

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

AS EXCLUDENTES DE ILICITUDE NO DIREITO PENAL MILITAR

ANA PAULA DO NASCIMENTO COUTINHO

RIO DE JANEIRO

2008

aula

2004

UE

RJ

AS EXCLUDENTES DE ILICITUDE NO DIREITO PENAL MILITAR

2008

UF

RJ

Nascimento
o Coutinho

Ana

ANA PAULA DO NASCIMENTO COUTINHO

AS EXCLUDENTES DE ILICITUDE NO DIREITO PENAL MILITAR

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Ms. Fernanda Tórtima

RIO DE JANEIRO

2008

ANA PAULA DO NASCIMENTO COUTINHO

AS EXCLUDENTES DE ILICITUDE NO DIREITO PENAL MILITAR

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____ / ____ / ____

Banca Examinadora:

Ms. Fernanda Lara Tórtima – Presidente da Banca Examinadora
Prof. UFRJ – Orientadora

À minha orientadora, Prof^a Ms. Fernanda Lara Tórtima, pelos conselhos sempre úteis e precisos e com a paciência e compreensão com que, sabiamente, orientou este trabalho.

A meus pais e irmãos pelo apoio incondicional em todas as horas.

“Corações mesquinhos lançam-lhes em rosto o pão que comem; como se os cobres do pré pudessem pagar a Liberdade e a Vida. Publicistas de vista curta acham-nos caros demais, como se alguma coisa houvesse mais cara que a servidão. Eles, porém, calados, continuam guardando a nação do estrangeiro e de si mesma. Pelo preço de sua sujeição eles compram a liberdade para todos e defendem da invasão estranha e do jugo das paixões. Se a força das coisas os impede agora de fazer em rigor tudo isto, algum dia o fizeram, algum dia o farão. E, desde hoje, é como se fizessem. Porque por definição o homem da guerra é nobre. E quando ele se põe em marcha, à sua esquerda vai a coragem, e à sua direita a disciplina.”

Muniz Barreto

RESUMO

COUTINHO, A.P.N. **Direito Pena Militar: as excludentes de ilicitude no Direito Penal Militar**. 2008. 50f. Monografia. (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008

Analisa-se as questões relevantes na evolução do Direito Penal Militar através dos tempos até chegar ao Direito Penal Militar brasileiro Contemporâneo. A seguir, parte-se para a análise dos princípios que norteiam o Direito Penal Militar Brasileiro frente ao Direito Penal Comum através da definição de seus principais institutos. Passa-se então para uma análise das excludentes de ilicitude no Direito Penal Comum para através delas alcançar a análise das excludentes de ilicitude no Direito Penal Militar.

Palavras-Chave: Direito Penal Militar; Excludentes de Ilicitude; Direito Pena Especial.

COMPENDIUM

COUTINHO, A.P.N..**Direito Pena Militar: as excludentes de ilicitude no Direito Penal Militar**. 2008.50f. Monografia. (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008

The relevant issues in the evolution of the Military Penal Law through the ages until the Brazilian Contemporary Military Penal Law will be analyzed. Then, we will begin the analysis of the principles that guide the Brazilian Military Penal Law front of the Common Penal Law by the definition of its principals institutes. Then, we will pass to the analysis of the exclusionary of ilicitude in Common Penal Law to, through this, achieve the analysis of the exclusionary of ilicitude in Military Penal Law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

1- UNIVERSIDADES (a especificação é facultativa)

UFRJ – Universidade Federal do Rio de Janeiro

2- TRIBUNAIS

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal de Justiça

STM – Superior Tribunal Militar

3- LEGISLAÇÃO

CPPM – Código de Processo Penal Militar

CPM – Código Penal Militar

CRFB - Constituição da República Federativa Brasileira

CP – Código Penal

4 – OUTROS

DPM – Direito Penal Militar

DP – Direito Penal

Coutinho, Ana Paula do Nascimento.

As excludentes de ilicitude no direito penal militar / Ana Paula do Nascimento Coutinho. – 2008.

65 f.

Orientador: Fernanda Tórtima.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. .

1. Direito Penal - Monografias. 2. Excludentes de Ilicitude I. Tórtima, Fernanda. II. Universidade Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 341.75
CDU 344.181

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 DIREITO MILITAR BRASILEIRO.....	15
2.1 Justiça Militar Brasileira	15
2.1.2 <u>Justiça Militar da União</u>	15
2.1.3 <u>Justiça Militar Estadual</u>	17
2.1.4 <u>Os Conselhos de Justiça</u>	19
2.1.5 <u>O Ministério Público Militar</u>	20
2.2 Direito Pena Militar Brasileiro	21
2.2.1 <u>Crimes Propriamente e Impropriamente Militares</u>	23
2.2.2 Distinção entre Crime Militar e Transgressão Disciplinar	24
3 EXCLUDENTES DE ILICITUDE NO DIREITO PENAL COMUM	26
3.1 Antijuridicidade	26
3.1.1 <u>Antijuridicidade Formal e Material</u>	27
3.1.2. <u>Antijuridicidade Objetiva e Subjetiva</u>	28
3.2 Legítima Defesa	29
3.2.1 <u>Legítima defesa putativa (imaginária)</u>	30
3.2.1.2 <u>Legítima defesa sucessiva</u>	30
3.2.1.3 <u>Legítima defesa antecipada e da honra</u>	30
3.2.1.4 <u>Considerações acerca da Obediência Hierárquica</u>	31
3.3 Estrito Cumprimento do Dever Legal	32
3.3.1 <u>Estrito Cumprimento do Dever Legal e a Tipicidade Conglobante Normativa</u>	32
3.4 Exercício Regular de um Direito	33
3.4.1 <u>Intervenções Médicas e Cirúrgicas</u>	34
3.4.2 <u>Lesões Desportivas</u>	35
3.5 Estado de Necessidade	37
3.5.1 <u>Requisitos do Estado de Necessidade</u>	39
3.5.1.1 <u>Atualidade do perigo</u>	39
3.5.1.2 <u>Inevitabilidade do perigo e inevitabilidade da lesão</u>	40
3.5.1.3 <u>Involuntariedade na causa do perigo</u>	41

3.5.1.4 <i>Inexigibilidade do sacrifício do bem ameaçado</i>	41
3.5.1.5 <i>Conhecimento da situação justificadora da conduta</i>	42
3.5.2 <i>Exclusão do estado de necessidade</i>	42
3.5.3 <i>Casos legais de estado de necessidade</i>	43
4 EXCLUDENTES DE ILICITUDE NO DIREITO PENAL MILITAR	44
4.1 Legítima Defesa	44
4.1.1 <u>Possibilidade de fuga</u>	44
4.1.2 <u>Lesões Leves Recíprocas</u>	45
4.1.3 <u>Excesso de Legítima Defesa</u>	45
4.2 Estrito Cumprimento do Dever Legal e Exercício Regular de um Direito	47
4.3 Estado de Necessidade	48
4.3.1 <u>Estado de Necessidade Exculpante</u>	49
4.3.2 <u>Estado de Necessidade Justificante</u>	49
4.4 Discriminante do Comandante de navio, aeronave ou praça	50
5 Excludentes de Ilicitude no Direito Penal Internacional	52
6 CONCLUSÃO	57

1. INTRODUÇÃO

São incontestes o distanciamento e o desconhecimento que rondam o Direito Penal Militar. Não só com relação à população em geral, mas também aos operadores do Direito.

Emílio Prado Aspe, magistrado da Suprema Corte de Justiça do México, ao final da primeira metade deste século afirmava que “o direito militar, para o paisano, é semelhante a uma cidadela erguida em lindeiros da Idade Média, abaluartada de enigmas, assediada por secular exigência de legitimação.”

A existência ainda que embrionária de vestígios de crimes militares remonta às civilizações mais antigas. Na Índia, Pérsia, Atenas e Cartago há registros de julgamentos de militares por militares pelo cometimento de crimes em época de guerra.

Mas foi em Roma que o Direito Penal Militar passou a se destacar como uma instituição jurídica com a existência de um Conselho de Guerra para julgamento das faltas graves cometidas pelos membros do Exército Romano. A condenação nesse caso resultava numa pena de castigo corporal. O condenado recebia bastonadas que, em alguns casos, acabavam por resultar em sua morte.

Por mais bárbaro que isso possa nos parecer o castigo físico (previsto pelo artigo 184 do Regulamento de 20 Fevereiro de 1708) só foi abolido do Direito Penal Brasileiro pelo Exército por meio da Lei n.º 2.556, de 26 Set 1874, art. 8º e, pela Marinha (Armada), pelo Decreto n.º 3, de 16 Nov de 1889, artigo 2º.

A Justiça Militar existe no Brasil desde 1808, quando D. João VI a criou por Alvará com força de lei. O primeiro Tribunal que a nação conheceu foi um Tribunal Militar.

Até 1934, nenhuma das Constituições brasileiras fazia referência à Justiça Militar dos Estados. Apenas a Constituição de 1934, embora não dispusesse expressamente sobre a Justiça Militar, conferiu à União competência privativa para legislar sobre organização, instrução, justiça e garantias das forças policiais dos Estados, e condições gerais de sua utilização em caso de mobilização ou de guerra.

Em vista de tal disposição constitucional, a Lei Federal nº 192, de 17 de janeiro de 1936, autorizou a organização da Justiça Militar nos Estados.

A Constituição da República de 1946 posicionou a Justiça Militar estadual como órgão do Poder Judiciário dos Estados, orientação essa seguida pelas Constituições posteriores, e previu a criação de órgãos de Segunda Instância, ou seja, os Tribunais Militares.

A Constituição Federal de 1988, no que se refere à Justiça Militar, dispõe sobre sua competência e a criação dos Tribunais de Justiça Militar.

A Emenda Constitucional nº 45 de 08 de dezembro de 2004 (Reforma do Judiciário), trouxe alterações à Justiça Militar estadual em seu art. 125: deu nomenclatura adequada ao antigo cargo de juiz auditor, que passou a chamar Juiz de Direito do Juízo Militar, e ampliou a competência desta Justiça Especializada, para o processamento e julgamento das ações judiciais contra atos disciplinares militares.

A Justiça Militar da União é constituída na 1ª instância pelos Conselhos de Justiça com sede em uma auditoria militar. Esses conselhos podem ser especiais, no caso de processo e julgamento de praças ou permanentes no caso de processo e julgamento de oficiais. A 2ª instância é representada pelo Superior Tribunal Militar –STM, que é o órgão responsável pelo julgamento dos recursos provenientes da 1.ª instância e pelas matérias que constam da sua competência originária.

A Justiça Castrense não é uma criação brasileira e existe em Estados desenvolvidos, Estados Unidos, Israel, Portugal, entre outros, com procuradorias militares, advogados militares, que integram os quadros das Forças Armadas,

Há ainda os que defendem a extinção da Justiça Militar sob o argumento de tratar-se de um órgão de exceção, por ser uma Justiça voltada para a impunidade, que legitima a violência policial. A Justiça Militar não é uma criação brasileira, mas existe em Estados desenvolvidos como Israel, Estados Unidos, Portugal, entre outros, com Procuradorias Militares, Advogados Militares, que integram os quadros das Forças Armadas, com atividades que lhe são peculiares.

Alguns estudantes de direito e alguns operadores da ciência jurídica desconhecem a existência do Código Penal Militar, Código de Processo Penal Militar, Estatuto dos Militares, disposições a respeito de continências, e demais textos legais da vida de caserna, sendo que estas matérias nem mesmo constam da grade obrigatória das faculdades de direito. As particularidades das funções desenvolvidas pelos militares (federais ou estaduais) justificam que estes sejam julgadas por pessoas que conhecem o dia-a-dia da atividade militar.

Destaca-se a frase proferida por Georges Clemenceau, distinguindo a atuação do juiz militar: *"como há uma sociedade civil fundada sobre a liberdade, há uma sociedade militar fundada sobre a obediência, e o Juiz da liberdade não pode ser o mesmo da obediência."*

Podemos definir o Direito Penal Militar como um complexo de normas jurídicas destinadas a assegurar a realização dos fins das instituições militares, cujo principal é a defesa armada da Pátria. Daí advém a necessidade de uma pronta resposta estatal na solução dos conflitos que constituem ilícitos militares.

A preservação da ordem jurídica militar, onde preponderam a hierarquia e a disciplina, exige do Estado um rol de sanções de naturezas diversas, de acordo com os diferentes bens tutelados: administrativas(disciplinares), civis e penais. As penais surgem com o Direito Penal Militar.

O Direito Penal Militar é Direito Penal Especial. Para Damásio de Jesus e Frederico Marques a diferenciação entre direito comum e direito especial se dá através da análise do órgão encarregado da prestação jurisdicional. Logo, no Brasil o Direito Penal Militar deve ser considerado como Direito Penal Especial, pois sua aplicação se dá através da Justiça Penal Militar.

Se a norma objetiva somente se aplica por meio de órgãos especiais constitucionalmente previstos, tal *norma agendi* tem caráter especial; se sua aplicação não demanda jurisdições próprias, mas se realiza pela justiça comum, sua qualificação será a de norma penal comum.¹

Entretanto o critério exclusivamente jurisdicional para classificar um ramo do direito como especial não é o mais apropriado conforme posição defendida por Nelson Hungria:

[...]comuns são os que podem ser praticados por qualquer pessoa; especiais os que pressupõe no agente uma particular qualidade ou condição pessoal, que pode ser de cunho pessoal, que pode ser de cunho social(ex: funcionário público, militar, comerciante, empregador, empregado, médico) ou natural(mulher, mãe, ascendente, descendente). Assim são crimes especiais os funcionais ou puramente militares, o crime falimentar, próprio, a parede (greve), o auto-aborto, o infanticídio, o crime do artigo 302, o abandono de família.²

De fato, o critério apenas jurisdicional não se sustenta no Direito Positivo Brasileiro, pois há crimes especiais que são processados e julgados pela Justiça Comum por determinação expressa da lei.

O Direito Penal Militar é especial não só porque se aplica a uma classe ou categoria de indivíduos como afirma Heleno Fragoso, como também, pela natureza do bem jurídico tutelado.³

De forma geral, as excludentes de ilicitude no Direito Penal Militar muito se assemelham as do Direito Penal Comum. De fato, há apenas uma causa excludente de ilicitude que é exclusiva do Direito Penal Militar. Trata-se da Discriminante do Comandante de navio, aeronave ou praça explicitada no § único do artigo 42 do Código Pena Militar.

¹ JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. Volume I.São Paulo. Saraiva. 2003.Página 8.

² HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, Vol I, tomo II. Rio de janeiro. Forense. 1958.Págs 53/54.

³ LOBÃO, Célio. *Direito Penal Militar*. Editora Brasília Jurídica. Brasília. 2004. Página 43.

A principal diferença entre as excludentes nesses dois ramos do Direito Penal se dará no campo da aplicação da Lei ao caso concreto. No Direito Castrense devemos examinar as causas excludentes à luz dos princípios basilares do Direito Penal Militar, quais sejam a hierarquia e a disciplina.

No Direito Penal Comum o bem jurídico tutelado de maior importância é vida, enquanto no Direito Penal é a pátria.

Para deixar clara a diferença de valoração existente podemos citar o artigo 5º, LXI da CRFB/88. Esse artigo apresenta uma ressalva a exigência constitucional de só admitir a prisão de alguém em flagrante delito ou com ordem judicial, nos casos em que o militar ferir os princípios da hierarquia e disciplina ou deixar de cumprir seus deveres militares. Esse direito de prender e manter preso o militar é ampliado através do impedimento de impetração de *Habeas Corpus* nos casos de prisão decorrente de transgressão disciplinar contido no § 2º do artigo 142.

2. DIREITO MILITAR BRASILEIRO

2.1 A Justiça Militar Brasileira

A Justiça Militar brasileira está integrada ao Poder Judiciário nacional e sua fonte é a própria Constituição Federal. Em seu artigo 92:

Art. 92 - São órgãos do Poder Judiciário:
I - o Supremo Tribunal Federal;
I-A - **o Conselho Nacional de Justiça**;
II - o Superior Tribunal de Justiça;
III - os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;
IV - os Tribunais e Juízes do Trabalho;
V - os Tribunais e Juízes Eleitorais;
VI - os Tribunais e Juízes Militares;
VII - os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

Deve-se salientar, entretanto, que a Justiça Militar brasileira possui uma característica que a difere do modelo de outros países, já que no Brasil a Justiça Militar é um gênero que apresenta duas espécies, a Justiça Militar da União e a Justiça Militar Estadual.

Apesar de existirem desde a formação do país e dos Estados Membros, confundindo-se com a história dos mesmos, a nível constitucional a Justiça Militar da União foi prevista em 1934 e, a Justiça Militar Estadual em 1946.

2.1.2 Justiça Militar da União

A Justiça Militar da União é federal e tem por competência julgar e processar os crimes militares definidos em lei, não importando quem seja seu autor, julgando inclusive o civil.

Possui jurisdição em todo território brasileiro.

São órgãos desta Justiça Militar da União: o Superior Tribunal Militar e os Tribunais e Juízes Militares instituídos em lei.

Compõem o Superior Tribunal Militar (STM) 15 Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo 03 dentre Oficiais-Generais da Marinha, 04 dentre Oficiais-Generais do Exército e 03 dentre Oficiais-Generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira e, 05 dentre civis.

Os Ministros civis são escolhidos também pelo Presidente da República sendo, 03 dentre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de 10 anos de atividade profissional, e 02 por escolha paritária, dentre juízes auditores e membros do Ministério Público Militar.

Com a edição da Emenda Constitucional 45, em dezembro de 2004, foram introduzidas diversas modificações no âmbito do Poder Judiciário.

É o caso do parágrafo 5º, do artigo 125, da Constituição Federal, que diz respeito ao julgamento de ações penais militares pelas Justiças Militares Estaduais e que foi alterado pela EC 45/04.

Em sua nova redação, determinou o legislador constitucional que “***competete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares***”.

Pela alteração introduzida no dispositivo constitucional, cumprirá ao Juiz Auditor Militar, singularmente, processar e julgar os chamados crimes militares impróprios, somente cabendo a instalação do Conselho, seja ele Especial ou Permanente, para julgamento dos crimes militares próprios.

Em que pese a modificação ter por objetivo dar celeridade ao julgamento das ações penais militares, bem como reduzir sensivelmente o afastamento dos Oficiais das Polícias Militares de suas funções de comando, é certo que, por outro lado, trouxe à baila antiga discussão. Caberá ao Juiz Militar estadual a tarefa de definir, à luz de sua experiência à frente das Auditorias Militares, se o crime contido na denúncia ministerial é próprio, ensejando a instalação de Conselho de Justiça, ou, de outro modo, impróprio, devendo, em consequência, ser julgado individualmente.

A Justiça Militar da União está prevista entre os artigos 122 a 124 da Constituição Federal de 1988, tutelando os valores que são caros para as Forças Armadas do país.

O Superior Tribunal Militar e, por extensão, a Justiça Militar Brasileira, foi criado quando da vinda da Família Real Portuguesa ao Brasil, em 1º de abril de 1808, por Alvará com força de lei, assinado pelo Príncipe-Regente D. João VI e com a denominação de

Conselho Supremo Militar e de Justiça. É, portanto, o mais antigo Tribunal Superior do País; existindo há quase 200 anos. Além de ser a 2ª instância da Justiça Militar da União, o Superior Tribunal Militar tem competência originária para processar e julgar os Oficiais Gerais, bem como de decretar a perda do posto e da patente dos Oficiais que forem julgados indignos ou incompatíveis para com o oficialato.

2.1.3 Justiça Militar Estadual

A Justiça Militar Estadual tutela os valores que são caros para as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, a ela competindo processar julgar os crimes militares definidos em lei, desde que praticados por policiais e bombeiros militares.

É uma competência restrita, dela escapando os civis. Sua jurisdição milita-se ao território de seu Estado ou do Distrito Federal.

Atualmente, conquanto a Constituição Federal preveja a possibilidade dos Estados criarem Tribunais Militares quando o efetivo de sua Polícia Militar ultrapasse o efetivo de 20.000 integrantes, somente três Estados, Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul, possuem tribunais militares próprios.

No Rio Grande do Sul, a Justiça Militar existiu mesmo antes da Justiça comum. Chegou a bordo das naus portuguesas que integravam a expedição militar de Silva Paes, em 1737.

Seu Tribunal Militar criado em 1918 é o mais antigo Tribunal Militar do país.

Já o Tribunal Militar do Estado de São Paulo foi criado em 1937.

Por fim, o Tribunal Militar do Estado de Minas Gerais data de 1946.

A história da Justiça Militar em Minas Gerais remonta ao cenário constituído pela chegada do político gaúcho Getúlio Vargas à Presidência da República em 1930. A era Vargas (1930-1945; 1950-1954), apesar de contraditória deixou como principal legado a consolidação definitiva da soberania e da organização do aparato estatal brasileiro. Entre inúmeras conquistas brasileiras originadas nesse período está a Justiça Militar no Estado, por meio da Lei nº 226, de 09.11.1937. No primeiro momento a instituição era composta apenas de um auditor e de Conselhos de justiça, cabendo à Câmara Criminal da Corte de Apelação (atual Tribunal de Justiça) o julgamento em 2ª instância. Essa situação perdurou durante 09

anos quando finalmente em 1946, a Constituição da República incluiu a Justiça Militar Estadual como órgão do Poder Judiciário dos Estados. Ainda em 1946, a Lei de organização judiciária do Estado de Minas Gerais reestrutura as Justiças Militares, criando o Tribunal Supremo de Justiça Militar, com sede em Belo Horizonte.⁴

Os demais Estados brasileiros e o Distrito Federal possuem o 2º grau da Justiça Militar no seu respectivo Tribunal de Justiça.

A alteração no art. 125 da CF, em especial nos seus §§ 3º, 4º e 5º trazida pela Emenda 45 foi substancial.

No § 3º muda-se apenas a referência para a criação do Tribunal de Justiça Militar, com relação ao efetivo de cada Corporação, apontado agora como efetivo militar, para entender-se considerado no efetivo militar inclusive os integrantes dos Corpos de Bombeiros Militares. Ao mesmo tempo ressalva a competência do tribunal do júri quando a vítima for civil e mantém a competência do tribunal competente para decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

A ressalva da competência dos crimes dolosos contra a vida encerra a controvérsia sobre a inconstitucionalidade da Lei nº 9.299/96 por operar por lei ordinária o deslocamento da competência fixada pela Constituição Federal.

Percebe-se que o novo texto constitucional mantém a omissão da referência ao Distrito Federal, se bem que este também possui a sua Justiça Militar própria, desde 1992, quando deixaram os integrantes de sua Polícia Militar e de seu Corpo de Bombeiros Militar de serem processados e julgados perante a Auditoria da 11ª CJM, pertencente à Justiça Militar da União.

Mas a maior mudança diz respeito à figura do Juiz de Direito (ex- Juiz-Auditor), que passa a ser o Presidente dos Conselhos de Justiça, em detrimento dos Oficiais Superiores da Força, rompendo uma tradição que vem desde o nascimento da Justiça Militar brasileira, que ocorreu com a vinda de D. João VI ao Brasil e a criação do Conselho Supremo Militar e de Justiça (atual STM), em 1º de abril de 1808.

Outra inovação trazida foi com relação à possibilidade do Juiz de Direito do Juízo Militar decidir singularmente acerca dos crimes militares praticados contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares.

Em relação às ações judiciais contra atos disciplinares militares é fácil entender: não seria viável que o Conselho, formado muitas vezes por oficiais de menor posto ou

⁴ Dados publicados em www.tjm.mg.gov.br acessados em 07/09/2007.

antiguidade que o Comandante Militar apontado como autoridade coatora, pudesse julgar tais processos, o que não ocorre em relação ao Juiz de Direito, protegido pelas garantias da magistratura que a própria Constituição lhe estabelece.

Caso um militar estadual, dentre as diversas hipóteses que norteiam a ocorrência de crime militar previstas no art. 9º do CPM, praticar furto, estupro, estelionato ou lesão corporal contra um civil (crime militar impróprio), o processo será instruído e julgado singularmente pelo Juiz de Direito. Porém, nos mesmos casos, se a vítima for outro militar - e só por isso, o processo será instruído e julgado pelo Conselho de Justiça. Afora as hipóteses de ocorrência de conexão em relação às vítimas, ou seja, um militar estadual pratica lesões corporais contra duas vítimas, sendo uma militar e a outra civil.

Também não é difícil de se imaginar que nos processo de crime militar praticados contra civis, o julgamento forçosamente deixará de ser oral e solene, o que será mantido apenas em relação daqueles crimes de Competência do Conselho de Justiça. Carece de sentido que as alegações escritas sejam debatidas em plenário perante apenas o Juiz de Direito. Vê-se, portanto, que de forma reflexa (já que a idéia inicial e injusta era extinguir a justiça militar estadual), a Emenda Constitucional 45 possivelmente provocará morosidade, frente, principalmente aos inúmeros recursos que daqui para frente irão questionar competência, tanto dos feitos em andamento, como daqueles que estão por iniciar-se, em prejuízo das instituições militares que sempre estiveram sob sua tutela.

2.1.4 Os Conselhos de Justiça

Os Conselhos de Justiça constituem o 1º grau da Justiça Militar tanto da União quanto dos Estados e do Distrito Federal.

Como já dissemos o Conselho de Justiça é um órgão jurisdicional colegiado *sui generis*, formado por um juiz togado (auditor) e quatro juízes militares, pertencentes à Força a que pertencer o acusado. Tem previsão constitucional: arts. 122, II e; 125, § 3º.

É *sui generis* em razão de sua divisão prevista no art. 16 da Lei 8.457/92 (LOJMU), aplicável igualmente à Justiça Militar Estadual. Vejamos: O Conselho permanente de Justiça, que processa e julga crimes militares cometidos por praças ou civis, tem seus juízes renovados a cada trimestre, sem vincular os juízes militares ao processo nos quais atuarem naquele período. Já o Conselho Especial de Justiça, destinado a processar e julgar oficiais até o posto

de Coronel ou Capitão de Mar e Guerra tem seus juízes militares escolhidos para cada processo. Vigem aqui, excepcionalmente, e somente em relação aos juízes militares, o princípio da identidade física do juiz, ou seja, aquele Conselho comente se extinguirá com a decisão final do processo.

O juiz auditor, assim como os demais magistrados que atuam no foro penal, não fica vinculado a processo algum.

O Conselho de Justiça é ainda *sui generis* em relação à forma de investidura e das garantias e prerrogativas de seus membros.

O juiz auditor, togado, é civil e ingressa na carreira através de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil, em todas as suas fases (CF, art.93, I), gozando das seguintes garantias: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios (CF, art. 95), tendo em contrapartida as vedações do parágrafo único do referido artigo.

Os juízes militares investem-se na função (e não no cargo) após terem sido sorteados dentre a lista de oficiais apresentados, nos termos dos arts. 19 e 23 da Lei 8.457/92. São juízes de fato, não gozando das prerrogativas afetas aos magistrados de carreira. De se ressaltar, ainda, que os oficiais são juízes estando reunido o Conselho, que é efetivamente o órgão jurisdicional. Isoladamente, fora das reuniões do Conselho de Justiça, os oficiais que atuam naquela Auditoria não serão mais juízes, submetendo-se aos regulamentos e normas militares que a vida de caserna lhes impõe.

2.1.5 O Ministério Público Militar

O Ministério Público Militar está previsto igualmente na Constituição de 1988. Apesar do adjetivo militar o Ministério Público é uma instituição civil, como civis são seus membros, possuindo autonomia e independência funcional. Representa o Estado (acusação) no processo penal.

Cada membro do Ministério Público, no exercício de sua nobre função, está subordinado apenas às leis e à sua consciência, ressalvado, entretanto, a responsabilidade por danos concretamente causados, pelo uso indevido ou de má-fé, de suas funções institucionais.

O MP Militar é um ramo especializado e congênere do Ministério Público Federal, do Ministério Público do Trabalho e do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios,

integra o Ministério Público da União. Atua perante a Justiça Militar federal, com inúmeras atribuições judiciais e extrajudiciais. Foi criado em outubro de 1920, mas desde meados do Século XIX, ventilavam-se projetos de lei instituindo a figura do promotor de Justiça Criminal Militar.

2.2 O Direito Penal Militar Brasileiro

O Direito Penal Militar Brasileiro foi efetivado com a Provisão de 1834 que estabeleceu alguns delitos militares. Apesar de vários projetos já terem sido elaborados só em 05/11/1890 foi aprovado o Código Penal da Armada. Esse Código dizia respeito somente à Marinha.

Mas em 07/03/1891, o Código Penal da Armada foi substituído por um Decreto que foi modificado pela Lei 612 de 29/09/1899 que estendeu sua aplicação ao Exército.

