

Aplicação da Pena Privativa de Liberdade no Direito Penal Militar

Cícero Robson Coimbra NEVES*

- **SUMÁRIO:** Introdução. 1 Adoção do critério trifásico no Direito Penal Militar. 2 Primeira fase da aplicação da pena: definição da pena-base. 3 Segunda fase da aplicação da pena: circunstâncias agravantes e atenuantes. 3.1 Circunstâncias agravantes. 3.2 Circunstâncias atenuantes. 3.3 Cálculo da pena alterada. 4 Terceira fase da aplicação da pena: causas especiais de aumento e diminuição de pena. Conclusão. Referências.
- **RESUMO:** O presente trabalho, em primeiro plano, tem por escopo expor o entendimento sedimentado a respeito da adoção do critério trifásico de aplicação da pena privativa de liberdade também no Direito Penal Militar, ramo pouco estudado nos cursos regulares de Direito do País. Uma vez adotado esse critério, também é o objetivo aqui traçado compreender os dispositivos do Código Penal Militar (CPM) acerca da aplicação da pena privativa de liberdade, buscando-se uma forma racional de aplicá-los ao caso concreto, sempre com foco na proporcionalidade que a pena deve conter. É necessário frisar que o debate e a compreensão adequada do tema proposto afiguram-se como importante ferramenta não somente para o magistrado na Justiça Militar estadual ou da União, mas também para os oficiais que integrem Conselhos de Justiça (Permanente ou Especial), que deverão, motivadamente, lavrar seus votos, inclusive com a imposição arrazoada da pena, em alinhamento ao que dispõe o inc. IX do art. 93 da Constituição Federal de 1988.
- **PALAVRAS-CHAVE:** Pena. Aplicação. Direito. Penal. Militar.

Introdução

É discussão recorrente no Direito Penal Militar sobre qual deve ser a forma, o critério para a fixação da pena privativa de liberdade. Nessa esteira, deve o aplicador do Direito Castrense, em especial o juiz de direito (ou auditor)

* Promotor de Justiça junto à 10ª Circunscrição Judiciária Militar, em Fortaleza/CE. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

e os juízes militares que integram os Conselhos de Justiça (Permanente ou Especial)¹, ter um cuidado especial em relação a dispositivos próprios do Código Penal Militar (CPM), sem similitude no Código Penal (CP) Comum.

O Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, o Código Penal Militar, possui dispositivos peculiares que, em certa proporção, tornam a aplicação da pena mais limitada, com critérios mais objetivos, a exemplo da fixação de limites máximo e mínimo genéricos (art. 58 do CPM) e do *quantum* genérico de agravação e de atenuação (art. 73 do CPM).

Essa realidade, ao mesmo passo que se apresenta mais segura ao aplicador da lei penal militar, também constitui mais uma dificuldade, já que a habitualidade no estudo do Direito Penal comum conduz a uma tendência de raciocínio unificado, sem a devida atenção à letra da lei penal militar, o que se reflete na escassez de trabalhos específicos sobre o tema.

Assim, como problema apresentado, tem-se a exploração de qual seria a melhor forma de compreender a aplicação da pena privativa de liberdade, quais seriam as técnicas adequadas para se alcançar a finalidade da pena, tomando como mote principal o princípio da culpabilidade.

Com o propósito de chamar a atenção à questão e fomentar a discussão, buscar-se-á traçar um estudo sistemático dos dispositivos legais do Código Penal Militar, trazendo, na medida do possível, argumentos doutrinários e jurisprudenciais para firmar entendimentos.

Ademais, um forte componente do raciocínio será o cotejo dos dispositivos supracitados com o princípio da culpabilidade, aqui entendido como medida de pena sob o fundamento reitor da busca de proporcionalidade, inegável ícone do Estado Democrático de Direito.

1 Adoção do critério trifásico no Direito Penal Militar

No Direito Penal comum, o estudo do tema pelos diversos trabalhos doutrinários caminha em relativa tranquilidade, firmando-se, por exemplo, a adoção do critério trifásico, arrimado nos arts. 59 e 68, critério que, como bem ensina Guilherme Nucci (2009, p. 164), costuma atribuir-se ao magistério de Nelson Hungria.

¹ A visão de que os juízes leigos devam fundamentar juridicamente seus votos no que se refere à aplicação da pena não é pacífica. Entende-se, no entanto, ser inafastável essa necessidade diante do disposto no inc. IX do art. 93 da Constituição Federal.

Por esse critério, em primeira operação (primeira fase), o juiz fixa a chamada pena-base, com arrimo nas denominadas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, ou seja, para indicar o ponto de partida, o juiz irá avaliar a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias, as consequências do crime e também o comportamento da vítima. Assim, chega a uma pena sobre a qual irão repercutir as demais fases. Na segunda operação (segunda fase), o juiz acresce ou decresce a pena-base com a aplicação das circunstâncias agravantes e atenuantes, previstas em artigos específicos da Parte Geral do Código Penal. Finalmente, em última operação (terceira fase), o acréscimo ou decréscimo da pena obtida é resultante das fases anteriores, com base na aplicação das causas genéricas (previstas na Parte Geral) e especiais (previstas na Parte Especial, geralmente no próprio tipo penal que conduziu à condenação), quando se chega ao *quantum* da condenação.

O Código Penal Militar, por sua vez, não apresenta dispositivos claros para a adoção do critério trifásico, donde surge a necessidade de verificar, em primeiro aporte, se esse critério deve ser adotado também no Direito Penal Militar.

A resposta, tanto no plano doutrinário como no plano jurisprudencial, é no sentido afirmativo, ou seja, da adoção do critério trifásico na aplicação da pena pela prática de crime militar.

Na doutrina, anota-se que Cláudio Amin Miguel e Ione de Souza Cruz deixam claro seu posicionamento, ao disporem:

Com o advento da reforma penal, foi adotado o critério *trifásico*, restando inquestionável que, desde então, o cálculo da pena passou a percorrer uma operação em três etapas, cuja inobservância é causa de nulidade da sentença. De igual forma, a utilização de três fases no cálculo da pena a ser imposta é regra no Código Penal Militar. Este, embora adote o sistema trifásico, não traz dispositivo suficientemente claro acerca das três etapas [...] (CRUZ, MIGUEL, 2008, p. 139, grifo do original)

Essa mesma visão é apresentada por Jorge César de Assis (2007, p. 162), que também menciona semelhante concepção de Jorge Alberto Romeiro (ROTH, v. 67, set./out. 2007).

Por fim, ainda na doutrina pátria, Ronaldo João Roth, com muita clareza, expõe:

“Inicialmente, é de se afirmar que o *cálculo da pena* segue o método trifásico, aplicando-se nesse sentido a norma do art. 68 do Código Penal Comum (CP Comum), diante da lacuna sobre o tema no Código Penal Militar (CPM)” (ROTH, v. 67, set./out. 2007, grifo do original).

No plano jurisprudencial, a adoção do critério trifásico no Direito Penal Militar está bem assentada, até mesmo por entendimento do Pretório Excelso, verificada, por exemplo, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 92.116-RJ, levado a efeito pela Primeira Turma, em 25 de setembro de 2007, sob relatoria do Ministro Menezes Direito, que lavrou a seguinte Ementa:

Habeas corpus. Receptação. Material bélico de propriedade da Aeronáutica. Dosimetria da pena. Aplicação do artigo 69 do Código Penal Militar. Fixação da pena-base no máximo legal permitido. Razoabilidade. Fundamentação apropriada. 1. A avaliação das circunstâncias judiciais previstas no artigo 69 do Código Penal Militar, que enseja aplicação transparente do juízo de razoabilidade formulado pelo Magistrado para aplicar a reprimenda, pode ser realizada em qualquer parte da sentença. Não há falar, assim, em ausência de fundamentos para a aplicação da pena-base no máximo legal permitido sem que se examine todo o corpo da decisão judicial. 2. A dosimetria da pena reclama fundamentação idônea, não a utilização de critérios matemáticos. 3. Eventual excesso na fixação da pena-base, o que não ocorre no caso, estaria corrigido pela não-aplicação, na hipótese vertente, da agravante da reincidência. 4. Habeas corpus indeferido.

No corpo do citado Acórdão citado, veiculado no Informativo nº 482 do STF, é possível observar a visão de que o critério trifásico deve ser adotado na aplicação da pena para o crime militar:

A aplicação da pena deve obedecer, em se tratando de crimes comuns, ao critério trifásico adotado pelo Código Penal nos artigos 59 e 68. Em um primeiro momento, após concluir de modo afirmativo pela materialidade e pela autoria do crime, o Juiz deve fixar a quantidade da pena a ser aplicada dentro dos limites estabelecidos pelo legislador. Nessa tarefa cumpre-se observar a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos, as circunstâncias e as consequências do ilícito, e o comportamento da vítima. Em um segundo momento, o Juiz deve majorar ou

diminuir a pena-base fixada conforme verifique a existência de circunstâncias atenuantes, previstas no artigo 65, ou agravantes, previstas nos artigos 61 e 62 do Código. Na terceira e última fase de aplicação da pena tem lugar a incidência das causas de diminuição e de aumento, em geral previstas na parte especial do Código Penal, e cuja expressão é previamente estabelecida dentro de uma margem expressamente estabelecida pelo próprio legislador. O Código Penal Militar apresenta-nos sistemática em tudo semelhante. O artigo 69 desse diploma estabelece que “Para fixação da pena privativa de liberdade, o juiz aprecia a gravidade do crime praticado e a personalidade do réu, devendo ter em conta a intensidade do dolo ou grau da culpa, a maior ou menor extensão do dano ou perigo de dano, os meios empregados, o modo de execução, os motivos determinantes, as circunstâncias de tempo e lugar, os antecedentes do réu e sua atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento após o crime”. No artigo 70, o Código Penal Militar esclarece as “circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não integrantes ou qualificativas do crime”. No artigo 72, as “circunstâncias que sempre atenuam a pena”; e o artigo 76 trata da aplicação das causas especiais de aumento e de diminuição de pena. Todo esse processo, vale lembrar, é corolário do princípio do devido processo legal e encontra justificativa direta na necessidade de se preservar a proporcionalidade possível entre o ilícito praticado e a reprimenda que lhe deve corresponder. Nessa medida, constitui, também, instrumento apto a garantir uma fundamentação transparente sobre o juízo de razoabilidade formulado pelo Juiz que, assim, poderá ser aferido dentro de cada uma das etapas que levam à aplicação da pena. A sentença penal, como de resto as decisões judiciais em geral, é dividida em relatório, fundamentação e dispositivo não apenas por tradição, mas por motivos de ordem técnica.

Mais adiante, a questão foi enfrentada novamente pela Primeira Turma, sob relatoria do mesmo Ministro, no *Habeas Corpus* nº 90.659-SP, julgado em 12 de fevereiro de 2008, no qual se evidencia igual compreensão. É importante ressaltar que, na Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, a compreensão é idêntica há tempos, conforme se extrai do julgamento do *Habeas Corpus* nº 70.884-CE, em 21 de junho de 1994, sob relatoria do Ministro Paulo Brossard:

EMENTA: “HABEAS-CORPUS”. PENAL MILITAR. NULIDADES: FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO QUE AGRAVOU A PENA E DO QUE APLICOU A PENA ACESSORIA DE PERDA DA FUNÇÃO

PÚBLICA. Policial militar condenado a 1 ano e 6 meses de detenção por excesso culposo nas excludentes de estrito cumprimento do dever legal e de legítima defesa nos crimes de homicídio e lesão corporal grave, em concurso material e de agentes. Sentença reformada para condenar o paciente a pena de 7 anos de reclusão pelos crimes dolosos de homicídio e lesão corporal grave, art. 205, par. 02., e VI, 209, pars.1 e 2., do Código Penal Militar, com desclassificação de homicídio qualificado para simples. Perda da graduação imposta após o trânsito em julgado do acórdão condenatório. O não estabelecimento da pena-base, por inobservância do critério trifásico para aplicação da pena, arts. 59 e 68 do C.P., não implica em nulidade *quando a condenação e o aumento pelas qualificadoras são aplicados nos mínimos legais, porque não há prejuízo para o réu*. Só há nulidade quando a pena-base ou as qualificadoras são aplicadas acima do mínimo legal sem fundamentação. A pena de exclusão da Polícia Militar, art. 102 do C.P.M. Não é restritiva de liberdade nem afeta o direito de locomoção, ou a liberdade de ir e vir, não podendo ser revista em “habeas-corpus”, que é instituto destinado a garantir o direito a liberdade de locomoção contra ilegalidade ou abuso de poder. Contra a pena acessória a lei prevê toda uma cadeia recursal, existindo ainda remédio constitucional célere para os casos de violação de direito líquido e certo. “Habeas-corpus” conhecido em parte, e nesta parte indeferido. (grifou-se)

Nota-se que, no julgado transcrito, a inobservância do critério trifásico somente não importou em nulidade da sentença em face da fixação da pena nos limites mínimos, isto é, não redundou em prejuízo ao condenado, o que leva à conclusão de que a adoção do critério trifásico é regra no Direito Penal Militar.

