

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

GABRIEL KOFF DA COSTA

ANÁLISE DO CRIME CONTINUADO NO DIREITO PENAL MILITAR

Florianópolis

2019

GABRIEL KOFF DA COSTA

ANÁLISE DO CRIME CONTINUADO NO DIREITO PENAL MILITAR

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Chiavelli Fazenda Falavigno

Florianópolis

2019

AGRADECIMENTOS

A esta universidade, que me acolheu pela segunda vez, proporcionando quase 10 anos de estudo nas áreas de odontologia e, agora, direito. Fica a certeza de que, à UFSC, devo a mais sincera gratidão por minha formação acadêmica e, acima de tudo, por meu desenvolvimento pessoal.

A minha companheira Amannda, verdadeiro porto seguro e amor da minha vida, por todo o apoio diário e pela inspiração constante.

Ao meu querido “cãopanheiro” Rovsky, que esteve, literalmente, ao meu lado durante toda a produção deste trabalho.

À minha orientadora, Prof.^a Chiavelli, pelo suporte, correções, incentivos e presteza.

E a todos que direta ou indiretamente contribuíram com minha formação, o meu muito obrigado.

RESUMO

O presente trabalho teve por objetivo analisar a aplicação analógica do art. 71 do Código Penal comum em detrimento ao art. 80 do Código Penal Militar, sendo aquele alegadamente mais benéfico ao infrator quando da prática de crime continuado. A incapacidade do Poder Judiciário de adotar solução pacífica para tal imbróglio foi fundamental para o surgimento deste estudo, visando contribuir para a adoção da via mais adequada e, conseqüentemente, para o aumento da segurança jurídica em relação ao tema proposto. Para tanto, procurou-se fazer uma análise sucinta do instituto do crime continuado. Em seguida, focou-se no estudo comparativo entre as características que diferenciam civis de militares, buscando estabelecer razões que balizam o tratamento diferenciado entre ambos nos casos de continuidade delitiva. Por fim, fez-se uma análise jurisprudencial, a fim de demonstrar a visão de cada tribunal militar a respeito do tema. Concluiu-se que a analogia não é instituto correto para a não aplicação do Código Penal Militar, visto que não há lacuna na lei para tal. O referido código, através do seu art. 80, é perfeitamente capaz de proporcionar reprimenda adequada e justa para os crimes continuados militares.

Palavras-chave: Direito penal militar. Crime continuado militar. Analogia.

ABSTRACT

The present term paper aimed to analyze the analogical application of article 71 of the Common Penal Code to the detriment of article 80 of the Military Penal Code, which is alleged to be more beneficial to the offender when the continued crime occurs. The inability of the Judiciary to adopt a peaceful solution to such an imbroglio was fundamental to the development of this study, in order to contribute to the adoption of the most adequate route and, consequently, to increase legal certainty in relation to the proposed topic. To do so, a succinct analysis of the continued crime institute was made. Then, the focus was on the comparative study between the characteristics that differentiate civilians from the military, seeking to establish reasons that mark the differential treatment between both in cases of delinquent continuity. Finally, a jurisprudential analysis was done in order to demonstrate the vision of each Military Court on the subject. It was concluded that the analogy is not a correct institute to justify the non-application of the Military Penal Code, since there is no gap in the law to do so. Said code, through its art. 80, is perfectly capable of providing adequate and fair reprimand for continued military crimes.

Key words: Military criminal law. Military continued crime. Analogy.

LISTA DE ABREVIATURAS

AgRG – Agravo Regimental

CP – Código Penal

CPM – Código Penal Militar

CPPM – Código de Processo Penal Militar

CF – Constituição da República Federativa do Brasil

FFAA – Forças Armadas

HC – Habeas Corpus

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

STM – Superior Tribunal Militar

TJMMG – Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais

TJMSP – Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo

TJMRS – Tribunal de Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul

TJPR – Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

TRF – Tribunal Regional Federal

TSE – Tribunal Superior Eleitoral

RE – Recurso Extraordinário

REsp – Recurso Especial

RHC – Recurso Ordinário em Habeas Corpus

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	8
2. CRIME CONTINUADO.....	8
2.1 O mecanismo do concurso de crimes	9
2.2 Origem histórica do crime continuado	13
2.3 Da razão do instituto	14
2.4 Natureza jurídica do crime continuado	15
2.5 Estrutura do crime continuado	16
2.6 Requisitos do crime continuado	17
2.7 Crime continuado no Brasil	21
3. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 71 DO CP NOS CRIMES MILITARES.....	25
3.1 Condição de militar	25
3.2 Diferenças entre civis e militares no ordenamento jurídico.....	30
3.3 Princípios constitucionais envolvidos	35
3.4 Estudo da analogia	39
4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL.....	42
4.1 Considerações iniciais	42
4.2 STF.....	43
4.3 STJ.....	52
4.4 STM.....	55
4.5 TJMSP.....	60
4.6 TJMMG.....	66
4.7 TJMRS.....	67
4.8 Considerações finais.....	69
5. CONCLUSÃO	70
6. REFERÊNCIAS.....	71

1. INTRODUÇÃO

O tratamento jurídico para os militares difere dos civis em muitas esferas. No âmbito penal não poderia ser diferente. O ordenamento legal apresenta dois códigos penais distintos, provendo um tratamento díspar entre crimes comuns e militares.

O instituto do crime continuado – surgido no Direito Romano, quando buscava-se evitar a pena de morte para quem praticasse o crime de furto pela terceira vez – é previsto no sistema jurídico penal brasileiro tanto no Código Penal comum (art. 71) quanto no Código Penal Militar (art. 80).

Há, no entanto, diferenças significativas nos referidos Códigos quando da aplicação do mecanismo, resultando em consequências penais substancialmente mais graves nos crimes militares. A jurisprudência tende a não aceitar essa diferença legal entre os códigos penais. Grande parcela do Judiciário acaba por aplicar, utilizando-se da analogia, o Art. 71 do Código Penal para infratores militares, abandonando, assim, o uso do Art. 80 do Código Penal Militar.

Destarte, este trabalho visa analisar o instituto do crime continuado, procurando entender o porquê das diferentes teorias de sua aplicação nos crimes comuns e nos crimes militares. Buscar-se-á, ao final, a melhor solução para a resolução destes casos, qual seja: defender a aplicação analógica do CP para os crimes continuados militares ou advogar pela legitimidade do CPM para tratar do assunto.

Para tanto, este estudo será dividido em três fases. Primeiramente, far-se-á uma análise geral a respeito do crime continuado, abordando os seguintes temas: o mecanismo do concurso de crimes, origem histórica do crime continuado, da razão do instituto, natureza jurídica do crime continuado, estrutura do crime continuado, requisitos do crime continuado e crime continuado no Brasil.

A seguir, analisar-se-á propriamente a questão da aplicação analógica do art. 71 do CP nos crimes militares, abordando os seguintes tópicos: condição de militar, diferenças entre civis e militares no ordenamento jurídico, princípios constitucionais envolvidos e estudo da analogia.

