
NÃO INCIDÊNCIA DO INSTITUTO DESPENALIZADOR DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NA ESFERA DO DIREITO PENAL MILITAR – INCOMPATIBILIDADE LÓGICA E SISTÊMICA

Eduardo Rodrigues Barcellos

Resumo

O presente artigo trata-se da não incidência do instituto despenalizador do acordo de não persecução penal na esfera do Direito Militar brasileiro trazendo uma revisão bibliográfica acerca do tema. O sistema jurídico penal brasileiro, que abarca normas de direito material e processual penal, foi inicialmente estruturado para não dar margem de discricionariedade para o dominus litis da ação penal de iniciativa pública. O Código de Processo Penal Militar estabelece expressamente que a denúncia deve ser apresentada sempre que houver prova da materialidade delitiva e indícios de autoria. Algumas exceções foram trazidas, como por exemplo a lei 9099/95, que trouxe a transação penal para o ordenamento jurídico brasileiro, na hipótese de cometimento de crimes de menor potencial ofensivo. A Resolução 181/17 do Conselho Nacional do Ministério Público trouxe o acordo de não persecução penal para o âmbito do direito penal e processual penal. O Código Penal Militar estabelece que, quando duas normas estiverem tratando do mesmo assunto caberá ao aplicador do direito escolher a norma penal mais benéfica para o réu segundo o conjunto das normas e não isoladamente, vendando a criação de uma terceira norma. Assim, não pode o aplicador do direito, tendo como fundamento a aplicação de norma penal mais benéfica para o réu mesclar normas penais comuns com as normas penais castrenses, sob pena de violação do princípio da especialidade. O festejado doutrinador Ronaldo João Roth, ao analisar a incidência da lei 13.491/17, descreve que o aplicador do direito deverá adequar à nova realidade dos crimes previstos em legislação penal extravagante e no Código Penal que passaram a ser classificados como crimes militares com as balizas da justiça militar castrense, pois não há um transporte integral dos conceitos e dos institutos do direito penal comum para o direito penal militar, devendo se adequar os novos crimes militares à parte geral do Código Penal Militar em respeito ao princípio da especialidade. Podemos concluir que o princípio da especialidade afasta a incidência do instituto da não persecução penal da Justiça Militar, pois trata-se de uma ciência distinta que possui alguns valores que são peculiares e tem sua parte geral regulamentada por legislação própria.

Palavras chave: Persecução penal militar, Direito Militar, Justiça Militar

Abstract

This article deals with the non-occurrence of the penalizing institute of the non-criminal prosecution agreement in the sphere of Brazilian Military Law, bringing a bibliographic review on the subject. The Brazilian criminal justice system, which encompasses norms of substantive law and criminal procedure, was initially structured so as not to give any margin of discretion to the dominus litis of public action criminal action. The Military Criminal Procedure Code expressly states that the complaint must be presented whenever there is evidence of criminal materiality and evidence of authorship. Some exceptions were made, such as the law 9099/95, which brought the criminal transaction to the Brazilian legal system, in the event of committing crimes of less offensive potential. Resolution 181/17 of the National Council for the Public Prosecution brought the non-criminal prosecution agreement into the scope of criminal law and criminal procedure. The Military Penal Code establishes that, when two rules are dealing with the same matter, it will be up to the enforcer of the law to choose the most beneficial criminal rule for the defendant according to the set of rules and not in isolation, selling the creation of a third rule. Thus, the enforcer of the law cannot, based on the application of a criminal rule more beneficial to the defendant, to mix common criminal norms with the criminal penal norms, under penalty of violation of the principle of specialty. The celebrated indoctrinator Ronaldo João Roth, when analyzing the incidence of law 13.491 / 17, describes that the enforcer of the law must adapt the new reality of the crimes provided for in extravagant criminal legislation and in the Penal Code that started to be classified as military crimes with the goals military military justice, as there is no integral transportation of the concepts and institutes of common criminal law to military criminal law, and the new military crimes must adapt to the general part of the Military Penal Code in respect to the principle of specialty. We can conclude that the principle of specialty removes the impact of the institute of non-criminal prosecution of Military Justice, as it is a distinct science that has some values that are peculiar and its general part is regulated by its own legislation.

Keywords: non-criminal prosecution in the military sphere, military law, military jute

1. Introdução

O Pacote Anticrime (Lei 13.964/19) com o objetivo de aprimorar a legislação penal pátria trouxe diversas inovações como o confisco alargado (artigo 94-A do Código Penal), causas impeditivas da prescrição (artigo 116 do Código Penal), o juiz de garantias (artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal) e o acordo de não persecução penal (art. 28-A do Código de Processo Penal).

O tema já era normatizado pela Resolução 181/17, modificado pela Resolução 183/18, ambas do Conselho Nacional do Ministério Público, porém havia dúvidas doutrinárias sobre a sua constitucionalidade, sendo inclusive ajuizadas duas ações diretas de inconstitucionalidade, uma pela Associação dos Magistrados Brasileiros (ADI 5790) e outra pela Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 5793).

Com a nova legislação o instituto ingressa no ordenamento jurídico nacional, estando superada a alegação de inconstitucionalidade. Porém, como a maioria das reformas legislativas brasileiras, o tema não foi previsto no âmbito do Direito Penal e Processual Penal Militar gerando dúvidas sobre a sua incidência.

O objetivo do presente trabalho é demonstrar que esse novo instituto despenalizador não deve ter aplicação no âmbito da justiça penal castrense por ser um ramo específico do direito. Outrossim, não será hipótese de analogia pois conforme será desenvolvido o legislador não previu sua incidência por se tratar de um silêncio eloquente.

2. Uma breve noção sobre o acordo de não persecução penal (ANPP)

O sistema jurídico penal brasileiro, que abarca normas de direito material e processual penal, foi inicialmente estruturado para não dar margem de discricionariedade para o *dominus litis* da ação penal de iniciativa pública, no caso o Ministério Público e subsidiariamente o querelante no caso de inércia ministerial. Nesse sentido, o artigo 30 do Código de Processo Penal Militar estabelece expressamente que a denúncia deve ser apresentada sempre que houver elementos de informação que demonstrem a materialidade delitiva e apresente indícios de autoria, o que é denominado de justa causa.

Com relação a esse mandamento legal a doutrina denominou de princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, e sobre o tema escreve Renato Brasileiro de Lima (2016; p. 229):

“De acordo com o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, também denominado de legalidade processual, aos órgãos persecutórios criminais não se reserva qualquer critério político ou de utilidade social para decidir se atuarão ou não. Assim é que, diante da notícia de uma infração penal, da mesma forma que as autoridades policiais têm a obrigação de proceder à apuração do fato delituoso, ao Ministério Público se impõe o dever de oferecer a denúncia caso visualize elementos de informação quanto à existência de fato típico, ilícito e culpável, além da presença das condições da ação e de justa causa para a deflagração do processo criminal”.

Ocorre, porém, que com o passar do tempo foram introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro ferramentas despenalizadoras originárias do direito penal negocial, típicas do sistema da Common Law, mitigando o princípio da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública. Como aponta Lima (2016; p. 230) a primeira exceção foi trazida pela lei 9.099/95 que no artigo 76 trouxe a transação penal para o ordenamento jurídico brasileiro, na hipótese de cometimento de crimes de menor potencial ofensivo (aqueles cuja pena máxima não ultrapasse 2 anos). Nesse caso, o órgão ministerial impõe algumas medidas restritivas de direito sob certas condições para não oferecer a denúncia, logo não nasce um processo penal.

Outros exemplos de exceção trazida pelo legislador pátrio que mitiga a obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública são: os artigos 86 e 87 da Lei 12.529/11 que diz que a celebração do acordo de leniência com o Conselho Administrativo de Defesa Econômico (CADE) nos crimes contra a ordem econômica e naqueles relacionados a prática de cartel, suspende o prazo de prescrição penal e impede o oferecimento da denúncia contra o agente que celebrou o acordo; o parcelamento do débito tributário nos crimes contra a ordem tributária impedem o recebimento da denúncia (artigo 83, § 2º, da Lei 9430/96); o artigo 4º, § 4º, da Lei 12.850/13 que permite que o órgão ministerial deixe de oferecer denúncia contra o colaborador no caso deste não ser o líder da organização criminosa, ser o primeiro a celebrar o acordo e o acordo referir-se a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento (esse último critério trazido pelo Pacote Anticrime – Lei 13.964/19).

Neste último caso percebemos um aprofundamento no direito penal negociado, admitindo inclusive que o *parquet* deixe de oferecer denúncia no caso de cometimento de crimes de médio e alto potencial ofensivo, sendo o primeiro aquele cuja pena mínima não supera um ano e admite suspensão condicional do processo e o segundo no caso do crime não admitir a suspensão condicional do processo.

O Pacote Anticrime (Lei 13.964/19), que entrou em vigor em 23 de janeiro de 2020, ao alterar o artigo 28 do Código de Processo Penal, acrescentado o artigo 28-A ao mencionado diploma legal, normatizou mais uma exceção ao princípio da não obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública: o acordo de não persecução penal.

Apesar de ser o primeiro texto normativo a tratar do instituto, este não é novo na prática forense. O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) criou o instituto do acordo de não persecução penal ao editar a Resolução 181/17, posteriormente alterada pela Resolução 183/18. A nova lei acrescentou ao texto legal o que antes era previsto em uma resolução encerrando a discussão sobre a constitucionalidade da aplicação do acordo de não persecução penal. Segue abaixo a redação do *caput* artigo 28-A do Código de Processo Penal:

“Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Pela redação acima exposta o acordo de não persecução penal é fruto de um direito penal mínimo em que o Estado durante a escolha da política criminal escolhe as condutas realmente graves para que se incida o Direito Penal. O legislador demonstra que o Estado Contemporâneo deve se preocupar com as condutas realmente graves, deixando para aquelas de menor lesividade social a opção da incidência do direito penal negocial. Sobre o tema escreve o doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2019; p. 651):

“Convém, ainda mencionar as soluções mais apropriadas de Hasser e Muños na ótica do direito penal mínimo: a) promover uma busca de alternativas à prisão, que principalmente afeta aos setores sociais mais baixos; b) realizar uma investigação que possa clarear o âmbito obscuro da “criminalidade dos poderosos”, vinculada a reflexões políticas sobre a igualdade da criminalização em direito penal; c) estabelecer uma política de descriminalização da criminalidade menor ou de bagatela no âmbito da criminalidade “clássica”; d) efetuar investigações sobre a práxis do princípio da oficialidade na persecução dos delitos, unidas à busca de funções substitutivas desejáveis político-criminalmente”.