Firma-se, em primeiro aporte, portanto, que é eleita a premissa de que, para a aplicação da pena privativa de liberdade no Direito Penal Militar, deve ser adotado o critério trifásico, que, em seguida, será esmiuçado com base nos artigos do Código Penal Militar.

2 Primeira fase da aplicação da pena: definição da pena-base

Na primeira fase do critério eleito por premissa, como já consignado, o juiz – aqui e doravante, ao mencionar o juiz no Direito Penal Militar, significa referência tanto ao juiz de direito das Justiças Militares Estaduais, em

juízo monocrático², quanto ao Conselho de Justiça em sua unidade, inclusive com o voto dos militares que o integram, presentes nos julgamentos das Justiças Militares Estaduais³ e na Justiça Militar da União⁴, como comanda o § 1º do art. 36 do Código de Processo Penal Militar (CPPM) – deve fixar a pena-base. Nos dizeres de Guilherme Nucci (2009, p. 163), a pena-base

[...] é a primeira escolha do juiz no processo de fixação da pena, sobre a qual incidirão as agravantes e atenuantes e, em seguida, as causas de aumento e diminuição. A eleição do *quantum* inicial, a ser extraído da faixa variável entre o mínimo e máximo abstratamente previstos no tipo penal incriminador, precisamente no preceito secundário, faz-se em respeito às circunstâncias judiciais, previstas no art. 59. Não se trata de uma opção arbitrária e caprichosa do julgador. Ao contrário, deve calcar-se nos elementos expressamente indicados em lei.

No plano legal, a pena é definida pelo art. 77 do CPM, nos seguintes termos: “A pena que tenha de ser aumentada ou diminuída, de quantidade fixa ou dentro de determinados limites, é a que o juiz aplicaria se não existisse a circunstância ou causa que importa o aumento ou diminuição”.

Assim, na fixação da pena-base, o juiz deverá, fundamentadamente, enumerar as circunstâncias do art. 69 do CPM – correspondente ao art. 59 do CP Comum – e fixar uma pena inicial de trabalho. As circunstâncias do artigo citado denominam-se “circunstâncias judiciais”, cuja leitura, no dispositivo legal em comento, patenteia-se oportuna e cingida de singular importância:

Art. 69. Para fixação da pena privativa de liberdade, o juiz aprecia a gravidade do crime praticado e a personalidade do réu, devendo ter em conta a intensidade do dolo ou grau da culpa, a

² O juiz de direito do juízo militar, existente na esfera das Justiças Militares dos Estados, tem competência para processar e julgar monocraticamente as ações judiciais contra atos disciplinares e os crimes militares praticados contra civis, ressalvada a competência do Tribunal do Júri (art. 125, e seus parágrafos, da CF).

³ Os Conselhos de Justiça Especial ou Permanente) são competentes para processar e julgar, nas Justiças Militares Estaduais, os crimes militares que não sejam praticados contra civis (art. 125, e seus parágrafos, da CF).

⁴ Os Conselhos de Justiça (Especial ou Permanente) são competentes para processar e julgar, na Justiça Militar da União, todos os crimes militares, não havendo competência de julgamento monocrática nesse sentido (art. 124 da CF).

maior ou menor extensão do dano ou perigo de dano, os meios empregados, o modo de execução, os motivos determinantes, as circunstâncias de tempo e lugar, os antecedentes do réu e sua atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento após o crime.

Como se percebe, a primeira parte do artigo enumera dois universos de valoração inicial e, sequencialmente, indica quais critérios preenchem esses universos. Em primeiro plano, determina que o juiz avalie a gravidade do crime e estabeleça as chamadas circunstâncias judiciais de caráter objetivo, ou seja, aquelas que dizem respeito ao fato em si, a saber, a maior ou menor extensão do dano ou perigo de dano, os meios empregados, o modo de execução, as circunstâncias de tempo e lugar. O dispositivo também determina que sejam aferidas as circunstâncias judiciais de caráter subjetivo, ou seja, aquelas que dizem respeito ao autor, com a indicação de sua personalidade, pela intensidade do dolo ou grau da culpa, os motivos determinantes, os antecedentes do réu e sua atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento após o crime. Cabe, neste ponto, uma análise detida dessas circunstâncias, a iniciar por aquelas que caracterizam a personalidade do réu.

Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 186) lembra que o termo personalidade deriva de *persona*, que significa

[...] máscara, referindo-se às máscaras utilizadas pelos atores nos dramas gregos, buscando dar significado aos papéis que representavam. Atualmente, continua refletindo os papéis que todos desempenhamos na vida em sociedade. Trata-se do conjunto de caracteres exclusivos de uma pessoa, parte herdada, parte adquirida. A conduta do indivíduo é certamente influenciada por seu patrimônio genético, mas não totalmente determinada por ele, uma vez que é, igualmente, resultado do seu processo de vida, configurando a consistência de seu comportamento.

Nesses termos, a personalidade do réu pode lhe ser favorável (como no caso de ficarem evidentes a bondade, a fraternidade, a camaradagem no meio militar, a responsabilidade, o preparo profissional, a face disciplinada, a maturidade etc.) ou desfavorável (como a evidência de indisciplina caracterizada por uma extensa nota de corretivo, a desonestidade, o racismo, a xenofobia, a intolerância, a agressividade, a preguiça, o esnobismo etc.).

O Código Penal Militar, no art. 69, estabelece parâmetros, circunstâncias a serem avaliadas para a definição da personalidade do réu: a intensidade do dolo ou grau da culpa, os motivos determinantes, os antecedentes do réu e sua atitude de insensibilidade, a indiferença ou arrependimento após o crime.

No Código Penal Comum, grafa-se a culpabilidade que substituiu a intensidade do dolo e o grau da culpa, ainda mantidos no Código Penal Militar, até mesmo por fidelidade sistêmica, já que o dolo e a culpa no neokantismo estão inseridos na culpabilidade – teoria psicológico-normativa da culpabilidade. Neste ponto, o juiz deve verificar se o dolo foi evidente e qual sua intensidade ou se a culpa foi leve ou grave, obviamente tendo por parâmetro as características do agente. Assim, um crime praticado com dolo direto, em regra, merece ter uma pena-base maior do que aquele praticado com dolo eventual. Similarmente, a culpa pode ser graduada de acordo com a capacidade maior ou menor de o agente compreender uma regra de cuidado objetiva, de modo a estabelecer maior reprovação à culpa grave. Um bom parâmetro para essa aferição está em Edgar Magalhães Noronha, que, considerando a aferição da culpabilidade como sinônimo de aferição da intensidade do dolo e do grau de culpa, postula a intensidade do dolo como a sua quantidade, costumando-se distinguir, além da já mencionada separação entre dolo eventual e dolo direto, “o dolo *premeditado* do *de ímpeto*. Este é o que surge de improviso, ao passo que aquele traduz reflexão e ponderação [...]. Nada impede, entretanto, que, considerando-se o *arbitrium iudicis*, no caso concreto, o julgador tenha a premeditação como reveladora de intensidade dolosa” (NORONHA, 2004, v. 1, p. 251-252).

Acerca do grau de culpa, dispõe o mesmo referido autor:

A culpa, como vimos, possui graus. Vai desde a *culpa aquiliana*, na sua modalidade de levíssima, até o grau mais avançado de culpa consciente.

Esta, em princípio, representa forma de maior gravidade. Nem sempre, porém. A culpa consciente, muita vez, importa necessidade de menor disciplina do que a inconsciente, pois ali o agente prevê as consequências do ato, embora espere que não se verifiquem, dada sua habilidade, cautela, cuidado etc., ao passo que na culpa *ex ignorantia*, tão desatento, descuidado ou negligente é, que nem por um momento previu os efeitos da ação (n. 82). Também aqui é no caso concreto que se avaliará a importância da espécie de culpa. (NORONHA, 2004, v. 1, p. 252)

Motivos determinantes do crime também serão avaliados para o estabelecimento da pena-base, assim compreendidos como a causa, o fundamento, a força motriz do fato criminoso. Deve-se tomar o cuidado para que a fixação da pena-base não ingresse nas outras fases da fixação da pena, valorando duas vezes a mesma circunstância. É exatamente o caso do motivo do crime, que também encontra vez na fixação da pena como circunstância agravante (art. 70, II, “a”, do CPM), avaliada na segunda fase, e até como qualificadora (por exemplo, art. 205, § 2º, I, do CPM), que, embora se refira à primeira fase, já pode ter sido avaliada para definição dos intervalos de pena do crime qualificado.

No que toca aos antecedentes do réu, na compreensão do Código Penal Comum, trata-se dos antecedentes no campo penal, antes da prática do ato criminoso que se encontra em julgamento. Exclui-se, pois, a conduta fora do Direito Penal, a exemplo da conduta familiar, profissional etc. Essa realidade está presente desde a reforma da Parte Geral do Código Penal, em 1984, que grafou uma nova circunstância na fixação da pena-base, qual seja, a conduta social do agente⁵. Assim, ao tratar dos antecedentes, o art. 59 do CP comanda a aferição da folha criminal, somente computando os fatos que possuam condenações irrecorríveis, sem abarcar aquelas que possam induzir à reincidência, já que esta se trata de circunstância agravante que influenciará na segunda fase da fixação da pena (NUCCI, 2009, p. 180-181). Ao versar sobre a conduta social, o réu é enxergado em um contexto mais abrangente, em que se verifica seu comportamento como pai, filho, empregado, empregador, vizinho etc.

No Direito Penal Militar, no entanto, não se aplica essa mesma dicotomia, porquanto não houve, em 1984, afetação do art. 69 do CPM, que não grava a conduta social expressamente. Assim, ao comandar a avaliação dos antecedentes do acusado, o Código Penal Castrense impõe a avaliação não só da vida pregressa criminal do réu, mas também sua conduta social. Para exemplificar, cite-se que, por um lado, uma folha de punições muito extensa importa na detecção de uma personalidade de indisciplina, fator que eleva a fixação da pena-base; e por outro, uma folha de punições

⁵ CP, art. 59: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos *antecedentes*, à *conduta social*, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime [...]” (grifou-se).

pequena somada a uma folha de elogios extensa implicará a verificação de uma personalidade favorável ao acusado.

A possibilitar essa interpretação, traz-se mais uma vez as lições de Guilherme Nucci (2009, p. 178-179), ao comentar a valoração dos antecedentes do réu, à luz do art. 59 do CP, após a reforma penal de 1984:

Trata-se de tudo que ocorreu, no campo penal, ao agente antes da prática do ato criminoso, ou seja, a sua vida pregressa em matéria criminal. Antes da Reforma de 1984, os antecedentes do réu abrangiam todo o passado do réu, desde as condenações porventura existentes até seu relacionamento na família, no trabalho e em outros lugares. Atualmente, no entanto, destacando-se a conduta social do contexto dos antecedentes, terminou sendo esvaziado este último requisito, merecendo circunscrever sua abrangência à folha de antecedentes. É verdade que os autores da Reforma mencionam que os antecedentes “não dizem respeito à folha penal e seu conceito é bem mais amplo [...] deve-se entender a forma de vida em uma visão abrangente, examinando-se o seu meio de sustento, a sua dedicação a tarefas honestas, a assunção de responsabilidades familiares”. Entretanto, ao tratar da conduta social, os mesmos autores frisam que ela se refere “ao comportamento do réu no seu trabalho, no meio social, cidade, bairro, associações a que pertence [...]”, entre outros.

O art. 69 do CPM também comanda a valoração da atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento do réu, como elemento de influência na estipulação da pena-base. Por óbvio, evidenciada a insensibilidade ou a indiferença, a reprovação há de ser maior. No entanto, o arrependimento deve favorecer o estabelecimento da pena-base.

Tomem-se, agora, as circunstâncias judiciais ligadas ao fato, à gravidade do crime praticado, rotuladas como objetivas.

A gravidade do crime praticado permite estabelecer que quanto mais grave o fato, maior seja a pena-base fixada. Por evidente, uma primeira avaliação dessa gravidade já é executada em momento anterior ao da fixação da pena, no momento da idealização dos tipos penais militares com seus respectivos preceitos secundários, tarefa conferida ao legislador penal militar. Ao aplicador da lei penal, portanto, resta navegar nos parâmetros já determinados para aquele crime e fixar a pena-base mais elevada conforme conclua pela maior gravidade do crime, ao avaliar a extensão do dano ou

perigo de dano, os meios empregados, o modo de execução e as circunstâncias de tempo e lugar.