Por fim, realizar-se-á um estudo a respeito do posicionamento do STF, STJ e tribunais brasileiros especializados em matéria militar (STM, TJMSP, TJMMG e TJMRS) acerca do tema proposto.

2. CRIME CONTINUADO

Para que seja possível o estudo do tratamento legal diferenciado entre os códigos penais comum e militar, no que se refere ao crime continuado (objetivo precípua deste trabalho), faz-se necessária a análise cuidadosa das definições doutrinárias dos institutos relacionados ao concurso de crimes.

Iniciar-se-á o presente trabalho com o estudo dos conceitos doutrinários relativos ao concurso de crimes. A partir daí, será possível tratarmos especificamente do crime continuado, espécie de concurso de crimes e tema central deste estudo.

2.1 O mecanismo do concurso de crimes

O concurso de crimes nada mais é que a situação na qual uma pessoa comete dois ou mais crimes, idênticos ou não, através de uma ou mais de uma conduta, seja ela omissiva ou comissiva.

Em outras palavras, quando um sujeito, mediante unidade ou pluralidade de comportamentos, pratica dois ou mais delitos, surge o concurso de crimes. O concurso pode ocorrer entre crimes de qualquer espécie, comissivos ou omissivos, dolosos ou culposos, consumados ou tentados, simples ou qualificados e ainda entre crimes e contravenções. Logicamente que a pena a ser aplicada a quem pratica mais de um crime não pode ser a mesma pena aplicável a quem comete um único crime. Por isso, foram previstos critérios especiais de aplicação de pena às diferentes espécies de concursos de crimes.¹

Criaram-se, então, diferentes sistemas de aplicação de pena, capazes de abarcar as espécies existentes de concurso de crimes. A doutrina e a jurisprudência desenvolveram, em se tratando do concurso de crimes, métodos punitivos mais aprimorados, que podem ser utilizados *pari passu* com o sistema básico da soma das penas, e que miram dar maior certeza, efetividade e utilidade social na aplicação da pena. De tal sorte que se definiu, a partir desses métodos de apenamento (alguns dos

¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 791.

quais incorporados à legislação brasileira), a forma de se proceder à punição do agente nas hipóteses do *concursum delictorum*.²

Para aqueles que cometem mais de um crime existem, basicamente, quatro sistemas de aplicação de pena. São eles:

- a) Cúmulo material – Esse sistema recomenda a soma das penas de cada um dos delitos componentes do concurso.
- b) Cúmulo jurídico – A pena a ser aplicada deve ser maior do que a cominada a cada um dos delitos sem, no entanto, se chegar à soma delas.
- c) Absorção (consumção) – Considera que a pena do delito mais grave absorve a pena do delito menos grave, que deve ser desprezada. Muitos autores utilizam as expressões crime-meio e crime-fim, este derogando aquele.
- d) Exasperação – Recomenda a aplicação da pena mais grave, aumentada de determinada quantidade em decorrência dos demais crimes.

A legislação brasileira adota o cúmulo material, nos casos de concurso material e concurso formal impróprio, e a exasperação quando nos deparamos com concurso formal próprio e crime continuado.³

Para entendermos melhor essa questão, faz-se necessário discorrer sobre as espécies de concurso de crimes existentes, citadas no parágrafo supra.

O Direito brasileiro adota as seguintes espécies de concurso de crimes: concurso material, concurso formal e crime continuado. Vejamos a seguir a definição de cada uma dessas espécies:

2.1.1 Concurso material

Nesta modalidade de concorrência de crimes, não se pode conceber unidade de ação, dado que cada uma, per se, materializa um fato punível distinto; assim, os crimes são múltiplos e a cada um deles caberá uma pena, vindo a pesar sobre o autor a soma de todas elas. Adota-se, portanto, o sistema do cúmulo material.⁴

² FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 123.

³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 792.

⁴ FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 103.

Ocorre o concurso material quando o agente, mediante mais de uma conduta (ação ou omissão), pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não. No concurso material há pluralidade de condutas e pluralidade de crimes. Quando os crimes praticados forem idênticos ocorre o concurso material homogêneo e quando os crimes praticados forem diferentes caracterizar-se-á o concurso material heterogêneo.⁵

Para que seja possível ilustrar, com clareza, a diferença entre o concurso material homogêneo e o crime continuado, remete-se o leitor ao capítulo 3 deste estudo, onde far-se-á estudo mais aprofundado a respeito desta instituição jurídica. Não obstante, cabe, neste momento, citar o RECURSO ESPECIAL Nº 1.316.042 – CE.⁶

Tal REsp foi interposto pelo Ministério Público Federal em face de acórdão do TRF da 5ª Região. O réu havia sido condenado, em primeira instância, à pena de 59 anos de reclusão, tendo sido as suas atividades criminosas reconhecidas como concurso material homogêneo. Contudo, o TRF, em sede de apelação, afastou o concurso material, aplicando a continuidade delitiva e redimensionando a reprimenda a 1 ano e 8 meses de reclusão. A fundamentação que nos interessa é a seguinte:

Verificando-se o concurso material homogêneo (crimes idênticos), pode-se dizer que há uma aparência do crime continuado, já que a forma de execução e as condições de tempo e lugar e assemelham. Todavia, o que vai gizar a diferenciação serão os desígnios, a intenção, o propósito do agente. Bem resumiu este aspecto o MM Juiz (fl. 201): "... considera-se haver continuação entre os delitos quando o agente revela um único propósito de delinquir, enquanto que se torna habitual o crime se o agente, embora aja sempre nas mesmas circunstâncias e pratique o mesmo tipo penal, tem desígnios autônomos, não havendo nenhum liame entre seus atos, e sim a deliberação consciente de cometer diferentes infrações. Se, naquela, o agente aproveita de

⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 792.

⁶ PENAL. CONTRABANDO. IMPORTAÇÃO MEDIANTE FRAUDE. PRESCRIÇÃO. PENA EM CONCRETO. PRAZO SUPERIOR. OCORRÊNCIA EM ALGUMAS CONDUTAS. ART. 109, V, C/C ARTS. 111, I E 119, TODOS DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS CONTESTADAS. PENA-BASE APLICADA NO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE EXASPERAÇÃO DA PENA. AUSÊNCIA DE PERÍCIA. PERÍCIA NO ÂMBITO POLICIAL E INFORMAÇÕES DA AUTORIDADE ALFANDEGÁRIA NÃO CONTESTADAS. CERTEZA DE INGRESSO DA MERCADORIA NO PAÍS SEM APARO LEGAL. DESNECESSIDADE. CRIME CONTINUADO. CARACTERIZAÇÃO. IDENTIDADE DE MODUS OPERANDI E DEMAIS ELEMENTOS OBJETIVOS. CARACTERIZAÇÃO DA FICTO JÚRIS. PRECEDENTES. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. ART. 77, I E II, CP. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

oportunidades surgidas, a partir da primeira ação, nesta, o agente cria novamente as condições para a prática do delito, exibindo nitidamente a intenção de inaugurar uma nova ação independente da anterior"

Em outras palavras, no concurso material homogêneo, embora se pratique o mesmo tipo penal reiteradamente, não há um único propósito de delinquir e, portanto, com base nas intenções do agente, tais crimes são analisados individualmente, resultando em penas também individuais para cada conduta.