Esse movimento, de redução da tutela penal para condutas realmente graves não é exclusividade do nosso ordenamento jurídico. O tema tem sido discutido inclusive no âmbito do sistema americano de proteção de direitos humanos. Além disso, para ilustrar essa concepção, conforme aponta Caio Paiva e Thimotie Aragon Heemann (2015; p. 59) temos o caso “Herrera Ulloa vs. Costa Rica” julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em que julgou procedente a reclamação da Comissão declarando que houve violação de direitos humanos por parte da Costa Rica ao condenar o jornalista Maurício Herrera Ulloa por crime de expressão. Nesse caso o juiz da Corte García Ramírez em seu voto, que será transcrito abaixo utilizou a expressão “governar com o Código Penal na mão”. Segue o voto que ilustra a questão:

“Num ambiente político autoritário se recorre com frequência ao expediente punitivo: este não constitui o último recurso, mas um dos primeiros, conforme a tendência de ‘governar com o Código Penal na mão’, uma tendência que se instala tanto sobre o autoritarismo, confesso ou encoberto, como sobre a ignorância, que não encontra melhor modo de atender a legítima demanda social de segurança. O contrário sucede num ‘ambiente democrático’: a tipificação penal das condutas e a aplicação de penas constituem o último recurso, uma vez esgotados os restantes ou demonstrado que são ineficientes para punir as mais graves lesões aos bens jurídicos de maior hierarquia. É então, e somente então, quando se aceita o emprego do remédio penal: porque é indispensável e inevitável. E inclusive nesta circunstância, a tipificação deve ser cuidadosa e rigorosa, e a punição deve ser racional, ajustada à hierarquia dos bens tutelados, à lesão que se lhes causa ou perigo em que eles são colocados e a culpa do agente, e eleita entre diversas opções úteis que estão à mão do legislador e do julgador, em seus respectivos momentos. Claro, se deve discutir entre a ‘verdadeira necessidade’ de utilizar o sistema penal, que deve ter um manifesto sustento objetivo, e a ‘falsa necessidade’ de fazê-lo, apenas como consequência da ineficácia da autoridade, que se pretende ‘corrigir’ por libertar o aparelho repressivo (§ 16)”.

Diante das balizas acima expostas podemos concluir que a natureza jurídica do acordo de não persecução penal é um ajuste bilateral de vontades entre o Estado–Acusador e o investigado, devidamente homologado pelo Estado–Juiz, no qual fixa-se medidas restritivas de direito a serem cumpridas em contrapartida do não oferecimento da ação penal. A medida visa não só despenalizar condutas, dando ao indivíduo que cometeu um crime de média lesividade social, como também dar maior celeridade ao sistema penal e desafogar a máquina estatal, para que esta foque sua atuação em condutas mais graves.

Assim escreve Rogério Sanches Cunha (2020; p. 127):

“Tomado pelo espírito de justiça consensual, compreende-se o acordo de não persecução penal como sendo o ajuste obrigacional celebrado entre o órgão de acusação e o investigado (assistido por advogado), devidamente homologado pelo juiz, no qual o indigitado assume sua responsabilidade, aceitando cumprir, desde logo, condições menos severas do que a sanção penal aplicável ao fato a ele imputado. É evidente que os instrumentos negociais, há tempos presentes no processo civil, cumprem expectativas dos indivíduos e agentes político-econômicos, porque abreviam o tempo para a solução do conflito, e atendem um prático cálculo de

utilidade social. O consenso entre as partes se estabelece em um ambiente de coparticipação racional, mediante vantagens recíprocas que concorrem para uma aceitabilidade no cumprimento da medida mais efetiva, sentimento que eleva o senso de autorresponsabilidade e comprometimento com o acordo, atributos que reforçam a confiança no seu cumprimento integral. O processo penal carecia de um instrumento como o ANPP. Inegavelmente, o acordo de não persecução penal trará economia de tempo e recursos para que o sistema de justiça criminal exerça, com a atenção devida, uma tutela penal mais efetiva nos crimes que merecem esse tratamento”.

Dentro do direito penal comum é inegável que o instituto é bem vindo e atende a nova função que os órgãos de persecução penal devem ter no presente momento que é combater condutas socialmente graves, e proteger os bens jurídicos mais relevantes, dentro da lógica do funcionalismo teleológico, como os crimes contra a administração, crimes do colarinho branco e crimes cometidos com violência ou grave ameaça.

Porém, dentro dessa análise cabe uma indagação: seria possível a incidência do acordo de não persecução penal dentro do direito penal militar? Ao que parece a resposta deve ser negativa pelos motivos que serão abaixo expostos.

3. Vedação trazida pela Resolução 181/17 do Conselho Nacional do Ministério Público à Justiça Penal Castrense

A Resolução 181/17 do Conselho Nacional do Ministério Público, alterado pela Resolução 183/18, que como visto acima trouxe o acordo de não persecução penal para o âmbito do direito penal e processual penal, sendo para o primeiro uma hipótese de extinção da punibilidade, confirmada na redação do artigo 28-A do Código de Processo Penal modificado pela Lei 13.964/2019, e para o segundo uma hipótese de mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública. O artigo 18, § 12 do mencionado diploma diz:

“§ 12 As disposições deste Capítulo não se aplicam aos delitos cometidos por militares que afetem a hierarquia e a disciplina.”

A lei 13.964/2019 foi silente com relação ao tema, cabendo uma análise inicial da abrangência da normativa acima apontada.

Com o final da 2ª Guerra Mundial, e o desenvolvimento da ciência da sociologia e da filosofia jurídica surge, como aponta Bobbio, uma nova percepção do ordenamento jurídico em que se prevalece o funcionalismo em detrimento do estruturalismo. Para esses autores o interprete e o aplicador do direito deve extrair o significado da norma jurídica o seu espírito, e

dar prevalência à razão de sua criação em virtude da busca da perfeição estrutural. O pós-positivismo agrega direito e moral e segundo Robert Alexy (2017, s.p.), ideia que já era aceita por Hans Kelsen, as normas individuais perdem sua validade jurídica se não apresentarem um mínimo de eficácia social, ou, nesse ponto inovando o autor, quando são extremamente injustas, trazendo para a definição de norma aspectos axiológicos.

Dentro desta lógica contemporânea, o direito penal, como limitador do *ius puniendi* estatal, deve definir sempre qual é o bem jurídico a ser protegido pelo Estado. Ao contrário do direito penal clássico em que para se definir o fato como típico bastava um exercício de subsunção do fato concreto com a norma em abstrato, o direito penal faz um juízo de ponderação, a luz dos princípios constitucionais.

Atualmente, na análise sobre a tipicidade da conduta existe um exercício de subsunção, ao que é denominado de tipicidade formal, somado à análise sobre a violação ou exposição ao perigo do bem jurídico, ao que a doutrina denominou de tipicidade material. Toda conduta, seja ela omissiva ou comissiva para ser penalmente relevante deve lesar ou pôr em perigo de lesão determinado bem jurídico. Sobre o tema escreve Luiz Regis Prado (2008; p. 247):

“De outro lado o bem jurídico vem a ser um ente (dado ou valor social) material ou imaterial haurido do contexto social, de titularidade individual ou metaindividual reputado como essencial para a coexistência e o desenvolvimento do homem e, por isso, jurídico-penalmente protegido. E, segundo a concepção aqui acolhida, deve estar sempre em compasso com o quadro axiológico (Wertbirdl) vazado na Constituição e com o princípio do Estado democrático e social de Direito”.

Para Roxin (2009; p. 16/17), a função do Direito Penal, dentro de um Estado Democrático de Direito é a proteção subsidiária de bens jurídicos. Se o tipo penal não protege um bem jurídico concretamente sua aplicação é afastada, movimento que a doutrina convencionou chamar de funcionalismo teleológico. Como escreve o doutrinador:

“Eu parto de que as fronteiras da autorização de intervenção jurídico-penal devem resultar de uma função social do Direito Penal. O que está além desta função não deve ser logicamente objeto do Direito Penal. A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma experiência pacífica, livre e socialmente segura, sempre quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos. Esta descrição de funções corresponde, segundo a minha opinião, com o entendimento mesmo de todas as democracias parlamentares atuais, por isso não necessita, então, de uma fundamentação teórica mais ampla”.

A esse raciocínio a doutrina convencionou chamar de princípio da ofensividade, da lesividade ou da exclusiva proteção de bem jurídico. Portanto, ao definir uma conduta como penalmente relevante para a incidência do *ius puniendi* estatal tanto o legislador ao criar o tipo

penal incriminador, como o aplicador do direito, ao definir a tipicidade material e a pena, deve definir qual é o bem jurídico protegido. O Direito Penal Militar, nesse sentido, apresenta uma peculiaridade que é a hierarquia e a disciplina militar como bem jurídico tutelado. Mas cabe uma indagação: todo crime militar viola a hierarquia e disciplina?

O tema não é pacífico na doutrina. O doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2019; p. 30) defende que todo crime militar, seja ele próprio ou improprio, visa a tutela de um bem jurídico seja de modo principal ou secundário, que é o binômio hierarquia e disciplina militar. Dentro dessa visão o autor coloca que toda conduta, seja essa comissiva ou omissiva, penalmente relevante na esfera militar atinge a hierarquia e disciplina, mesmo aqueles previstos também na legislação penal comum. Sobre o tema bem esclarece o autor (2019; p. 03):

“O Código Penal (Decreto-lei 2.848/40) tutela inúmeros bens jurídicos, dentre os quais a vida, o patrimônio, a dignidade sexual, a fé pública, a administração da justiça etc. O Código Penal Militar tutela, igualmente, variados bens jurídicos, porém, sempre mantendo escalas: num primeiro plano, por se tratar de ramo específico do direito penal, tem por bem jurídico constante, presente em todas as figuras típicas, de modo principal ou secundário, o binômio hierarquia e disciplina, bases organizacionais das Forças Armadas (art. 142, caput, CF); num segundo plano, não menos relevante, os demais, como vida, integridade física, honra, patrimônio etc. A constatação dos valores de hierarquia e disciplina, como regentes da carreira militar, confere legitimidade à existência do direito penal militar e da Justiça Militar (arts. 122 a 124, CF)”.

No mesmo diapasão Cicero Robson Coimbra Neves e Marcello Streifinger (2014; p. 1278/1280), ao definirem o bem jurídico militar, defendem que a hierarquia e disciplina, prevista no caput do artigo 142 da Constituição Federal, está sempre no escopo de proteção da legislação penal castrense. Assim descrevem os mencionados autores:

“Vários bens, na acepção genérica acima descrita, interessam ao Direito Penal Militar, destacando-se, obviamente, a hierarquia e a disciplina, hoje elevadas a bem jurídico tutelado pela Carta Maior. Dessa forma, além da disciplina e da hierarquia, outros bens da vida foram eleitos, tais como a preservação da integridade física, do patrimônio. Por outro lado, é possível afirmar que, qualquer que seja o bem jurídico evidentemente protegido pela norma, sempre haverá, de forma direta ou indireta, a tutela da regularidade das instituições militares[46], o que permite asseverar que, ao menos ela, sempre estará no escopo de proteção dos tipos penais militares, levando-nos a concluir que em alguns casos teremos um bem jurídico composto como objeto da proteção do diploma penal castrense. É dizer, e. g., o tipo penal do art. 205, sob a rubrica “homicídio”, tem como objetividade jurídica, em primeiro plano, a vida humana, porém não se afasta de uma tutela mediata da manutenção da regularidade das instituições militares.”