O primeiro Código Penal Militar comum às três forças foi o Decreto-lei 6227 de 24/01/1944 (anteriormente não havia Aeronáutica) que era basicamente uma reprodução do Código Penal de 1940 tanto na parte geral, quanto na parte especial.

A vigência desse código terminou com a decretação pela Junta Militar que governava o país durante o Ato Institucional nº 5 do Decreto-lei 1001 de 21/10/1969 que é o que permanece em vigência até hoje com algumas alterações.

A Lei 9299 de 07/08/1996 alterou o conceito de delito militar previsto no artigo 5º do COM. Alguns tipos foram suprimidos e transformados em crimes comuns.

Apesar de ter sido decretado durante a ditadura militar o CPM trouxe à época algumas inovações ao DPM brasileiro. Uma delas foi com relação à adoção do critério biopsicológico da imputabilidade. Em função da presença de alunos menores de idade nas Escolas Militares, o CPM, nos seus artigos 50 e 51, previa a imputabilidade de menores de 18 anos. Com o advento da CRFB de 1988, esses artigos perderam a aplicabilidade.

Art. 50. O menor de dezoito anos é inimputável, salvo se, já tendo completado dezesseis anos, revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acôrdo com êste entendimento. Neste caso, a pena aplicável é diminuída de um têtço até a metade.

Art. 51. Equiparam-se aos maiores de dezoito anos, ainda que não tenham atingido essa idade:
a) os militares;

- b) os convocados, os que se apresentam à incorporação e os que, dispensados temporariamente desta, deixam de se apresentar, decorrido o prazo de licenciamento;
- c) os alunos de colégios ou outros estabelecimentos de ensino, sob direção e disciplina militares, que já tenham completado dezessete anos.

O Código Penal adota o critério biológico, ou seja, apenas a idade determina a imputabilidade. No critério biopsicológico é analisada também a capacidade de compreensão do caráter ilícito do fato.

Outra inovação foi a adoção da Teoria Diferenciadora no que diz respeito ao Estado de Necessidade. Em ambas as teorias há uma colisão de interesses, de bens tutelados. Mas pela Teoria Diferenciadora, o estado de necessidade tanto pode ser uma causa de exclusão da ilicitude (estado de necessidade justificante), quanto uma causa de exclusão da culpabilidade (estado de necessidade exculpante) a depender da valoração dos bens jurídicos. O Código Penal adota a Teoria Unitária que pela qual o estado de necessidade exclui apenas a Ilicidade.

O CPM manteve os princípios da legalidade e da irretroatividade da lei penal (salvo se mais benéfica).

A CRFB de 1988 recepcionou a previsão de pena de morte para determinados crimes cometidos em tempo de guerra.

XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

Com relação às Medidas de Segurança, o CPM adotou o Sistema Vicariante em substituição ao Sistema do Duplo Binário. As medidas de segurança aplicam-se aos inimputáveis e semi-imputáveis sendo seu fundamento a periculosidade do agente, e têm a finalidade essencial de prevenir a repetição do ato delituoso. Têm caráter preventivo assistencial.

Existem três sistemas existentes no direito quanto à aplicação das Medidas de Segurança, o Sistema Dualista, Sistema Monista, Sistema Vicariante.

O Sistema do Duplo Binário defende a vinculação da pena à culpabilidade, e da medida de Segurança à periculosidade. De acordo com esse sistema, é permitida a imposição cumulativa da pena e da medida de segurança. Tal sistema era o usado no Código Penal de 1940 até a Reforma da parte Geral ocorrida em 1984.

O Sistema Monista conjuga três tendências, a saber: absorção da pena à culpabilidade, e da medida de segurança à segurança; absorção da medida de segurança pela pena; unificação das penas e das medidas de segurança em outra sanção distinta, com duração

mínima proporcional à gravidade do delito e máxima indeterminada, sendo a execução ajustada à personalidade do delinqüente para fins de readaptação social.

Por fim, o sistema Vicariante é usado no nosso código penal desde a reforma de 1984 e no CPM. Ele é uma variante do sistema dualista e determina a aplicação de pena reduzida, de um a dois terços, ou medida de segurança aos semi-imputáveis, não podendo haver cumulação entre ambas.

O DPM utiliza diversos institutos do DP acrescentando outros para atender sua finalidade.

Enquanto o Direito Penal se constitui em um meio regulador da vida humana em sociedade, o Direito Penal Militar tutela comportamentos dentro da ordem exigida aos fins essenciais das forças armadas, tanto na sociedade militar como nas relações entre os militares, no exercício de suas funções, e na sociedade civil.⁵

O critério de classificação para crime militar no ordenamento jurídico brasileiro é o legal, ou seja, o legislador enumerou taxativamente as diversas situações que definem esse delito. Dessa feita, um fato só poderá ser considerado crime militar se estiver previsto no Código Penal Militar (CPM).

2.2.1. Crimes Propriamente Militares e Impropriamente Militares

O crime propriamente militar é aquele que só pode ser praticado por militares, em outras palavras, é aquele que constitui uma infração específica e funcional da profissão militar. São exemplos de crime propriamente militares a covardia, o motim, a revolta, a violência contra superior, o desrespeito a superior etc.

Nunca haverá previsão de crimes militares no Código Penal Comum ou em qualquer outra lei de caráter penal, daí chamá-los de crimes propriamente militares.

O crime impropriamente militar é aquele que acarreta dano à segurança ou à economia, ao serviço ou à disciplina das instituições militares, quer seja pela condição militar do culpado, pela espécie militar do fato, pela natureza militar do lugar, ou, finalmente, pela anormalidade do tempo em que é praticado,. O crime impropriamente militar é, via de regra aquele crime comum cujas circunstâncias alheias ao elemento constitutivo do fato delituoso o transformam em crime militar transportando-o para o CPM. Desta forma, podemos dizer que

⁵ FIGUEIREDO, Telma Angélica de. *As Excludentes de Ilícitude no Direito Penal Militar*. São Paulo. Lumem Iuris. 2004. Páginas 17 e 18.

o fato definido como crime impropriamente militar também está previsto no Código Penal Comum.

2.2.2 Distinção entre Crime Militar e Transgressão Disciplinar

As Forças Armadas e as Forças Auxiliares possuem Regulamentos Disciplinares que trazem normas complementares que permitem às autoridades militares aplicarem sanções disciplinares a seus subordinados por fatos de menor gravidade, visando a manutenção da hierarquia e a da disciplina militares.

Transgressão Disciplinar é “toda ação ou omissão contrária ao dever militar, devidamente prevista em regulamento próprio”.

Crime Militar é a ofensa mais grave a esse mesmo dever. Desta forma, a conduta violadora do dever militar em sua essência é a mesma e somente o caso concreto poderá determinar se houve mera transgressão disciplinar ou um crime militar.

Vale lembrar que para que uma conduta seja considerada crime militar deve estar prevista no CPM. Assim como deve estar inserida no Regulamento Disciplinar correspondente para que seja considerada transgressão disciplinar. Desse modo, existem certas condutas que estão previstas tanto no CPM quanto no Regulamento Disciplinar; situação que poderá determinar que o acusado seja submetido, ao mesmo tempo, a um processo administrativo(PAD) para apuração da falta disciplinar e a um processo judicial para apuração da infração penal. Contudo, poderá a autoridade militar, agindo por seu bom senso, entender que a gravidade da conduta deva apenas limitar sua apuração à esfera administrativa, dando-lhe tratamento de transgressão disciplinar. Se entender o contrário, ou seja, que tal fato teve tamanha repercussão e gravidade poderá optar por uma postura que determine, ao mesmo tempo, uma apuração disciplinar, por meio de “sindicância” ou Processo Administrativo e uma postura penal, por intermédio da instauração de um Inquérito Policial Militar (IPM).

Tendo o acusado cumprido prisão administrativa e posteriormente tendo sido condenado penalmente pelo mesmo fato deverá o tempo de prisão administrativa ser descontado do tempo de prisão a ser cumprida, caracterizando a detração penal.

3. AS EXCLUDENTES DE ILICITUDE NO DIREITO PENAL COMUM

3.1. Antijuridicidade

O princípio da Legalidade encontra na teoria da tipicidade uma de suas mais importantes aplicações. Em qualquer sistema jurídico civilizado contemporâneo os tipos são legais, ou seja, somente o legislador pode criar, suprimir, modificar os tipos penais. Este é o sistema dos tipos legais do qual faz parte a ordem jurídica brasileira.

A ordem jurídica não se esgota na ordem normativa, isto é, não é apenas um conjunto ordenado de normas proibitivas, mas também está integrada com preceitos permissivos. Mas ao contrário do que se possa imaginar esses preceitos não constituem uma contradição com as normas. O que ocorre é uma harmonia entre as normas proibitivas e os preceitos permissivos.

O preceito permissivo origina uma causa de justificação que também pode ser chamada de tipo permissivo e nada mais é do que uma permissão outorgada pela ordem jurídica em situações de conflito.

A antijuridicidade pressupõe a antinormatividade, mas não é suficiente a antinormatividade para configurar a antijuridicidade, pois a antinormatividade pode ser neutralizada por um preceito permissivo. Dito em outras palavras, posto que a tipicidade penal implica a antinormatividade, a antijuridicidade com relevância penal pressupõe a tipicidade. Neste sentido, a tipicidade atua como um indício da antijuridicidade, como um desvalor provisório, que deve ser configurado ou desvirtuado mediante a comprovação das causas de justificação.⁶

Ao analisar a tutela de um bem jurídico deve-se fazê-lo à luz da ordem jurídica e dos preceitos permissivos.

Deve-se lembrar que a antijuridicidade não surge do direito penal, mas de toda a ordem jurídica, pois a antijuridicidade pode ser neutralizada por uma permissão originária de qualquer parte do direito.

Para comprovar a existência de antijuridicidade é necessário verificar se a conduta típica não está permitida por alguma causa de justificação.

3.1.1 Antijuridicidade Formal e Material

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal: parte geral*. São Paulo. RT. 2001. Página 209.

No começo do século havia um domínio do positivismo no campo de estudos do direito. Dentro desse pensamento positivista havia duas correntes antagônicas: positivismo jurídico e positivismo sociológico.

O positivismo jurídico concebia a antijuridicidade como um conceito de cunho legal que denominava de antijuridicidade formal. O positivismo sociológico por sua vez considerava a antijuridicidade como o socialmente danoso e a chamava de antijuridicidade material.

A antijuridicidade material como algo danoso fora e independentemente da lei deve ser usada num primeiro momento para restringir a antijuridicidade chamada formal e num segundo momento estendê-la. Desse conceito de antijuridicidade material surgiram as causas supralégais de justificação e o injusto suprallegal.

Em função de carências no Código Penal Alemão de 1871, a doutrina alemã construiu uma teoria das causas de justificação supralégais, em particular com relação ao Estado de necessidade justificante.

Hoje esta teoria já foi abandonada e no Brasil é desnecessária, pois o nosso Código Penal possuía causas de justificação estruturadas.

Com relação ao conceito de injusto suprallegal o problema se iniciou com o julgamento de juízes do nacional socialismo e de outros que alegavam a obediência devida a esta legalidade. A barbárie dos crimes contra a Humanidade não se assentava com o ponto de vista do positivismo jurídico e acabou reavivando o conceito material de antijuridicidade.

Hoje, com a adesão dos EUA à Declaração Universal do Direitos Humanos e, num plano nacional, com os princípios fundamentais assentados na nossa Constituição Federal, a ordem jurídica oferece soluções mais simples sem a necessidade de recorrer ao conceito de injusto suprallegal. Mais uma vez deve-se recorrer à Zaffaroni e Pierangeli:

Negamos que a antijuridicidade possa ter outro fundamento além da lei, ainda que para sua determinação nos casos concretos eventualmente se deva recorrer a valorações sociais. Não cremos que, no plano dogmático, se possa falar de uma antijuridicidade material oposta à formal: a antijuridicidade é uma, material porque invariavelmente implica a afirmação de que um bem jurídico foi afetado, formal porque seu fundamento não pode ser encontrado fora da ordem jurídica.⁷

A natureza das causas de justificação é a de exercício de um direito. Os exercícios de direitos surgidos de normas permissivas não são fomentados pelo Estado, são concedidos com uma forma de solução de conflitos.

⁷ Ibidem página 571.

Há causas de justificação que se encontram na parte geral do Código Penal (artigos 23, 24 e 25) e há outras que se encontram na parte especial e constituem as chamadas justificações específicas. As demais causas de justificação podem ser encontradas em qualquer parte da ordem jurídica como resultado da remissão que o artigo 23, III que trata do exercício regular de um direito implica.

3.1.2. Antijuridicidade Objetiva e Subjetiva

Cada uma das excludentes têm seus requisitos próprios. Os requisitos objetivos são específicos de cada discriminante e serão citados agora e melhor explicados nas próximas seções.

Para configuração do estado de necessidade deve haver uma situação de perigo atual não causada voluntariamente pelo sujeito, uma ameaça a direito próprio ou alheio, a inexistência do dever legal de afastar o perigo, a inevitabilidade do comportamento lesivo e a inexigibilidade de sacrifício do interesse ameaçado.

Já no caso da legítima defesa são necessárias: uma Agressão Injusta, atual ou Iminente à direitos do agredido ou de terceiros atacados ou ameaçados de dano repelida com o uso moderado dos meios necessários.

Pó último, o exercício regular de um direito é composto pelo exercício de uma prerrogativa conferida pelo ordenamento jurídico. Enquanto, o Estricto Cumprimento do Dever Legal é o cometimento de um fato típico pelo desempenho de uma obrigação legal.

Esses são os requisitos objetivos das causas excludentes de ilicitude. Mas para a maioria da doutrina brasileira, onde se incluem Nelson Hungria e Heleno Fragoso, eles não são suficientes para garantir a exclusão, posto que ao lado dos requisitos objetivos de cada uma delas, há, implicitamente um requisito subjetivo, que consiste em saber que se está atuando amparado por uma dessas causas.

Nas palavras do Professor Damásio de Jesus:

Segundo passamos a entender, nos termos do finalismo, a conduta, para justificar a exclusão da ilicitude, deve revestir-se dos requisitos objetivos e subjetivos da discriminante. Assim, não é suficiente que o fato apresente os dados objetivos da causa excludente da antijuridicidade. É necessário que o sujeito conheça a situação justificante.⁸

Podemos citar ainda Luis Régis Prado:

⁸ JESUS, Damásio E. de. Op. Cit. p 357.