2.1.2 Concurso formal

A nota característica dessa modalidade de concurso é a unicidade de ação; esse é, fundamentalmente, o aspecto de distanciamento que se coloca em relação ao concurso material (que pressupõe, de modo impositivo, o cometimento de vários comportamentos ilícitos).⁷

O concurso formal pode ser próprio ou impróprio. O primeiro ocorre quando a unidade de comportamento corresponder à unidade interna da vontade do agente, isto é, o agente deve querer realizar apenas um crime, obter um único resultado danoso. Não devem existir desígnios autônomos. No segundo, por sua vez, o agente deseja a realização de mais de um crime, tem consciência e vontade em relação a cada um deles. Ocorre aqui o que o Código Penal chama de "desígnios autônomos", que se caracteriza pela unidade de ação e multiplicidade de determinação de vontade, com diversas individualizações. Os vários eventos, nesse caso, não são apenas um, perante a consciência e a vontade, embora sejam objeto de uma única ação. Por isso, enquanto no concurso formal próprio adotou-se o sistema de exasperação da pena, pela unidade de desígnios, no concurso formal impróprio aplica-se o sistema do cúmulo material, como se fosse concurso material, diante da diversidade de intuídos do agente.⁸

⁷ FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 106.

⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 793.

2.1.3 Crime continuado

O crime continuado é, essencialmente, uma fantasia jurídica – portanto, sem existência real – que permite a unificação de diferentes condutas criminosas em um só crime, buscando resolver, de forma humanitária e baseada em princípios de Política Criminal, o desafiador e complexo problema de apenamentos excessivos (evitando-se, pois, a aplicação do princípio do cúmulo material) nas situações concretas em que o agente tenha, em sequência, realizado crimes objetivamente assemelhados. De quebra, visa a conceder efetividade ao princípio constitucional da proporcionalidade das penas, segundo o qual a sanção fixada deve ser medida de acordo com a gravidade do delito, ou seja, a resposta estatal ao crime deve ser proporcional à lesão (ou à ameaça de lesão) gerada ao bem protegido pelo tipo penal.⁹

O crime continuado é, em suma, a situação na qual o sujeito, mediante duas ou mais condutas, comete (nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar e modo e ainda outras assemelhadas) dois ou mais crimes da mesma espécie, de forma tal que o(s) subsequente(s) deva(m) ser considerado(s) continuação do primeiro.

Estudo mais aprofundado do crime continuado se dará a seguir.

2.2 Origem histórica do crime continuado

Parece unânime, entre os doutrinadores, que a origem do instituto se deu no Direito Romano, quando buscava-se evitar a pena de morte para quem praticasse o crime de furto pela terceira vez. Bitencourt e Fayet são exemplos.^{10 11}

A doutrina do crime continuado remonta aos glosadores e aos pós-glosadores. Bártolo de Sassoferrato, que viveu de 1314 a 1357, em vários pontos de sua obra lança as bases do instituto. Outro grande jurista da Idade Média, Baldo de Ubaldi (1327-1400), mostra não desconhecer o instituto. Entretanto, é aos práticos italianos quinhentistas e seiscentistas, principalmente a Claro e Farináceo, que se deve a sistematização do crime continuado.¹²

⁹ FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 37.

¹⁰ FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 50.

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral** 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 793.

¹² COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 233.

Interessante ressaltar que, apesar da origem longínqua, as primeiras disposições legislativas sobre o instituto apareceram na Toscana (1795), porém vinculadas apenas ao furto, como decorrência da elaboração dos práticos. Depois, foi o crime continuado acolhido no célebre Código da Baviera (1813), cabendo ao Código Toscano de 1853, no seu artigo 80,¹³ a redação de uma fórmula que orientaria as futuras legislações, dando-lhes amplitude que se desligava do delito imagem, exigindo violações do mesmo preceito normativo, contextualidade de conduta e mesma resolução criminosa.¹⁴

No Brasil, somente positivou-se o crime continuado através do Código Penal republicano de 1890, tendo sido reformulado nos anos de 1923, 1940 e 1984.

2.3 Da razão do instituto

De acordo com Fayet,¹⁵ um exame atento permite identificar, basicamente, três correntes ou critérios justificadores da existência do instituto da continuidade delitiva. São elas:

2.3.1 Critério da benignidade

Esta teoria surge da essência histórica da constituição do instituto, já debatida no capítulo 2.2. Em resumo, o objetivo principal seria o de impedir a aplicação da pena capital nos crimes seriados. Atualmente, busca-se evitar a cominação de punições exacerbadas aos criminosos, possibilitando uma eventual ressocialização do apenado. É, portanto, uma opção político-criminal.

¹³ Art. 80 – Várias violações da mesma lei penal cometidas no mesmo contexto de ação, ou mesmo em tempos diversos com atos executivos da mesma resolução criminosa, consideram-se como um só crime continuado; mas a continuação do crime aumenta a pena dentro dos seus limites legais.

¹⁴ MARQUES, Jose Antonio Rodrigues. **O Instituto do Crime Continuado**. Lisboa: Petrony, 2013. p. 20.

¹⁵ FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 144.

2.3.2 Critério da utilidade processual

Aqui, o fundamento seria o da conveniência prático-processual, resultando em uma economia processual, ao passo em que a Justiça não seria sobrecarregada ao instruir e julgar fatos iguais.

2.3.3 Critério da diminuição da culpabilidade

Para esta teoria, existiria uma culpabilidade menos censurável, em razão do aproveitamento, pelo criminoso, de uma mesma oportunidade para o cometimento de vários crimes, vinculando-se, portanto, à concepção psicológico-normativa da culpabilidade. Em síntese, tendo o agente cometido o primeiro crime, tornar-se-ia mais fácil a realização de outros, já que, em tese, diminuir-se-iam as reações morais e jurídicas e superar-se-ia o medo da descoberta do delito e o receio da pena.

2.4 Natureza jurídica do crime continuado

A natureza jurídica do crime continuado é bastante controvertida. Existem, basicamente, três teorias capazes de explicá-la.

A primeira delas é a teoria da ficção jurídica, ou da unidade fictícia limitada. Ela defende que o crime continuado nada mais é que uma criação legal para a aplicação de uma pena apenas, quando na verdade existem vários delitos. A própria literalidade da lei indicaria que, de forma efetiva, não se trata de um só crime, não podendo, portanto, o intérprete querer contrariá-la.¹⁶

Outra teoria existente é a da unidade real, a qual defende que as várias violações da lei penal compõem um único crime, já que, em tese, haveria uma unidade de intenção e lesividade, sendo possível desconsiderar a multiplicidade de condutas.

Por fim, há a teoria mista, ou da unidade jurídica, na qual não se discute se há um ou vários crimes. Ela acaba por adotar um terceiro crime, que seria o próprio concurso.