Na fixação da pena-base, o juiz deve considerar a maior ou menor extensão do dano ou perigo de dano, conforme seja o delito de perigo ou de dano. Não se trata, nesta circunstância objetiva, de aferir se o crime foi consumado ou tentado, já que a tentativa conhece dispositivo próprio a ser lançado na terceira fase da fixação da pena. Trata-se, então, de verificar se o crime tentado resultou em algum dano (ou perigo), ou se o crime consumado importou em dano (ou perigo) maior ou menor. Assim, pensando em um crime material consumado, o furto qualificado de uma arma da Instituição Militar merece maior reprovação do que o furto de uma arma particular. Na mesma esteira, o furto de uma vultosa quantia merece pena-base maior do que a subtração, embora significativa, de uma quantia muito menor. Até mesmo na tentativa, essa aferição é possível. Porquanto, *in exemplis*, em um homicídio em que o agente dispara contra a vítima sem acertá-la (tentativa branca) merece menor pena-base do que o fato em que os disparos atingem a vítima sem matá-la (tentativa cruenta).

Os meios empregados poderão – quando não compuserem o crime (ex.: art. 269 do CPM) não o qualificarem (ex.: art. 205, § 2º, III, do CPM) e nem importarem em uma agravante (por ex.: art. 70, “e”, do CPM) ou causa especial de aumento de pena (ex.: art. 157, § 1º, do CPM) – influenciar na fixação da pena-base. Meio empregado diz respeito ao condutor físico da ação criminosa, ou seja, o que foi utilizado para a prática do delito. Como exemplo, um dano causado por uma máquina pá-carregadeira em um automóvel merece maior reprovação, portanto uma pena-base maior do que aquele praticado, ainda que em mesma extensão, por uma pedra, já que há um risco potencial maior.

O modo de execução do crime deve ser compreendido como circunstância objetiva que indica a forma imaterial como o crime foi praticado, podendo também influenciar – quando não compuser ou qualificar o delito, importar em causa de aumento ou diminuição de pena etc. – na fixação da pena-base. São exemplos de modo de prática do delito, praticá-lo de forma premeditada, exibicionista ou obstinada etc. Por óbvio, se o juiz já valorou a premeditação ao avaliar a intensidade do dolo, como proposto por Magalhães Noronha e transcrito linhas atrás, não deverá valorá-la novamente, neste ponto. Merece pena-base maior, *v.g.*, o crime praticado de forma obstinada, em que o agente persegue seu objetivo a qualquer custo.

As circunstâncias de tempo e lugar merecem, como define o art. 69 do CPM, valoração específica na fixação da pena-base. Tempo, como é evidente, refere-se ao período em que o delito é praticado, podendo ser desfavorável ao réu a prática de um dano, por exemplo, em tempo de escassez econômica.

Lugar, por sua vez, diz respeito ao espaço físico onde o delito é cometido, podendo pesar contra o acusado, *v.g.*, a prática do fato em local de perigo para a tropa, como, por exemplo, no interior de uma comunidade dominada pelo tráfico de drogas.

Por fim, encerrando os comentários às circunstâncias judiciais, embora já se tenha alertado, deve-se sempre frisar, como o faz César Dario Mariano da Silva (2009, p. 189), que, se

[...] a circunstância judicial já for autonomamente uma causa de aumento ou diminuição de pena, bem como agravante ou atenuante genérica, não poderá ser levada em consideração quando da fixação da pena-base. Será apreciada na segunda ou terceira fase da fixação da pena, dependendo de sua natureza jurídica.

A fixação dessa pena-base, motivada de acordo com os critérios do art. 69, esmiuçados linhas atrás, deve obedecer aos parâmetros mínimo e máximo da pena abstratamente cominada para o crime em foco e, por essa razão, deve verificar primeiro se o crime é simples, qualificado ou privilegiado, já que a forma qualificada e a privilegiada alteram os patamares mínimo e máximo da pena.

Qualificadoras, é bom que se tenha em mente, são circunstâncias legais (não judiciais) expressas no tipo penal incriminador que elevam a faixa de aplicação da pena para aquele crime, ou seja, a pena mínima e a pena máxima serão maiores do que a modalidade simples daquele delito. Como exemplo de uma qualificadora, tome-se o art. 157, § 1º, do CPM: a pena para a forma simples do delito de violência contra superior (art. 157, *caput*) é de detenção de três meses a dois anos, enquanto a pena para a forma qualificada do § 1º é de reclusão de três a nove anos.

Privilégios, por sua vez, são circunstâncias legais (não judiciais) expressas no tipo penal incriminador que diminuem a faixa de aplicação da pena para aquele crime, ou seja, a pena mínima e a pena máxima serão menores do que a modalidade simples daquele delito. Como exemplo de um privilégio, tome-se o art. 308, § 2º, do CPM: a pena para a forma simples do delito de corrupção passiva (art. 308, *caput*) é de reclusão de dois a oito

anos, enquanto a pena para a forma privilegiada do § 2º é de detenção de três meses a um ano.

Guilherme Nucci (2009, p. 163) traz importante observação, ao postular que

[...] não se justifica a corrente doutrinária e jurisprudencial que permite a ausência de fundamento quando o juiz elege o mínimo legal previsto no tipo como pena-base, sob a assertiva de existir, então, a presunção de serem todas as circunstâncias judiciais favoráveis. Segundo nos parece, se a Constituição Federal garante a *todas* as decisões do Poder Judiciário a devida motivação (art. 93, IX), é indispensável haver a justificação da escolha do mínimo legal, proporcionando ao órgão acusatório, caso inconformado, a interposição de recurso cabível, contrariando os argumentos utilizados na sentença.

Muito correta a visão do autor ao entender que o Juiz não pode simplesmente fixar a pena-base na pena mínima em todas as circunstâncias. Essa situação é até possível, desde que seja motivada, porém não deve ser simplesmente uma prática cômoda, para evitar recurso da defesa que sempre estará satisfeita com a fixação de pena-base coincidente com a pena mínima.

Também nessa linha segue Ronaldo Roth (v. 12, n. 67, p. 11, set./out. 2007):

A doutrina diverge de onde se partir para o cálculo da pena: se da pena mínima, se da pena máxima, se do termo médio. A lei não veda qualquer desses critérios, portanto, não há que se falar em direito subjetivo do réu à pena-base no mínimo legal. Seja qual for o critério do patamar inicial para o cálculo da pena, deve o juiz explicitá-lo na sentença para que o réu saiba como se encontrou a pena final.

Por fim, como última observação à primeira fase de fixação da pena, deve-se lembrar que o *quantum* de aumento da pena mínima por ocasião da detecção de circunstâncias judiciais não conhece parâmetro, não podendo ser aplicado o art. 73 do CPM⁶, que se reporta a circunstâncias legais,

⁶ Consoante a seguinte redação: “Quando a lei determina a agravação ou atenuação da pena sem mencionar o *quantum*, deve o juiz fixá-lo entre um quinto e um terço, guardados os limites da pena cominada ao crime”.

previstas em lei, e não a circunstâncias judiciais. Assiste razão, portanto, a Jorge César de Assis (2007, p. 163) ao dispor que, fixados os limites, máximo e mínimo, “dentro deles se movimenta a *consciência do juiz*, não podendo deixar, entretanto, de atender às circunstâncias que por disposição expressa sempre agravam ou atenuam a pena” (grifou-se).

O limite nessa operação será a proporcionalidade, fundamentadamente evidenciada pelo juiz. Quanto ao aspecto de a proporcionalidade tornar a fixação da pena – bem como a própria cominação em abstrato pelo legislador –, muito bem se posiciona Mariângela Gama de Magalhães Gomes (2003, p. 169):

A pena configura-se, então, como uma técnica de privação de bens (seja alguns aspectos da liberdade, seja o patrimônio) sob o pressuposto da sua valorização qualitativa e quantitativa; o que passa a ser considerado quando se fala em pena de prisão, por exemplo, é o tempo de liberdade a ser tolhido do imputado [...]. Saliente-se, desta forma, que tanto o tempo de liberdade, como o dinheiro são passíveis de serem quantificados e, portanto, mensurados. Esta característica confere à pena o caráter de sanção *abstrata e igual*, legalmente predeterminada, seja no que diz respeito à sua natureza, seja na sua característica de privação de um *quantum* (que varia entre um mínimo e um máximo) de valor. O que resulta daí, no que diz respeito à possibilidade de se estabelecer uma proporcionalidade entre a gravidade dos crimes e a medida de pena correspondente, não se limita, apenas, a conferir ao aplicador da lei penal a possibilidade de efetuar um cálculo a partir dos específicos elementos do caso concreto, e impor ao condenado o cumprimento de uma pena adequada à real gravidade do fato por ele cometido, mas, num momento anterior a este, permite ao legislador que valere a natureza do delito e da sua pena, de modo que estabeleça uma correspondência, *in abstrato*, entre a gravidade do fato proibido e a medida da pena cominada, com base na hierarquia de bens e interesses já avaliados como aptos a serem tutelados penalmente.

Agora, como buscar a proporcionalidade em uma questão tão subjetiva como a avaliação das circunstâncias judiciais importando na majoração, diminuição ou mesmo indiferença para a fixação da pena-base?

Obviamente, não se conhece uma resposta unívoca a essa questão, que não se trata, pelo Código Penal Militar – ou mesmo pelo Código Penal

Comum –, de uma simples operação aritmética. Embora seja possível postular certa liberdade do juiz, parece adequada, com algumas adaptações, a visão de Guilherme Nucci (2009, p. 207-211) ao pontuar as circunstâncias judiciais, chegando-se, ao final da avaliação, à soma ou diminuição de que *quantum*.

Inicialmente, verificam-se oito circunstâncias judiciais no art. 69 do CPM, ora ligadas à personalidade do réu (subjetivas), ora ligadas à gravidade do crime (objetivas): a intensidade do dolo ou grau da culpa; a maior ou menor extensão do dano ou perigo de dano; os meios empregados; o modo de execução; os motivos determinantes; as circunstâncias de tempo e lugar; os antecedentes do réu; sua atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento do réu após o crime.

O juiz, conhecendo essas circunstâncias, irá verificar quais estão presentes e, dentre estas, quais são favoráveis ao réu. Como exemplo, a já citada personalidade disciplinada caracterizada pelos antecedentes pode estar presente desfavoravelmente ao réu – pela demonstração de uma extensa folha de punições –, favoravelmente a ele – pela demonstração da inexistência de folha de punições ou a presença de uma folha de punições insignificante diante da extensão da folha de elogios – e até mesmo uma circunstância inexistente, por exemplo, pelo fato de o réu não possuir antecedentes funcionais em face de seu recente ingresso nas fileiras da Instituição Militar. Para o caso de o réu ser civil, em um processo-crime em curso na Justiça Militar da União, o juiz deverá buscar outras formas nos autos de verificação da condição profissional do agente (testemunhas, prêmios etc.), lembrando que adequadamente esses dados devem ser trazidos pela acusação ou pela defesa.

Caso todas as circunstâncias estejam favoráveis ao acusado, concluir-se-á pela culpabilidade mínima, portanto a pena-base deverá ser fixada no mínimo legal. No entanto, se porventura houver a presença desfavorável de todas as circunstâncias, a culpabilidade indicará a necessidade de fixação da pena-base no patamar máximo do permitido legalmente. Caso nenhuma das circunstâncias estudadas esteja presente ou se compensem, na falta de melhor critério e buscando uma interpretação *favor rei*, entende-se que a pena-base também deverá içar no patamar mínimo.

Na visão de Guilherme Nucci (2009, p. 209), o passo seguinte é valorar cada circunstância, impondo-lhes pesos. Para o autor, algumas circunstâncias merecem peso 2 (personalidade, antecedentes e motivos), enquanto outras merecem peso 1 (conduta social, comportamento da vítima, circunstâncias do delito e consequências da infração penal), de

sorte que uma circunstância desfavorável com peso 2 (personalidade, por exemplo) somente seria anulada por duas com peso 1.

O estabelecimento de pesos diferentes, no entanto, mostra-se inadequado, primeiro porque o Código Penal não comanda a atitude do juiz nesse sentido, e essa interpretação, ainda que com base em outros dispositivos penais que acentuam algumas circunstâncias na forma sistêmica do Código, como aliás o faz Guilherme Nucci, importará em interpretação contrária ao réu sem respaldo legal para tanto. Deve-se alertar, primeiro, que a disposição do art. 75 do CPM, que determina que a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente, e da reincidência, refere-se ao concurso de agravantes e atenuantes, aferidas em segunda fase da aplicação da pena, e não às circunstâncias judiciais. Segundo, algumas circunstâncias causarão mais reprovação em relação às outras, sem seguir a lógica hermética da pontuação desigual.

Sustenta-se, dessa forma, que todas as circunstâncias devam ter o mesmo peso, apenas cabe verificar quantas desfavoráveis existem e quantas favoráveis são constatadas. Nesse caminhar, impõe-se crucial a confrontação para confirmar a preponderância.

