penha*. (Trecho do livro: ALVES-MARREIROS, Adriano; FREITAS, Ricardo de Brito A. P. e ROCHA RAMOS, Guilherme da. *Direito Penal Militar*. Editora Método. Obra no prelo). Disponível em: <<https://mpmbahiaesergipe.wordpress.com>>. Acesso em: 10 maio 2015.

ASSIS, Jorge Cesar de. *Comentários ao código penal militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores*. 7. ed. rev. e atual. (ano 2010), 2ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. *Direito Militar – Aspectos penais, processuais penais e administrativos*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. Feminicídio: entenda as questões controvertidas da Lei 13.104/2015. *Jus Brasil*. Publicado em: 11 mar. 2015. Disponível em: < <http://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/173139525/feminicidio-entenda-as-questoes-controvertidas-da-lei-13104-2015>>. Acesso em: 01 maio 2015.

BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 08 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 02 maio 2015.

BRASIL. Lei 13.104 de 09 de março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13104.htm>. Acesso em: 02 maio 2015.

FREUA, Murillo Salles. O casal de militares perante a Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06). *Revista da ESMP*, ano 1, n. 1, p. 105-113, jan./jun. 2007. Disponível em: < <http://www.jusmilitaris.com.br/novo/uploads/docs/casalmilitares.pdf>>. Acesso em: 02 maio 2015.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 5. Ed. Niterói: Impetus, 2011.

INSTITUTO MARIA DA PENHA. *Quem somos – Maria da Penha*. Disponível em: < <http://www.mariadapenha.org.br/index.php/quemsomos/maria-da-penha>>. Acesso em: 02 maio 2015.

IZUMINO, Wânia Pasinato. *Justiça para todos: os Juizados Especiais Criminais e a violência de gênero*. 2003. 376 fl. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.

JESUS, Damásio E.de. *Direito penal – parte geral*. v. 1. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. v. 1. 2. ed. Niterói: Impetus, 2012.

LOBÃO, Célio. *Direito penal militar*. 3. ed. atual. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

MIGUEL, Claudio Amin; COLDIBELLI, Nelson. *Elementos de direito processual penal militar*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MIGUEL, Claudio Amin; CRUZ, Ione de Souza. *Elementos de direito penal militar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

OLIVEIRA, José Carlos. Magistrados apresentam anteprojeto de atualização do Código Penal Militar. *Câmara Notícias*. Brasília, 18 mar. 2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/483866-MAGISTRADOS-APRESENTAM-ANTEPROJETO-DE-ATUALIZACAO-DO-CODIGO-PENAL-MILITAR.html>>. Acesso em: 15 jun. 2015.

SANCHES, Rogério. Lei do Feminicídio: breves comentários. *Jus Brasil*. Publicado em 11 mar. 2015. Disponível em: <http://rogeriosanches2.jusbrasil.com.br/artigos/172946388/lei-do-feminicidio-breves-comentarios?ref=topic_feed>. Acesso em: 01 maio 2015.

SILVA JÚNIOR, Edison Miguel da. Direito penal de gênero. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1231, 14 nov. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/9144>>. Acesso em: 1 maio 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Declaratória de Constitucionalidade 19/DF*. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em: 09 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28maria+da+penha+uni%E3o+homoafetiva%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ljy38l5>>. Acesso em: 02 maio 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4424/DF*. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em: 09 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28aplica%E7%E3o+maria+penha+homem%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/qbf4kbn>>. Acesso em: 02 maio 2015.