Os mesmos autores ao diferenciar o Direito Penal Militar do Direito Penal “militarizado” (2014; p. 1019) reafirmam que o primeiro, tutela valores intrínsecos a organização militar como a hierarquia e disciplina, e o segundo é o emprego das Forças

Armadas na persecução penal, ao arrepio do controle jurisdicional, como foi empregado pelo governo americano do presidente Jorge W. Bush, durante o combate ao terrorismo. Assim os autores defendem que a justiça militar castrense terá sempre por escopo a proteção da hierarquia e disciplina, sendo este o seu principal diferencial do direito penal comum.

No mesmo sentido, ao definir a natureza jurídica do Direito Penal Militar, o doutrinador Elias da Silva Correa confirma que todo crime militar, seja ele próprio ou impróprio, ou mesmo no caso da prática de crime militar pelo civil na esfera dos crimes militares de competência da justiça militar da união (praticados em detrimento das Forças Armadas), tem sempre implícito um bem jurídico protegido que é a dignidade da organização militar caracterizada na hierarquia e disciplina. Sobre o tema escreve o autor:

“Em que pese a proteção dos bens jurídicos essenciais ao convívio social, como a vida, a liberdade, o patrimônio, o Direito Penal Militar tem implícito, sempre, a tutela de um bem jurídico especial, que é a regularidade das Instituições Militares, no que concerne a hierarquia e disciplina, cuja quebra acarretaria sua desestabilização e a desregularidade de suas missões constitucionais peculiares”

Em sentido contrário, o festejado doutrinador Ronaldo João Roth (2011, p. 529) ao dissertar sobre o princípio da insignificância no âmbito do Direito Penal Militar defende que é um equívoco em se confundir o bem jurídico do tipo penal com os valores de hierarquia e disciplina militares, de forma que há crimes que protegem diretamente tais bens, e outros bens jurídicos que não, tal qual o crime de entorpecente, cujo bem jurídico é a saúde; no furto o bem jurídico é o patrimônio; no estupro o bem jurídico é a liberdade sexual etc.

Nessa linha, aliás, o Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, já decidiu que o peculato não ofende os valores de hierarquia e disciplina militares, no *HC* n. 92634/PE – Rel. Min. Cármen Lúcia - J. 27.11.07, que nesse crime “não houve comprometimento da hierarquia nem da disciplina e a apropriação “é muito insignificante para o aparelho estatal”. No mesmo julgado, o voto do Ministro Menezes Direito no sentido de que de acordo com a jurisprudência do Supremo, “temos decidido que se aplica também o princípio da insignificância quando se cuida de crime militar desde que esse princípio não alcance a hierarquia e disciplina militar.”

A posição de Roth encontra sólido apoio doutrinário de outros juristas. Nessa esteira, Fernando Galvão (2017; s.p) leciona:

A incompreensão sobre o Direito Penal Militar, em grande medida, se deve ao discurso equivocado de que o mesmo se presta a tutelar exclusivamente os princípios da hierarquia e da disciplina militares. Desta premissa equivocada decorrem equivocadas conclusões, que normalmente reclamam por restrição da intervenção punitiva aos casos em que exista interesse específicos das

instituições militares a tutelar. Já há muito venho sustentando que muitos operadores do direito militar racionalizam de maneira equivocada as questões relativas à caracterização do crime militar, por se basearem na premissa de que a justiça militar se presta unicamente à proteção dos princípios da hierarquia e da disciplina. (Direito Penal: parte geral, item 8.2.1.5). A Constituição da República estabelece que os princípios da *hierarquia* e da *disciplina* são pilares organizacionais das instituições militares, que constituem apenas meios para a realização de seus fins institucionais. Constituem fins das instituições militares da União, conforme o art. 142, a defesa da pátria, a garantia dos poderes constitucionais, e a garantia da lei e da ordem. Por outro lado, constituem fins das instituições militares estaduais, nos termos do art. 144, a preservação da ordem pública, da incolumidade e do patrimônio das pessoas, no contexto do direito fundamental à segurança pública. Portanto, nem mesmo para as instituições militares a hierarquia e a disciplina constituem um fim em si mesmo. Constituem meios organizacionais peculiares que podem conferir maior eficiência aos serviços públicos prestados pelas instituições militares para o atendimento de suas missões constitucionais. Não podem os juízes da Justiça Militar (que ressaltam sua integração ao Poder Judiciário a partir de 1934), em especial, transformar os princípios organizacionais das instituições militares (meios) em sua missão institucional (fins). Ao Poder Judiciário cabe a garantia dos direitos fundamentais do cidadão, que estão expressos na Constituição e nas leis. Pensar que o Judiciário, no âmbito da Justiça Militar, trabalha para preservar a hierarquia e a disciplina é transformar seus juízes em assessores dos corregedores das instituições Militares. O próprio Código Penal Militar só tutela os bens jurídicos hierarquia e disciplina em alguns poucos de seus crimes e, por isso, não se pode restringir a lógica da tutela penal militar à proteção desses bens. Um Direito Penal exclusivamente orientado para a tutela da hierarquia e disciplina das corporações militares não é democrático, pois não se presta a tutela direta dos interesses do titular do poder punitivo: o povo. O Direito Penal Militar regula a intervenção punitiva que objetiva tutelar a qualidade e probidade dos serviços prestados pelas instituições militares em favor da sociedade. A lógica que orienta a Constituição da República e o próprio Código Penal militar, ao distinguir crimes própria e imprópria militares, é a de que a realização dos serviços militares pode ofender bens jurídicos diversos da hierarquia e disciplina. Fica claro que não interessa proteger apenas a hierarquia e disciplina internas às instituições militares. O Direito Penal Militar se interessa essencialmente por proteger todos os bens jurídicos que possam ser afetados pela realização inadequada dos serviços militares. Nesta perspectiva, não se protege apenas o interesse imediato das corporações militares, mas o interesse da sociedade que é destinatária dos serviços pelas mesmas corporações. A lógica que sempre ficou evidente pela divisão da parte especial do Código Penal Militar, que é dividida em capítulos que reúnem tipos incriminadores que ofendem preponderantemente determinado bem jurídico e que serve de base para a denominação do respectivo capítulo, continua a orientar a interpretação dos novos crimes militares. Se o crime militar de furto, previsto no art. 240 do CPM, ofende preponderantemente o patrimônio, o novo crime militar de licitação, previsto no art. 89 da Lei 8.666/93, ofende a probidade das contratações realizadas pela Administração Pública militar. Como se pode facilmente constatar do sistema constitucional brasileiro, as instituições militares, os serviços que tais instituições prestam à sociedade brasileira, o Direito Penal Militar e a Justiça Militar estão inseridas no contexto do Estado Democrático de Direito e sob este prisma devem ser compreendidos. O conteúdo material do crime militar é a conduta socialmente inadequada de militar realizada no contexto de suas atividades e ofende os bens jurídicos portadores de dignidade penal.

Outro renomado autor que também reconhece que somente em alguns crimes militares há a violação dos valores de hierarquia e disciplina militares é Celio Lobão (2011, p. 31), ao falar sobre o crime militar, assim ensinando:

“As ofensas definidas na lei repressiva castrense que dizem respeito à destinação constitucional, às atribuições legais das instituições castrenses, à sua integridade e normalidade de seu funcionamento, à autoridade militar, ao serviço militar, têm como agentes o civil e o militar, enquanto que as que atingem a disciplina e a hierarquia, por constituírem violação do dever castrense, têm o militar como sujeito ativo exclusivo sem, no entanto, esquecer, em todos eles a observância dos requisitos do art. 9º do CPM.”

Assim, uma questão é identificar e reconhecer, diante do sistema expresso no *Codex Castrense*, o bem jurídico que justifica a existência do tipo penal e sua classificação, e outra é aferir os *reflexos decorrentes do crime*, mas aí já *não estamos tratando do bem jurídico do tipo penal militar* e sim de consequências secundárias.

Isso encontra hoje eco na própria Constituição Federal, o qual ao disciplinar a competência da Justiça Militar Estadual (JME), expressamente estabeleceu que os crimes cometidos *contra civil* são da competência do Juiz de Direito, enquanto noutros crimes (aqueles que atingem outros bens jurídicos, inclusive os que *afetam diretamente a hierarquia e disciplina militares*), a competência será do Conselho de Justiça (art. 125, § 5º).

Portanto, num crime de estupro cometido contra uma civil, durante o serviço, o militar apenas e tão somente feriu a liberdade sexual da vítima, não havendo aqui de se falar em violação do bem jurídico hierarquia e disciplina militar.

E hoje, com o advento da Lei 13.491/17, tornando os crimes comuns em *crimes militares por extensão*, na feliz expressão de Roth (2018; 2017), fica mais evidente ainda que um sem números de crimes não envolvem a hierarquia e disciplina militares, tais como o porte ilegal de arma de fogo, a tortura, o abuso de autoridade, o crime organizado, a associação criminosa etc.

Logo, para essa visão não há uma correlação obrigatória entre a prática do crime militar e a violação dos valores de hierarquia e disciplina, devendo, no caso concreto, ser feita uma análise da conduta.

Porém, esse não parece ser o posicionamento dos Tribunais Superiores. Quando analisado o tema da incidência do princípio da hierarquia e disciplina no âmbito da justiça militar, o Superior Tribunal de Justiça militar tem negado a aplicação do mencionado princípio

sob a fundamentação de que o Direito Penal Militar tutela a hierarquia e disciplina, sendo inaplicável a insignificância por ser um bem caro às instituições militares e sempre serem ofendidos pela conduta. Segue abaixo os julgados que ilustram o raciocínio:

"O FURTO PRATICADO POR UM OFICIAL DAS FORÇAS ARMADAS EM ÁREA SOB ADMINISTRAÇÃO MILITAR, POR MENOR QUE SEJA O VALOR DA COISA FURTADA, JAMAIS PODE SER TIDO COMO **INSIGNIFICANTE. SERÁ SEMPRE GRAVE, PELOS EFEITOS DELETÉRIOS QUE TEM SOBRE A HIERARQUIA E A DISCIPLINA NO SEIO DA OM.** (...). UNÂNIME." (Apelação 2002.01.049092-2/RJ - DJ 06/02/2003 - Rel. Ministro JOSÉ JULIO PEDROSA)

"STM.REJEIÇÃO DE DENÚNCIA. I - ESTABELECE O ART. 30, DO CPPM QUE A DENÚNCIA DEVA SER APRESENTADA SEMPRE QUE HOUVER PROVA DO FATO QUE, EM TESE, CONSTITUA CRIME E INDÍCIOS DE AUTORIA, SENDO CERTO QUE, NO CASO CONCRETO, ESSES PRESSUPOSTOS SE FAZEM PRESENTES. II - A INSIGNIFICÂNCIA DE UM DELITO ESTÁ NO FATO DELE NÃO TER CONSEGUIDO VULNERAR OU AMEAÇAR O BEM JURÍDICO TUTELADO PELA NORMA QUE, **EM SE TRATANDO DE CRIME MILITAR, VEM REPRESENTADO PELO SEU BEM MAIOR: O BINÔMIO HIERARQUIA E DISCIPLINA.** III - **RECURSO PROVIDO PARA RECEBER-SE A DENÚNCIA.** IV - **DECISÃO UNÂNIME.**" (Apelação 2001.01.006928-9 / RS - DJ 08/04/2002 - Rel. Ministro EXPEDITO HERMES REGO MIRANDA)