Tome-me exemplo trazido por Guilherme Nucci (2009, p. 210), na visão aplicada ao art. 59 do CP, em que o autor reconhece, pelo sistema de pesos diferentes, 10 pontos nas circunstâncias judiciais:

Se projetarmos os pesos fixados em escala de pontuação, atingiríamos 10 pontos: personalidade (2), antecedentes (2), motivos (2), conduta social (1), circunstâncias do crime (1), consequências do crime (1) e comportamento da vítima (1). Aplicando-se, ilustrativamente, na fixação da pena-base de um furto simples, cuja variação da pena de reclusão é de 1 a 4 anos, teríamos: 10 pontos negativos = 4 anos de pena-base; 5 pontos negativos = 2 anos e 6 meses de pena-base; 3 pontos negativos = variação de 1 ano e 6 meses a 2 anos de pena-base; nenhum ponto negativo = 1 ano de pena-base.

Aparentemente o autor dividiu a diferença entre pena máxima e pena mínima por 10, para adaptar ao seu sistema de pesos. Assim, subtraindo a pena mínima da pena máxima do furto, ter-se-iam três anos de variação na pena. Ao apresentar, por exemplo, cinco pontos negativos, a pena mínima (um ano) deverá ser acrescida de metade do valor referente à diferença,

ou seja, um ano e seis meses, totalizando uma pena-base de dois anos e seis meses. Note-se que, como ocorre no caso de detecção de 3 pontos negativos, é impossível transformar o cálculo da pena-base em uma simples operação matemática exata. Existe, sim, um plano discricionário do juiz, que será adequadamente diminuído pela busca de um método na fixação dessa pena.

Busque-se, agora, com as adaptações aqui propostas, indicar o caminho para a fixação da pena-base no Direito Penal Militar.

Como visto, verifica-se a existência de oito circunstâncias judiciais no art. 69 do CPM, que na visão aqui proposta têm o mesmo peso. A próxima tarefa é aferir o intervalo de pena entre pena mínima e máxima, dividindo-o por oito e estabelecendo o *quantum* de acréscimo e de decréscimo para cada ponto verificado⁷.

Para facilitar a compreensão, tome-se como exemplo um crime em que a operação sugerida será evidente. No crime de maus-tratos com resultado morte (art. 213, § 2º, do CPM), a pena abstratamente cominada ao delito é de reclusão de dois a dez anos; portanto, possui um intervalo entre pena mínima e máxima de oito anos. Isso leva à conclusão de que cada circunstância apurada influenciará na pena-base em um ano ($10 - 2 = 8$; $8/8 = 1$). Com esse exemplo, podem ser idealizadas, entre outras, algumas possibilidades: verificando o juiz que não existem circunstâncias judiciais a serem valoradas, a pena-base será de dois anos de reclusão; verificando o juiz que somente existem circunstâncias judiciais favoráveis, embora já se defenda hoje o contrário, entende-se que a pena-base deva ficar na pena mínima, ou seja, dois anos de reclusão; verificando o juiz três circunstâncias favoráveis e três circunstâncias desfavoráveis, que a pena-base deva ficar também na pena mínima, ou seja, dois anos de reclusão; verificando o juiz a presença de quatro circunstâncias desfavoráveis, a pena-base deve ser fixada em seis anos de reclusão; verificando o juiz a presença de todas as circunstâncias desfavoráveis, a pena-base deverá coincidir com a pena máxima cominada, ou seja, dez anos de reclusão.

É importante frisar que a pena-base não pode, mesmo com circunstâncias judiciais favoráveis, ficar aquém da pena mínima abstratamente cominada, já que o art. 69 do CPM, no § 2º, determina a observância dos

⁷ Nesse sentido, também postula Ronaldo João Roth (v. 12, n. 67, set./out. 2007, p. 12).

limites legais fixados: “Salvo o disposto no art. 76, é fixada dentro dos limites legais a quantidade da pena aplicável”.

Aliás, essa visão, embora atrelada ao Código Penal Comum, já encontrou respaldo no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Por todos, ver a Apelação Criminal nº 1098078300000000 – SP, julgada em 24 de junho de 2008, sob relatoria do Ministro Borges Pereira:

Sentença que estabeleceu condenação abaixo do mínimo legal – Insurgência do Ministério Público – Admissível – Sedimentado na doutrina e na jurisprudência o entendimento de ser *impossível a fixação da pena base abaixo do mínimo legal* – Viola o princípio da legalidade a aplicação da majorante do crime de roubo, resultante do concurso de pessoas, ao crime de furto qualificado pela mesma circunstância – Como não existe equivalência entre os incisos I, II e III do § 4º, do artigo 155 do Código Penal com os demais incisos do parágrafo segundo do artigo 157 do Código Penal, a fórmula aplicada resultaria numa reprimenda diferenciada para indivíduos que cometem furto qualificado naquelas circunstâncias, o que é inconcebível – Não se admite a redução da pena abaixo do mínimo legal, ainda que havendo incidência de atenuantes relativas à menoridade do agente e à confissão espontânea, entendimento de que incide a Súmula 231 do STJ – Necessidade de correção – Fixação da reprimenda em 02 anos, mais pagamento de 10 dias multa – Não cabe incidir a atenuante da menoridade e da confissão espontânea – No mais, mantida a substituição e o regime aberto para início de cumprimento de pena – Recurso ministerial provido para o fim de fixar a reprimenda no mínimo legal. (grifou-se)

Essa posição, inclusive com a menção da Súmula no 231 da mesma Corte, vem se repetindo nos julgados mais recentes, a exemplo do Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 547302 – MT, julgado sob relatoria da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, em 9 de setembro de 2014, e do *Habeas Corpus* nº 44813 – MS, julgado em 16 de dezembro de 2014, tendo por Relator o Ministro Nefi Cordeiro, ambos pela Sexta Turma.

Tome-se mais um exemplo, qual seja, o de um militar do Estado que, já possuindo várias transgressões disciplinares de natureza grave em sua nota de corretivo e uma condenação anterior por desrespeito a superior, tendo cumprido a pena há menos de cinco anos, em último ato, pratica o

delito capitulado no art. 157 do CPM (“Violência contra superior”), contra seu Comandante de Unidade, durante uma operação daquela organização policial militar para o combate ao tráfico de drogas em uma comunidade carente, sem resultar lesões corporais.

Ao iniciar a operação (primeira fase), o juiz deverá concluir que estará trabalhando na forma qualificada do delito, porquanto a prática do crime contra o Comandante de Unidade do agente constitui forma qualificada. Dessa maneira, por patamar de fixação da pena-base, o juiz terá o de reclusão de três a nove anos. Como o agente possui uma vida transgressional intensa, conclui-se que sua personalidade, indisciplinada, e o fato de o delito ter sido praticado em um local de risco (comunidade em que havia o domínio do tráfico de drogas) recomendam maior reprovação, sem a constatação de circunstância judicial favorável. A diferença entre pena mínima e máxima é de seis anos, ou de 72 meses, os quais, divididos pelas oito circunstâncias judiciais, significam nove meses para cada uma delas. Recomenda-se, em face da constatação de duas circunstâncias judiciais desfavoráveis, a fixação da pena-base em quatro anos e seis meses de reclusão. Note-se que o fato de ter praticado o delito em serviço terá majoração específica na terceira fase, não podendo ser utilizada como argumento na primeira fase de aplicação da pena. Da mesma forma, a condenação anterior indutora da reincidência não será avaliada neste momento, já que ingressará na próxima fase.

Obviamente, a operação sugerida por Guilherme Nucci, aqui adaptada, pode encontrar resistência e ataques, mas, inegavelmente, configura-se uma forma de reduzir a discricionariedade buscando-se a proporcionalidade.

Fixada a pena-base, passe-se, em seguida, à segunda fase da imposição da pena.

3 Segunda fase da aplicação da pena: circunstâncias agravantes e atenuantes

Nesta fase, inaugura-se a avaliação de *circunstâncias legais* (não mais judiciais) previstas especificamente nos artigos da Parte Geral do Código Penal Militar que tratam das agravantes e das atenuantes.

O Código Penal Militar trata das circunstâncias agravantes e atenuantes, respectivamente, nos arts. 70 e 72. Há, ainda, as circunstâncias agravantes referentes ao concurso de pessoas, previstas no § 2º do art. 53 do CPM, também incidentes nesta fase. Todas essas circunstâncias serão analisadas de forma pormenorizada.

3.1 Circunstâncias agravantes

As circunstâncias agravantes são condições genéricas que, verificadas no caso julgado, agravarão, desde que não constituam elemento integrante ou qualificador do próprio tipo penal, a pena a ser aplicada, conforme preceitua o art. 70 do CPM.

O inc. I do art. 70 dispõe ser a reincidência circunstância agravante.

No Código Penal Militar (art. 71), a reincidência é muito próxima da conceituação trazida pelo Código Penal Comum, e se caracteriza pela prática de novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, tenha condenado o autor por crime anterior. Como se percebe, tal qual se verifica no Direito Penal comum, somente ocorre a reincidência em caso de crime precedente, não vogando a condenação por contravenção penal, de sorte que a condenação irrecorrível por uma contravenção penal prévia não gera a reincidência. No entanto, a condenação prévia por um crime – desde que não seja propriamente militar ou anistiado – induzirá à reincidência no julgamento posterior de uma contravenção penal, somente existente no Direito Penal comum.

Adotou-se no Código Penal Militar a reincidência ficta, ou seja, aquela que “ocorre quando o agente, após ser condenado definitivamente pela prática de crime, comete nova infração penal” (SILVA, 2009, p. 197), e não a reincidência real, que “ocorre quando o agente, cumprida total ou parcialmente a pena pela prática de crime anterior, comete nova infração penal” (SILVA, 2009, p. 197).

Esse conceito deve ser somado à concepção e à influência do período depurador, ou seja, aquele espaço de tempo após o qual o indivíduo, mesmo possuindo condenação anterior transitada em julgado, será considerado primário, ao menos tecnicamente. O período depurador é de cinco anos a contar da data do cumprimento ou da extinção da pena. Assim, um militar que possua uma condenação anterior, por sentença irrecorrível, e que já tenha cumprido a pena por essa condenação, se praticar um novo delito após dois anos do cumprimento da pena, será reincidente, mas, se praticar a nova infração após seis anos, será tecnicamente primário.

Faz-se, aqui, um paralelo com o Código Penal Comum, cujo inc. II do art. 64 dispõe que não serão computados, para efeito de reincidência, os crimes militares próprios e os anistiados. Dessa forma, caso o primeiro crime com condenação seja de deserção, crime propriamente militar, quando do julgamento de um segundo crime na Justiça Criminal comum, ainda que

praticado em menos de cinco anos do cumprimento da sentença do primeiro, o réu não será reincidente.

Não há, todavia, regra recíproca no Código Penal Militar. O § 2º do art. 71 do Código Penal Castrense somente afasta para efeitos de reincidência os crimes anistiados, e não o crime comum. Como exemplo, alguém condenado anteriormente por crime comum, ao praticar um crime militar, ainda que próprio, em menos de cinco anos do cumprimento ou extinção da pena do primeiro, será reincidente no julgamento do segundo delito na Justiça Militar.

Há setor doutrinário que sustenta o entendimento de configuração de verdadeiro *bis in idem* a valoração da reincidência para agravar um delito, isto é, representa um duplo gravame ao acusado. É correta, todavia, a visão de Guilherme Nucci (2009, p. 220), que, ao rechaçar essa concepção, diz:

Não vemos sentido nessas críticas, pois a avaliação se volta à aplicação da pena e não à punição em si. Comprovada a prática da infração penal, passa-se à fase de *individualizar* a pena e não haveria razão plausível para equiparar o primário ao reincidente, inclusive quando se cuidar de coautoria. O autor de um crime que já passou por um processo de reeducação (ou, pelo menos, já foi condenado pelo Estado) e, ainda assim, despreza os valores sociais que lhe foram transmitidos – no mínimo, mesmo que se diga que a pena não foi cumprida de modo ideal, pela reprovação que a punição certamente lhe foi capaz de demonstrar – merece maior censura do que outro, delinquente iniciante.

Mas, além da reincidência, existem outras circunstâncias agravantes no CPM, trazidas pelas alíneas do inc. II do art. 70.

A pena do delito, pela alínea “a” do referido dispositivo, será agravada quando este for praticado por motivo fútil (sem importância, a exemplo de espancar alguém em razão de ter perdido uma partida de pôquer), ou torpe (abjeto, ignóbil, que cause repugnância, como a ganância ou ambição). Há coincidente previsão desta agravante na alínea “a” do inc. II do art. 61 do CP.