¹⁶ FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 136.

O Brasil adotou a teoria da *ficção jurídica*, ou seja, apesar de dois ou mais crimes de mesma espécie – veja-se que o próprio CP reconhece a existência de dois ou mais crimes –, os subsequentes devem ser considerados continuidade do primeiro.¹⁷

2.5 Estrutura do crime continuado

A conceituação do crime continuado, desde a sua origem, depende da teoria adotada para a sua estruturação. Existem basicamente três orientações: a subjetiva, a objetivo-subjetiva e a objetiva.¹⁸

Para a doutrina subjetiva, o aspecto mais importante a ser levado em consideração para configurar a continuidade delitiva seria a unidade fim. Em outras palavras, o crime continuado deveria levar em consideração apenas a unidade de propósito (ou de desígnio), desconsiderando, portanto, quaisquer elementos objetivos. Em suma, as condutas deveriam estar conectadas por um dolo comum.

Já a doutrina objetiva desconsidera a unidade de desígnios como fator relevante para a configuração do crime continuado. Bastariam fatores objetivos e externos, analisados através do *modus operandi* de perpetração da cadeia delinquencial.

Por fim, a doutrina objetivo-subjetiva une as duas teorias anteriores, exigindo a coexistência de unidade de desígnios e de outros elementos externos para a configuração da séria continuada.

No Brasil, adotou-se a teoria objetiva como alicerce do instituto do crime continuado. A própria definição apresentada pelo Código não oferece margem a qualquer dúvida. Caso realmente fosse exigida por nossa legislação a unidade de desígnios, questão que se mostraria suscetível de indagações seria a da possibilidade

¹⁷ NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Manual de direito penal militar** / Cícero Robson Coimbra Neves, Marcello Streifinger. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 683.

¹⁸ BÉZE, Patricia Mothé Glioche. **Novas Tendências do Concurso Formal e Crime Continuado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 129.

de continuidade em se tratando de delitos culposos.¹⁹ Além disso, a Exposição de Motivos do Código Penal confirma este critério expressamente.²⁰

2.6 Requisitos do crime continuado

A doutrina exige o cumprimento de determinados requisitos para que haja a configuração do crime continuado. Passaremos a analisá-los a seguir.

2.6.1 Pluralidade de condutas

Para que o crime continuado se configure, é essencial que o agente pratique duas ou mais condutas.

Se houver somente uma conduta, ainda que desdobrada em vários atos ou vários resultados, o concurso poderá ser formal.²¹

2.6.2 Crimes da mesma espécie

Outro requisito para a continuidade delitiva é a produção de tipicidade homogêneas, ou seja, os crimes cometidos devem ser da mesma espécie.

Aqui surge uma grande polêmica, fonte de grandes discussões no mundo jurídico, em virtude da interpretação adequada para “mesma espécie”.

Basicamente, há duas correntes principais norteadoras do tema. A primeira corrente defende que são crimes da mesma espécie apenas os crimes previstos no

¹⁹ FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 230.

²⁰ O item 59 afirma: O critério da teoria puramente objetiva não se revelou na prática maiores inconvenientes, a despeito das objeções formuladas pelos partidários da teoria objetivo-subjetiva. O projeto optou pelo critério que mais adequadamente se opõe ao crescimento da criminalidade profissional, organizada e violenta, cujas ações se repetem contra vítimas diferentes, em condições de tempo, lugar, modos de execução e circunstâncias outras, marcadas por evidente semelhança. Estender-lhe o conceito de crime continuado importa em beneficiá-la, pois o delinquente profissional tornar-se-ia passível de tratamento penal menos grave que o dispensado a criminosos ocasionais. De resto, com a extinção, no Projeto, da medida de segurança para o imputável, urge reforçar o sistema, destinado penas mais longas aos que estariam sujeitos à imposição de medida de segurança detentiva e que serão beneficiados pela abolição da medida. A Política Criminal atua, neste passo, em sentido inverso, a fim de evitar a libertação prematura de determinadas categorias de agentes, dotados de acentuada periculosidade.

²¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 796.

mesmo dispositivo legal. Em outro sentido, a maioria da doutrina crê que são da mesma espécie os crimes que lesam o mesmo bem jurídico.

Apesar de esse entendimento ser predominante no plano doutrinário, no sentido de ampliar o conceito do que se compreende por delitos da mesma espécie, é certo, de outro lado, que grande parte da jurisprudência não se mostra a ele receptiva.²²

2.6.3 Nexo da continuidade delitiva

Deve ser apurado pelas circunstâncias de tempo, lugar, modo de execução e outras semelhantes.

2.6.3.1 Condições de tempo

Deve haver uma conexão temporal entre as condutas praticadas, uma certa periodicidade que permita observar-se um certo ritmo, uma certa uniformidade, entre as ações.

No entanto, as circunstâncias de tempo devem ser mais do que isso. Dependendo do tipo de crime, modificam-se as circunstâncias de tempo. Assim, num homicídio, o requisito temporal significa quase que no mesmo desdobramento de tempo, como aquele indivíduo que desfere vários tiros em várias pessoas, a um só tempo. Se houver maior lapso temporal, já não é a mesma circunstância de tempo. No crime de furto, no entanto, pode haver um hiato temporal maior, como na hipótese do empregado que, a cada dia, subtrai pequena importância do patrão.²³

A jurisprudência,²⁴ inclusive, fixou um critério não vinculante geral, que estabelece o espaço máximo de trinta dias entre as condutas delitivas.

²² FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 237.

²³ BÉZE, Patricia Mothé Gliöche. **Novas Tendências do Concurso Formal e Crime Continuado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 157.

²⁴ APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTOS QUALIFICADOS (ART. 155, §4º, I, DO CÓDIGO PENAL) E TENTATIVAS DE FURTO SIMPLES (ART. 155, §1º, C/C ART. 14, II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL) EM CONCURSO MATERIAL. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA, COM A DESCLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES QUALIFICADOS PARA A MODALIDADE SIMPLES. RECURSO DA DEFESA. POSTULADA A ABSOLVIÇÃO DO APELANTE POR INSUFICIÊNCIA DE PROVA. INVIABILIDADE. APELANTE QUE CONFESSOU A PRÁTICA DE TODOS OS CRIMES DE FURTO NA FASE JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL. PALAVRAS DAS VÍTIMAS CORROBORADAS PELAS DEMAIS TESTEMUNHAS.

2.6.3.2 Condições de lugar

Trata-se do requisito geográfico para a configuração da continuidade delitiva. Novamente, o legislador traz um conceito não definido ao estabelecer os requisitos do crime continuado, cabendo a doutrina e a jurisprudência a tarefa de estabelecer um conceito mais exato.

Basicamente, a jurisprudência aduz que é necessária uma semelhança do lugar em que os crimes foram cometidos. Ou seja, não é exigido que os crimes tenham sido praticados no mesmo local.