Esse parece ser o mesmo entendimento do Pretório Excelso. Ao mencionar a inaplicabilidade do princípio da insignificância no âmbito do Direito Penal Castrense, o Ministro Dias Toffoli generaliza a sua não incidência para todos os tipos penais, não só para a posse ilegal de entorpecente na caserna (artigo 290 do Código Penal Militar). Nesse sentido segue abaixo a ementa do julgado:

"EMENTA Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. Penal Militar. Posse de substância entorpecente em lugar sujeito à administração militar (CPM, art. 290). Constitucionalidade reconhecida pela Corte. Não incidência da Lei nº 11.343/06, em vista do princípio da especialidade. Princípio da insignificância. **Não aplicabilidade no âmbito castrense.** Precedentes. Regimental não provido. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal já assentou a inaplicabilidade do princípio da insignificância à posse de quantidade reduzida de substância entorpecente em lugar sujeito à administração militar (art. 290 do Código Penal Militar), bem como suplantou, ante o princípio da especialidade, a aplicação da Lei nº 11.343/06 (HC nº 103.684/DF, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe de 13/4/11) 2. Por sua vez, a Segunda Turma ao julgar o ARE nº 710.663/DF-AgR, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, confirmou a jurisprudência pacífica da Corte no sentido da constitucionalidade do art. 290 do Código Penal Militar. 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (ARE 856183 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 30/06/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-165 DIVULG 21-08-2015 PUBLIC 24-08-2015)."

O Supremo Tribunal Federal ainda não se manifestou sobre a aplicação do princípio da insignificância em eventuais crimes militares por extensão, porém ao que parece será mantido o

posicionamento adotando a tese de que todos os crimes militares atingem de maneira direta ou indireta a hierarquia e disciplina.

Porém, assiste razão a tese sustentada por Ronaldo João Roth, Célio Lobão e Fernando Galvão, principalmente com a advento da Lei 13.491/17 (crimes militares por extensão). A definição do crime penal militar é *ex lege*, ou seja, caberá a lei definir o que será crime militar. Esse entendimento coaduna com o princípio da legalidade, sem o qual não há crime sem prévia lei, e essa lei deve ser clara (subprincípio da taxatividade). Esse entendimento dará maior segurança jurídica que é um preceito muito caro para o direito penal.

Nesse sentido, parece que o Conselho Nacional do Ministério Público na elaboração da Resolução 181/17, alterada pela Resolução 183/18, adotou o segundo posicionamento. Se o entendimento do mencionado órgão fosse que toda norma penal protege a hierarquia e disciplina não iria vetar o acordo de não persecução penal somente aos crimes que violam esses valores, mas a vedação seria integral, ou seja, a vedação seria para todos os crimes militares.

Adotando o mesmo entendimento, o Conselho Superior do Ministério Público Militar editou em 26 de setembro de 2018, a Resolução 101/18 permitindo a incidência do acordo de não persecução penal no âmbito da Justiça Militar da União no artigo 18 conforme redação abaixo:

“Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público Militar poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal, nos casos de crimes militares por equiparação, tal como assim considerados por força da Lei nº 13.491/2017, quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente: I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público Militar como instrumentos, produto ou proveito do crime; III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público Militar, preferencialmente em Organização Militar, no caso de investigado militar da ativa; IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45, do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público Militar, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito, preferencialmente Organização Militar; V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público Militar, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada. §1º Não se admitirá a proposta nos casos em que: I – o dano causado for superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso, definido pela Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Militar. II – ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; III – ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa; IV – não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida; V – o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal;

VI – o delito for hediondo ou equiparado; VII – a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime; VIII – nos casos de crimes militares previstos no inciso I do art. 9º do CPM, qualquer que seja o agente; IX – o autor do delito seja militar da ativa; X – mesmo que o autor seja civil, nos casos de coautoria, ou participação, de militar da ativa”.

Comentando sobre a Resolução 181/18, Cunha (2020; p. 135) coloca que nos demais casos em que não houver violação da hierarquia e disciplina poderia sim ser celebrado o acordo de não persecução penal. Portanto, o doutrinado também entende que nem todo crime militar atinge a hierarquia e disciplina.

Portanto, para aqueles que entendem que todo crime militar atinge, direta ou indiretamente, a hierarquia e disciplina, esse já seria um fundamento suficiente para não incidência do acordo de não persecução penal no âmbito da justiça penal militar.

Como a missão do direito penal é a proteção de bens jurídicos caros a sociedade, e a hierarquia e disciplina é um valor constitucionalmente tutelado, sem o qual não há pacificação social sem uma Forças Armadas hígida para proteção de ameaças externas, e no âmbito da Polícia Militar e Corpo de Bombeiros para a proteção da segurança pública, não seria cabível o afastamento da tutela penal no âmbito da justiça castrense.

Como escreve Estefam (2012; p. 139), assim como existe a vedação ao excesso na tutela penal (definido pela doutrina alemã de *übermassverbot*), existe também a proibição de proteção deficiente (definido pela doutrina alemã de *untermassverbot*) em que não se permite uma deficiência na prestação legislativa, de modo a desproteger bens jurídicos fundamentais para a sociedade. O Estado deve sim agir para tutelar a sociedade, sendo a hierarquia e disciplina pedra basilar de uma sociedade democrática em que o cidadão possa contar com a proteção de sua integridade. Essa é a missão constitucional do direito penal, tanto na seara do comum como do militar.

O tema da vedação à proteção insuficiente no âmbito do Direito Penal Militar já foi anteriormente abordado pelo promotor de justiça militar Fernando Hugo Miranda Teles em artigo publicado para a revista do Ministério Público Militar, intitulado “Princípio da Vedação à Proteção Deficiente: uma proposta de aplicação ao CPM” conclui o autor que dentro de uma visão garantista e do princípio da proporcionalidade a sociedade deve ter garantido o seu direito constitucional de segurança pública. Nas palavras do autor (2015; 117/118):

“Após as breves linhas acima delineadas, conclui-se sobre a necessidade de o Estado prover, principalmente no âmbito legislativo e judicial, a proteção ao núcleo essencial dos princípios constitucionais relacionados à segurança e à liberdade dos cidadãos, hoje violados em seu mínimo existencial pela sensação de a sociedade ser refém do

crime organizado e dependente de organismos estatais que não cumprem seu papel a contento por diversos motivos. No âmbito do Direito Penal Militar, existe a sensação de que a criminalidade, ontem adstrita ao universo extramuros das Unidades Militares, hoje, mesmo que em menor escala, já aumentou vertiginosamente. Dessa feita, há que se proteger a sociedade também pela implementação urgente de medidas legislativas e hermenêuticas, a fim de que **o Direito Penal Militar não seja um estímulo para a prática delituosa e para que seja satisfeito o aspecto positivo do garantismo penal, ou seja, a vedação à proteção deficiente.**

Porém, para aqueles que entendem que nem todo crime militar atinge a hierarquia e disciplina, em uma análise inicial, seria possível a aplicação do acordo de não persecução penal pela justiça penal castrense, pois nas hipóteses em que esses valores não fossem atingidos pela conduta delitiva poderia se admitir o afastamento da tutela penal.

O raciocínio não se limita a proteção de bens jurídicos, apesar de sua análise ser fundamental para se chegar a uma conclusão. Há outros fundamentos que devem ser sopesados para chegar a uma conclusão definitiva sobre o tema proposto. Assim, passamos para a análise da aplicação do texto legal (artigo 28-A do Código de Processo Penal), sobre o prisma da analogia.

4. Analogia – Não aplicação do ANPP por este meio de colmatção de lacunas

A ciência dogmática do direito tem como objetivo principal a solução de conflitos sociais. Como bem aponta Tercio Sampaio Ferraz Junior (2018; p. 97), as ciências jurídicas têm como finalidade atribuir uma solução ao caso concreto, buscando a pacificação social. Nesse sentido escreve o autor:

“Ora, essa situação modifica o status científico da Ciência do Direito, que deixa de se preocupar com a determinação daquilo que materialmente sempre foi direito com o fito de descrever aquilo que, então, pode ser direito (relação causal), para ocupar-se com a oportunidade de certas decisões, tendo em vista aquilo que deve ser direito (relação de imputação). Nesse sentido, seu problema não é propriamente uma questão de verdade, mas de decidibilidade. Os enunciados da Ciência do Direito que compõem as teorias jurídicas têm, por assim dizer, natureza criptonormativa, deles decorrendo consequências programáticas de decisões, pois devem prever, em todo caso, que, com sua ajuda, uma problemática social determinada seja solucionável sem exceções perturbadoras (cf. Viehweg, 1969:86). Enunciados dessa natureza não são verificáveis e, portanto, refutáveis como são os enunciados científicos a que aludimos. Em primeiro lugar, porque a refutabilidade não exclui a possibilidade de um enunciado ser verdadeiro, ainda que uma comprovação adequada não possa ser realizada por ninguém. Nesse sentido, a validade da ciência independe de sua transformação numa técnica utilizável (por exemplo, a validade das teorias de Einstein independe da possibilidade de se construir a bomba atômica ou um reator atômico). Ao contrário, **os enunciados da ciência jurídica têm sua validade dependente de sua relevância prática. Embora não seja possível deduzir deles as regras de decisões, é sempre possível encará-los como instrumentos mais ou menos utilizáveis para a obtenção de uma decisão.**”

Para a busca da solução ao caso concreto dois sistemas jurídicos: o common law e o sistema romano-germânico. O primeiro sistema busca como fonte para solução dos conflitos o costume jurisprudencial em que o aplicador do direito ao buscar uma solução ao caso concreto busca em casos julgados anteriormente e que são semelhantes a problemática apresentada adotando-se a mesma solução. Já o sistema romano-germânico tem na lei como fonte primária para a busca da solução ao caso concreto, sendo esta lei fruto do Poder Legislativo.

O ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema da *civil law* ou sistema romano-germânico, ou seja, ao decidir o caso concreto deverá o aplicador do direito buscar dentro das leis a solução ao caso concreto (que são os tipos normativos previstos no artigo 59 da Constituição Federal - I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII – resoluções). Mesmo que atualmente exista um movimento para incorporar ao ordenamento jurídico institutos próprios de sistemas consuetudinários (como no caso de sumulas e precedentes vinculantes) e em muitas decisões haver uma retomada do jusnaturalismo com a incidência de um direito natural não positivado, podemos afirmar que não houve mudança na principal fonte do direito no Brasil, que é a lei produzida pela atividade legiferante estatal.