A agravação da pena ocorrerá também quando o crime for praticado para facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime (art. 70, II, “b”, do CPM, com correlata previsão na alínea “b” do inc. II do art. 61 do CP). Configura-se aqui a chamada conexão teleológica ou consequencial (art. 99, “b”, do CPPM), que determinará, em regra, a unidade do processo para processar e julgar as duas infrações (art.

102 do CPPM). Nesse caso, um delito é praticado em referência a outro. O agente busca, pela segunda prática criminosa, trazer facilidades para a execução de outro crime (ex.: lesionar uma pessoa, para poder perpetrar um sequestro – conexão teleológica), ou ocultar, alcançar a impunidade ou garantir a vantagem auferida por um delito anterior pela prática de outro delito (ex.: lesionar o coautor de um delito para poder ficar com o produto de um roubo – conexão consequencial).

Outra agravante prevista no art. 70, II, “c”, do CPM, sem correlata no Código Penal Comum, está na prática do delito depois de embriagar-se, salvo se a embriaguez decorrer de caso fortuito, engano ou força maior. No Código Penal Comum, apenas a embriaguez preordenada agrava a pena (alínea “l” do inc. II do art. 61 do CP), ao passo que, em uma primeira leitura, no Código Penal Militar, a embriaguez, preordenada ou não – claro, se não sofrer avaliação autônoma, como a embriaguez completa, não voluntária a afastar a imputabilidade –, agravaria a pena. Todavia, combinando essa previsão com o parágrafo único do art. 70 do CPM, chega-se à conclusão de que, para o agente civil, apenas a embriaguez preordenada é circunstância agravante, já para o agente militar (limitando-se ao militar da ativa por interpretação autêntica contextual trazida pelo art. 22 do CPM), mesmo a embriaguez não preordenada importa em agravação da pena.

A alínea “d” do inc. II do art. 70 do CPM impõe, da mesma forma, a agravação da pena-base quando o crime for praticado à traição (de forma desleal ao que presume amigo), de emboscada (cilada, tocaia), com surpresa (de forma inesperada), ou mediante outro recurso insidioso (que denota estratagem, perfídia) que dificultou ou tornou impossível a defesa da vítima. Aqui, aplica-se a interpretação analógica, para possibilitar o enquadramento de outras situações que representem recurso que impossibilite a reação da vítima.

Ademais, a pena será agravada quando o crime for praticado com o emprego de veneno, asfixia, tortura, fogo, explosivo, ou qualquer outro meio dissimulado (que oculta o verdadeiro propósito) ou cruel (que cause sofrimento exagerado e desnecessário), ou de que podia resultar perigo comum (alínea “e” do inc. II do art. 70 do CPM). Também aqui se deve utilizar da interpretação analógica, pela indicação do legislador. É curioso notar que no Código Penal Comum a dissimulação está equiparada a meio que surpreenda a vítima, e o meio insidioso está ligado aos meios cruéis ou de perigo comum. No Código Penal Militar, como se percebe na agravante anterior e nesta, houve a inversão dessas equiparações.

O crime praticado contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge também terá a pena agravada (alínea “f” do inc. II do art. 70 do CPM). Deve-se entender a ascendência e descendência tanto fruto de casamento, como de relação fora do casamento, e também a ascendência ou descendência natural como aquela resultante de vínculo civil, no caso de adoção, em qualquer grau.

O abuso de poder ou violação de dever inerente a cargo (“denominação dada à mais simples unidade de poderes e deveres estatais a serem expressos por uma gente” (NUCCI, 2009, p. 220), ou seja, criado por lei, o cargo significa uma unidade mínima de divisão da estrutura da Administração Pública, possuindo denominação própria e a ele correspondendo uma série de atribuições), ofício (geralmente “relacionado com arte manual ou mecânica. Exemplo: sapateiro ou ourives” (SILVA, 2009, p. 194), ministério (“encargo subordinado a uma ocupação religiosa ou social. Exemplos: sacerdote, freira ou irmã de caridade” (SILVA, 2009, p. 194) ou profissão (“atividade exercida independente com o fim de lucro. Exemplos: médicos, advogados” (SILVA, 2009, p. 194) aparecem como outra circunstância agravante (alínea “g” do inc. II do art. 70 do CPM). O abuso de poder atingirá o servidor público no desempenho de função, claro, desde que não se configure o crime de abuso de autoridade. Já a violação de dever atinge algumas pessoas em determinadas categorias profissionais que têm maior restrição em face da profissão ou ofício, como o médico, por exemplo.

O crime praticado contra criança, velho ou enfermo terá a pena, igualmente, agravada (alínea “h” do inc. II do art. 70 do CPM). Hoje, no Código Penal Comum, após o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), há o parâmetro de idade para essa agravante, ou seja, não se fala mais em velho, mas em maior de sessenta anos, o que pode, muito bem, servir de interpretação para a expressão “velho” no Código Penal Militar. Criança possui definição legal, trazida pelo art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei nº 8.069/1990). É considerado criança aquele indivíduo com até doze anos incompletos.

Caso o crime seja praticado no momento em que o ofendido está sob a imediata proteção de autoridade, constitui-se em outra circunstância agravante (alínea “i” do inc. II do art. 70 do CPM). Aquele que pratica um crime contra alguém protegido ou sob autoridade está ignorando essas condições, por isso afronta o poder do Estado, que lhe conferirá uma reprovação maior.

O crime praticado em certas situações em que a vítima possa estar fragilizada, ou mesmo em situações em que o próprio aparelho estatal se mostra deficitário em promover o bem comum, merece reprovação acentuada. Por essa razão, a prática de delito em ocasião de incêndio, naufrágio, encalhe, alagamento, inundação, ou qualquer calamidade pública, ou de desgraça particular do ofendido, configura-se circunstância agravante (alínea “j” do inc. II do art. 70 do CPM).

A prática do delito em serviço configura outra circunstância agravante (alínea “l” do inc. II do art. 70 do CPM). O Código Penal Militar não esclarece quem deve encontrar-se em serviço, se o sujeito ativo ou o passivo. No entanto, nos termos do parágrafo único do art. 70 do CPM, esta agravante somente se aplica quando o sujeito ativo for militar, o que possibilita, ainda que não muito clara a regra, a interpretação de que essa circunstância deve ser limitada aos casos em que o agente está de serviço, e não o sujeito passivo. Outro ponto relevante é a discussão se a expressão em serviço confunde-se com a atuação em face da função, ou seja, a verificação se esta agravante poderia ser reconhecida, sem significar lesão ao princípio *ne bis in idem*, no apenamento de delitos cuja descrição típica já exigisse a atuação em função, como o peculato e a prevaricação. Embora com ressalvas em alguns casos – como, por exemplo, no peculato apropriação, em que o bem móvel somente está na posse ou detenção do agente pelo exercício do cargo –, já se entendeu ser possível a incidência dessa agravante. Nesse sentido, ver no Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo a Apelação Criminal nº 5.587/06 (Feito nº 44.824/06-4ª Auditoria), julgada em 30 de março de 2010, sob relatoria do Juiz Paulo A. Casseb:

Incide em peculato-furto tentado o policial militar que, no exercício de função que lhe conferia acesso à bomba de gasolina da unidade, tenta subtrair combustível pertencente à Polícia Militar para abastecer veículo particular, mas é flagrado por superior hierárquico. Constitui agravante de aplicação obrigatória a circunstância de o policial militar cometer o crime quando de serviço.

Outra circunstância agravante que se aplica somente ao agente militar, também por força do parágrafo único do art. 70 do CPM, é a prática do delito com emprego de arma, material ou instrumento de serviço, para esse fim procurado (alínea “m” do inc. II do art. 70 do CPM). Qualquer objeto

utilizado para potencializar a capacidade de o agente praticar o fato, desde que deliberadamente buscado para cometer o delito, pode majorar a pena do agente. Entretanto, tal objeto, para atender ao escopo da norma penal militar, deve estar sob a Administração Militar. Não se configura a agravante, por exemplo, com o emprego de um objeto do próprio agente. O que se quer reprimir com maior ênfase é a atitude aviltadora do militar que utiliza um objeto da Instituição Militar para a prática de um delito; porque, do contrário, essa agravante atingiria inúmeras situações e fugiria à natureza própria das circunstâncias agravantes. Se o crime for praticado em auditório da Justiça Militar ou local onde tenha sede a sua administração (alínea “n” do inc. II do art. 70 do CPM), a pena será também agravada. Auditório da Justiça Militar deve ser compreendido como o local onde se procedem às sessões do processo penal militar. Também é circunstância agravante a prática de crime militar no local onde o Poder Judiciário Militar mantém sua sede, seu prédio principal, não necessariamente o local de sessões de julgamento. Essa agravante, por força do parágrafo único do art. 70 do CPM, somente se aplica quando o sujeito ativo for militar.

Por fim, o crime praticado em país estrangeiro também terá a pena agravada (alínea “o” do inc. II do art. 70 do CPM). A compreensão de país estrangeiro deve ser por oposição à concepção de território nacional e com a exclusão de territórios internacionais, ou seja, não conferidos a um estado nacional específico. Não basta, para a exata aplicação do dispositivo, portanto, que o fato ocorra em território não brasileiro. Exige-se que o espaço onde o delito é praticado pertença a determinado país estrangeiro. Essa agravante, por força do parágrafo único do art. 70 do CPM, somente se aplica quando o sujeito ativo for militar.

Também aqui vale a advertência de que, quando a circunstância agravante compuser ou qualificar o delito, ou mesmo quando se configurar causa de aumento de pena, deverá ser afastada sua relevância no cálculo da pena. *In exemplis*, a prática de um homicídio por motivo fútil influencia na dosimetria da pena como qualificadora expressa no inc. I do § 2º do art. 205 do CPM. Não pode, portanto, vingar a circunstância agravante da alínea “a” do inc. II do art. 70 do mesmo diploma legal.

Além do art. 70 do Código Penal Castrense, devem-se ter como circunstâncias agravantes na segunda fase da aplicação da pena privativa de liberdade as agravantes específicas para o concurso de pessoas, previstas no § 2º do art. 53 do mesmo Código.

Terá a pena agravada o codelinqüente que promover ou organizar a cooperação no crime ou dirigir a atividade dos demais agentes (inc. I do § 2º do art. 53 do CPM). Não se confunde com a figura do cabeça, presente em alguns crimes plurissubjetivos. Com efeito, essa agravante importa na maior reprovação daquele que arquiteta o plano criminoso ou então que dá o ritmo da sequência criminoso. No entanto, embora se assemelhe ao disposto no § 4º do art. 53 do CPM, essa agravante deverá ficar reservada aos casos em que inexista a figura do cabeça citado pelo referido dispositivo. Assim, *v.g.*, no crime de motim (art. 149 do CPM), de concurso necessário, em que o preceito secundário já garante maior reprovação ao cabeça do movimento, não poderá haver a incidência desta agravante.

Aquele que, em concurso de pessoas, coage outrem à execução material do crime também terá a pena agravada (inc. II do § 2º do art. 53 do CPM). Mostra-se adequado sustentar que a agravação ocorrerá tanto na coação física (*vis absoluta*) como na moral (*vis compulsiva*), porquanto, nesse ponto, o que interessa à norma não é a conduta do coato, e sim a do coator, que entrará na linha de responsabilização do delito nas duas situações. No entanto, entende-se que essa agravante somente deve vingar quando houver uma coação resistível, porquanto a coação física irresistível importará, em uma visão sem a fidelidade sistêmica ao Código Penal Militar⁸, em ausência de conduta do coato. Afasta o concurso de pessoas, pressuposto para o reconhecimento dessa agravante. Da mesma forma, a coação moral irresistível implicará a não condenação do coato, mas ainda assim possibilitará a incidência dessa agravante, em face da influência da teoria da acessoriedade limitada da participação.