O elemento subjetivo deve estar presente em todas as causas de justificação, sendo necessário que o sujeito atue não só com conhecimento e vontade de que ocorram seus elementos objetivos, mas também com ânimo ou vontade no sentido da justificante.⁹

3.2 Legítima Defesa

A legítima defesa está prevista no artigo 23 do Código Penal Brasileiro e caracteriza a exclusão de ilicitude ou de antijuridicidade. É a defesa necessária utilizada contra uma agressão injusta, atual ou iminente, contra direito próprio ou de terceiro que inclui sempre o uso moderado, proporcional e necessário.

Cícero, o grande orador, na oração em favor de Milone, expôs::

É uma lei sagrada, juízes, lei não escrita mas que nasceu com o homem, lei anterior aos legistas, à tradição, aos livros, e que a natureza nos oferece gravada no seu código imortal, de onde nós a temos tirado, de onde nós a temos extraído, lei menos estudada que sentida: - num perigo iminente, preparado pela astúcia ou pela violência, sob o punhal da cupidez ou do ódio, todo meio de salvação é legítimo.

No entendimento de Zaffaroni tem natureza subsidiária, pois só deve ser aplicada quando não houver outro meio. Entendimento esse originário do direito alemão, berço do direito penal contemporâneo, onde o instituto recebeu o nome de defesa necessária, baseando-se no princípio de que o direito não precisa retroceder diante do injusto, pois não é somente para a proteção do bem jurídico, que vale o instituto, mas também para a afirmação do ordenamento jurídico.

A agressão é um ato que lesa ou ameaça um direito. Mas a agressão nesse caso não é sinônimo de violência. Existem crimes como os omissivos onde não há violência e outros que exigem destreza ou astúcia como furto ou estelionato.

A agressão deve ainda ser atual ou iminente. A legítima defesa não pode se basear no temor de ser agredido nem num ato de vingança de quem já foi agredido. A agressão tem que ser presente ou iminente. Não há legítima defesa em face de agressão futura, nem mesmo contra a que já cessou.

É admissível também a legítima defesa nos delitos permanentes como no seqüestro em que a vítima legitimamente pode se defender em qualquer momento de consumação.

Além de ser atual ou iminente deve ser também a agressão injusta, isto é, contra o direito, ou contra o que é lícito ou permitido.

⁹ PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo. RT. 2001. p 243.

3.2.1. Legítima defesa putativa (imaginária)

É a suposição errônea (erro de tipo ou de proibição) da existência da legítima defesa, pairando no mundo do imaginário do agente. Fundamenta-se na presença do *animus defendendi*, da consideração errônea do agente de existência de circunstância de perigo atual, existência de perigo imaginário, de suposta ofensa injusta e desnecessidade da proporcionalidade.

3.2.1.2 Legítima defesa sucessiva

Em linhas pretéritas, foi exposta a tese de que o excesso na legítima defesa deverá ser punido a título de dolo ou culpa, sendo assim agressão injusta. Exatamente por isso, é possível a repulsa contra esse excesso.

Neste diapasão, expõe o professor mineiro Rogério Greco:

A agressão praticada pelo agente, embora inicialmente legítima, transformou-se em agressão injusta quando incidiu no excesso. Nessa hipótese, quando a agressão praticada pelo agente deixa de ser permitida e passa a ser injusta, é que podemos falar em legítima defesa sucessiva, no que diz respeito ao agressor inicial.¹⁰

3.2.1.3 Legítima defesa antecipada e da honra

A antecipação da conduta defensiva, diante de agressão injusta futura e incerta, não foi vista com agrado pela doutrina e Tribunais pátrios, sendo repelida veementemente sua aceitação.

Já a defesa da honra, sempre utilizada nos chamados crimes passionais ou de traição, por evolução cultural e social, deixou de ser considerada tese louvável. Até por força da desproporcionalidade, não cabe a prevalência da fidelidade em relação a vida, sendo de melhor técnica a tese do homicídio privilegiado (artigo 121, § 1º do Código Penal Pátrio) ou até mesmo a inexigibilidade de conduta diversa, excludente da culpabilidade. Entretanto, nos casos de competência do Tribunal do Júri, tal fundamento poderia, em tese, ainda ser aceito por serem os julgadores leigos.

¹⁰ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro. Impetus, 2005. p 411/412.

3.2.1.4 Considerações acerca da Obediência Hierárquica

Hoje em dia, não se discute mais a natureza jurídica da obediência hierárquica. A doutrina majoritária entende que se trata de causa de exclusão de culpabilidade e não de ilicitude. E esse é o posicionamento adotado pelo CPM. Entretanto, aquele que recebe a ordem, corre o risco de ser alvo de *legítima defesa* de terceiro, quando este seja o alvo de uma *ordem ilícita*.¹¹

Com o intuito de atenuar a possibilidade supra explicitada e impedir o reconhecimento de causas de justificação que infrinjam a consciência jurídica geral, o artigo 38, na 2ª parte do § 1º define que: “Responde pelo crime...o autor da ordem.”

Do texto do artigo 38:

Não é culpado quem comete o crime:

Coação irresistível

a) sob coação irresistível ou que lhe suprima a faculdade de agir segundo a própria vontade;

Obediência hierárquica

b) em estrita obediência a ordem direta de superior hierárquico, em matéria de serviços.

§ 1º Responde pelo crime o autor da coação ou da ordem.

§ 2º Se a ordem do superior tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso, ou há excesso nos atos ou na forma da execução, é punível também o inferior.

O nosso CPM adota o mesmo sistema do DPM anglo-americano, alemão, italiano, francês e suíço. O militar só pode desobedecer a ordem direta de superior hierárquico, em matéria de serviço, sem incorrer em insubordinação, se o objetivo da ordem for um ato manifestamente criminoso.¹²

Nas palavras de José Alberto Romeiro em seu Curso de Direito Penal Militar: “O CPM é bem mais restrito que o CP comum quanto à possibilidade do descumprimento de ordens em matéria de serviço pelo subordinado, por interesse como é óbvio, da disciplina militar.”¹³

3.3 Estricto Cumprimento do Dever Legal

¹¹ ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de Direito Penal Militar-parte geral*. São Paulo. Saraiva. 1994 *apud* MEZGER, Edmondo. *Diritto Penale (Strafrecht)*. p 244-5.

¹² ROMEIRO, Jorge Alberto Op. Cit. p 124.

¹³ *Ibidem*. p 12.

Diferentemente do que fez com o estado de necessidade e com a legítima defesa, o Código Penal não definiu o conceito de estrito cumprimento de dever legal, limitando-se a dizer que:

*Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato:
(...)III – em estrito cumprimento de dever legal..."*

Sua conceituação, porém, é dada pela doutrina. Para Damásio de Jesus:

Há casos em que a lei impõe determinado comportamento, em face do que, embora típica a conduta, não é ilícita.(...)

O dever pode ser imposto por qualquer lei, seja penal, extrapenal.

A atividade pode ser Pública ou

Privada.

É necessário que o sujeito pratique o quanto no estrito cumprimento do dever legal. Fora daí, a conduta torna-se ilícita.

Exige-se que o sujeito tenha conhecimento de que está praticando o fato em face de um dever imposto pela lei. Caso contrário, o fato é ilícito, uma vez que se encontra ausente o requisito subjetivo da excludente.¹⁴

Como exemplos, podemos citar: o policial que detém um suspeito de um crime, ou um oficial de justiça que seqüestra uma coisa móvel praticam condutas atípicas, porque o cumprimento de um dever jurídico é uma causa de atipicidade penal. Ainda, uma intervenção cirúrgica com fim terapêutico são atípicos por serem fomentados pelo direito.

3.3.1 Estrito Cumprimento do Dever Legal e a Tipicidade Conglobante Normativa

A tipicidade é a relação de adequação da conduta do agente com o tipo penal. Ela é formada pela tipicidade formal e a tipicidade conglobante, que por sua vez engloba a tipicidade conglobante material e a tipicidade conglobante antinormativa. Pela tipicidade conglobante antinormativa, não é típica a conduta daquele que pratica uma conduta que, embora seja formalmente típica, seja imposta ou fomentada pelo direito.

Os doutrinadores, ao lecionar sobre o tema, apresentam o exemplo do oficial de justiça que, cumprindo uma ordem de penhora e seqüestro de bens, toma do executado um quadro valioso. Vê-se que se trata exatamente da mesma situação prevista para a excludente do estrito cumprimento do dever legal. Se tanto essa excludente como a tipicidade conglobante antinormativa têm a mesma conceituação, a conduta do agente que atua em exemplos como a do policial e a do oficial de justiça deve ser examinada à luz do "fato típico" ou à luz da "antijuridicidade"?

¹⁴ Op Cit. P 399 e 400.

Na atualidade, como o nosso Código Penal adotou o estrito cumprimento de dever legal como causa de exclusão de ilicitude, condutas como as dos exemplos devem ser examinadas ainda sob a ótica da ilicitude.

Porém, Zaffaroni e Pierangeli entendem que os casos de estrito cumprimento de dever legal deveriam ser analisados quando da verificação da tipicidade penal, sob a ótica da tipicidade conglobante antinormativa, pois isso evita que coexistam dentro do ordenamento jurídico uma norma que ordena que se faça uma coisa, enquanto outra norma proíbe essa mesma conduta. Em outras palavras, deve-se buscar evitar que condutas impostas pelo ordenamento jurídico sejam consideradas típicas pelo próprio ordenamento jurídico, tornando este mais harmônico.

3.4 Exercício Regular de um Direito

Este instituto está previsto na parte final do artigo 23, III do Código Penal: não há crime quando o agente pratica o fato no exercício regular de direito.

Para Damásio de Jesus:

A expressão direito é empregada em sentido amplo, abrangendo todas as espécies de direito subjetivo (penal ou extrapenal). Desde que a conduta se enquadre no exercício de um direito, embora típica, não apresenta o caráter de antijurídica. Ex:

- a) prisão em flagrante realizada por um particular;
- b) liberdade de censura prevista no artigo 142 do Código Penal;¹⁵
- c) direito de retenção permitido pelo CC;
- d) direito de correção do pai em relação ao filho.¹⁶

O CP exige que o agente obedeça aos requisitos traçados pelo Poder Público, além da obediência ao requisito subjetivo, ou seja, consciência da prática do fato em exercício regular de um direito.

3.4.1 Intervenções Médicas e Cirúrgicas

É dentro do amplexo da justificante do exercício regular de direito que a grande maioria da doutrina pátria situa a questão da intervenção médico-cirúrgica.

¹⁵ “Art. 142 - Não constituem injúria ou difamação punível:

I - a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador;

II - a opinião desfavorável da crítica literária, artística ou científica, salvo quando inequívoca a intenção de injuriar ou difamar;

III - o conceito desfavorável emitido por funcionário público, em apreciação ou informação que preste no cumprimento de dever do ofício.”

¹⁶ Op. Cit. p 400.

De um modo geral, a doutrina brasileira, manifestamente pobre a respeito do tema, não passa de considerações perfunctórias e estreitas sobre a questão, incluindo numa mesma vala todo tipo de cirurgia, com exclusão apenas daquelas proibidas, como a mutilação de partes do corpo para recebimento de seguro, que, por serem expressamente contrárias ao direito, não poderiam estar ao abrigo da excludente em questão.

Alguns poucos, entretanto, fazem a necessária distinção, no tratamento do problema, entre as chamadas cirurgias "normais", ou seja, aquelas cujos fins são exclusivamente terapêuticos, e as outras – que poderíamos chamar de *corretivas* ou *voluptuárias* –, que não têm finalidade terapêutica, mas de correção estética, ou de esterilização, ou, ainda, de transmutação sexual.

Dentre os que assim distinguem, pode-se citar Luis Regis Prado, para quem as intervenções cirúrgicas ditas "normais" estão abrigadas pelo exercício regular de direito, ao passo que as cirurgias sem fins terapêuticos mencionadas encontram justificção no consentimento do ofendido, embasado na sua livre disponibilidade do bem jurídico tutelado.¹⁷

Também as distingue Pierangeli¹⁸, que igualmente atribui a licitude das cirurgias sem fim terapêutico preponderantemente ao consentimento do ofendido, mas vê nas intervenções com finalidade terapêutica não uma hipótese de exercício regular de direito, mas caso de *atipicidade conglobante*¹⁹, sob o argumento de que o fato, malgrado encontre correspondência na descrição do dispositivo incriminador, carece de tipicidade por estar recomendado ou determinado por uma outra norma, o que lhe retira a antinormatividade, necessária para constituir uma conduta típica.

Feita tal distinção, entretanto, entendemos que, à exceção dos casos extremos de estado de necessidade, tanto nas cirurgias terapêuticas quanto nas ditas *voluptuárias*, há, de regra, de se agregar o exercício regular de direito – qual seja, o direito do cirurgião de exercer a medicina – ao consentimento do paciente, sem o qual, entendemos, a cirurgia implica violação do direito à liberdade e disponibilidade do próprio corpo.

Da mesma forma, em ambas é necessário o consentimento do paciente, que se pode recusar, eventualmente, à intervenção, por diversas razões, desde motivos religiosos até pela ponderação dos riscos, ou pela opção por um método terapêutico diverso, de forma que não se lhe pode impor, de regra, o tratamento cirúrgico. Impende ressaltar que muitas vezes esse consentimento é presumido, como nos casos em que o indivíduo, vítima de um acidente, é

¹⁷ Op cit. p. 214-216.

¹⁸ Op. cit. p. 192

¹⁹ Ibidem. p. 458-463

levado inconsciente ao hospital e a cirurgia é o tratamento mais recomendável (não único e necessário, porque a hipótese aí resolver-se-ia no campo do estado de necessidade).

Nesse sentido, FREDERICO MARQUES preleciona que, seja no tratamento médico-cirúrgico, seja na transfusão de sangue, ou na própria cirurgia estética, a excludente de injuridicidade da intervenção médica decorre do exercício regular da profissão médica *"de par com o consentimento do interessado... tudo dando causa à licitude da conduta típica."*²⁰ NORONHA, na mesma esteira de pensamento, preconiza que *"ao lado do consentimento do paciente, há a regulamentação da cirurgia, cuja necessidade é irrecusável, incumbindo-se o Estado de regulá-la, fiscalizá-la, etc., de tudo isso se originando o exercício regular de quem a pratica."*²¹

Na doutrina brasileira, portanto, com essas pequenas discrepâncias, há verdadeiro consenso quanto a situar no campo do exercício regular de direito as intervenções cirúrgicas.²²

3.4.2 Lesões Desportivas

Praticamente tudo o que foi dito no tocante às intervenções cirúrgicas pode-se aplicar, *mutatis mutandis*, à questão das lesões desportivas.