Nesse sentido, entende-se como semelhantes condições de lugar entre crimes praticados em cidades diversas da “mesma região econômica”; na “mesma região socioeconômica” ou em “cidades próximas”; também entre “comarcas vizinhas”, “comarcas limítrofes ou próximas”; “localidades vizinhas”; “cidades diversas, desde que integrados a mesma região sociogeográfica e com facilidade de acesso”; “bairros e localidades próximas integrados a comarca”; “locais próximos um do outro”; “comarcas contíguas”; “mesma comunidade”; entre outras.²⁵

Da mesma forma, são encontradas diversas definições para negar a existência da continuidade delitiva, tais como “cidades diferentes, pertencentes a territórios municipais que nem ao menos são contíguas”; “localidades distintas”, “vários

EXISTÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA DA AUTORIA E DA MATERIALIDADE DELITIVAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. PRETENSO RECONHECIMENTO DO INSTITUTO DA DESISTÊNCIA VOLUNTÁRIA EM RELAÇÃO AOS CRIMES DE FURTO RECONHECIDOS COMO TENTADOS. IMPOSSIBILIDADE. CASOS EM QUE O APELANTE SE EVADIU DO LOCAL POR TER PERCEBIDO A PRESENÇA DAS RESPECTIVAS VÍTIMAS. HIPÓTESES EM QUE A CONSUMAÇÃO DOS CRIMES SOMENTE NÃO OCORREU POR CIRCUNSTÂNCIAS ALHEIAS À SUA VONTADE, QUE, A TODO TEMPO, FOI DE SUBTRAIR O PATRIMÔNIO ALHEIO. PRETENSÃO AFASTADA. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE TODOS OS DELITOS DE FURTO (DOIS TENTADOS E DOIS CONSUMADOS). INVIABILIDADE. INTERVALO DE TEMPO SUPERIOR A 30 DIAS ENTRE A ÚLTIMA CONDUTA NARRADA NA DENÚNCIA E AS DEMAIS. CIRCUNSTÂNCIA TEMPORAL NÃO EVIDENCIADA. OUTROSSIM, EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS QUE EVIDENCIAM A HABITUALIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE QUAISQUER DAS INFRAÇÕES PENAIS. CONDENAÇÃO MANTIDA. "De acordo com a teoria objetivo-subjetiva, não basta o preenchimento das condições objetivas previstas no artigo 71, caput, do Código Penal para fins de caracterização do crime continuado, sendo também necessária a intenção uma entre as condutas perpetradas. Se o intuito do agente é, ao invés de alargar a primeira prática infracional, reiterar ações, não há liame subjetivo entre elas, mas forma habitual de delinquir." (TJSC, Agravo de Execução Penal n. 0009103-12.2016.8.24.0039, de Curitiba, rel. Des. Luiz Cesar Schweitzer, Quinta Câmara Criminal, j. 25-01-2018) EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR ESTA CORTE DE JUSTIÇA. PRECLUSÃO DA MATÉRIA FÁTICA. NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (HC N. 126.292/SP) ADOTADA POR ESTA CÂMARA CRIMINAL (AUTOS N. 0000516-81.2010.8.24.0048). TRANSMUDAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA PRISÃO, QUE PASSA DE SEGREGAÇÃO CAUTELAR PARA A DE CUMPRIMENTO DE ACÓRDÃO PENAL CONDENATÓRIO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0000965-05.2016.8.24.0056, de Santa Cecília, rel. Des. Ernani Guetten de Almeida, Terceira Câmara Criminal, j. 27-03-2018). (sem grifo no original)

²⁵ FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 266.

municípios”, “cidades diversas, distantes entre si”; “razoável distância entre as cidades”; “distância quilométrica considerável”; “cidades diversas”; e mais.²⁶

Em resumo, percebe-se que a jurisprudência tem criado diversas expressões para tentar estabelecer um critério básico para definir o requisito ora estudado. Parece que, em linhas gerais e com base na jurisprudência,²⁷ definiu-se que são aceitos vários lugares, desde que parecidos ou próximos, usando, por vezes, o critério da comarca, aceitando que sejam diferentes, mas sempre contíguas ou próximas.

No entanto, fica claro que não há um critério estabelecido minimamente capaz de oferecer segurança jurídica aos cidadãos, havendo possibilidade real de prejuízo a suas garantias.

2.6.3.3 *Maneira de execução*

A lição da doutrina e da jurisprudência é a de que deve existir semelhança no *modus operandi*, ou seja, na forma e no estilo de praticar o crime. O agente deve, na continuidade delitiva, se aproveitar das mesmas oportunidades e da mesma situação.²⁸

²⁶ FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 267.

²⁷ HABEAS CORPUS Nº 206.227 - RS (2011/0105267-5) RELATOR: MINISTRO GILSON DIPP IMPETRANTE: PAULO ROBERTO FABRIS - DEFENSOR PÚBLICO IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL PACIENTE: V V (PRESO) EMENTA CRIMINAL. HABEAS CORPUS. UNIFICAÇÃO DE PENAS. CONTINUIDADE DELITIVA ENTRE CRIMES DE ESTUPRO. REQUISITOS OBJETIVOS NÃO PREENCHIDOS CONDUTAS PRATICADAS EM INTERVALO SUPERIOR A QUATRO MESES. CRIMES LEVADOS A EFEITO EM MUNICÍPIOS E ESTADOS DA FEDERAÇÃO DISTINTOS. ORDEM DENEGADA. I. A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido da aplicação da teoria objetiva-subjetiva, pela qual o reconhecimento da continuidade delitiva depende tanto do preenchimento dos requisitos objetivos (tempo, *modus operandi*, lugar, etc.), como do elemento subjetivo, qual seja, a unidade de desígnios. II. Hipótese na qual as instâncias ordinárias afastaram a incidência da ficção jurídica prevista no art. 71 do Código Penal, considerando o decurso de lapso temporal superior a 04 meses entre os delitos, bem como o fato destes terem sido praticados em Municípios e Estados da Federação distintos. III. Embora a lei não estabeleça parâmetros para o reconhecimento da unidade temporal entre as condutas, este Colegiado firmou entendimento no sentido da impossibilidade de aplicação da continuidade delitiva se os delitos foram praticados com mais trinta dias de diferença (Precedentes). IV. Não obstante o fato de o reconhecimento da continuidade delitiva não exigir que as condutas tenham sido praticadas no mesmo município, podendo ser admitida quando se tratarem de delitos ocorridos em comarcas limítrofes ou próximas, na hipótese, os estupros foram praticados em comarcas territorialmente distantes. V. Não evidenciados os requisitos indispensáveis à caracterização do crime continuado, tendo em vista a ausência de unidade de tempo e espacial, não há que se admitir a unificação das penas. VI. Ordem denegada, nos termos do voto do Relator.

²⁸ BÉZE, Patricia Mothé Glioche. **Novas Tendências do Concurso Formal e Crime Continuado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 163.

Novamente, o legislador falha ao trazer um conceito aberto, sem definição. Graças a jurisprudência, estabeleceu-se que a semelhança requerida não implica em identidade absoluta.