Como bem ensina Cezar Roberto Bitencourt, a participação é uma atividade secundária, acessória, mas existem três teorias a explicar o grau dessa acessoriedade. A teoria da acessoriedade extrema sustenta que o

⁸ Deve-se lembrar que o Código Penal Militar, majoritariamente se reconhece, é impulsionado pelo causalismo neoclássico, permitindo concluir que os elementos subjetivos, dolo e culpa, encontram-se alocados na culpabilidade, conforme se extrai do art. 33 do referido Código. Nesse contexto, a coação moral e a coação física, se for adotada uma fidelidade ao sistema, se equiparam a afastar a culpabilidade, ora por ausência de elemento subjetivo, no caso coação física, ora por inexigibilidade de conduta diversa, no caso da coação moral. Na construção aqui apresentada, adota-se a visão finalista, em que a coação moral afetaria o fato típico, já que dolo e culpa estão alocados na conduta.

partícipe somente pode ser punido se o autor principal houver praticado um fato típico, antijurídico e culpável. A teoria da acessoriedade mínima sustenta que, para a responsabilização do partícipe, apenas é necessário que o autor do fato principal tenha praticado fato típico. Prescinde-se, portanto, da antijuridicidade e da culpabilidade. Finalmente, a teoria da acessoriedade limitada

[...] exige que a conduta principal seja *típica* e *antijurídica*. Isso quer dizer que a participação é acessória da ação principal, de um lado, mas que também depende desta até certo ponto. Não é necessário que o autor seja culpável. É suficiente que sua ação seja antijurídica, isto é, contrária ao direito, sem necessidade de ser culpável. O fato é comum, mas a culpabilidade é individual. (BITENCOURT, 2009, v. 1, p. 45)

Rogério Greco (2008, p. 132) vai além e traz a teoria da hiperacessoriedade da participação, que defende ser punível o partícipe somente quando o autor do fato principal tiver praticado fato típico, antijurídico, culpável e punível. A análise dos diversos dispositivos do Código Penal Militar, assim como do Código Penal Comum, evidencia ter havido a influência da teoria da acessoriedade limitada na descrição dos tipos penais (ex.: art. 254 do CPM – crime de receptação), em qualificadoras (ex.: § 1º do art. 178 do CPM – forma qualificada do crime de fuga de preso ou internado), em causas especiais de aumento de pena (ex.: § 1º do art. 222 do CPM – causa especial de aumento de pena do crime de constrangimento ilegal) e aqui nas agravantes específicas do concurso de pessoas. Assim, na prática de um delito por um agente imputável, com a participação de outros dois inimputáveis, há que se reconhecer a incidência das agravantes do § 2º do art. 53 do CPM.

Nesse sentido, versando sobre dispositivo correlato na legislação penal comum, posiciona-se César Dario Mariano Silva (2009, p. 196): “Não há necessidade de que a coação seja irresistível; basta que ela leve o terceiro a executar materialmente o delito. Assim, sendo a coação moral ou física, resistível ou irresistível, o coator terá pena agravada”.

Também nessa esteira, Guilherme Nucci (2009, p. 243), ainda comentando o dispositivo do Código Penal, assenta:

Houve equívoco na redação da rubrica do art. 62, denominando-se “agravantes no caso de *concurso de pessoas*” [grifou-se], o que dá a entender ser hipótese aplicável somente

no tocante aos delitos cometidos com o intercurso de mais de uma pessoa, nos termos do art. 29 do Código Penal. Mas assim não ocorre, já que se pode considerar presente a agravante no caso da autoria mediata por coação moral irresistível, por exemplo, não constituindo caso configurador de autêntico “concurso de pessoas”. Melhor, portanto, entender que o título do art. 62 diz respeito às agravantes aplicáveis aos crimes cometidos por mais de uma pessoa, não necessariamente coautores ou partícipes.

Por fim, tem-se que, ao comentar a agravante do inc. II do art. 62 do CP, Rogério Greco (2008, p. 227) também acolhe essa visão:

A coação mencionada pelo inciso II do art. 62 do Código Penal pode ser resistível ou irresistível. Na coação dita irresistível, somente o coator responderá pelo crime praticado pelo coagido, nos termos do art. 22 do Código Penal, que diz que se o fato é cometido sob coação irresistível, somente é punível o autor da coação. Assim, sobre a pena aplicada ao coator, relativa ao injusto penal levado a efeito pelo coagido, ainda se fará incidir a agravante em estudo.

Com o propósito de dar maior coerência ao sistema, deve-se lembrar que a coação resistível é causa genérica de diminuição de pena, prevista no art. 41 do CPM, o que favorecerá o coato.

Podem-se resumir, então, duas situações distintas:

1 Se houver coação (física ou moral) irresistível, o terceiro coato será isento de pena, no caso de coação moral (alínea “a” do art. 38 do CPM), ou reconhecida sua ausência de conduta – frise-se que aqui se abandona a fidelidade sistêmica do Código Penal Militar –, havendo a responsabilização do coator com a incidência da agravante do inc. II do § 2º do art. 53 do CPM, mesmo sem haver tecnicamente o concurso de pessoas, por influência da teoria da acessoriedade limitada.

2 No caso de coação (física ou moral) resistível, configura-se o concurso de pessoas em que coator e coato responderão pelo delito; contudo, este terá menor reprovação diante do disposto no art. 41 do CPM, enquanto aquele terá a pena agravada em face do disposto no inc. II do § 2º do art. 53 do CPM. Aquele que, em concurso de pessoas, instiga ou determina que alguém sob sua autoridade cometa um crime, ou então tenha a mesma conduta em relação a alguém não punível em face de condição ou qualidade pessoal também terá sua pena agravada (inc. III do § 2º do art. 53 do CPM).

Instigar significa reforçar uma ideia já existente. Determinar é ordenar, emitir a ordem. Exige-se, no entanto, que a pessoa instigada esteja sob a autoridade do instigador, a exemplo do Comandante de Subunidade que instiga seu Comandado à prática do delito. Vale aqui a mesma reflexão feita linhas atrás em relação à coação, inclusive sob o prisma da teoria da acessoriedade limitada, ou seja, depende de a ordem ser manifestamente legal ou não. Assim, podem-se vislumbrar três situações:

1 Se houve uma ordem legal, o subordinado que cumpriu a ordem será isento de pena pela obediência hierárquica (alínea “b” do art. 38 do CPM), respondendo apenas o superior emissor da ordem (§ 1º do art. 38 do CPM), com a agravante do inc. III do § 2º do art. 53 do CPM, mesmo sem haver tecnicamente o concurso de pessoas, por influência da teoria da acessoriedade limitada.

2 No caso de ter havido uma ordem ilegal, mas não claramente, flagrantemente, o subordinado que cumpriu a ordem responderá pelo delito, porém será incidente a causa de diminuição de pena do art. 41 do CPM. O autor da ordem responderá em concurso com o subordinado e terá sua pena agravada, conforme disposto no inc. III do § 2º do art. 53 do CPM.

3 Na hipótese de uma ordem manifestamente ilegal, o subordinado que cumpriu a ordem responderá pelo delito, sem a incidência da causa de diminuição de pena do art. 41 do CPM. O autor da ordem responderá em concurso com o subordinado e também terá sua pena agravada, consoante disposto no inc. III do § 2º do art. 53 do CPM.

Instigar ou determinar alguém não punível em razão de qualidade pessoal – a exemplo da menoridade penal – a cometer um crime também agravará a pena. Mais uma vez, chega-se ao problema da necessidade do prévio reconhecimento do concurso para a incidência dessa circunstância. Enxergam-se diminutas possibilidades para a aplicação dessa agravante, como, por exemplo, o caso de alguém, mancomunado com várias pessoas imputáveis, determinar a alguém inimputável que pratique uma conduta criminosa. Nessa situação, note-se, haveria o concurso de pessoas, e aquele que determinou ao adolescente, por exemplo, que participasse de algum ato do delito teria a pena agravada.

Por fim, no concurso de pessoas, terá a pena agravada aquele que executa o crime, ou nele participa, mediante paga ou promessa de recompensa (inc. IV do § 2º do art. 53 do CPM).

Também aqui vale lembrar que as circunstâncias agravantes para o concurso de pessoas, quando compuserem o delito, o qualificarem etc., não poderão ser reconhecidas. Prevalece a qualificadora, a causa de aumento de pena etc. – ex.: em um homicídio em concurso de pessoas em que o agente tenha participado impulsionado por um pagamento, a agravante do inc. IV do § 2º do art. 53 do CPM será afastada em favor da qualificadora do inc. II do § 2º do art. 205 do CPM.

3.2 Circunstâncias atenuantes

Ao lado das circunstâncias agravantes, estão também a influenciar na dosimetria da pena as circunstâncias atenuantes, dispostas no art. 72 do CPM.

O primeiro caso de circunstância atenuante é o de ser o agente menor de vinte e um ou maior de setenta anos (art. 72, I, do CPM). Embora o Código Penal Militar não esclareça o momento de aferição da idade do agente, torna-se adequado fazer uma interpretação favorável ao acusado, levando à aplicação do trazido pelo dispositivo semelhante do Código Penal (inc. I do art. 65), entendendo que a aferição para o menor de vinte e um anos deve ser feita no momento da prática do delito (utilizando-se a regra da teoria da atividade do art. 5º do CPM), enquanto para a aferição da idade superior a setenta anos deve ser utilizada a data da sentença. É interessante consignar que o Código Civil, ao antecipar a capacidade para dezoito anos, não interferiu na atenuação da pena para menores de vinte e um anos no Código Penal.

Terá a pena atenuada o agente que tiver demonstrado seu anterior comportamento meritório (art. 72, II, do CPM). Para Jorge César de Assis (2007, p. 175), comportamento meritório deve ser interpretado extensivamente, alcançando todo o comportamento do agente em sua família, em grupos sociais etc. Obviamente, se essa circunstância já incidiu no cálculo da pena-base, na avaliação dos antecedentes, não deverá incidir na fase de aplicação da pena.

A pena conhecerá atenuação também quando o agente comete o crime por motivo de relevante valor social ou moral (art. 72, III, “a”, do CPM). Relevante valor social está ligado a sentimentos que ganham a anuência do corpo social no qual está inserido o agente, porém ligados à convivência com o grupo, tais quais sentimentos ligados à pátria, à cidadania, à comunidade etc. Relevante valor moral, embora também aceito pelo grupo, refere-se à esfera íntima do agente, sendo exemplos sentimentos ligados à honra, à

liberdade individual, à honestidade. Aquele que comete o delito, mas antes procura, por espontânea vontade e com eficiência, logo após o crime, evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou repara o dano antes do julgamento, será também beneficiado por uma circunstância atenuante (art. 72, III, “b”, do CPM). Trata-se de hipótese de um arrependimento que não se tornou eficaz (arrependimento posterior). O arrependimento posterior no Código Penal Militar não possui um dispositivo específico na Parte Geral, a exemplo do que faz o Código Penal Comum, no art. 16, mas, inequivocamente, sua avaliação é possível, seja nas circunstâncias judiciais, na primeira fase da aplicação da pena, na definição da pena-base, seja, alternativamente, na segunda fase, pela incidência das circunstâncias atenuantes. No Código Penal Castrense, também há disposição especial acerca do arrependimento posterior, como ocorre no peculato culposo (art. 303, § 4º, do CPM), em que o arrependimento posterior, caracterizado pela reparação do dano, pode funcionar como causa de extinção da punibilidade, se preceder a sentença irrecorrível, ou causa especial de diminuição da pena pela metade, se posterior a ela. Caso o arrependimento seja eficaz, impeça o resultado, haverá a responsabilização do autor apenas pelos atos já praticados.

Outra circunstância atenuante ocorre quando o crime é praticado sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima (art. 72, III, “c”, do CPM). Torna-se interessante consignar a visão de César Dario Mariano Silva (2009, p. 201), segundo a qual tal atenuante não se confunde com o privilégio, por exemplo, presente no crime de homicídio, em que se exige o domínio de violenta emoção. Aqui é suficiente a influência de violenta emoção. Seja como for, a violenta emoção não afasta a imputabilidade, mas, por esse dispositivo, atenua a pena, nos termos da alínea em estudo. Como exemplo, tome-se um crime de dano praticado por um militar da ativa contra outro militar da ativa, em que fique demonstrado que o sujeito passivo passou a humilhar o sujeito ativo em público, exibindo seu vultoso patrimônio e comentando com todos os colegas de caserna que o sujeito ativo era um “falido”, um “quebrado”, que mal conseguia sustentar-se.

A pena conhecerá atenuação também quando o agente confessa, espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime, ignorada ou imputada a outrem (art. 72, III, “d”, do CPM). É conhecida como confissão espontânea, ou seja, sem a necessidade de estímulo externo ao agente. Para que assim seja caracterizada, impõe-se que leve ao esclarecimento do delito imputado a outra pessoa ou de autoria ignorada, não basta a confissão sobre

um crime praticamente esclarecido. Ao mencionar a autoridade perante a qual se confessa, a compreensão deve conhecer maior abrangência, abarcando a autoridade policial (comum ou militar) ou judiciária.

Por fim, ter o agente sofrido tratamento com rigor não permitido em lei constitui também circunstância atenuante (art. 72, III, “e”, do CPM). Esse rigor, obviamente, pode configurar crime por aquele que impõe o tratamento rigoroso ilegal. No entanto, deve-se ter a cautela de verificar se a atitude em repulsa a esse tratamento não constitui excludente de antijuridicidade, como a legítima defesa, ou mesmo circunstância que afaste a tipicidade – prefere-se entender, apesar da previsão expressa da lei penal militar, que afasta o dolo – como o caso do disposto no inc. II do art. 47 do CPM (ASSIS, 2007, p. 176). Assim, fica evidente que, se a conduta daquele que sofreu o tratamento ilegal for praticada ao mesmo tempo da submissão a esse tratamento, haverá repulsa a injusta e atual agressão, e estará, desde que proporcional, configurada hipótese de legítima defesa (art. 44 do CPM). Agora, em não havendo a proporcionalidade ou mesmo a coincidência temporal entre tratamento rigoroso e reação a ele, é possível a incidência dessa circunstância atenuante.