A doutrina brasileira tende a posicionar a questão no sítio do exercício regular de direito, com fundamento, basicamente, no fato de que as práticas desportivas são atividades fomentadas pelo Estado e, pois, sua prática é direito do indivíduo, que só responderá por eventuais excessos, a título de dolo ou culpa.

Conforme lição de ANÍBAL BRUNO, seria absurdo que a ordem jurídica, ao tempo em que autorizasse a prática desses esportes, viesse a considerar criminosas as suas conseqüências lesivas, previsíveis.²³

Realmente, se o Estado permite, regulamenta e até estimula a prática de esportes, seria um contra-senso que incriminasse as naturais decorrências dos embates esportivos. *"Se o direito, em qualquer dos seus ramos, aprova a prática de determinado ato, é claro que a legislação penal não poderia contrariar a norma permissiva e considerar punível o acontecimento,"*²⁴ já que o ordenamento jurídico é uno.

²⁰ MARQUES, José Frederico.. ob. cit., p. 194

²¹ NORONHA, E. MAGALHÃES. ob. cit., p. 203

²² Além dos já citados autores, MIRABETE, Julio Fabbrini, Manual de Direito Penal – Parte Geral. Editora Atlas. 1993 p. 192; e JESUS, DAMÁSIO E. ob. cit., p. 346.

²³ BRUNO, Anibal. Direito Penal- parte geral. São Paulo. Forense. 2005. p 16

²⁴ GARCIA, Basileu. *Instituições do direito penal*. v.1. 6.ed. rev. e atual. São Paulo. Max Limonad, 1982. p. 352.

Ressalte-se: o direito cujo exercício é permitido não é o de lesar o adversário – salvo nos casos em que o esporte tem como base a violência, caso das lutas corporais em suas várias modalidades – mas o de praticar todas as ações que, dentro dos limites das regras daquele esporte, sejam legítimas e adequadas. Como lembra MIRABETE, haverá crime quando o agente intencionalmente desobedecer às regras esportivas, causando resultados lesivos.²⁵

De se ressaltar que alguns autores pátrios, como FREDERICO MARQUES e MAGALHÃES NORONHA, a exemplo do que pensam sobre as intervenções cirúrgicas, exigem que para o reconhecimento da licitude das lesões decorrentes de práticas esportivas, além do exercício regular de atividade permitida, é também necessária a complementação do consentimento do envolvido.

Entende-se que há esportes em que ocorre o emprego de violência, mas esta *"não constitui delito porque ocorre exercício regular de direito, que se funda na permissão e regulamentação do Estado e no consentimento válido dos que participam dessas práticas. Aquele dita as regras que têm de ser observadas e assegura a realização. Estes, tomando parte em tais jogos, sabem que irão dar e receber golpes."*²⁶

Dá-se, assim, o merecido relevo ao consentimento do ofendido²⁷, já que sem este, por óbvio, não pode a pessoa estar sujeita a ofensas à sua integridade sob pretexto de uma prática desportiva da qual não consente em participar.

Também se mostra relevante a regulamentação ou permissão do Estado para a prática desportiva. Assim, determinada atividade, que podem ser consideradas por alguns mais afoitos como "esporte", como a disputa automobilística em vias públicas, ou o jogo da "roleta russa", porque contrários à ordem jurídica, não podem ter suas eventuais conseqüências lesivas acobertadas pelo exercício regular do direito, ainda que haja, eventualmente, o consentimento dos seus participantes na sua prática.

É, pois, preciso que se somem, o consentimento e a regularidade da atividade esportiva para que se verifique a justificativa.

Enfim, para alguns autores como Heleno Fragoso²⁸, o que justifica a lesão resultante de prática desportiva não é o exercício regular de direito, mas a sua adequação social.

²⁵ Op. cit. p 191.

²⁶ NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito penal: introdução e parte geral*. v.1. 34.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 203. .

²⁷ Para alguns autores é causa supralegal de exclusão da ilicitude.

²⁸ Fragoso, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – parte geral*. Forense. Rio de Janeiro. 1984 p. 199.

3.5 Estado de Necessidade

O Estado de necessidade "é o sacrifício de um interesse juridicamente protegido, para salvar de perigo atual e inevitável o direito do próprio agente ou de terceiro, desde que outra conduta, nas circunstâncias concretas, não era razoavelmente exigível"²⁹.

O estado de necessidade, diferentemente da legítima defesa, justificativa que sempre existiu, desde as mais remotas legislações, entre os povos mais antigos, não era considerado um instituto autônomo pelos romanos, nem canonistas, nem práticos medievais.

Admitia-se o estado de necessidade, mas com aplicação apenas em casos particulares, como furto famélico, aborto para salvar a vida da gestante, o ato do capitão que, para salvar o navio em perigo, deitasse o carregamento ao mar.

Basileu Garcia, em sua obra Instituições de Direito Penal, lembra o caso do "iate *La Mignonette*, cujo capitão e seu imediato, sobrevivendo ao naufrágio da embarcação, após 18 dias de sofrimento no mar, mataram um tripulante, para saciar a fome e a sede, como se fossem canibais. Esse fato, ocorrido em 1884, foi julgado na Inglaterra. Condenados os réus à pena de morte, beneficiaram-se em seguida com uma comutação, para prisão por seis meses".

30

Situações injustas como essa existiam, pois o estado de necessidade carecia de apoio doutrinário e maneira geral de tratamento a fim de torna-lo figura independente e sistematizada no quadro das discriminantes.

Os jusnaturalistas é que deram a noção geral a esta discriminante. A partir de então, diz Nelson Hungria, "surgiram divergências quanto ao efeito jurídico penal da *necessitas cogens*: diziam uns que era excluída a imputabilidade ou a culpabilidade do agente (dada a sua conseqüente perturbação de ânimo ou coação psicológica) e não a injuricidade do fato; outros entendiam que era suprimida a injuricidade: desde que, no conflito de interesses, era posto a salvo o preponderante, o estado de necessidade tornava *factum licitum* o sacrifício do direito menos valioso".³¹ Durante muito tempo a doutrina orientou-se no sentido da primeira corrente.

Após esta fase, a doutrina passou a considerar que, em alguns casos no estado de necessidade não há crime, é dizer: o fato necessitado é lícito.

O Código Penal de 1890 foi mais rígido do que o atual na configuração do estado de necessidade, que assim preceituava no art. 32: Não serão também criminosos: 1) os que

²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 3.ed.. São Paulo. Revista dos Tribunais. p. 152.

³⁰ Op. Cit. p 330.

³¹ HUNGRIA, Nelson. *Comentário ao código penal*. v. I., t. II. Rio de Janeiro. Forense, 1958. p.270.

praticarem o crime para evitar mal maior". Podemos perceber que a legislação revogada exigia desigualdade entre os bens em entreechoque e predominância do interesse mais importante.

O Código Penal brasileiro de 1969, que não chegou entrar em vigor, também adotava a *teoria diferenciadora* em seu artigo 25, ao dispor não ser culpado quem:

para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando o superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa.

O Código Penal vigente optou pela *teoria unitária*, isto é, consagra o estado de necessidade como excludente de criminalidade, sem as restrições adotadas pela legislação alemã, não estabelecendo expressamente a ponderação de bens, não definindo a natureza dos bens em conflito ou condição dos titulares dos respectivos bens.

Vejamos a redação do art. 24 do Código Penal:

Considera-se em estado de necessidade que pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

Mas essa orientação não é pacífica. Para alguns o Código Penal prevê, embora impropriamente, no seu art. 24, tanto o estado de necessidade que exclui a ilicitude como aquele que exclui a culpabilidade. Para outros o referido dispositivo só trata de necessidade justificante (como excludente da ilicitude).

A maioria dos doutrinadores orienta-se no sentido de que o art. 24 do Código Penal só trata do estado de necessidade como excludente de ilicitude. Dentre eles, temos: Paulo José da Costa Júnior, Alberto Silva Franco, Aníbal Bruno, Nelson Hungria, Francisco de Assis Toledo.

Contrariando a doutrina majoritária, temos o pensamento de Heleno Cláudio Fragoso:

A legislação vigente, adotando fórmula unitária para o estado de necessidade e aludindo apenas ao sacrifício de um bem que, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se, compreende impropriamente também o caso de bens de igual valor (é o caso do naufrago que, para reter a única tábua de salvamento, sacrifica o outro). Em tais casos subsiste a ilicitude e o que realmente ocorre é o estado de necessidade como excludente da culpa (inexigibilidade de outra conduta) [...] ³²

E continua:

O estado de necessidade é excludente da ilicitude quando, em situação de conflito ou colisão, ocorre o sacrifício do bem de menor valor. A

³² Fragoso, Heleno Cláudio. Op. Cit. P. 189

inexigibilidade de outra conduta, no entanto, desculpa a ação quando se trata do sacrifício de bem de igual ou de maior valor, que ocorra em circunstâncias nas quais ao agente não era razoavelmente exigível comportamento diverso, excluindo, pois, a culpabilidade. O estado de necessidade previsto no art. 24 do CP vigente, portanto, pode excluir a antijuridicidade ou a culpabilidade, conforme o caso.

Para Zaffaroni, existem algumas conseqüências que a teoria unitária não consegue explicar satisfatoriamente.

Admitir que todo e qualquer estado de necessidade é justificante leva à aceitação, como conseqüência inafastável, de que no exemplo tão repetido dos naufragos que lutam pela posse da tábua que somente pode manter um deles flutuando, ambos atuam justificadamente, vale dizer, que ambos têm uma permissão legal para matar, e, portanto, se irá impor o mais forte. O direito converte em jurídico um resultado decorrente de força.

Por outro canto, não há dúvida de que quem ajuda aquele que atua justificadamente também atua de acordo com o direito, razão pela qual qualquer pessoa alheia ao naufrágio e ao perigo poderá ajudar justificadamente a qualquer dos naufragos, o que se apresenta como absurdo.

³³

3.5.1 Requisitos do Estado de Necessidade

3.5.1.1. Atualidade do perigo

Atual deve ser entendido como o que está acontecendo. Trata-se de uma situação presente. Assim, não se pode fazer valer do uso da excludente quando estiver o agente sob perigo tido como incerto, passado ou ainda futuro, pela inexistência de uma probabilidade de ofensa ou lesão ao bem jurídico em questão. Também em oportuno estudo, temos Zaffaroni e Pierangeli, que sustentam:

O requisito da existência de um perigo atual para um bem jurídico de maior importância deve vincular-se com a inexistência de outro meio de evitá-lo. A 'atualidade' do perigo indica que não existe, de momento, outro meio de evitá-lo, mas tampouco que exista um lapso temporal por vir, que criasse a possibilidade do meio, por enquanto inexistente, surgir ou apresentar-se disponível.

3.5.1.2. Inevitabilidade do perigo e inevitabilidade da lesão

Opõe-se como questão fundamental para a existência do estado de necessidade a inevitabilidade do perigo, assim como seja inevitável a lesão ao bem jurídico de terceiro, sendo possível e admitida a fuga. No entanto deve ser elevada a posição de Aníbal Bruno, que alerta no sentido no qual o agente do fato necessário deve atuar de forma a causar o menor estrago ou dano possível ao bem ou interesse de terceiro ⁽¹⁰⁾, sob pena de agindo em excesso,

³³ Op Cit. P

seja culposo ou doloso, não sobrevir por sobre a excludente em análise. Trata-se do denominado *excesso punível*, previsto no parágrafo único do artigo 23 do CPB. Deve-se declinar a compreensão deste elemento como sendo que a ação realizada deve constituir o único meio para evitar e salvaguardar o bem jurídico em perigo.

No entanto, necessário entender que o sentido expressado se remeta para que seja desferido o meio menos lesivo nesta proteção. Em posição particular, temos, novamente Mir Puig, que destaca em criterioso magistério:

también el ejercicio de un deber puede tener de común con el estado de necesidad una situación de conflicto entre intereses. Así, cuando un agente de la Autoridad ha de detener a un delincuente: aquí entran en conflicto el interés del delincuente en su libertad y los intereses del Derecho que exigen su detención. El agente de la Autoridad ha de actuar en defensa del orden jurídico. En casos como éste el ejercicio del deber constituye una causa de justificación intermedia entre la legítima defensa y el estado de necesidad. (...) Cuando recae sobre un infractor del Derecho, el ejercicio de un deber permite, pues, si es necesario, lesionar intereses de aquél en sí más importantes que los que se defiendan (principio de necesidad), pero solo en la medida en que la lesión guarde proporcionalidad con la gravedad de la infracción (principio de proporcionalidad). En suma: en estos casos de ejercicio del deber se permite ir más allá del estado de necesidad – no hace falta respetar el límite exacto de que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar -, pero sin que pueda desaparecer la proporcionalidad.³⁴

O art. 24 do Código Penal vigente mantendo a redação originária do anterior permaneceu fiel à teoria unitária, que explica o estado de necessidade como excludente de ilicitude, quer quando o bem jurídico sacrificado seja de menor valor que o bem ameaçado, quer quando seja de igual valor.

3.5.1.3. Involuntariedade na causa do perigo

Outro elemento que compõe a estrutura do instituto se dirige à impossibilidade de arguição do estado de necessidade por quem deu causa do perigo. Contudo, trata-se de posição das mais controversas, pois o entendimento doutrinário não é pacífico, dispondo considerações variadas. Versa a questão sobre a polêmica acerca da valoração da vontade, onde Vincenzo Manzini prepondera pela inexistência do estado de necessidade sempre que o perigo for provocado culposa ou dolosamente pelo agente³⁵. Incorre nesta esteira a lição

³⁴ PUIG, Santiago Mir. *Derecho penal: parte general*. 4.ed. Barcelona: Reppertor, 1996. p.446.

³⁵ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1980.p 190 *apud* MANZINI, Vincenzo. *Trattato di diritto penale*, v.2., p. 353.

cotejada por Zaffaroni e Pierangeli: *"Obviamente, não existe necessidade quando a situação foi provocada intencionalmente, posto que a conduta típica que provoca a necessidade não pode ficar atípica pela própria situação de necessidade que ela cria."*³⁶

No entanto, em caminho diverso temos Nelson Hungria: *"cumpre que a situação de perigo seja alheia à vontade do agente, isto é, que este não a tenha provocado intencionalmente ou por grosseira inadvertência ou leviandade"*³⁷

O entendimento predominante em nossas cortes se remete ao não reconhecimento da excludente somente quando incorreu o agente em dolo na produção do perigo.