Sobre o tema escreve Sampaio Junior (p. 256/257, 2018):

“Mais recentemente, porém, temos assistido ao aparecimento de fenômenos novos, como é o caso de precedentes por força da própria lei processual. O novo Código de Processo Civil (2015), nesse sentido, criou vários precedentes com força vinculante, isto é, efeitos gerais e obrigatórios, como no caso de julgados proferidos pelo STF e STJ em recursos extraordinários e especiais repetitivos, aos acórdãos dos demais tribunais em incidente de resolução de demandas repetitivas e em incidentes de assuntos de competência (CPC, arts. 928, 976 a 978, e 947), o que, dentro do sistema romanístico, pode conferir-lhe uma força especial de orientação interpretativa. As Súmulas do Supremo Tribunal Federal, que vinculam os tribunais inferiores e representam assentos de jurisprudência que têm também força de fato na interpretação do direito, foram criação regimental com o objetivo prático de dispensar, nos arrazoados, a referência a outros julgados no mesmo sentido, permitindo ao ministro-relator do processo arquivar ou negar seguimento a pedido ou recurso quando contrariem a orientação predominante no tribunal. Em ambos os casos, chegamos a ter precedentes no sistema anglo-saxônico. **Em suma, a jurisprudência, no sistema romanístico, é, sem dúvida, “fonte” interpretativa da lei, mas não chega a ser fonte do direito.** No caso da criação normativa praeter legem, quando se suprem lacunas e se constituem normas gerais, temos antes um caso especial de costume. Restariam, talvez, como exemplos de fonte genuinamente jurisprudencial, alguns casos de decisões contra legem que existem, sobretudo na área do Direito do Trabalho; este, por sua natureza específica, voltada não tanto à regulação de conflitos, mas a uma verdadeira proteção ao trabalhador, permite a constituição de normas gerais com base na equidade.”



Adotando esse raciocínio, em que a lei é a fonte originária do nosso sistema, hoje temos como única normativa válida para o instituto de não persecução penal: o artigo 28-A do Código de Processo Penal, trazida com a redação do Pacote Anticrime – Lei 13.964/19.

As outras duas normativas, administrativas, anteriormente mencionadas e citadas acima (Resolução 181/17 do Conselho Nacional do Ministério Público e a Resolução 101/18 do Conselho Superior do Ministério Público Militar) não tem força normativa pois não derivam do Poder Legislativo ou mesmo das regras legiferantes dispostas na Constituição Federal. Sua natureza jurídica seria de mera recomendação, cujo conteúdo não poderia ter força de lei.

E mesmo fosse admitir o seu caráter normativo, com a entrada em vigor da mencionada lei, esta revogou inteiramente a disposição normativa contida nas Resoluções. Nesse sentido dispõe o artigo 2º, § 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

Assim, por exemplo, antes a Resolução 181/17 no artigo 18, § 1º, inciso II vedava a celebração do acordo de não persecução penal na hipótese do o dano causado pela conduta for superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local, não foi repetido pela inovação legislativa, portanto, esse critério não mais se aplica e quando o membro do Ministério Público celebrar acordo, não poderá se opor a sua celebração com base na alegação de que o injusto penal tenha causado um prejuízo superior a 20 salários mínimos.

Então, para aqueles que eventualmente defenderiam a incidência do acordo de não persecução penal na esfera da justiça militar havia somente uma solução: aplicação por analogia do artigo 28-A do Código de Processo Penal. Porém, como será analisado abaixo não é caso de aplicação por analogia.

A partir do momento em que a lei em sentido estrito é a fonte principal do operador do direito, caberá a ele procurar a solução do caso concreto nela. Porém, como sabemos a dinâmica social é mais veloz que a produção normativa legislativa gerando lacunas no sistema. Como aponta Rubens Limongi França (2011; p. 42) o ordenamento jurídico brasileiro nunca admitiu sentenças *non liquet*, ou seja, que o Estado-Juiz deixasse de dar solução ao caso concreto por ausência normativa. Aponta o autor que na época em que vigia as Ordenações Filipinas no caso de lacuna na lei o rei era notificado para que dissesse qual a solução adequada a ser dada ao caso concreto.

Atualmente, no caso concreto, o juiz deverá julgar a lide com base em recursos supletivos previstos no próprio ordenamento. Nesse sentido, dispõe o artigo 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, sendo que o artigo 4º que quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. A lei, não sem razão estabeleceu essa ordem, sendo que primeiro o operador deve buscar dentro de outras leis a solução, valendo-se da analogia, na ausência deve buscar os costumes e por fim se valer dos princípios gerais de direito. Sobre o tema dispõe França (2011; p. 45):

“Entretanto, conforme o que dispõe o artigo 4º da Lei de Introdução, o legislador quer que, antes da utilização desses modos complementares de externamento da norma jurídica, o interprete recorra à analogia, isto é, ao raciocínio que, partindo da solução prevista em lei para outro objeto semelhante não previsto. O mesmo processo, diga-se de passagem, pode ser adotado com relação ao costume, à jurisprudência etc. Finalmente, esgotados os recursos da lei, os da analogia, os das formas suplementares, os da analogia aplicada às formas suplementares, o último meio de integração da norma jurídica, já que o magistrado não pode eximir-se de julgar, é a equidade, princípio de direito natural, semelhante e complementar da justiça”.

A analogia é um meio de colmatação de lacunas normativas aplicado pelo operador do direito que visa encontrar a solução em um diploma normativo semelhante ao caso não previsto em lei. Para isso não pode o intérprete valer-se de qualquer lei, mas sim daquela que possui uma compatibilidade sistêmica. Sobre o tema França (2011; p. 46), que define a analogia de maneira adequada, ao comentar o trabalho do italiano Francesco Ferrara, escreve que a analogia é a aplicação de um princípio jurídico que a lei estabelece a um determinado fato, para outro fato não regulamentado, mas juridicamente semelhante ao primeiro.

E explica o autor que para descobrir casos análogos deve passar por um processo de abstração em que se extrai a regra que vale ao caso não regulamentado, mas que apresenta a mesma essência jurídica. Assim, a analogia tem como fundamento a ideia de que fatos de igual natureza devem possuir igual regramento, e, se um desses fatos encontra já no sistema a sua disciplina, esta constitui o tipo de onde origina a disciplina jurídica geral que deve governar fatos afins.

Esbarra aí a possibilidade de incidência do acordo de não persecução penal, por analogia, no âmbito do Direito Penal e Processual Penal Castrense. Os fatos regulamentados pelo Direito Penal não são os mesmos que regulamentam o Direito Penal Castrense. A realidade da caserna é diferente da realidade do civil.

Já no século XIII, São Thomas de Aquino na parte II da sua Suma Teológica, questão 50, artigo 4, ao definir a virtude da prudência coloca que não somente é necessária uma prudência política, pela qual dispomos convenientemente o que pertence ao bem comum, mas

também uma prudência militar, pela qual repelimos os ataques dos inimigos. Segundo o filósofo a atividade militar se ordena à defesa do bem comum, na sua totalidade, ao passo que as demais atividades, de uma cidade, se ordenam a certas utilidades particulares. Assim, coloca o seguidor de Aristóteles que a prudência do general é distinta da prudência do governante, já deixando claras as diferenças entre as duas esferas, a civil e a militar.

A dinâmica social dentro da caserna é distinta da do civil. O militar tem deveres que são alheios a vida do cidadão comum sendo uma categoria, que pela função que exerce dentro da sociedade se justificam a sua imposição. O militar pode ser condenado criminalmente por dormir em serviço, trabalhar embriagado ou mesmo criticar o Governador em público. Tudo isso se justifica pelo fato da organização militar, que é tão cara para a nossa sociedade funcionar.

Reforçando a ideia acima exposta escreve Roth (2012; p. 298) expõe de maneira clara a diferença entre a disciplina civil e militar:

“Nesse passo, insta verificar a atividade dos militares, pois é nesse contexto que surgem os crimes militares ou as ações judiciais cíveis envolvendo os atos disciplinares, devendo o estudioso da matéria não olvidar o tratamento específico e diferenciado do militar em relação aos servidores civis, porquanto se submetem à incidência do Código Penal Militar e do Código de Processo Penal Militar, afóra toda a legislação penal comum; também as circunstâncias de serem submetidos às proibições constitucionais do direito ao voto ao conscrito, da restrição à elegibilidade, de se registrar em partido político, da proibição de greve, de se sindicalizar, do acúmulo de cargos e do compromisso de defender a pátria, até mesmo com o sacrifício da própria vida. De se registrar a lição de FLÁVIO FLORES CUNHA BIERRENBACH: “O fato é que os integrantes das instituições militares são os únicos seres humanos de quem a lei brasileira exige o sacrifício da vida. A nenhum funcionário público, na verdade, a nenhum cidadão exceto aos militares, lei alguma impõe deveres tão radicais, deveres que podem implicar na contingência de morrer ou de matar. Ocorre que desde a célebre ‘Declaração da Virgínia, de 1776’, o consagrado Bill of Right, estabeleceu-se que todo ser humano é titular de quatro direitos fundamentais: o direito à vida, o direito à liberdade, o direito à busca da felicidade e o direito de resistência. A vida, portanto, é o bem supremo do indivíduo, o maior valor sustentado pelo sistema jurídico. É por isso que os crimes contra a vida são considerados os mais graves na legislação de todos os países civilizados. Enquanto, para os integrantes das Forças Armadas, para os marinheiros, soldados e aviadores, que prestam juramento solene perante a Bandeira, e que, em determinados momentos e diante de certas condições extremas, são obrigados a matar e a morrer, há outro valor mais alto que a vida. Em nome desse valor, muitas vezes, impõe-se o sacrifício da vida. Esse valor é a Pátria, cuja soberania compete aos militares defender, como está na Constituição. E essa circunstância é absolutamente única, singular, especial, incontornável. (...)”.

Logo, só esse aspecto já seria suficiente para afastar a analogia, pois não há similitude entre a dinâmica social protegida pelo direito penal comum (a vida dos civis em sociedade) e o direito penal militar (a vida do militar que possui um regramento diferente).

Como se não bastasse há outro fator que impede a incidência da analogia do artigo 28-A do Código Penal Militar: o silêncio eloquente. Esse instituto é uma opção do legislador em excluir, intencionalmente, certo fato do comando legal, segundo definição de Maria Helena Diniz (2008; s.p.)

Assim, quando o legislador não quer que um fato concreto não incida em uma disposição normativa ele simplesmente não a prevê, ao invés de criar um enunciado negativo. Isso ocorre pois seria inviável a atividade legislativa prever todas as hipóteses de não incidência da disposição normativa. A omissão legislativa, neste caso é proposital, afastando, portanto, a analogia.

O legislador ao não alterar o Código Penal e Processual Penal Militar e prever o acordo de não persecução penal somente no Código Processual Penal o fez pois seu silêncio foi eloquente, não desejando a sua incidência na esfera militar. O legislador quando elaborou o pacote anticrime fez menção expressa no artigo 14-A do Código de Processo Penal ao dispor que em sede de inquérito policial militar o indiciado poderá constituir advogado e acrescentou ao Código de Processo Penal Militar o artigo 16-A.