No Código Penal Comum (art. 66), ocorre a chamada atenuante inominada, que transforma o rol do art. 65 em um rol exemplificativo de circunstâncias atenuantes: “A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”. Não há dispositivo correlato na lei penal militar, o que recomenda que o juiz fique adstrito às circunstâncias atenuantes expressas no art. 72 do CPM.

Outra diferença existente no Código Penal Militar está no parágrafo único do art. 72, que dispõe: nos “crimes em que a pena máxima cominada é de morte, ao juiz é facultado atender, ou não, às circunstâncias atenuantes enumeradas no artigo”.

Sempre é bom lembrar que o reconhecimento específico de uma atenuante afasta, em tese, a ponderação do mesmo critério para a pena-base, como circunstância judicial, assim como o reconhecimento de um privilégio ou de uma causa especial de aumento de pena deve afastar a incidência da atenuante. Vale a pena, nesse ponto, repetir o ensinamento de César Dario Mariano da Silva (2009, p. 189), segundo o qual se

[...] a circunstância judicial já for autonomamente uma causa de aumento ou diminuição de pena, bem como agravante ou

atenuante genérica, não poderá ser levada em consideração quando da fixação da pena-base. Será apreciada na segunda ou terceira fase da fixação da pena, dependendo de sua natureza jurídica.

Dessa maneira, deve-se cuidar para que não haja dupla valoração, evitando-se tanto incrementar a pena como mitigá-la, sob pena de lesar a necessária e adequada proporcionalidade.

3.3 Cálculo da pena alterada

Ao discorrer um pouco acerca do cálculo da pena com a incidência das agravantes e das atenuantes, chamada de pena alterada, frise-se, em primeiro plano, que esse cálculo não pode resultar em uma pena fora do mínimo e máximo legais cominados para o crime.

Essa visão já está sedimentada pela já mencionada Súmula nº 231 do STJ: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

Obviamente, se pela Súmula a atenuante não pode lançar a pena abaixo da pena mínima, a agravante, aferida na mesma fase de fixação da pena, também não pode levar à extrapolação do limite máximo.

Nesse sentido, ver ainda, no Superior Tribunal de Justiça, o Recurso Especial nº 650684-RS, julgado em 20 de setembro de 2004, sob relatoria do Ministro Gilson Dipp:

CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. ATENUANTE DA MENORIDADE. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. Não se admite a redução da pena-base abaixo do mínimo legal, ainda que a título provisório, em razão da incidência de atenuante relativa à menoridade do agente. Precedentes. Incidência da Súmula 231/STJ. Recurso especial provido, nos termos do voto do Relator.

Mas o Código Penal Militar ainda reserva dispositivos específicos para o cálculo das circunstâncias agravantes e atenuantes.

Um grande problema no Direito Penal comum está na definição do *quantum* de acréscimo ou decréscimo na pena por reconhecimento de uma agravante ou atenuante, já que o Código Penal não traz dispositivo específico nesse sentido.

No Código Penal Militar, no entanto, essa realidade é diferente, sendo muito mais fácil a operação. O art. 73 desse Código dispõe que, quando “a lei determina a agravação ou atenuação da pena sem mencionar o *quantum*, deve o juiz fixá-lo entre um quinto e um terço, guardados os limites da pena cominada ao crime”. Note-se que o dispositivo se refere às circunstâncias legais, em que se inserem as agravantes e as atenuantes, definindo-se, portanto, uma proporção de acréscimo ou de decréscimo da pena-base.

Não há obrigatoriedade de existirem tantos acréscimos ou decréscimos quantas forem as circunstâncias detectadas. No art. 74 do CPM há a previsão de que, quando “ocorre mais de uma agravante ou mais de uma atenuante, o juiz poderá limitar-se a uma só agravação ou a uma só atenuação”.

Por fim, o art. 75 do CPM dispõe que, no

[...] concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência. Se há equivalência entre umas e outras, é como se não tivessem ocorrido.

Aqui, sim, a lei define uma preponderância na avaliação das circunstâncias agravantes – o que não ocorre com as circunstâncias judiciais –, levando a uma maior reprovação quando se referirem a motivos determinantes do crime (alíneas “a” e “b” do inc. II do art. 70 e inc. IV do § 2º do art. 53 todos do CPM), da personalidade do agente (alíneas “d” e “e”, “f”, “g”, “h”, “i” e “j” do inc. II do art. 70 do CPM) e da reincidência (inc. I do art. 70 do CPM). Também é possível a aferição de uma atenuante em face da outra com os mesmos critérios sem a reincidência, ou seja, motivos determinantes do crime (alíneas “a”, “c” e “e” do inc. III do art. 70 do CPM) e a personalidade do agente (inc. II do art. 72 do CPM). Claro que a classificação de uma agravante ou de uma atenuante em uma e em outra categoria cabe ao aplicador da lei penal militar, comportando enquadramento diverso do aqui proposto, desde que motivado.

Para sedimentar a compreensão, trabalhe-se o mesmo exemplo usado quando fixada linhas atrás uma pena-base: um militar do Estado que, já possuindo várias transgressões disciplinares de natureza grave em sua nota de corretivo e uma condenação anterior por desrespeito a superior, tendo cumprido a pena há menos de cinco anos, em último ato, pratica o

delito capitulado no art. 157 do CPM (violência contra superior), contra seu Comandante de Unidade, durante uma operação daquela organização policial militar para o combate ao tráfico de drogas em uma comunidade carente, sem resultar lesões corporais.

Como já consignado no exemplo, na primeira fase da fixação da pena, o juiz deverá concluir que trabalhará na forma qualificada do delito, porquanto a prática do crime contra o Comandante de Unidade do agente caracteriza-se forma qualificada. Dessa maneira, por patamar de fixação da pena-base, o juiz assinala o de reclusão de três a nove anos. Como o agente possui uma vida transgressional intensa, o juiz conclui que sua personalidade, indisciplinada, e o fato de o delito ter sido praticado em um local de risco (comunidade em que havia o domínio do tráfico de drogas) recomendam maior reprovação, sem a constatação de nenhuma circunstância judicial favorável. Assim, fixa-se a pena-base em quatro anos e seis meses de reclusão, ou seja, cinquenta e quatro meses.

No exemplo citado, constata-se apenas a agravante da reincidência, já que no caso não foi constatado motivo determinante, embriaguez etc. Não há nenhuma circunstância atenuante; portanto, a pena sofrerá apenas um acréscimo, que poderá variar nos termos do art. 73 do CPM, entre um quinto e um terço. Como a reincidência foi constatada isoladamente, não há necessidade de exacerbar sua influência, de sorte que pode ser fixado o acréscimo mínimo previsto na norma, ou seja, acresce-se a pena-base em um terço (dezoito meses), levando a uma pena alterada, fixada em segunda fase, de seis anos de reclusão (setenta e dois meses).

4 Terceira fase da aplicação da pena: causas especiais de aumento e diminuição de pena

Como última fase da aplicação da pena privativa de liberdade, tem-se o momento de aferição das causas de aumento e diminuição de pena. São causas que crescem ou diminuem a pena por dispositivos previstos na Parte Geral (causas gerais de aumento ou diminuição de pena), não previstas como circunstâncias agravantes ou atenuantes, ou na Parte Especial (causas especiais de aumento ou diminuição de pena), atreladas ao tipo penal em espécie.

Na Parte Geral do Código Penal Militar, costuma-se apontar apenas duas causas gerais de aumento de pena – aquela prevista no art. 20, aumento de um terço em relação aos crimes praticados em tempo de guerra, e a constante do art. 79, que trata do concurso de crimes, quando, na parte

final, adota a exasperação para a unificação de crimes cujas penas não sejam de mesma espécie.

No caso específico do concurso de crimes – sem distinguir as consequências do concurso material daquelas conferidas ao concurso formal, o que importa em críticas à lei penal militar –, não ocorre propriamente uma causa de aumento de pena, porquanto há a condenação com a fixação da pena final de um ou mais crimes, obedecendo-se às três fases, com simples soma ou acréscimo final de *quantum* à condenação.

Mais fartas, por outro foco, são as causas gerais de diminuição de pena.

Em primeiro lugar, há a possibilidade de diminuição da pena em face do crime tentado, quando o juiz poderá diminuí-la de um a dois terços (parágrafo único do art. 30 do CPM).

O erro de direito previsto no art. 35 do CPM – para os que entendem o dispositivo constitucional – constitui outra causa geral de diminuição de pena. Como no artigo específico não se define o *quantum* de atenuação, deve-se lançar mão do disposto no art. 73 do CPM, que define a dedução de um quinto a um terço. É natural questionar a parte final do art. 73 do CPM, que determina a redução ou ampliação, guardados os limites da pena cominada ao crime, disposição que se mostra inaplicável diante do princípio da culpabilidade, podendo a operação resultar pena final fora dos limites impostos pelo preceito secundário do delito enfocado.

O art. 41 do CPM dispõe que, 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”. Configura-se mais uma causa geral de diminuição de pena em que se lança mão do art. 73 do CPM.

No excesso doloso, disposto no art. 46 do CPM, e na participação de somenos importância prevista no art. 53, § 3º, do CPM, permite-se também a redução da pena, socorrendo-se do art. 73 do mesmo *Codex*.

Outra causa de diminuição de pena está na semi-imputabilidade (parágrafo único do art. 48 do CPM), que prevê redução de pena sem indicar o *quantum*, lançando-se mão do art. 73 do CPM.

Também seria enquadrado como causa geral de diminuição de pena o caso trazido pelo *caput* do art. 50 do CPM, que permite redução para o crime praticado por maior de dezesseis anos e menor de dezoito, dispositivo que, por óbvio, não tem mais aplicabilidade. Porquanto a imposição de respon-

sabilidade penal ao menor de dezoito anos é hoje inconstitucional diante do art. 228 da Constituição Federal.

Por fim, aponte-se como causa geral de diminuição de pena a redução facultativa presente no crime continuado (art. 81, § 1º, do CPM), muito discutida na atualidade, em face de seu tratamento muito severo.

A exemplo do Código Penal Comum, o Código Penal Castrense possui causas especiais de aumento e diminuição de pena, as quais serão trabalhadas exemplificativamente.

As causas especiais de diminuição de pena constituem circunstâncias previstas nos tipos penais em espécie, em que a pena cominada ao tipo simples sofre um decréscimo fracionário definido pela própria norma específica ou, na omissão desta, definido no art. 73 do CPM. Não se confunde com o privilégio, avaliado na fixação da pena-base, em que não há decréscimo fracionário, e sim estabelecimento de patamares de pena mínima e máxima abaixo daqueles definidos para o tipo penal simples (ex.: § 1º do art. 308 do CPM). São exemplos de causas especiais de diminuição de pena o § 2º do art. 183, o inc. I do art. 189, o § 5º do art. 209, o § 1º do art. 240, todos do Código Penal Militar.

As causas especiais de aumento de pena, ao contrário, constituem circunstâncias previstas nos tipos penais em espécie, em que a pena cominada ao tipo simples sofre um acréscimo fracionário definido pela própria norma específica ou, na omissão desta, definido no art. 73 do CPM. Não se confunde com a qualificadora, avaliada também na fixação da pena-base, em que não há acréscimo fracionário, e sim estabelecimento de patamares de pena mínima e máxima acima daqueles definidos para o tipo penal simples (ex.: § 2º do art. 205 do CPM). São exemplos de causas especiais de aumento de pena o aumento fracionário previsto para os cabeças no preceito secundário do art. 140, os §§ 2º e 5º do art. 157, o parágrafo único do art. 160, o parágrafo único do art. 219 e o parágrafo único do art. 309, todos do Código Penal Militar.

No cálculo da pena final – pena alterada com a incidência das causas, gerais e especiais, de aumento ou diminuição de pena –, no Direito Penal comum, sustenta-se que a operação pode chegar a ultrapassar o limite mínimo e máximo da pena cominada abstratamente para o crime.

No Direito Penal Militar, no entanto, essa conclusão não é tão pacífica.

O art. 69 do CPM, no § 2º, comanda que, salvo “o disposto no art. 76, é fixada dentro dos limites legais a quantidade da pena aplicável”. O art. 76, por sua vez, dispõe que, quando “a lei prevê causas especiais de aumento ou

diminuição da pena, não fica o juiz adstrito aos limites da pena cominada ao crime, senão apenas aos da espécie de pena aplicável (art. 58)”.