2.6.3.4 Outras condições semelhantes

Como outras “condições semelhantes” a doutrina aponta a mesma oportunidade e a mesma situação propícias para a prática do crime. Por essa expressão, a lei faculta a investigação de circunstâncias que se assemelhem às enunciadas e que podem caracterizar o crime continuado. Essa expressão genérica – “e outras semelhantes” – tem a finalidade de abranger quaisquer outras circunstâncias das quais se possa deduzir a ideia de continuidade delitiva.²⁹

2.7 Crime continuado no Brasil

O Brasil normatiza o crime continuado através dos art. 71³⁰ do Código Penal e art. 80³¹ do Código Penal Militar, sendo necessária a leitura do art. 79³² do mesmo Código para sua perfeita compreensão.

Como visto anteriormente, no crime continuado há pluralidade de condutas e resultados. Havendo o reconhecimento da continuidade delitiva por parte do juiz, aplica-se a sanção através do sistema da exasperação, conforme preconizado no CP, usando a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas,

²⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 797.

³⁰ Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

Parágrafo único - Nos crimes dolosos, contra vítimas diferentes, cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, poderá o juiz, considerando a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, aumentar a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, até o triplo, observadas as regras do parágrafo único do art. 70 e do art. 75 deste Código.

³¹ Art. 80. Aplica-se a regra do artigo anterior, quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser considerados como continuação do primeiro.

Parágrafo único. Não há crime continuado quando se trata de fatos ofensivos de bens jurídicos inerentes à pessoa, salvo se as ações ou omissões sucessivas são dirigidas contra a mesma vítima.

³² Art. 79. Quando o agente, mediante uma só ou mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, as penas privativas de liberdade devem ser unificadas. Se as penas são da mesma espécie, a pena única é a soma de todas; se, de espécies diferentes, a pena única e a mais grave, mas com aumento correspondente à metade do tempo das menos graves, ressalvado o disposto no art. 58.

aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. É o que convencionou-se chamar de crime continuado simples ou comum.

O CP prevê, ainda, uma espécie de crime continuado qualificado ou específico, normatizado conforme o parágrafo único do art. 71 do CP. Ele é aplicado quando os crimes que o compõem são dolosos, atingindo vítimas diferentes, e praticados com violência ou grave ameaça à pessoa. Nestes casos, aplica-se uma exasperação maior, até o triplo.

A jurisprudência³³ adota um critério proporcional para definir a exasperação no crime continuado simples, variando a parcela de aumento da pena de acordo com a quantidade de crimes praticados, conforme tabela abaixo:

NÚMERO DE CRIMES	PARCELA DE AUMENTO DA PENA
2	1/6
3	1/5
4	1/4
5	1/3
6	1/2
7 ou mais	2/3

³³ HABEAS CORPUS Nº 342.475 - RN (2015/0300507-3) RELATORA: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA IMPETRANTE: RENATO LUIDI DE SOUZA SOARES ADVOGADO: RENATO LUIDI DE SOUZA SOARES IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO NORTE PACIENTE: MÁRIO SÉRGIO DE SOUZA SOARES EMENTA PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 157, § 2º, I E II (POR SEIS VEZES), E ART. 157, § 2º, I, II E V, DO CÓDIGO PENAL. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE RECURSO ESPECIAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. PENA-BASE APLICADA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. CONTINUIDADE DELITIVA. QUANTUM DE AUMENTO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME INICIAL FECHADO. ADEQUAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. 1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de recurso especial, inviável o seu conhecimento. 2. Não existe ilegalidade na dosimetria da pena-base se instâncias de origem apontam motivos concretos para a fixação da pena no patamar estabelecido. Em sede de habeas corpus não se afere o quantum aplicado, desde que devidamente fundamentado, como ocorre na espécie, sob pena de revolvimento fático-probatório. 3. É pacífica a jurisprudência deste Sodalício, em se tratando de aumento de pena referente à continuidade delitiva, aplicando-se a fração de aumento de 1/6 pela prática de 2 infrações; 1/5, para 3 infrações; 1/4, para 4 infrações; 1/3, para 5 infrações; 1/2, para 6 infrações; e 2/3, para 7 ou mais infrações. Na espécie, observando o universo de infrações cometidas pelo paciente [roubo a José Roberto Lopes da Silva e Supermercado Rede Mais (...) roubo no Beto's Lanches (seis vítimas)], deve-se considerar viável o aumento de 1/2, eis que tal acréscimo poderia ter sido estabelecido em até 2/3, por terem sido identificadas oito condutas típicas. 4. Nos termos do artigo 33 do Código Penal, fixada a pena em patamar superior a 4 anos de reclusão, a estipulação do regime inicial fechado é apropriada, eis que existe circunstância judicial desfavorável, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal. 5. Habeas corpus não conhecido.

Para o crime continuado qualificado, o critério objetivo do número de crimes permanece, sendo exigida pela jurisprudência,³⁴ ainda, a análise de critérios subjetivos, tais como culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos e circunstâncias do crime, a fim de estabelecer a exasperação adequada.

O CPM, por sua vez, traz definição análoga ao CP ao estabelecer que quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser considerados como continuação do primeiro. Optou, no entanto, por não adotar somente o sistema da exasperação para aplicação da pena, tal qual se esperaria de acordo com os ditames normais do crime continuado, dando-lhe consequências jurídicas diversas das normalmente utilizadas para o instituto.

De acordo com Neves,³⁵ ainda que se possa reconhecer certa semelhança entre a conceituação do crime continuado nos dois Códigos Penais, o CPM, em seu art. 79, prevê a unificação de penas no crime continuado, ou seja, possibilita tanto o cúmulo material, se os crimes possuírem penas de mesma espécie, como a exasperação, se de espécies diferentes, respeitando neste caso o limite imposto pelo art. 58.³⁶

³⁴ HABEAS CORPUS Nº 323.035 - PR (2015/0104665-1) RELATORA: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA IMPETRANTE: JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO E OUTROS ADVOGADO: JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO E OUTRO (S) IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ PACIENTE: JOAO JOSE PINHEIRO EMENTA PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 121, §2º, INCISO IV, DO CÓDIGO PENAL. CONTINUIDADE DELITIVA ESPECÍFICA. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA DA PENA. PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL. AUMENTO EMPREGADO COM BASE NAS CIRCUNSTÂNCIAS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL E NA QUANTIDADE DE CRIMES. BIS IN IDEM. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. INEXISTÊNCIA. QUANTUM DE AUMENTO. DESPROPORCIONALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM DE OFÍCIO. 1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de revisão criminal, inviável o seu conhecimento. 2. A fração de aumento pela continuidade delitiva específica descrita no art. 71, parágrafo único, do Código Penal, pressupõe a análise de requisitos objetivos (quantidade de crimes praticados) e subjetivos, estes consistentes na análise da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos e das circunstâncias do crime. Precedentes desta Corte. 3. Embora não exista bis in idem na utilização das circunstâncias judiciais desfavoráveis para a elevação da pena-base e para o aumento empregado no reconhecimento da continuidade delitiva específica, verifica-se ter havido, na espécie, flagrante desproporcionalidade e excesso de valoração de tais circunstâncias pela decisão hostilizada, pois, para a prática de dois crimes de homicídio qualificado, houve um aumento de metade nas penas fixadas aos ilícitos componentes do crime continuado. 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a sanção imposta ao paciente para 20 (vinte) anos de reclusão, mantidos os demais termos da condenação.