3.5.1.4. Inexigibilidade do sacrifício do bem ameaçado

Trata-se da importância do bem ameaçado em relação ao que se sacrifica, ou seja, refere-se a um "confronto" de valoração entre ambos. No entanto, esta comparação não deve ser feita sob rigor extremo de valoração dos bens em questão. Contudo, os bens jurídicos oferecem e remetem-se à uma graduação, ou seja, uma escala valorativa, que deve ser posta à luz da análise quando da argüição do estado de necessidade. Trata-se da condição preponderante da modalidade do estado de necessidade justificante³⁸.

*"La fórmula legal resulta de la máxima amplitud. En primer lugar, no limita los bienes jurídicos de otra persona que pueden lesionarse, y sólo hará falta que su lesión constituya un hecho previsto em algún precepto penal, pues de outro modo no seria precisa la eximente"*³⁹

3.5.1.5. Conhecimento da situação justificadora da conduta

Por meio deste elemento, como já dissemos anteriormente⁴⁰ somente haverá a situação excludente se o agente tinha consciência da situação de perigo e se agiu com a vontade dirigida a salvaguarda o bem jurídico ameaçado. Como leciona Leal, *"essa vontade virtuosa representa o batismo jurídico da purificação da conduta praticada em estado de necessidade, a qual perderá seu caráter de contrariedade às normas do Direito"*⁴¹.

Do Acórdão nº 1992.01.001244-0:

³⁶ Op Cit. p 598.

³⁷ Op Cit. p 273.

³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Op Cit. p. 158

³⁹ PUIG, Santiago Mir. Op Cit. 461

⁴⁰ Posicionamento de Damásio de Jesus e Luis Régis, citados às fls 24 e 25.

⁴¹ LEAL, João José. Direito penal geral. São Paulo: Atlas, 1998, p.254

Acordão desta corte e sentença *a quo* hostilizados, na presunção de que as decisões contrariam a evidência dos autos, ao não apreciar o alegado estado de necessidade e o pequeno valor da *res furtiva*, considerando como fundamento para a condenação a falta de infamação aos superiores dos acusados, da situação de penúria porque passavam indemonstrados, mais uma vez, a ocorrência do estado de necessidade (art 39, CPM) e a possibilidade de aplicação do § primeiro do artigo 240 do CPM (furto atenuado). Conhecido o pedido, julgando-o improcedente por falta do amparo legal.⁴²

3.5.2 Exclusão do estado de necessidade

Não pode alegar estado de necessidade o agente que tem o dever legal de enfrentar o perigo, como preceitua o § 1º do artigo 24 do CPB.

São pessoas que em razão da função ou ofício, tem o dever legal de enfrentar o perigo, não lhes sendo lícito sacrificar o bem de terceiro para a defesa do seu próprio⁽¹⁹⁾.

Podemos elencar como ingressos neste rol o bombeiro, o guarda de penitenciária, o soldado, dentre outros.

No entanto, na análise desta exclusão, insurge uma questão fundamental, pois a lei fala em *dever legal*. Neste diapasão, está impossibilitado de alegar que se encontra em estado de necessidade quem se acha sob *dever jurídico*?

A doutrina, em sua ampla maioria⁴³, tenciona por uma análise em sentido *latu* do termo dever legal, abarcando assim, o conceito de dever jurídico.

Essa opinião ganha força quando analisada a Exposição de Motivos da Parte Geral do Código de 1940, que não foi alterada pela Reforma de 1984, que dispõe: "*A abnegação em face do perigo só é exigível quando corresponde a um especial dever jurídico*".

Desta forma, depreende-se o entendimento de quem tem por dever enfrentar o perigo se refere tanto ao bombeiro, pela sua obrigatoriedade de dever legal, assim como ao guarda particular, pela sua obrigatoriedade em face de dever jurídico colacionado pela relação advinda do contrato de trabalho.

No entanto, destarte a obrigação, não se deve exigir qualquer ato de heroísmo ou ainda abdicação de direitos fundamentais, pois a finalidade do dispositivo é evitar que pessoas

⁴² BRASIL. STM. Revisão Criminal. Relator: Jorge Frederico Machado de Sant'anna. Brasília. 26/11/1992. Lex: página consultada no site www.stm.gov.br em 05/11/2007

⁴³ Em sentido contrário: Nelson Hungria e Basileu Garcia.

obrigadas a vivenciar situações de perigo, ao menor sinal de risco, se furtem ao seu compromisso.

3.5.3 .Casos de estado de necessidade previstos na parte especial do CP

A legislação brasileira prevê em diversas oportunidades o estado de necessidade, tendo-o por fundamento.

Pode-se citar como exemplo o aborto necessário que se encontra tipificado no artigo 128, I do CP. Entre os dois bens que estão em perigo – a vida da mãe e a vida do feto – o direito penal fez clara opção pela vida da mãe.

Outra hipótese é a do ingresso autorizado por flagrante delito elencada pelo mestre Magalhães Noronha, que leciona no sentido em que no artigo 150, que dispõe sobre a violação de domicílio, redige o § 3º, em seu inciso II, a incoerência de qualquer delito se a entrada em casa alheia se der quando algum crime estiver acontecendo naquelas dependências, ou então, na iminência de acontecer. Destaca ainda que a entrada pode ser tanto para fins de legítima defesa como para estado de necessidade.⁴⁴

4. AS EXCLUDENTES DE ILICITUDE NO DIREITO PENAL MILITAR

Previstas no artigo 42 do CPM:

Art. 42. Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento do dever legal;

IV - em exercício regular de direito.

Parágrafo único. Não há igualmente crime quando o comandante de navio, aeronave ou praça de guerra, na iminência de perigo ou grave calamidade, compele os subalternos, por meios violentos, a executar serviços e manobras urgentes, para salvar a unidade ou vidas, ou

⁴⁴ Op. Cit. p 194.

evitar o desânimo, o terror, a desordem, a rendição, a revolta ou o saque.

4.1 Legítima Defesa

Prevista no artigo 42, II do CPM e definida no artigo 44: “encontra-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.”

4.1.1 Possibilidade de fuga

Nas palavras de Jorge Alberto Romeiro citando Heleno Fragoso: “se pode a fuga não afetar os brios de um civil, sendo até preferível no caso de agressão praticada por um inimputável, segundo alguns autores, o mesmo não ocorre com o militar.”⁴⁵

O sentimento de honra do militar é incompatível com a fuga diante de qualquer agressor a direito seu ou de outrem.⁴⁶

O nosso CPM prevê, ao contrário, por exemplo do CPM italiano, a legítima defesa para proteção da honra, bem como desconsidera em seu artigo 47, II como elementos constitutivos do crime a qualidade de superior ou a de inferior, a de oficial de dia, de serviço ou de quarto, ou a de sentinela, vigia, ou plantão, quando a ação é praticada em repulsa a agressão.

Art. 47. Deixam de ser elementos constitutivos do crime:

[...]

II - a qualidade de superior ou a de inferior, a de oficial de dia, de serviço ou de quarto, ou a de sentinela, vigia, ou plantão, quando a ação é praticada em repulsa a agressão.

4.1.2 Lesões Leves Recíprocas

⁴⁵ ROMEIRO. Op Cit. P 134 *apud* FRAGOSO. Op Cit. P 192.

⁴⁶ BANDEIRA, Esmeraldino. *Tratado de Direito Penal Militar*. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro Bastos Editor, 1925.p 381

Pelo texto do artigo 209, § 5º do CPM:”no caso de lesões leves, se estas são recíprocas, não se sabendo qual dos contendores atacou primeiro...o juiz pode diminuir a pena de um a dois terços”.

Art. 209. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

[...]

§ 5º No caso de lesões leves, se estas são recíprocas, não se sabendo qual dos contendores atacou primeiro, ou quando ocorre qualquer das hipóteses do parágrafo anterior, o juiz pode diminuir a pena de um a dois terços.

Entretanto, já é jurisprudência pacífica no sentido de que na dúvida sobre quem estaria em legítima defesa, a absolvição de ambos é a solução correta. Nesse sentido também tem se pronunciado o STM interpretando o § 5º do artigo 209 como norma de aplicação facultativa e não necessária.

Este dispositivo também foi “copiado” do CP comum de 1969, que não chegou a vigorar.

4.1.3 Excesso de Legítima Defesa

Ocorre quando o agente ao defender-se de injusta agressão, atual ou iminente a direito seu ou de outrem, não usa moderadamente os meios necessários como manda a lei.

Discute-se se esse excesso estaria representado pelo emprego do meio desnecessário ou somente pelo uso imoderado do meio necessário.

A doutrina⁴⁷ e a jurisprudência⁴⁸, inclusive o STF admitem o excesso em ambos os casos. O excesso deve ser examinado à luz do caso concreto, de acordo com as circunstâncias e deve expressar um resultado mais grave do que o resultado suportado.

De acordo com o CPM o excesso pode ser doloso ou culposo. Em nenhum dos casos, excetua-se a legítima defesa. O agente fica coberto pela discriminante até o momento do excesso. O agente só é punido pelo fato constitutivo do excesso.

O excesso é culposo quando o defendente não queria provocá-lo, sendo este resultado de erro inescusável na apreciação do ataque ou na proporção da repulsa. É doloso quando consciente do ataque o defendente quis provocá-lo por vingança, ira ou motivo semelhante.⁴⁹

⁴⁷ HUNGRIA. Op cit. p 304 e 595-7.

⁴⁸ HC 53-849-SE

⁴⁹ ROMEIRO. Op Cit Pág 138.

No excesso culposo, se o erro é inescusável, só responde o agente pelo fato se este for punível a título de culpa. Se o erro é escusável não é punível o defendente por tratar de inexigibilidade de conduta diversa.

No excesso doloso, o agente responde por seu resultado como crime doloso, cabendo atenuação da pena.⁵⁰

Para medir a adequação ou demasia da defesa, não se deve fazer o confronto entre o mal sofrido e o mal causado pela reação, que pode ser sensivelmente superior ao primeiro, sem que por isso fique excluída a discriminante. O confronto deve ser feito entre os meios defensivos que o agredido tinha à sua disposição e os meios empregados. Se estes foram os únicos que *in concreto* tornavam possível a repulsa da violência de outrem, não haverá excesso, por maior que seja o mal sofrido pelo agressor.⁵¹

Nesse sentido, decisão do STM, na Apelação nº 43.030-0-PE, em que foi mantida a absolvição de militar que reagiu a golpe de faca à agressão desarmada de outro militar de porte físico bem mais avantajado que o dele.

Temos ainda no Acórdão nº 1990.01.001239-3 MG : “Não se pode exigir perfeita equação entre o *quantum* da reação e a intensidade da agressão, desde que o necessário meio empregado tinha de acarretar, por si só, inevitavelmente, o rompimento da referida equação. Age sob o palio do artigo 44 do CPM quem, por ato de defesa própria, mediante repulsa adequada, repele a agressão a integridade física e impede iminente violência corporal.”⁵²

No Acórdão 1990.01.045963-4:

Lesões Corporais – sentinela que atira em pessoa estranha por adentrar em área militar no período noturno- justo receio da vítima que não atendeu as advertências de parar. Inexigibilidade de outra conduta, nas circunstâncias como os fatos ocorreram. Nega-se provimento ao apelo do MPM, para se confirmar a sentença recorrida. Decisão unânime.⁵³

E no sentido do não reconhecimento da legítima defesa, o Acórdão nº 998.01.001572-0 MS: “provada a violenta agressão, nada ficou constatado ter sido a mesma ocasionada para

⁵⁰ Artigo 46 do CPM:

Excesso doloso

Art. 46. O juiz pode atenuar a pena ainda quando punível o fato por excesso doloso.

⁵¹ MANZINI. Op Cit. p 367-8.

⁵² BRASIL. STM, Acórdão 1990.01.001239-3. Partes: Soldado da aeronáutica. Relator: EVERALDO DE OLIVEIRA REIS. Brasília. 05/09/1991 . Lex: jurisprudência do STM em www.stm.gov.br.

⁵³BRASIL. STM, Acórdão 1990.01.045963-4. Apelação – Confirmação da sentença recorrida. Relator: **ANTONIO CARLOS DE NOGUEIRA**. Brasília. 17/04/1990. Lex: jurisprudência do STM em www.stm.gov.br acessada em 04/11/2007.

repelir injusta agressão, não estando assim, presente a excludente de crime ínsita no inciso II do art. 42 do CPM. Decisão unânime.”⁵⁴

4.2 Estrito Cumprimento do Dever Legal e Exercício Regular de um Direito

Previstas no inciso III e IV, respectivamente, do artigo 42 do CPM. No CPM de 1944 as duas causas vinham englobadas num só inciso, separadas apenas pela conjuntiva “ou”. A alteração no CPM atual, mais uma vez foi sob inspiração do CP comum de 1969 (revogado antes de entrar em vigor) que previa pela primeira vez essa separação no nosso direito positivo.

Nas palavras de Jorge Alberto Romeiro:

A diferença entre as duas discriminantes reside na circunstância de, no estrito cumprimento de dever legal, tornar-se ilícito o fato tipificado na lei como crime, em virtude de a sua prática defluir de um dever imposto, também, pela lei; enquanto, no exercício regular de um direito, decorrer não de um dever, mas de uma faculdade (direito subjetivo), também concedida por ela. Assim, clara como a luz meridiana é a *ratio legis* ao admitir, expressamente, as duas discriminantes, pois constituiria um absurdo impor a lei um dever ou conceder uma faculdade, cujos desempenhos fossem ao mesmo tempo ilegais.⁵⁵

Podemos citar como exemplo de Estrito Cumprimento do Dever Legal, o soldado que fuzila outro em cumprimento a pena de morte prevista pelos artigos 55, a e 56 do CPM. E como exemplo de Exercício Regular de um Direito, o advogado ou médico que mesmo desobrigado pela parte interessada de guardar segredo, se recusa a testemunhar, nos termos do artigo 355 do CPPM.

Para configuração do Estrito Cumprimento do Dever Legal e do Exercício Regular de um Direito é necessário que o agente se mantenha rigorosamente dentro dos limites da lei. Ultrapassados os limites legais, responde pelo excesso nos termos do artigo 45 e seu § único e 46 do CPM nos mesmos moldes do que ocorre nos casos de excesso na legítima defesa.