Essa realidade tem levado à interpretação de que, com a adição as causas especiais de aumento ou diminuição de pena, o juiz poderia ficar aquém ou ir além dos parâmetros mínimo e máximo fixados para aquele determinado crime, mas não poderia transpor ou ficar aquém dos limites para a pena em espécie, ou seja, pena mínima de reclusão de um ano e máximo de trinta anos, e a pena mínima de detenção de trinta dias e máximo de dez anos.

Esse entendimento, no entanto, não encontra eco nos princípios da proporcionalidade e da culpabilidade, reitores de fundamental importância no Estado Democrático de Direito. Não se pode, portanto, nesta fase, impor limitação para a fixação de pena mínima ou máxima aquém ou além do fixado para o crime e nem para a espécie de pena.

Sobre os limites grafados no preceito secundário dos tipos penais militares incriminadores, Jorge César de Assis (2007, p. 165) dispõe:

Sobre a pena alterada, incidirão as denominadas majorantes ou minorantes. Inexistindo circunstâncias agravantes ou atenuantes, as causas de especial aumento ou diminuição de pena incidirão na pena-base. Nesta operação final, diversamente do que ocorre na apreciação das circunstâncias judiciais e das agravantes e atenuantes, a pena [...] pode ultrapassar o mínimo e o máximo cominado ao crime [...].

Para facilitar a compreensão, será utilizado, mais uma vez, o exemplo idealizado para o trabalho das fases anteriores da aplicação da pena: um militar do Estado que já possui várias transgressões disciplinares de natureza grave em sua nota de corretivo e uma condenação anterior por desrespeito a superior, tendo cumprido a pena há menos de cinco anos, em último ato, que pratica o delito capitulado no art. 157 do CPM – violência contra superior – contra seu Comandante de Unidade, durante uma operação daquela organização policial militar para o combate ao tráfico de drogas em uma comunidade carente, sem resultar lesões corporais.

Foi fixada a pena-base em quatro anos e seis meses de reclusão, e, com a incidência das causas de aumento e diminuição de pena, chegou-se a uma pena alterada de seis anos de reclusão. O crime do exemplo foi praticado durante uma operação, portanto, em serviço. Embora conste como circunstância agravante prevista na alínea “I” do inc. II do art. 70 do

CPM, essa condição não foi valorada na segunda fase, porquanto constitui causa especial de aumento de pena, prevista no § 5º do art. 157, que deve ser prestigiada em homenagem à especialidade. Essa causa de aumento de pena determina o acréscimo da pena alterada em um sexto; portanto, deve-se acrescer um ano na condenação, chegando-se a uma pena final de sete anos de reclusão.

Deve-se lembrar que, no caso de julgamento por Conselho de Justiça (Especial ou Permanente), cada juiz (togado ou militar) deverá⁹ fazer a operação trifásica de forma motivada, o que pode levar à fixação de penas diferentes. Para solucionar essa situação, o Código de Processo Penal, no parágrafo único do art. 435, define que a pena corresponderá ao voto médio, ou seja, quando, “pela diversidade de votos, não se puder constituir maioria para a aplicação da pena, entender-se-á que o juiz que tiver votado por pena maior, ou mais grave, terá virtualmente votado por pena imediatamente menor ou menos grave”. Assim, por exemplo, se o juiz togado tiver condenado o réu à pena final de cinco anos, e na sequência, os militares, a começar pelo mais moderno, condenarem respectivamente a quatro anos, três anos, dois anos e um ano, a condenação deverá ser aquela pena com *quantum* maior e maior número de votos, ou seja, três anos. O juiz que condenou a cinco anos condenou também a quatro e a três anos; o militar mais moderno que condenou a quatro anos condenou também a três anos; finalmente, o terceiro a votar, também militar, condenou a três anos; nessa situação, três dos cinco juízes condenaram o réu a três anos.

É curioso notar que, se o caso se referisse a sentenças absolutórias divergentes, o Código de Processo Penal Militar (CPPM) não traria expressa solução. Nessa omissão, não evidencia haver outro caminho senão aquele muito bem demonstrado por Ronaldo João Roth, acolhendo-se a fundamentação mais favorável ao réu.

Nos termos consignados pelo autor citado:

A diversidade de causas absolutórias no julgamento colegiado castrense sempre determinará – com a explicitação de todos os fundamentos legais divergentes do art. 439 do CPPM na sentença –, o aproveitamento do fundamento legal que for mais favorável ao réu, seja em caso de empate ou não, para

⁹ Neste estudo, repita-se, parte-se da premissa de que juízes leigos (militares) devem fundamentar juridicamente seus votos no que se refere à aplicação da pena, em observância ao disposto no inc. IX do art. 93 da Constituição Federal.

fins de repercussão da decisão judicial transitada em julgado no cível ou perante a Administração Pública Militar. (ROTH, v. 12, n. 76, p. 29, mar./abr. 2009)

Deve-se lembrar que, quando da condenação à pena privativa de liberdade de reclusão ou detenção, embora seja omissa o Código Penal Militar, entende-se que, pela necessidade de aplicação de dispositivos do Direito Penal comum, o juiz (singular ou o Conselho de Justiça) deverá fixar o regime inicial de cumprimento da pena. No exemplo já trabalhado, em observância ao disposto na letra “b” do § 2º do art. 33 do CP, em razão de o réu não ser primário, seria fixado como regime inicial o regime fechado, embora a pena seja superior a quatro anos, mas não excedente a oito.

Na aplicação das penas não privativas de liberdade, principalmente quando demandam fixação de tempo, caso da suspensão do exercício do posto, pode-se adotar, na omissão do Código Penal Militar, método semelhante para a fixação da pena final.

Por fim, deve-se atentar para o que dispõe do § 1º do art. 69 do CPM: “Se são cominadas penas alternativas, o juiz deve determinar qual delas é aplicável”. Obviamente, o dispositivo em comento não se referiu a “penas alternativas” na acepção trazida pelo Direito Penal comum, como toda pena diversa da privação de liberdade, o que poderia levar o intérprete a admitir a aplicação do art. 43 e seguintes do Código Penal Comum, com as alterações trazidas pela Lei nº 9.714/1998 ao Direito Penal Militar. Na verdade, o dispositivo deseja representar a situação em que o preceito secundário de um delito consigna duas penas possíveis de serem aplicadas (ex.: art. 204 do CPM), e o juiz deve indicar qual aquela cabível e aplicada efetivamente. Essa também a visão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, como se verifica no *Habeas Corpus* nº 91.709/CE, julgado em 16 de dezembro de 2008, sob a relatoria da Ministra Cármen Lúcia:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME MILITAR. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE NA ESPÉCIE. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de *não se admitir a aplicação da Lei n. 9.714/98 para as condenações por crimes militares, sendo esta de aplicação exclusiva ao Direito Penal Comum*. Precedentes. 2. A conversão da pena privativa de liberdade aplicada pela Justiça Militar por duas restritivas de direito poderá ocorrer, pelo menos em tese, desde que o Paciente tenha de cumprir pena em estabelecimento prisional comum e a pena imposta não seja

superior a dois anos, nos termos previstos no art. 180 da Lei de Execução Penal, por força do que dispõe o art. 2º, parágrafo único, daquele mesmo diploma legal. 3. Na espécie, contudo, a pena fixada ao Paciente foi de dois anos, nove meses e dezoito dias de reclusão. Não há, portanto, como ser reconhecido a ele o direito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. 4. Habeas corpus denegado. (grifou-se)

A mesma convicção pode ser encontrada no Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, como na decisão proferida nos Embargos Infringentes nº 182, em 18 de fevereiro de 2009, sob a relatoria do Juiz Fernando Galvão da Rocha:

Impossível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direito no âmbito da Justiça Castrense, segundo entendimento reiterado dos Tribunais Superiores. – A Lei nº 9.174/98, que regulou a substituição das penas privativas de liberdade pelas restritivas de direitos, promoveu alterações apenas no Código Penal Comum. – O artigo 55 do Código Repressivo Castrense enumera os tipos de penas principais a que estão sujeitos os condenados no mesmo diploma legal, não havendo lacunas suscetíveis a aplicação subsidiária da legislação penal comum para o assunto. V.v. (Ementa): – É certo que não há previsão na legislação penal militar de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos ou multa. No entanto, o art. 12 do Código Penal comum determina a aplicação dos dispositivos de sua parte geral aos fatos incriminados em leis especiais, salvo expressa disposição em contrário. – As decisões da Justiça Militar devem ser conciliadas com as opções de política criminal que se prestam a atender aos anseios da coletividade. É inconcebível que a operação da Justiça Militar se mostre desarticulada das demais opções de política criminal do Estado brasileiro. – A substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos ou multa não pode ser entendida como direito subjetivo de todo e qualquer condenado, mas sim como medida que se mostra adequada conforme as peculiaridades do caso concreto. – Recurso provido para substituir a pena imposta na condenação.

Esse entendimento é também versado em outras decisões, como no caso daquela proferida nos Embargos Infringentes nº 184, em 15 de abril de 2009, sob a relatoria do Juiz Cel. PM Sócrates Edgard dos Anjos.

Malgrado a posição dominante nos Tribunais, é possível encontrar, em primeira instância, casos de aplicação de penas alternativas na Justiça Militar, com arrimo no princípio da individualização da pena, em que, não havendo a impugnação do Ministério Público, a decisão judicial será protegida pela imutabilidade da coisa julgada¹⁰.

Conclusão

Regra geral, a aplicação da pena privativa de liberdade contém peculiaridades que devem ser muito bem compreendidas para que seja, de fato, alcançada a finalidade dessa sanção penal.

No Direito Penal Militar, o estudo torna-se mais prolixo, dadas as peculiaridades do Código Penal Castrense, a exemplo de dispositivos genéricos de fixação de pena mínima e máxima (art. 53 do CPM) e de aumento ou diminuição de pena (art. 73 do CPM), pouco conhecidos e debatidos.

A esse contexto some-se a imposição do moderno Direito Penal (comum ou militar) para a busca da proporcionalidade, intimamente ligada ao princípio da culpabilidade em seu aspecto limitador da pena, em um verdadeiro equilíbrio entre causa e consequência.

Atingir esse equilíbrio, muitas vezes, significa inovar na aplicação da lei penal militar, indicando operações que, malgrado não expressas no ordenamento, evidenciem a racional compreensão do sistema, com o fito de tornar a imposição da pena uma realidade alinhada ao senso de justiça.

Foi nessa direção que o presente trabalho seguiu, buscando, ainda que com a possibilidade de sofrer duras críticas, não só a compreensão dos dispositivos positivados, mas, principalmente, uma proposta racional para a aplicação da detenção e da reclusão aos crimes militares punidos com essas penas.

Espera-se que a configuração evidenciada gere o debate sadio, na construção de uma visão adequada ao Estado Democrático de Direito, não mais relegando o Direito Penal Militar, como outrora ocorreu, a uma condição de “primo maltrapilho” do Direito Penal comum.

NEVES, C. R. C. Imprisonment sentence application in the Military Penal Law. *Justitia*, São Paulo, v. 202-203, p. 39-82, Jan./Dec. 2011-2012.

¹⁰ Como exemplo, ver Processo (FO) nº 0000001-93.2014.7.03.02.03, na 2ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar da Justiça Militar da União.

- **ABSTRACT:** The scope of the present work is, firstly, to set forth the well-grounded understanding of the adoption of a three-phase criterion of application of the imprisonment sentence also in the Military Penal Law, a field that is seldom studied in the regular Law courses in the country. Once this criterion is adopted, it is also the objective here outlined, the comprehension of the mechanisms in the Penal Military Code regarding the application of the imprisonment sentence, striving for a rational manner of applying it to a specific case, always with a focus on the proportionality that the sentence must contain. It should be emphasized that the debate and adequate comprehension of the proposed subject appears to be an important tool not only for the magistrate in the Military Justice of the State or Union, but also for the Officers that are a part of the Justice Council (Permanent or Special) that shall, justifiably, put forth their votes, even with the reasoned imposition of the sentence, in line with what is established by item IX of art. 93 of the Federal Constitution of 1988.
- **KEY WORDS:** Sentence. Application. Law. Penal. Military.

Referências

- ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao código penal militar*. Curitiba: Juruá, 2007.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.
- CRUZ, Ione Souza; MIGUEL, Cláudio Amin. *Elementos de direito penal militar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: RT, 2003.
- GRECO, Rogério. *Código penal comentado*. Niterói: Impetus, 2008.
- NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Individualização da pena*. São Paulo: RT, 2009.
- ROTH, Ronaldo João. O cálculo da pena no processo pena militar. *Revista Direito Militar – Amajme*, Florianópolis, v. 12, n. 67, p. 10-14, set./out. 2007.
- _____. A diversidade de votos absolutórios no Conselho e Justiça. *Revista Direito Militar – Amajme*, Florianópolis, v. 12, n. 76, p. 25-29, mar./abr. 2009.
- SILVA, César Dario Mariano. *Manual de direito penal*. Rio de Janeiro: GZ, 2009.