³⁵ NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Manual de direito penal militar** / Cícero Robson Coimbra Neves, Marcello Streifinger. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 690.

³⁶ Art. 58. O mínimo da pena de reclusão é de um ano, e o máximo de trinta anos; o mínimo da pena de detenção é de trinta dias, e o máximo de dez anos.

Há também a previsão do parágrafo único do art. 80, a qual não permite a incidência do crime continuado quando se trata de fatos ofensivos de bens jurídicos inerentes à pessoa, salvo se as ações ou omissões sucessivas são dirigidas contra a mesma vítima. Desta maneira, fica claro ser impossível a aplicação do crime continuado, na esfera militar, quando o crime é doloso e contra vítimas diferentes, ao contrário do Código Penal comum.

Nota-se, portanto, que, a depender da situação apresentada, o CPM adota ora o sistema da exasperação, ora o do cúmulo material.

Importante considerar, ademais, a redução facultativa da pena, de 1/6 a 1/4, nos casos de crime continuado, conforme art. 81, §1º do CPM.³⁷

Para fins de exemplificação, se um militar, em continuidade delitiva, furtar (art. 240 do CPM) pertences de 3 companheiros de alojamento, considerando a pena máxima de seis anos de reclusão para cada crime, poderá ser condenado à pena de dezoito anos de reclusão. Aplicando a redução facultativa de pena prevista no §1º do art. 81 em sua parcela máxima (1/4), ainda sim chegaríamos a uma pena final de 13 anos e 6 meses de reclusão.

Analisaremos, na continuidade deste trabalho, se tal pena é adequada.

³⁷ Art. 81 § 1º A pena unificada pode ser diminuída de um sexto a um quarto, no caso de unidade de ação ou omissão, ou de crime continuado.

3. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 71 DO CP NOS CRIMES MILITARES

Encerrada a análise per se do instituto do crime continuado, passemos ao ponto central deste trabalho: é correta a aplicação analógica do art. 71 do CP nos crimes militares?

O tratamento jurídico para os militares difere dos civis em muitas esferas. No âmbito penal não poderia ser diferente. O ordenamento legal apresenta dois códigos penais distintos, provendo um tratamento díspar entre crimes comuns e militares.

Não podemos esquecer que, além desse tratamento diferenciado na esfera penal, é possível identificar inúmeras outras assimetrias entre civis e militares, tanto constitucionais como legais.

Em nenhum destes casos houve declaração de inconstitucionalidade pelo STF, já que os bens jurídicos tutelados são diversos, justificando as diferenças. Entretanto, significativa parcela da jurisprudência tende a não aceitar a diferença legal entre os códigos penais no que se refere ao crime continuado. Nestes casos, o Poder Judiciário acaba por aplicar, utilizando-se da analogia, o Art. 71 do Código Penal para infratores militares, abandonando, assim, o uso do Art. 80 do Código Penal Militar.³⁸

Para aprofundar este estudo, urge fazer uma análise do que significa ser um militar. Além disso, será importante tratar dos princípios constitucionais envolvidos, bem como versar sobre o uso da analogia no Direito Penal. Ao final, será possível responder à pergunta que inicia este capítulo.

3.1 *Condição de militar*

Convém iniciarmos este capítulo fundamentando o que significa ser um militar para que, a partir daí, seja possível entendermos a razão da existência de uma justiça militar e o tratamento legal diferenciado à classe.

³⁸ Tal jurisprudência será analisada no capítulo 4 deste trabalho. Destacam-se as seguintes apelações do STM: 051-14.2016.7.11.0111, 63-71.2011.7.02.0202, 106-43.2012.7.10.0010, 122-12.2013.7.11.0211 e 11-69.2013.7.07.0007.

De acordo com o Dicionário Michaelis, a palavra “militar” tem origem do latim *militaris*, e é relativo a guerra, a soldado, a tropas, às Forças Armadas e à sua organização, atuação e disciplina.

A classe militar surge na antiguidade, onde se constata o registro de um grupo social no interior do qual alguns de seus integrantes portam-se de forma diferente, vestem-se de maneira diferente, e, principalmente, têm tarefas também diferentes de seus pares, organizado e mantido para a defesa do todo social, principalmente contra agressões externas. Esse grupo social militar passou a ser chamado de força armada, ou força militar, ou exército (porque vivia em constante exercício) e referia-se àquele que militava, no sentido de quem lutava, pugnava, estava em atividade.³⁹

Interessante citar o texto de Moniz Barreto,⁴⁰ em sua Carta a El-Rei de Portugal, 1893, o qual descreve brilhantemente o militar da época e, porque não, o militar de hoje:

"Senhor, umas casas existem, no vosso reino onde homens vivem em comum, comendo do mesmo alimento, dormindo em leitos iguais. De manhã, a um toque de corneta, se levantam para obedecer. De noite, a outro toque de corneta, se deitam obedecendo. Da vontade fizeram renúncia como da vida.

Seu nome é sacrifício. Por ofício desprezam a morte e o sofrimento físico. Seus pecados mesmo são generosos, facilmente esplêndidos. A beleza de suas ações é tão grande que os poetas não se cansam de a celebrar. Quando eles passam juntos, fazendo barulho, os corações mais cansados sentem estremecer alguma coisa dentro de si. A gente conhece-os por militares...

Corações mesquinhos lançam-lhes em rosto o pão que comem; como se os cobres do pré pudessem pagar a liberdade e a vida. Publicistas de vista curta acham-nos caros demais, como se alguma coisa houvesse mais cara que a servidão.

Eles, porém, calados, continuam guardando a Nação do estrangeiro e de si mesma. Pelo preço de sua sujeição, eles compram a liberdade para todos e os defendem da invasão estranha e do jugo das paixões. Se a força das coisas os impede

³⁹ CORRÊA, Getúlio. Justiça militar: uma ilustre desconhecida. **Revista de Estudos e Informações. TJM/MG**, Belo Horizonte, n.6, p. 7-9, 2000. p. 95.

⁴⁰ BARRETO, MONIZ. **Carta a El-Rei de Portugal**. Disponível em: <<http://www.eb.mil.br/web/centro-de-comunicacao-social-do-exercito/a-profissao-militar>>. Acesso em: 07 jan 2019.

agora de fazer em rigor tudo isto, algum dia o fizeram, algum dia o farão. E, desde hoje, é como se o fizessem.

Porque, por definição, o homem da guerra é nobre. E quando ele se põe em marcha, à sua esquerda vai coragem, e à sua direita a disciplina".