Sobre o tema, ao comentar o artigo 28-A do Código de Processo Penal, escreve Cunha (p. 135, 2020):

“Crimes Militares – A Res. 181/17 do CNMP vedava o ANPP nos crimes militares que afetassem a hierarquia e a disciplina. Nos demais autorizava. A lei 13.964/19 não trata do assunto. Silencia. O que interpretar do seu silêncio? Consigo antever a divergência. Uma primeira corrente dirá que o silêncio permite concluir que o ANPP, agora, está autorizado para qualquer crime militar. Outros, não sem razão, dirão que o silêncio do legislador julgou o ANPP incompatível com os crimes militares, próprios ou impróprios. É que a Lei 13.964/19 fez algumas alterações no CPPM, buscando ao que tudo indica, espelhar seus dispositivos com os do CPP comum, e nem, CPPM, não tratou do ANPP. Silêncio eloquente, portanto”.

Diante das argumentações acima expostas parece que o mais adequado adotar o segundo posicionamento que conclui que ao não prever o acordo de não persecução penal o legislador não quis a sua incidência na esfera da justiça penal castrense, tratando-se, portanto de hipótese de silêncio eloquente.

5. Princípio da Especialidade – Fundamento para afastar a incidência do ANPP

Conforme ensinamento de André Estefam (2012; p. 168) um mesmo fato concreto não pode ser enquadrado em diversos tipos penais, sob pena de *bis in idem*. Assim, acrescenta o

autor quando duas normas aparentemente incidentes sobre o mesmo fato deverão prevalecer a especial sobre a norma geral, existindo uma relação de gênero e espécie. Ocorrerá esse fenômeno quando a norma contiver todos os elementos da geral somados alguns de natureza subjetiva ou objetiva o que o torne especializante.

Nesse sentido, temos a redação do artigo 2º, § 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que regem a aplicação de todo ordenamento jurídico (metanorma), dispõe que a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes não revoga nem modifica a lei anterior. Nesta disposição podemos afirmar que o artigo 28-A do Código de Processo Penal não modificou o artigo 30 do Código de Processo Penal Militar.

Assim, como bem aponta Estefam (2012; p. 169), não importa que a lei especial seja mais grave para o investigado ou o réu, que a lei geral, se estiverem presentes os fatores especializantes, aquela prevalecerá em detrimento desta. Nas palavras do autor:

“Note que esse conflito se resolve abstratamente, isto é, basta a comparação entre as duas normas, em tese, para saber qual delas é a especial e, por via de consequência a aplicável. Também é interessante notar que na relação de especialidade é indiferente se a norma especial é mais ou menos grave. Acrescente-se que a relação de especialidade se dá entre tipos fundamentais e secundários (ex.: roubo simples – artigo 157, *caput*, e o roubo agravado – artigo 157, §2º).”

O Código Penal Militar estabelece que, quando duas normas estiverem tratando do mesmo assunto caberá ao aplicador do direito escolher a norma penal mais benéfica para o réu segundo o conjunto das normas e não isoladamente, vendando a criação de uma terceira norma, ou seja, uma *lex tertia*. Se aplicarmos o raciocínio de aproveitar o que há de mais benéfico para o réu ou investigado, estaríamos desvirtuando o sistema e criando um terceiro sistema, concebendo um verdadeiro “Frankenstein jurídico”.

Sobre o tema existe o ensinamento de Coimbra e Streifinger (2014; p. 3349):

“Outra questão intrigante diz respeito à possibilidade de combinação de dispositivos de duas leis em aferição de modo que se possibilite a aplicação dos dispositivos mais benéficos de ambas, dando origem, assim, a uma terceira lei. As opiniões se dividem, havendo ilustres adeptos tanto em sentido contrário como em sentido favorável. Em nossa visão, essa possibilidade deve ser rechaçada, pois estar-se-ia conferindo ao Judiciário um poder para o qual não possui outorga, ou seja, o poder de legislar. Estar-se-ia, pois, colocando em colapso a independência dos Poderes, um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, nos termos do art. 2º da CF. Ademais, caso queiramos descer do âmbito constitucional, o § 2º do art. 2º do CPM expressamente proíbe essa miscelânea de dispositivos pelo magistrado, consignando – repetimos por sua importância – que, “para se reconhecer qual a mais favorável, a lei posterior e a anterior devem ser consideradas separadamente, cada qual no conjunto de suas normas aplicáveis ao fato”.



Corroborando esse entendimento, ao analisar as inovações trazidas pela reforma do Código de Processo Penal com a lei 11.718/08, que colocou o interrogatório como o último ato da instrução e a sua incidência no direito processual penal militar, Roth (2014; p. 14) coloca que:

“Esse desconhecimento real sobre o Direito Militar tem levado a incompreensão sobre a precisa aplicação da legislação militar, a qual, por motivos de indevida mescla com a legislação penal e processual penal comum, acaba trazendo enfoques diferenciados na doutrina e jurisprudência. A ausência injustificada do Direito Militar na graduação dos Cursos de Direito no Brasil tem levado a esse estado de coisas, explicando o porquê do desconhecimento desse ramo especializado do Direito, o qual já ocupou espaço no 5- ano dos Cursos de Direito, no período de 1925 a 1930, quando seu ensinamento era obrigatório”.

Assim, não pode o aplicador do direito, tendo como fundamento a aplicação de norma penal mais benéfica para o réu mesclar normas penais comuns com as normas penais castrenses, sob pena de violação do princípio da especialidade. Sobre o tema já se manifestou a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal:

“EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. CRIME DE POSSE DE DROGA EM RECINTO CASTRENSE. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. IMPOSSIBILIDADE DE SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INAPLICABILIDADE DO RITO DA LEI N. 11.719/2008 E DA LEI DE DROGAS NO ÂMBITO MILITAR. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA ESPECIALIDADE. PRECEDENTES. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. **A jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que não se pode mesclar o regime penal comum e o castrense, de modo a selecionar o que cada um tem de mais favorável ao acusado,** devendo ser reverenciada a especialidade da legislação processual penal militar e da justiça castrense, sem a submissão à legislação processual penal comum do crime militar devidamente caracterizado. Precedentes. 2. O princípio do pas de nullité sans grief exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto pela parte que suscita o vício. Precedentes. Prejuízo não demonstrado pela defesa. 3. A posse, por militar, de substância entorpecente, independentemente da quantidade e do tipo, em lugar sujeito à administração castrense (art. 290, caput, do Código Penal Militar), não autoriza a aplicação do princípio da insignificância. O art. 290, caput, do Código Penal Militar não contraria o princípio da proporcionalidade e, em razão do critério da especialidade, não se aplica a Lei n. 11.343/2006. 4. Habeas corpus denegado.” (STF – 2ª T. – HC nº 119.458/AM – Rel. Min. Cármen Lúcia – J. 25/03/14)

Ainda sobre o tema, expõe com maestria o doutrinador Ronaldo João Roth, ao analisar a incidência da lei 13.491/17, denominado pelo mesmo com exatidão de crimes militares por extensão, que o aplicador do direito deverá adequar à nova realidade dos crimes previstos em legislação penal extravagante e no Código Penal que passaram a ser classificados como crimes militares com as balizas da justiça militar castrense. Não há um transporte integral dos

conceitos e dos institutos do direito penal comum para o direito penal militar, devendo se adequar os novos crimes militares à parte geral do Código Penal Militar em respeito ao princípio da especialidade. Sobre o tema escreve o autor:

“Destarte, desde a edição da Lei 13.491/17, as infrações penais da legislação penal comum praticadas pelo agente militar numa das hipóteses do inciso II do art. 9º do CPM se converteram em crimes militares por extensão. Logo, sofrerão a incidência do regramento da Parte Geral do CPM naquilo que forem compatíveis (ex: penas de reclusão e detenção etc.), visto que inadmissível a combinação de leis.

Nesse caso, a solução que alvitramos é o não aproveitamento, por incompatibilidade com a Parte Geral do CPM, das penas nos crimes militares por extensão. Esse nosso raciocínio tem como base a vedação disposta no art. 12 do CP, que reza que as regras da Parte Geral do CP comum não se aplicam a fatos incriminados por lei especial se esta dispuser de modo diverso. Assim, se o CPM – lei especial – não prevê aquelas penas acima mencionadas, deverão elas ser ignoradas na aplicação da lei penal militar nos crimes militares por extensão, sob pena de incidir no hibridismo legislativo vedado pelo nosso ordenamento jurídico, o qual o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu não ser possível.”

O mesmo raciocínio aplica-se ao acordo de não persecução penal. O princípio da especialidade afasta a incidência do instituto no âmbito da justiça penal castrense. Não é compatível ao sistema penal castrense o instituto, pois trata-se de uma ciência distinta que possui alguns valores que são peculiares e tem sua parte geral regulamentada por legislação própria.

Para se demonstrar essa peculiaridade, pode ser apontado que a pena restritiva de direito substitutiva da privativa de liberdade nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça não tem aplicação no Direito Penal Militar. Isso decorre do fato de que o princípio da especialidade afasta a sua incidência.

A mesma conclusão chega Nucci (2019, p. 22) que ao comentar o artigo 3º, alínea “a”, do Código de Processo Penal Militar. A redação do mencionado artigo é bastante clara ao dispor que a legislação penal comum somente será aplicada se não prejudicar a índole do processo penal militar. O mencionado artigo afasta a incidência de institutos penais comuns quando incompatíveis com o sistema castrense. Assim dispõe o autor:

“Lei especial prevalece sobre geral: tratando-se de qualquer conflito aparente de normas, a solução é a aplicação do princípio da especialidade (lei especial afasta a aplicação de lei geral). Por isso, a lei militar (penal ou processual penal) prevalece sobre a legislação penal ou processual penal comum. Somente se utiliza a lei comum para suprir lacunas do ordenamento militar, mas jamais para mesclar leis, a bel-prazer do interessado. Nesse sentido: STF: “A jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que não se pode mesclar o regime penal comum e o castrense, de modo a selecionar o que cada um tem de mais favorável ao acusado, devendo ser reverenciada a especialidade da legislação processual penal militar e da justiça castrense, sem a submissão à legislação processual penal comum do crime militar devidamente caracterizado. Precedentes” (HC 116.090-MG, 2.ª T., rel. Cármen

Lúcia, 18.03.2014, v.u.). STM: “A integração normativa de âmbito procedimental deve resguardar a índole do Processo Penal Castrense, consoante determina a alínea a do art. 3.º do CPPM. 4. A determinação, emanada em sede do HC nº 127.900/AM julgado pelo STF, cinge-se à realização do interrogatório ao final da instrução criminal, sendo descabido ampliar o seu objeto, sob pena de malferir os Princípios do Devido Processo Legal, do Contraditório e da Ampla Defesa, atingindo, ainda, o sistema acusatório consagrado na Legislação Processual Penal Castrense, cujo exercício, atribuído ao MPM, oportuniza a desclassificação delitiva, nos moldes da Súmula 5 do STM e do art. 437 do CPPM – emendatio libelli. 5. Permanece vigente, no Processo Penal Militar, o rito previsto nos arts. 427, 428, 430 e 431, todos do CPPM. 6. Ordem concedida. Decisão unânime” (HC 0000262-98.2016.7.00.0000, rel. Marco Antônio de Farias, data de julgamento: 22.02.2017, data de publicação: 15.03.2017, v.u.).”