No Acórdão nº 1996.01.001500-3 do STM:

Arquivamento de IPM fundado em reconhecimento ed excludente de estrito cumprimento do dever legal. Impugnação oferecida pelo

⁵⁴BRASIL. STM, Acórdão 998.01.001572-0. REPRESENTAÇÃO - INEXISTÊNCIA DE LEGÍTIMA DEFESA. Relator: OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR. Brasília. 12/05/1998. Lex: jurisprudência do STM em www.stm.gov.br acessada em 04/11/2007

⁵⁵ Op cit. pág 140.

Corregedor-geral da Justiça Militar. Índícios de Ilicitude. A recomendarem remessa dos autos ao Procurador-Geral, Ex VI do artigo 397§ único do COM. Correição Deferida. Decisão Majoritária.⁵⁶

4.3 Estado de Necessidade

A discussão acerca de ser o Estado de Necessidade causa de exclusão de culpa ou de ilicitude é antiga, havendo duas teorias acerca dessa questão.

A teoria diferenciadora, como já ressaltado, foi consagrada pela doutrina e jurisprudência alemãs que diferenciaram o Estado de necessidade justificante (excludente de ilicitude) do Estado de necessidade exculpante (excludente da culpabilidade), fazendo o balanço dos bens e interesses em conflito.

Conforme já foi dito anteriormente, o CP Comum adota a teoria unitária, enquanto o CPM adota a teoria diferenciadora.

Essa divergência se explica, pois o nosso CPM foi editado sob influência do CP de 1969 que previa a adoção da teoria diferenciadora e acabou sendo revogado antes mesmo de entrar em vigor.

Obviamente, havia no legislador castrense a intenção de criar uma identidade entre o DPM e o DP comum, mas em função da revogação do CPM de 1969 acabou ocorrendo o contrário com relação ao Estado de Necessidade.

O Estado de Necessidade justificante está previsto no Artigo 42, I e 43 do CPM, enquanto o Estado de Necessidade exculpante aparece nos artigos 39 do CPM.

O perigo certo e atual mencionado nos artigos 39 e 43, remonta a idéia de um dano presente e imediato, não sendo aceito o perigo meramente possível por ser incerto. A aferição dos bens ou interesses em confronto deve ser objetiva sem deixar de lado o prisma subjetivo.

O Estado de Necessidade, seja ele justificante ou exculpante, só pode ser invocado se o agente não causou dolosamente ou culposamente a situação de perigo.

4.3.1 Estado de Necessidade Exculpante

Baseia-se na Inexigibilidade de conduta diversa para fundamentar a não-culpabilidade do agente. De acordo com o artigo 39 do CPM, o direito alheio sacrificado deve ser igual ou superior ao bem protegido.

⁵⁶ BRASIL. STM. Correição Parcial. Acórdão nº 1996.01.001500-3. Relator: Paulo Cesar Cataldo. Brasília. 14/051996. Lex: decisão publicada em www.stm.gov.br, consultada em 10/11/2007.

Podemos citar os exemplos de Jorge Alberto Romeiro em seu Curso de Direito Penal Militar, Parte Geral:

“São os casos do náufrago que arrebatou a outro a tábua de salvação (*tabula unius capax*), deixando-o morrer afogado(direitos iguais), ou do soldado que desertou, para socorrer um filho enfermo e sem recursos (direito militarmente superior ao protegido).”⁵⁷

Acerca do segundo exemplo de Jorge Alberto Romeiro vale a leitura da Súmula 3 do STM:“Não constituem excludentes de culpabilidade, nos crimes de deserção ou insubmissão, alegações de ordem particular ou familiar desacompanhadas de provas.”

A Súmula 3 não afasta as alegações de ordem particular ou familiar, apenas exige que venham acompanhadas de provas, não poderia ser diferente

A pessoa prejudicada pelo Estado de Necessidade pode invocar a legítima defesa.

Sendo considerado razoável o sacrifício do direito ameaçado, o juiz pode atenuar a pena tendo em vista as condições pessoais do réu (artigo 41, 2ª parte):

Art. 41. Nos casos do Art. 38, letras **a** e **b**, se era possível resistir à coação, ou se a ordem não era manifestamente ilegal; ou, no caso do **Art. 39**, se era razoavelmente exigível o sacrifício do direito ameaçado, o juiz, tendo em vista as condições pessoais do réu, pode atenuar a pena.

4.3.2 Estado de Necessidade Justificante

Previsto nos artigos 42,I e 43 do CPM:

Art. 42. Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

[...]Estado de necessidade, como excludente do crime

Art. 43. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para preservar direito seu ou alheio, de perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, desde que o mal causado, por sua natureza e importância, é consideravelmente inferior ao mal evitado, e o agente não era legalmente obrigado a arrostar o perigo.

Nos casos de excesso culposo, o agente responde pelo excesso se este for previsto como crime culposo nos termos do artigo 45 do CPM. Mas o próprio artigo 45 em seu § único traz a hipótese de ficar impune o agente caso o excesso resulte de “excusável surpresa ou perturbação de ânimo, em face da situação”.

Art. 45. O agente que, em qualquer dos casos de exclusão de crime, excede culposamente os limites da necessidade, responde pelo fato, se este é punível, a título de culpa.

⁵⁷ Op cit. p 130.

Excesso escusável

Parágrafo único. Não é punível o excesso quando resulta de escusável surpresa ou perturbação de ânimo, em face da situação.

A pessoa prejudicada não pode invocar legítima defesa, mas pode agir igualmente em Estado de Necessidade.⁵⁸

4.4 Discriminante do Comandante de navio, aeronave ou praça

Ao contrário do que defendem alguns autores, esse dispositivo não traduz uma figura especial do gênero Estado de Necessidade. O perigo de dano às pessoas só entra em consideração de modo indireto, sendo o objetivo principal do comandante salvar a unidade e evitar o desânimo, o terror, a desordem, a rendição, a revolta ou o saque. Não é indispensável que o comandante não tenha provocado o perigo, nem que pudesse tê-lo evitado.

Essa discriminante trata de uma hipótese típica de cumprimento de dever legal, com destaque de discriminante específica, com o intuito de impedir crimes militares tipificados pela omissão dos comandantes de navios, aeronaves ou praças de guerra.

Para Esmeraldino Bandeira⁵⁹, a expressão perigo ou grave calamidade deveria ser mudada para perigo grave ou calamidade já que “toda calamidade já é por si só grande ou grave desgraça, ao passo que nem todo perigo é grave.”

O Artigo 42 em seu § único se refere aos subalternos, no plural. Logo, a morte de um líder opositor poderia por exemplo alcançar a *voluntas legis*, ainda que sob forma de ameaça, de exemplo aos demais.

Se a morte do subordinado ou qualquer outro meio violento empregado pelo comandante para o cumprimento do dever extrapolar os limites da necessidade configura-se o excesso nos termos do artigo 45 e seu § único e 46 do CPM nos mesmos moldes do que ocorre nos casos de excesso na legítima defesa.

⁵⁸ FRAGOSO. Op Cit. p 196.

⁵⁹ Op cit. p 337.

5 EXCLUDENTES DE ILICITUDE NO DIREITO PENAL INTERNACIONAL

A criação do Tribunal Penal Internacional, pela assinatura do Tratado de Roma em julho de 1998, abre uma nova perspectiva para os estudiosos do direito penal, em face das peculiaridades que assume um instrumento de persecução com institutos diversos daqueles com que se opera a justiça penal no âmbito de cada estado soberano.

A partir da Segunda Grande Guerra, e mais especificamente com a aprovação dos estatutos do Tribunal de Nuremberg, o conceito de responsabilidade subjetiva pela prática de crimes contra a humanidade inaugurou um novo sistema de justiça penal, pelo qual os agentes do próprio Estado, ainda que agindo sob o permissivo de suas leis nacionais, poderiam ser responsabilizados pela prática de crimes cujos resultados transcenderiam as fronteiras desse

mesmo Estado, vindo a atingir bens jurídicos cuja proteção interessa a toda a comunidade internacional.

Por essa nova visão, crimes como os de genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade, não podem mais ser vistos como atos de afronta às legislações penais internas, de exclusivo interesse de cada Estado.

A chamada resposta punitiva internacional teria de vir, portanto, de um sistema pelo qual fossem superadas as regras de imunidade dos agentes estatais e de aplicação de pena, dentre outras, através de mecanismos supranacionais independentes, desvinculados dos mecanismos internos de cada Estado direta ou indiretamente envolvido. A evolução da persecução penal internacional teria de vir, necessariamente, através da criação de um sistema institucionalizado e independente.

Esse é o perfil do Tribunal Penal Internacional, órgão jurisdicional permanente, resultado da lenta evolução por que vem passando a internacionalização dos sistemas de proteção aos direitos fundamentais. Veio em seguida à adoção de diversos instrumentos internacionais, os quais já previam em seus corpos a criação de Cortes com competência para julgar as violações de direitos humanos cometidas por agentes dos Estados, ou não devidamente apuradas e punidas pelos Estados, com competências sempre complementares às jurisdições internas.

O Tribunal Penal Internacional é fruto da evolução do sistema internacional de proteção e repressão a crimes de guerra, crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de agressão. Como instituição permanente, exerce jurisdição sobre os nacionais dos Estados-Partes, acusados pela prática daqueles delitos em seus Estados ou em outro Estado-Parte. O Tribunal só terá competência para processo e julgamento dos crimes cometidos após a entrada em vigor do Estatuto, e esta competência só poderá ser exercida quando demonstrado que o Estado não esteja disposto, ou não esteja em condições de levar a cabo a investigação, processo e julgamento dos crimes, ou que o processo não esteja sendo conduzido de forma imparcial e tendente a realmente a apurar e punir.

Seu caráter é pois subsidiário, respeitada assim a primazia da jurisdição interna. O maior e mais significativo avanço na estrutura do Tribunal Penal Internacional é a independência do Promotor, do órgão de persecução penal, que tem a iniciativa da investigação e da submissão de feitos à Corte. Pode o Promotor pois agir de ofício, ou por provocação do Conselho de Segurança ou de Estado - Parte. Desvincula-se assim a iniciativa da ação penal dos critérios políticos do Conselho de Segurança da ONU. A jurisdição

permanente, aliada à independência do Promotor, é o que assegura, de pronto, a independência e imparcialidade do TPI.

O TPI , como instituição permanente, exercerá sua jurisdição sobre pessoas, e em relação aos crimes mais graves de transcendência internacional, sempre tendo um caráter complementar às jurisdições internas. Vale dizer, o Tribunal exercerá sua jurisdição sempre que esgotadas, ou falhas, as instâncias internas dos Estados. A sede do TPI será na Haia, tendo personalidade jurídica internacional, vinculando-se ao sistema das Nações Unidas.

A competência do TPI vem descrita no seu Artigo 5: sobre o crime de genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e o crime de agressão. Para os Estados que aderirem posteriormente, a competência só poderá ser exercida sobre os fatos cometidos após a entrada em vigor para esse Estado (Artigo 11).

Os Estados, ao ratificar o Estatuto, estarão aceitando sua competência obrigatória, e somente sobre estes o Tribunal poderá exercer sua jurisdição. Em outras palavras, a Corte só tem jurisdição sobre os Estados-Partes no Estatuto, e desde que os crimes tenham sido cometidos nesse Estado, a bordo de nave ou aeronave desse Estado, ou por um seu nacional (Artigo 12). A iniciativa da investigação fica a cargo do Procurador, de ofício ou por provocação do Estado Parte ou do Conselho de Segurança da ONU (Artigo 13).

Em razão dessa regra, e como garantia da própria independência do Tribunal, uma série de normas asseguram a independência do Procurador, que tem poderes investigativos amplos (Artigo 15). O caráter do TPI é essencialmente acusatório, embora possuam os magistrados alguns poderes para requisitar complementação probatória. O Tribunal Penal Internacional rege-se pelo princípio da complementaridade. Não antecede os sistemas judiciais internos. Ao contrário, para exercer suas competências exige o preenchimento de uma série de requisitos atinentes à admissibilidade.

O Estatuto do TPI traz expresso o princípio da legalidade em seu Artigo 22. Não se admite a analogia, nem a interpretação extensiva. Também é expresso o princípio da legalidade das penas (Artigo 23), embora o sistema de penas nele previsto seja diverso daquele por nós reconhecido.

Assim é na previsão da estrita legalidade das penas, cuja previsão é tão somente em relação à qualidade destas (reclusão por até trinta anos ou prisão perpétua, além de multa e confisco do produto do crime - Artigo 77), sendo que deixa à livre discricionariedade dos juízes a quantidade da pena aplicável para cada delito.

Também prevê o Estatuto a irretroatividade de suas normas, exceto as que vierem a beneficiar o acusado (Artigo 24) . A responsabilidade penal é individual, previstas as figuras

de autor ou partícipe(Artigo 25). Deve-se destacar as previsões dos Artigos 27 e 28, que afastam as chamadas imunidades dos Chefes de Estado ou de qualquer autoridade que exerça cargos oficiais. Em regra, os crimes são punidos apenas a título de dolo (Artigo 30).

São inimputáveis os menores de dezoito anos (Artigo 26).

São consideradas circunstâncias eximentes: a doença mental ou desenvolvimento mental retardado, a legítima defesa e a coação diante de ameaça de morte ou lesões graves. Outras eximentes podem ser reconhecidas pela Corte (Artigo 31).

O art.7º do do CPM estabelece que, "Aplica-se a lei penal militar, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, ao crime cometido, no todo ou em parte no território nacional, ou fora dele, ainda que, neste caso, o agente esteja sendo processado ou tenha sido julgado pela justiça estrangeira".

Verifica-se que, o CPM estabeleceu como regra que a lei penal militar acompanha os militares brasileiros, estaduais ou federais, onde quer que estes se encontrem no cumprimento de sua missão constitucional, seja no território nacional, ou fora do território nacional. A lei penal militar deve ser aplicada sem prejuízo de Convenções, ou Tratados Internacionais, que foram subscritos pelo Brasil, com a aprovação do Congresso Nacional, e também do Poder Executivo por meio do Presidente da República, como ocorreu, por exemplo, com o Tratado de Roma e a Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, entre outros. O fato de o infrator estar sendo processado ou mesmo tenha sido julgado pela justiça estrangeira também não impede a aplicação do código penal militar, em razão do princípio da extraterritorialidade que foi adotado pela legislação militar brasileira.