Além disso, o princípio da especialidade afasta a incidência de hipóteses de causa extintiva da punibilidade não prevista no arcabouço normativo castrense. O acordo de não persecução penal quando integralmente cumprido pelo investigado gera uma nova causa de extinção da punibilidade, que não é prevista na legislação penal militar.

Ao criar um sistema próprio, o Direito Penal Militar rege-se por balizas diversas do Direito Penal Comum, criando inclusive situações diversas nas duas áreas. Por exemplo, o artigo 125, inciso VII, do Código Penal Militar dispõe que a prescrição da ação penal ocorrerá em 2 anos no caso da pena máxima em abstrato prevista no preceito secundário do tipo for inferior a 1 ano. Já o Código Penal no artigo 109, inciso VI, alterado em 2010 pela lei 12.234/10, prevê que a prescrição antes do trânsito em julgado da sentença ocorrerá em 3 anos no caso da pena máxima em abstrato no preceito secundário do tipo for inferior a 1 ano. Logo podemos ter situações similares, em que a única diferença reside no enquadramento do tipo em crime militar ou comum, em que o ordenamento jurídico regulamenta de maneira diversa. Isso é plenamente justificável pelo princípio da especialidade, já que os sistemas são distintos.

Outro exemplo que podemos mencionar é a seguinte situação hipotética: o artigo 206, § 6º do Código Penal Militar permite que no caso de lesão levíssima o juiz pode considerar como infração disciplinar afastando a tutela penal. Em um mesmo contexto fático em que um Policial Militar, em situação de serviço, produz lesão levíssima em concurso de agentes com um Policial Civil, poderia este também ter os benefícios previstos na legislação penal castrense, eis que produziu a mesma conduta em concurso de pessoas? A resposta é claramente negativa já que o princípio da especialidade afasta a sua incidência, mesmo que no plano fático a situação seja semelhante e a única diferença seja o fato de um dos autores ser civil e o outro militar. A situação é plenamente justificável pelo princípio da especialidade.

Aliás, sobre o tema o Supremo Tribunal Federal já fixou a tese, em dois precedentes abaixo mencionados, que não cabe a criação de novas hipóteses de extinção da punibilidade fora da estipulação legal. Veja abaixo:

“Habeas corpus. Constitucional. Penal Militar. Crime de abandono de posto (CPM, art. 195). Paciente que não ostenta mais a condição de militar da ativa. Falta de condição de prosseguibilidade da ação penal por crime propriamente militar. Tema não apreciado pelo Superior Tribunal Militar. Supressão de instância configurada. Precedentes. Ausência de dolo na conduta do paciente. Necessário revolvimento de fatos e provas. Impossibilidade na via do habeas corpus. Precedentes. Inconstitucionalidade do art. 159 do Código Penal Militar. Improcedência da alegação, dada a inexistência de afronta de qualquer natureza aos preceitos da Constituição Federal. Tipo penal militar classificado como de perigo, cuja existência se consagra na necessidade de se resguardarem a segurança e a regularidade do funcionamento das instituições militares, pautados pelo mandamento constitucional da hierarquia e da disciplina (CF, art. 142, caput). Habeas corpus do qual se conhece parcialmente. Ordem denegada. 1. Não foi apreciada por aquela Corte Castrense a questão relativa à falta de condição para o prosseguimento da ação penal militar ao argumento de que o paciente teria se licenciado das Forças Armadas antes da sentença penal condenatória. Portanto, a apreciação do tema, de forma originária pelo STF configuraria, na linha de precedentes, inadmissível supressão de instância. 2. Ainda que assim não fosse, o fato de o paciente não mais integrar as fileiras das Forças Armadas não tem qualquer relevância sobre o prosseguimento da ação penal pelo delito tipicamente militar de abandono do posto, visto que ele, no tempo do crime, era soldado da ativa. **Com efeito, essa pretensão, se levada a cabo, acarretaria uma nova modalidade, não prevista em lei, de extinção de punibilidade pela prática de crime tipicamente próprio pela perda superveniente da condição de militar, o que não é aceitável . [...] 5. Habeas corpus do qual se conhece parcialmente. Ordem denegada. (HC 130.793, Rel. Min. Dias Toffoli, 2ª Turma, DJe 217 de 11.10.2016)**”.

“EMENTA AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. WRIT SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. INVIABILIDADE. CRIMES DE VIOLÊNCIA CONTRA INFERIOR (ART. 175 DO CPM). PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. TESE QUE CONFIGURA INOVAÇÃO RECURSAL. INADMISSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. BENS JURÍDICOS DISTINTOS E SUJEITOS PASSIVOS DIVERSOS. NÃO INCIDÊNCIA. (...) No caso, os pacientes responderam, na origem, pela prática de crimes de violência contra inferior. Logo, o debate a respeito da condição de procedibilidade ou de prosseguibilidade da ação penal torna-se inócuo no caso concreto, porquanto em apuração a prática de crime militar próprio sujeito ao regime geral de processamento . Tal compreensão revela a necessidade subjacente de se proceder aodistinguishing dos precedentes desta Corte Suprema, que aparte o regime jurídico dos crimes de deserção e de insubmissão dos demais crimes militares próprios. Somente assim evitar-se-á que o regime excepcional de determinados delitos torne-se regra (não legislada) de processamento penal, aplicável a todo e qualquer crime militar próprio. **Do contrário, estaríamos a gestar uma nova modalidade, não prevista em lei, de extinção de punibilidade pela prática de crime tipicamente próprio pela perda superveniente da condição de militar** (STF. 1ª Turma. HC 137741 AgR e AgR-segundo/RS, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 25/6/2019).”

Seguindo esse raciocínio pode chegar à conclusão de que o acordo de não persecução penal tem afastada a sua incidência pelo princípio da especialidade, já que o legislador não previu no sistema jurídico castrense a possibilidade de celebração de acordo de não persecução

penal. O artigo 30 do Código de Processo Penal Militar que obriga o Ministério Público ou o querelante no caso de sua omissão a oferecer a denúncia ou queixa subsidiária afasta a incidência do artigo 28-A do Código de Processo Penal Comum. Para criar uma exceção e afastar o princípio da especialidade o Pacote Anticrime deveria ter feito menção expressa no dispositivo legal, o que não ocorreu.

Ao aplicar o direito o intérprete deve respeitar as peculiaridades de cada sistema sob pena de não mais existir uma ciência autônoma, e transformar o sistema penal militar um mero ramo do direito penal comum, o que é inadmissível.

Somente para finalizar o tema podemos, por fim, apontar que o Superior Tribunal Militar confirmou a tese acima encampada, ao definir na súmula 14 que: “Tendo vista a especialidade da legislação militar, a Lei nº 11.343, de 23 Agosto 06, (Lei Antidrogas) não se aplica à Justiça Militar da União”. Logo não se aplica a legislação antidrogas no âmbito da Justiça Penal Militar quando incidir o artigo 290 do Código Penal Militar pelo princípio da especificidade.

6. Vedação aos institutos despenalizadores no âmbito da Justiça Penal Castrense

A atividade de interpretar a norma é extrair dela o seu significado e alcance. Sua atividade, como alerta França (2011; p. 19) não pode se restringir somente aos estreitos termos da lei, pois o texto possui limitações para bem exprimir o direito. Nas palavras do autor:

“Quando se fala em hermenêutica ou interpretação, advirta-se que elas não se podem restringir tão somente aos estreitos termos da lei, pois conhecidas são as suas limitações para bem exprimir o direito, o que, aliás, acontece com a generalidade das formas de que o direito se reveste. Desse modo, é ao direito que a lei exprime que se devem endereçar tanto a hermenêutica como a interpretação, num esforço de alcançar aquilo que, por vezes, não logra o legislador manifestar com a necessária clareza e segurança”.

Uma das ferramentas para aclarar o conteúdo da lei e extrair dela o comando normativo é a interpretação sistemática. Por meio desse método o intérprete faz a leitura do dispositivo legal em conjunto com as demais disposições normativas vigentes no mesmo sistema. Nesse sentido explica Nucci (2019; p. 155):

“A interpretação sistemática consiste no exercício do método de comparação com outras normas vigentes no mesmo sistema para extrair o conteúdo da norma interpretada. Cuidando-se de lei penal, deve-se contrastá-la com outras normas jurídico-penais, preferencialmente a cuidar do mesmo assunto ou de tema correlato. Como diz MAXIMILIANO, ‘por umas normas se conhece o espírito das outras’.”

Dentro do arcabouço normativo existente na esfera penal temos uma lei que guarda similitude com o acordo de não persecução penal: o artigo 90-A da Lei 9.099/95. Esta lei veda expressamente a aplicação da Lei 9.099/95 no âmbito do direito penal militar, afastando os institutos despenalizadores nela previstos como a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Uma leitura sistemática dos dispositivos vigentes deixa para o intérprete uma mensagem bem clara: o legislador não deseja que o direito penal negocial seja, por enquanto, introduzido na esfera do Direito Penal e Processual Penal Militar. Ao menos, não desejou que esses institutos incidissem sem qualquer contrapartida do investigado ou acusado.

Mas alguns poderiam perguntar: então, seguindo essa linha de raciocínio, não caberia o acordo de colaboração premiada no âmbito da justiça militar? Uma leitura apressada poderia sim levar a essa conclusão, porém como será exposto abaixo podemos afastar a incidência do acordo de não persecução penal, sem afastar o acordo de colaboração premiada.

Para defender esse posicionamento é fundamental analisarmos a diferença que o sistema jurídico estadunidense faz entre *plea bargain* e o *plea of nolo contendere* ou *non vult contendere*. Conforme lições do jurista português Pedro Soares de Albergaria (2007; p. 20), o *plea of nolo contendere* é a declaração de que o arguido não deseja discutir a questão da assunção de culpa em troca de uma situação mais favorável, prevendo que eventual pena será mais gravosa do que as condições impostas pelo acordo. Já a *plea bargain* é uma negociação de entre o investigado ou acusado e o órgão acusatório, com ou sem a participação do órgão julgador, em que se exige além da declaração de culpa do acusado, também, a troca recíproca de concessões. Assim, como aponta Albergaria (2007; p. 65) a *plea bargain* é uma tática processual em que o órgão de acusação traça uma estratégia fazendo concessões em troca de informações e elementos de prova trazidos pelo beneficiário, seja porque a prova acarreada aos autos é insuficiente para uma eventual condenação ou porque o acordo pode levar a revelação de novos fatos e autores.

Apesar de existir diferenças entre os institutos acima descritos e as novas formas negociais introduzidas no sistema jurídico nacional, estas possuem semelhanças. Nos institutos despenalizadores (transação penal, sursis processual e acordo de não persecução penal) não há assunção de culpa, sendo que em caso de descumprimento das medidas impostas a marcha processual é retomada, podendo inclusive o réu ser absolvido, assemelhando-se ao *plea of nolo contendere*. O acordo de colaboração premiada pressupõe assunção de culpa e que o

colaborador contribua para a persecução penal, assemelhando-se ao *plea bargain*. Diante disso, percebe-se que estamos diante de institutos de naturezas distintas.

Nos institutos despenalizadores como a transação penal, a suspensão condicional do processo e o acordo de não persecução penal o Estado deixa de iniciar a ação penal ou deixa de dar prosseguimento à persecução penal em troca apenas do investigado ou acusado cumprir algumas medidas restritivas de direito, sem o estabelecimento de uma pena.

Já no acordo de colaboração premiada, que é perfeitamente possível sua aplicação no âmbito da justiça penal castrense, principalmente com a entrada em vigo da Lei 13.491/17, o colaborador precisa necessariamente ajudar o Estado-Acusador a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas, a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa, a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa, a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa ou a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. Veja que o instituto auxilia na elucidação de fatos e desmantelamento de organizações criminosas o que é muito bem vindo na persecução penal militar.

Já os demais institutos despenalizadores visam dar maior celeridade ao sistema e reafirmar o direito penal mínimo, fazendo com que a máquina estatal se preocupe com condutas realmente graves e deixando condutas menos lesivas com soluções rápidas e menos gravosas para o investigado. No âmbito da justiça militar, mesmo com a ampliação do rol de crimes militares, esta justiça especializada mostra-se ainda muito célere, e não depende desses institutos para tornar mais célere o combate à impunidade de crimes graves. Podemos mencionar o caso julgado na 1ª Auditoria Militar do Estado de São Paulo, de autos número 0006752-47.2018.9.26.0010 (“Operação Ubirajara”), em que o Juiz de Direito Titular, Dr. Ronaldo João Roth conseguiu em menos de um ano (9 meses e 27 dias), do oferecimento da denúncia, julgar um caso com 54 réus, em 42 julgamentos, em inúmeras condutas imputadas, de crime organizado, associação criminosa e concussão, aos mesmos, ouvindo mais de 120 pessoas, sendo o maior caso da justiça militar no Brasil.

Outrossim, como coloca Rodrigo Foureaux (2020; p. 1), se o ordenamento não permite a incidência dos institutos despenalizadores para condutas menos graves, como a transação penal (condutas cuja pena máxima não ultrapasse 2 anos) e suspensão condicional do processo (condutas cuja pena mínima não ultrapasse 1 ano), é um imperativo lógico a conclusão de que condutas mais graves também não devem ser despenalizadas (o acordo de não persecução

penal poderá incidir nas condutas cuja pena máxima não ultrapasse 4 anos). Assim assenta o autor:

“O Acordo de Não Persecução Penal é uma exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, assim como a transação penal, enquanto que a suspensão condicional do processo é uma exceção ao princípio da indisponibilidade da ação penal pública, pois nesta a denúncia chega a ser oferecida, momento em que é proposta a suspensão do processo e as condições, enquanto que no ANPP não chega a ser oferecida denúncia. Em todos é possível acordar a reparação dos danos, sendo possível a aplicação do ANPP nos crimes com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, da transação penal nas contravenções penais e nos crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos e da suspensão condicional do processo nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano. Assim, pode-se dizer que o Acordo de Não Persecução Penal permite a realização de acordo em crimes mais graves do que aqueles em que são permitidos a realização da suspensão condicional do processo e da transação penal, pois, para esses, a pena mínima deve ser igual ou inferior a um ano (sursis processual) ou pena máxima não superior a dois anos (transação penal), enquanto que para o ANPP a pena mínima deve ser inferior a 04 (quatro) anos. Assim, é possível realizar Acordo de Não Persecução Penal nos crimes de furto qualificado (art. 155, § 4º, do CP), receptação qualificada (art. 180, § 1º, do CP), casa de prostituição (art. 229 do CP), crime de moeda falsa (art. 289 do CP), falsificação de documento público (art. 297 do CP), peculato (art. 312 do CP), denunciação caluniosa (art. 339 do CP), mas não é possível aplicar a suspensão condicional do processo ou a transação penal, pois todas as penas mínimas são superiores a um ano e as penas máximas são maiores do que dois anos. Tanto é que o art. 28-A, § 2º, I, do Código de Processo Penal veda a realização do Acordo de Não Persecução Penal quando couber transação penal, exatamente, pelo fato deste benefício processual ser mais benéfico, devendo ser priorizado quando no caso concreto couber a realização do ANPP e da transação penal. Não consta vedação à realização do Acordo de Não Persecução Penal quando couber suspensão condicional do processo por uma questão processual, pois no primeiro sequer chegar a ser oferecida denúncia, enquanto que no sursis processual o Ministério Público chega a denunciar, o que não impede que seja realizada uma comparação entre ambos os institutos para fins de fundamentar a impossibilidade do ANPP na Justiça Militar, exatamente por abranger crimes mais graves, o que geraria uma incongruência no sistema de benefícios processuais. Como a transação penal e a suspensão condicional do processo não são permitidas para crimes militares (art. 90-A da Lei n. 9.099/95), com maior razão o Acordo de Não Persecução Penal não deve ser permitido para crimes militares, sob a lógica de que se não é possível aplicar para os crimes menos graves, quanto mais para os crimes mais graves.”

Portanto, diante das argumentações acima expostas uma leitura conjunta do sistema normativo que dispõe sobre o tema permite concluir que o acordo de não persecução penal não será aplicável ao Direito Penal e Processual Penal Castrense sendo que somente se permitirá a aplicação do direito penal negociado quando houver alguma contrapartida para o Estado-Acusador, quando o interesse público for atendido.

6. CONCLUSÃO

Ao que parece a interpretação que respeita a lógica sistêmica do direito penal e processual penal militar é aquela que não admite a incidência do acordo de não persecução penal. Para que o esse instituto, que cria uma exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública, deveria ter previsão legal expressa, o que não aconteceu na reforma legislativa trazida pelo Pacote Anticrime.

Isso não significa que o Direito Penal Mínimo não seja um movimento bem vindo para o nosso ordenamento jurídico, mas esse não pode incidir de maneira desenfreada deixando valores que são caros para a sociedade desprotegidos, como a segurança pública e a hierarquia e disciplina militares.

Como bem ressalta Nucci (2019; p. 648), ao comentar sobre o movimento do abolicionismo penal, a sociedade no estágio evolucionar em que se encontra não pode abrir mão da pena, tendo o Estado o poder-dever de agir na esfera penal. Punir ainda é um ato civilizatório necessário para a manutenção da paz social.

Outrossim, não é toda omissão legislativa que permite a aplicação da analogia. Como deixa explícito o artigo 3º, alínea “a”, do Código de Processo Penal Militar somente se aplica a legislação penal adjetiva de maneira subsidiária quando esta não desvirtuar a índole do direito processual penal militar.

É evidente que estamos tratando de uma justiça especializada, com balizas próprias e distintas do direito penal comum. Porém, como temos observado na prática não é isso que tem acontecido sendo em diversas oportunidades mesclado institutos do direito penal comum com o direito penal militar.

Assim, caberá à Justiça Militar da União e a Justiça Militar dos Estados decidirem se é caso ou não de incidência do instituto. Esperamos que haja uniformização do tema para que não haja mais insegurança jurídica do que já existe no sistema jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALBERGARIA, *Plea bargain: Aproximação à Justiça Negociada nos E.U.A.* Coimbra: Almedina, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros, 2017.

CORREA, Elias da Silva. **Um estudo acerca da natureza jurídica do Direito Penal Militar**. Jus Militares. Publicado em 17 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://www.jusmilitaris.com.br/popup.php?cod=260>>. Acesso em: 15 abril 2020.



CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP.** Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico.** 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ESTEFAM, André. **Direito Penal, 1: Parte Geral.** 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Hermenêutica Jurídica;** atualizador Antônio de S. Limongi França; prefácio Giselda M. F. Novaes Hironaka. 11ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação.** 10ª Edição. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

FOUREAUX, Rodrigo. **O acordo de não persecução penal na Justiça Militar.** 2020. Disponível em <<https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2020/01/29/O-acordo-de-n%C3%A3o-persecu%C3%A7%C3%A3o-penal-na-Justi%C3%A7a-Militar>>. Acesso em 18 de abril de 2020.

GALVÃO, Fernando. **Incompreensão sobre o bem jurídico tutelado nos crimes militares.** Empório do Direito, 2017, disponível no link: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/incompreensao-sobre-o-bem-juridico-tutelado-nos-crimes-militares-por-fernando-a-n-galvao-da-rocha>. Acesso em 19 de abril de 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal:** volume único. 4ª edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

LOBÃO, Célio. **Comentários ao Código Penal Militar.** Parte Geral – Vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2011..

NEVES, Cicero Robson Coimbra e STREIFINGER, Marcello. **Manual de Direito Penal Militar.** 4ª Edição. Edição do Kindle. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal:** parte geral: artigos 1º a 120 do Código Penal. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. **Código Penal Militar Comentado.** 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. **Código de Processo Penal Militar Comentado.** 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PAIVA Caio Paiva, HEEMAN, Aragon Heemann. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos.** 1ª Edição. Manaus: Dizer o Direito, 2015.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro,** parte geral: artigos 1º a 120. 8ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.



ROTH, Ronaldo João. **Direito Militar - Doutrina e Aplicações**. artigo "O princípio da insignificância e o Direito Penal Militar: Drogas, crimes patrimoniais, e disciplina e hierarquia". Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

_____. **"Lei 13.491/17 - Os crimes militares por extensão e o princípio da especialidade"**. Publicado em 31 de agosto de 2018. Disponível em: <<https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/08/31/Lei-1349117---Os-crimes-militares-por-extens%C3%A3o-e-o-princADpio-da-especialidade>>. Acesso em: 15 de abril de 2020.

_____. **Os delitos militares por extensão e a nova competência da Justiça Militar (Lei 13.491/17)**. Brasília: Revista do STM 2017, Vol. 27, pp.124/145, Disponível em: <<http://www.amajme-sc.com.br/artigos.php>>. Acesso em: 20 mar. 2020.

_____. **Os delitos militares por extensão e a nova competência da Justiça Militar (Lei 13.491/17)**. Belo Horizonte: Observatório da Justiça Militar – TJM/MG, 2018. Disponível em: <<https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/08/31/Lei-1349117---Os-crimes-militares-por-extens%C3%A3o-e-o-princ%C3%ADpio-da-especialidade>>. Acesso em: 20 mar. 2020.

_____. **As inovações no CPP comum: o interrogatório deve ser o primeiro ou o último ato na instrução criminal do processo penal militar?** São Paulo: Revista Direito Militar n° 110, nov./dez. 2014.

_____. **A Justiça Militar, as Instituições Militares, os Militares e a promoção dos Direitos Humanos. Estudos e debates em Direitos Humanos**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Organizado e traduzido por André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TELES, Fernando Hugo Miranda Teles. **Princípio da Vedação à Proteção Deficiente: Uma proposta de aplicação ao CPM**. Revista do Ministério Público Militar. 2015. Disponível em <<http://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2015/11/revista-25.pdf>>. Acesso em 18 de abril de 2020.

Eduardo Rodrigues Barcellos

Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo

Especialista em Direito Processo Penal pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus

Mestrando em Direito Penal pela PUC/SP

Escrevente da JME/SP