O militar estadual que integra uma força de paz fica sujeito às penalidades estabelecidas no Código Penal Militar, e deve ser processado e julgado perante a Justiça Militar Estadual, e não pela Justiça Militar Federal, Auditoria Militar de Brasília. Se o militar estadual pertencer a Polícia Militar de Minas Gerais deverá ser processado e julgado por uma das três Auditorias Militares existentes naquele Estado, com sede na cidade de Belo Horizonte. O mesmo ocorrerá com um militar da Polícia Militar do Estado de São Paulo, que deverá ser processado e julgado perante uma das quatro Auditorias daquele Estado, com sede na cidade de São Paulo, e assim ocorrerá nos demais Estados-membros da Federação, uma vez que a Justiça Militar Estadual se faz presente nos 26 Estados da Federação e no Distrito Federal.

O Código Penal Militar estabeleceu o critério da extraterritorialidade, o que significa que a norma penal militar se aplica fora do território brasileiro aos militares federais ou

estaduais. Para um militar estadual ser julgado pela Justiça Militar Federal é necessário que este tenha sido incorporado as Forças Armadas, como pode ocorrer com o civil que encontra na condição de reservista, ou mesmo com um oficial da reserva formado nos Institutos de Formação de Oficiais da Reserva, por exemplo, e que tenha sido chamado a defender a Pátria nos casos de guerra declarada pelo Presidente da República devidamente autorizado pelo Congresso Nacional.

A guerra possui regras que há muito foram estabelecidas com o intuito de evitar que os civis fiquem sujeitos a atos de barbárie ou excesso. Os soldados envolvidos em batalhas devem respeitar os direitos humanos das populações, que foram estabelecidos pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, e pela Convenção de Genebra. A comunidade internacional buscando estabelecer preceitos voltados a preservação dos direitos fundamentais elaborou o Tratado Internacional de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, T.P.I, para processar e julgar os criminosos que não respeitam a dignidade das pessoas, e que eventualmente estejam envolvidos em um conflito, que na realidade não deveria existir.

O Brasil segundo a sua tradição subscreveu o Tratado Internacional de Roma demonstrando a sua preocupação em respeitar os direitos fundamentais dos nacionais e estrangeiros. No mesmo sentido, o governo brasileiro também subscreveu a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Por força do tratado subscrito pelo Brasil, os militares que integram as forças armadas se praticarem um ilícito capitulado no Estatuto ficarão sujeitos as penalidades ali estabelecidas. Os Estados Unidos da América por questões de política interna não subscreveram o Tratado de Roma, afastando a possibilidade de julgamento dos militares americanos perante o Tribunal Internacional.

A Inglaterra contrariando a posição americana subscreveu o tratado demonstrando a sua preocupação com a preservação dos direitos e garantias fundamentais em qualquer lugar do mundo. Pode-se afirmar, que a instituição do Tribunal Penal Internacional, que não foi subscrito por todos os países que integram a Organização das Nações Unidas – ONU, é uma tentativa de se combater os excessos que são praticados por militares e civis contra as populações indefesas em tempo de guerra..

Os países que subscreveram o Tratado Internacional de Roma têm plena ciência que os seus nacionais subsidiariamente poderão ser levados às barras do Tribunal Penal Internacional, mas que isso não impede a defesa da liberdade, e uma efetiva integração entre as nações na busca de um mundo mais harmônico, onde os direitos fundamentais possam ser preservados e respeitados”.

Os militares brasileiros que integram a força de estabilização da ONU no Haiti vão responder, no Tribunal Penal Internacional (TPI), pelos eventuais abusos cometidos contra prisioneiros de guerra e a população civil. A possibilidade é possível porque, embora tenha ratificado o Estatuto de Roma em 2002, o Brasil não tem legislação própria na área.

6 CONCLUSÃO

Verifica-se que o Código Penal Militar vigente há mais de três décadas encontra-se em desarmonia com o Código Penal comum, pois ocorreram algumas alterações em relação às penas cominadas e o surgimento de novas tipicidades delituosas. Uma das finalidades precípuas da reforma é efetuar a isonomia do Código Penal Militar nos crimes impróprios militares com o Código Penal comum em observância aos critérios adotados na classificação de crime militar, *ratione materiae*, *ratione loci*, *ratione temporis*, *ratione personae*, além de tais critérios, existe o *ratione legis*, previsto na Carta Magna, abrangendo todos os outros. A lei estatui como crime militar, o fato quer em razão da matéria, lugar, tempo e pessoa.

Aliás, conforme prelecionava Silvio Martins Teixeira, um dos artífices do Código Penal Militar de 1944, “ambos os ramos da legislação penal brotam do mesmo tronco, tendo, portanto, as mesmas raízes e os princípios fundamentais do Direito repressivo”.

Não tendo o Código Penal tratado dos crimes militares, deixando-os para uma legislação especial, conforme o sistema de quase todos os países, necessário se tornou a imediata elaboração do Código Penal Militar, para que este se adaptasse aos novos princípios orientadores da legislação penal brasileira”.

Visou, quanto possível, harmonizar com os preceitos da legislação comum o nosso Código Penal Militar, e impedir o conflito deste com as leis de segurança nacional.⁶⁰

Todavia, se hoje o texto do atual CPM se acha mais divorciado do CP comum, tal situação decorre de um acidente de percurso durante um momento da vida política brasileira que coincidiu com a edição da legislação penal militar atual. É que exatamente a 21 de outubro de 1969, a Junta Militar que governava o Brasil, outorgou 04 dispositivos ⁶¹ legais, na forma de Decretos-leis de nºs 1001(o CPM), 1002 (o CPPM), 1003 (a Lei de Organização Judiciária Militar) e 1004 (o CP comum que por sua excessiva severidade foi revogado mesmo antes de entrar em vigor).

Desta forma, em todas as discrepâncias aqui demonstradas, foi o Código Penal Militar abeberar-se no texto legal do Decreto-lei 1004/69.⁶²

Com a edição da Nova Parte Geral do Código Penal em 1984 a distância entre os dois Códigos tornou-se ainda maior, sendo que a Constituição de 1988 tornou inconstitucional um grande número de seus artigos.

Porém esta importante fonte do direito penal militar, que é a jurisprudência, vem ajustando seus mandamentos à vida em sociedade, à evolução dos costumes, de modo que é possível afirmar que se atualmente, o texto do CPM carece urgentemente de uma reforma. O direito penal militar está permeado das garantias constitucionais, na busca incessante do ideal de Justiça.

Em 04 de dezembro de 2003, durante o II Encontro Internacional de Direito Humanitário e Direito Militar, realizado em Florianópolis – SC, o Ministro José Júlio de Pedrosa expôs sobre o anteprojeto de um novo Código Penal Militar elaborado pelo Superior Tribunal Militar.

⁶⁰ Código Penal Militar Explicado. Livraria Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1946, prólogo

⁶¹ Quadrigêmeos porque nasceram em um mesmo momento, todavia os autores dos anteprojotos eram diversos, sendo o do CP de 1969 de autoria do insigne Nelson Hungria.

⁶² Jorge Alberto Romeiro, ao longo de seu precioso Curso de Direito Penal Militar, já citado, demonstrou todos esses desacertos.

A sociedade brasileira a partir da implantação do Estado democrático de direito com a Constituição de 1988 passou a discutir novamente temas relacionados com sua estrutura sócio-econômica, política, cultural e jurídica.

Seguindo essa nova tendência fala-se em reforma da previdência, reforma administrativa, reforma judiciária, como se todos os problemas do Brasil pudessem ser resolvidos por meio de mudanças, através de decretos. Acredita-se que os modelos existentes são inoperantes, e que os comportamentos possam simplesmente ser modificados através da Lei.

A reforma do Judiciário constitui tarefa de grande porte e magna relevância para os destinos do Estado Democrático de Direito, sobretudo porque o Poder Judiciário representa uma de suas vigas mestras. E nesse contexto, insere-se a Justiça Militar da União, atualmente competente para processar e julgar os crimes militares definidos em lei, conforme disposto no art. 124 da Carta de 1988.

Não se pode desprezar que a Justiça Militar é instituição quase bicentenária, que, de acordo com o testemunho de Heleno Fragoso, deu contribuição ímpar na preservação dos direitos individuais, no pós-64, jamais abrindo mão de julgar com imparcialidade e respeito à lei, máxime nos processos oriundos da Lei de Segurança Nacional. Apesar da crise que atormentava o país, com prisões arbitrárias, a Justiça Militar, quase como um foco de resistência, jamais se dobrou à iniquidade.

Diante disso, a proposta da relatora da reforma (PEC(96/92), deputada federal Zulaiê Cobra, de alterar a competência da Justiça Militar, fazendo com que o art. 124 da Carta de 1988 sofra alteração, destacando-se apenas os crimes propriamente militares, como reserva competencial do foro militar, apresentaria conseqüências nos pilares de sustentação das Forças Armadas — instituições permanentes voltadas, precipuamente, à salvaguarda da pátria e que são alicerçadas nos princípios basilares da hierarquia e da disciplina, carecendo de uma Justiça célere, eficiente e inteiramente cônica da realidade castrense, em que o soldado é preparado para, se preciso, morrer pela pátria.

Algumas alterações previstas na PEC 96/92 acabaram por ser colocadas em vigor através da EC/45, já discutida anteriormente.

A rapidez com que são resolvidos os processos na Justiça Militar faz com que não haja interferência na organização e preparo dos membros das Forças Armadas. Tais instituições não sofrem solução de continuidade, refletindo-se nas tropas e certeza de que não haverá impunidade se porventura forem violadas as regras do CPM.

Saliente-se que o direito aplicado na Justiça Militar é Direito Especial, com regras pouco conhecidas de profissionais não afeiçoados ao seu manejo.

Não há, nas grades curriculares das faculdades, programas versando sobre Direito Penal Militar, Direito Processual Penal Militar e Direito Administrativo Militar matérias complexas e que reclamam estudo acurado.

Importa dizer, além disso, que os argumentos de que a Justiça Militar é um rescaldo da ditadura não encontram fundamentação, pois trata-se da Justiça mais antiga do Brasil, com quase 200 anos, operando com extremo respeito aos ditames constitucionais.

Outro argumento que não resiste a uma análise mais atenta reside em que também não se pode considerá-la corporativista, pois, diverso do que preconizam alguns, o juiz-auditor é um agente político ou servidor público em sentido estrito, com as mesmas prerrogativas e responsabilidades de qualquer magistrado do Poder Judiciário nacional. Submete-se a rigoroso concurso de provas e títulos, disputando a vaga com milhares de candidatos.

O Ministério Público Militar, igualmente, é ramo sistêmico do Ministério Público da União, integrado por promotores, procuradores e subprocuradores-gerais, que titularizam a ação penal pública no seio do Processo Penal Militar, agindo dentro dos princípios da obrigatoriedade, indisponibilidade e oficialidade. Também são submetidos a concurso público de idêntico grau de dificuldade, selecionados entre milhares de outros brasileiros, bacharéis em Direito. Por conseguinte, apenas os conselhos de Justiça Militar são compostos de oficiais militares que atuam, ao longo do processo, e julgam, à semelhança do que ocorre no Tribunal do Júri, como juízes leigos, proferindo voto.

As condenações na Justiça Militar Federal, a seu turno, têm sido rigorosas e servem de exemplo aos demais integrantes das hostes militares. Também não faz sentido dizer que é uma Justiça de privilégios, já que, ao contrário do que ocorre com outros servidores, os membros das Forças Armadas estão sob o signo estrito da disciplina e da hierarquia, sequer podendo aspirar à greve ou sindicalização e muito menos podendo participar de manifestações político-partidárias, por expressa vedação constitucional, afora outras restrições.

A vida militar é regida por preceitos de conduta absolutamente herméticos, tendo o militar de agir de modo irrepreensível. Vivem em contínuo preparo e aperfeiçoamento no ofício eleito, sofrendo deslocamentos abruptos, decorrentes de adaptação em determinadas regiões inóspitas, onde são treinados. São preparados para a defesa nacional e por isso mesmo se distinguem dos demais servidores, assumindo compromissos graves e inadiáveis.

A Justiça Militar, antes de ser um privilégio, é um foro próprio para, rapidamente, julgar os processos que são postos ao seu crivo, compreendendo os mezinhos aspectos da atividade militar e, com absoluta e translúcida imparcialidade, aplicando a Lei Penal Militar.

Quanto à severidade da legislação penal militar em relação à comum, nunca é demais lembrar que o direito penal militar, como direito especial por excelência, dirige-se, em regra, a uma determinada classe de pessoas, os militares podendo em algumas ocasiões dirigir-se igualmente aos civis.

Militares, definidos constitucionalmente como sendo federais e dos Estados e Distrito Federal, estando ambas as espécies sob a mesma organização: a disciplina e a hierarquia.

Se a Sociedade e a Pátria lhes outorgam a condição de mantenedores da ordem e defensores das Instituições, natural que ao lado de tais garantias que muitas vezes escapam ao servidor público civil, lhes seja exigido com maior rigor o cumprimento de seus deveres.

Esta severidade legal, entretanto, não deve passar daqueles dispositivos que realmente o especificam, em salvaguarda do serviço militar, da disciplina, da hierarquia e da condição de superior, não devendo ser estendida aos princípios informadores que regem o direito penal brasileiro, seja ele comum ou militar.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Esmeraldino. *Tratado de Direito Penal Militar*. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro Bastos Editor, 1925.

BRUNO, ANÍBAL. *Direito Penal- parte geral*. São Paulo. Forense. 2005.

Decreto-Lei 1001/69

FIGUEIREDO, Telma Angélica. *As Excludentes de Ilicitude no Directo Penal Militar*. São Paulo. Lumen Iuris. 2004.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*. 16^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GARCIA, Basileu. *Instituições do direito penal*. v.1. 6.ed. rev. e atual. São Paulo. Max Limonad, 1982.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Impetus. 2002.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, Vol I, tomo II. Rio de Janeiro. Forense. 1958.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal*. Volume I. São Paulo. Saraiva. 2003.

LOBÃO, Célio. *Direito Penal Militar*. Editora Brasília Jurídica. Brasília. 2004.

NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito penal*, v.1. Rio de Janeiro. Editora Saraiva. 1977.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 7^a edição. São Paulo. Editora Revista do Tribunais.

PUIG, Santiago Mir. *Derecho penal: parte general*. 4.ed. Barcelona: Reppertor, 1996.

ROMEIRO. Jorge Alberto. *Curso de Direito Penal Militar-parte geral*. São Paulo. Saraiva. 1994

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

Tratado de Roma.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GLOSSÁRIO

- animus defendendi: intenção de defender;
- razione loci: em razão do local;
- razione legis: em razão da lei;
- razione materiae: em razão da matéria;
- razione personae: em razão da pessoa;

- *ratione temporis*: em razão do tempo;
- *sui generis*: único em seu gênero