O Exército Brasileiro também contribui ao elencar diversas características da profissão militar,⁴¹ a saber:

a. Risco de vida: Durante toda a sua carreira, o militar convive com risco. Seja nos treinamentos, na sua vida diária ou na guerra, a possibilidade iminente de um dano físico ou da morte é um fato permanente de sua profissão. O exercício da atividade militar, por natureza, exige o comprometimento da própria vida.

b. Sujeição a preceitos rígidos de disciplina e hierarquia: Ao ingressar nas Forças Armadas, o militar tem de obedecer a severas normas disciplinares e a estritos princípios hierárquicos, que condicionam toda a sua vida pessoal e profissional.

c. Dedicção exclusiva: O militar não pode exercer qualquer outra atividade profissional, o que o torna dependente de seus vencimentos, historicamente reduzidos, e dificulta o seu ingresso no mercado de trabalho, quando na inatividade.

d. Disponibilidade permanente: O militar se mantém disponível para o serviço ao longo das 24 horas do dia, sem direito a reivindicar qualquer remuneração extra, compensação de qualquer ordem ou cômputo de serviço especial.

e. Mobilidade geográfica: O militar pode ser movimentado em qualquer época do ano, para qualquer região do país, indo residir, em alguns casos, em locais inóspitos e destituídos de infraestrutura de apoio à família.

f. Vigor físico: As atribuições que o militar desempenha, não só por ocasião de eventuais conflitos, para os quais deve estar sempre preparado, mas, também, no tempo de paz, exigem-lhe elevado nível de saúde física e mental. O militar é submetido, durante toda a sua carreira, a periódicos exames médicos e testes de aptidão física, que condicionam a sua permanência no serviço ativo.

⁴¹ EXÉRCITO BRASILEIRO. **Características da Profissão Militar.** Disponível em: <<http://www.eb.mil.br/caracteristicas-da-profissao-militar>>. Acesso em: 07 jan 2019.

g. Formação específica e aperfeiçoamento constante: O exercício da profissão militar exige uma rigorosa e diferenciada formação. Ao longo de sua vida profissional, o militar de carreira passa por um sistema de educação continuada, que lhe permite adquirir as capacitações específicas dos diversos níveis de exercício da profissão militar e realiza reciclagens periódicas para fins de atualização e manutenção dos padrões de desempenho.

h. Proibição de participar de atividades políticas: O militar da ativa é proibido de filiar-se a partidos e de participar de atividades políticas, especialmente as de cunho político-partidário.

i. Proibição de sindicalizar-se e de participação em greves ou em qualquer movimento reivindicatório: O impedimento de sindicalização advém da rígida hierarquia e disciplina, por ser inaceitável que o militar possa contrapor-se à instituição a que pertence, devendo-lhe fidelidade irrestrita. A proibição de greve decorre do papel do militar na defesa do país, interna e externa, tarefa prioritária e essencial do Estado.

j. Restrições a direitos trabalhistas: O militar não usufrui alguns direitos trabalhistas, de caráter universal, que são assegurados aos trabalhadores, dentre os quais incluem-se: remuneração do trabalho noturno superior à do trabalho diurno; jornada de trabalho diário limitada a oito horas; obrigatoriedade de repouso semanal remunerado; e remuneração de serviço extraordinário, devido a trabalho diário superior a oito horas diárias.

k. Vínculo com a profissão: Mesmo quando na inatividade, o militar permanece vinculado à sua profissão. Os militares na inatividade, quando não reformados, constituem a "reserva" de 1ª linha das Forças Armadas, devendo se manter prontos para eventuais convocações e retorno ao serviço ativo, conforme prevê a lei, independente de estarem exercendo outra atividade, não podendo por tal motivo se eximir dessa convocação.

l. Consequências para a família: As exigências da profissão não ficam restritas à pessoa do militar, mas afetam, também, a vida familiar, a tal ponto que a condição do militar e a condição da sua família se tornam estreitamente ligadas: a formação do patrimônio familiar é extremamente dificultada; a educação dos filhos é prejudicada; o exercício de atividades remuneradas por cônjuge do militar fica, praticamente, impedido; e o núcleo familiar não estabelece relações duradouras e permanentes na cidade em que reside, porque ali, normalmente, passará apenas três anos.

Todas essas características citadas nos levam a concluir que a condição de militar, ao contrário do que muitos pensam, ao invés de constituir privilégio para seus detentores, traz a eles pesado ônus, em decorrência das peculiaridades de sua missão, do alto risco e sacrifícios, envolvendo conflitos, litígios e assuntos de segurança do Estado e das Instituições Armadas, o que os sujeita a normas rígidas de conduta pessoal, além de requisitos físicos especiais para o exercício das atividades e na lida diária com armas, explosivos e outros apetrechos bélicos.⁴²

Em outro diapasão, o ordenamento jurídico brasileiro define o que é ser militar nos art. 42⁴³ e art. 142 §3º da CF,⁴⁴ bem como no art. 22 do CPM,⁴⁵ sem entrar em maiores detalhes. Melhores definições são encontradas no Estatuto dos Militares, Lei 6.880/80, que regula a situação, obrigações, deveres, direitos e prerrogativas dos membros das Forças Armadas. Destaque especial deve ser dado ao art. 31⁴⁶ do referido Estatuto, eis que estabelece os deveres dos militares, em especial a dedicação e a fidelidade à Pátria, cuja honra, integridade e instituições devem ser defendidas mesmo com o sacrifício da própria vida. Tal dever emula o que há de mais profundo na profissão militar: a completa abnegação de interesses próprios em prol da defesa da Pátria.

Outro ponto da Lei 6.880/80 merecedor de destaque é o seu art. 14,⁴⁷ o qual define as bases institucionais das Forças Armadas, quais sejam a disciplina e a hierarquia.

⁴² SANTOS, Mário Olímpio Gomes dos. O *status* militar. **Revista de Estudos e Informações**. TJM/MG. Belo Horizonte, n.5, p. 4-7, 2000. p. 5.

⁴³ Art. 42. Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios

⁴⁴ Art. 142, §3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares [...]

⁴⁵ Art. 22. É considerada militar, para efeito da aplicação deste Código, qualquer pessoa que, em tempo de paz ou de guerra, seja incorporada às forças armadas, para nelas servir em posto, graduação, ou sujeição à disciplina militar.

⁴⁶ Art. 31. Os deveres militares emanam de um conjunto de vínculos racionais, bem como morais, que ligam o militar à Pátria e ao seu serviço, e compreendem, essencialmente:

I - a dedicação e a fidelidade à Pátria, cuja honra, integridade e instituições devem ser defendidas mesmo com o sacrifício da própria vida;

II - o culto aos Símbolos Nacionais;

III - a probidade e a lealdade em todas as circunstâncias;

IV - a disciplina e o respeito à hierarquia;

V - o rigoroso cumprimento das obrigações e das ordens; e

VI - a obrigação de tratar o subordinado dignamente e com urbanidade.

⁴⁷ Art. 14. A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico.

§ 1º A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antiguidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à sequência de autoridade.

Por hierarquia entende-se, portanto, a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. Já a disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições.

Uma breve análise desses conceitos nos faz crer que os servidores civis também estejam alcançados pela hierarquia e disciplina, já que em todas as instituições públicas, independentemente do grau de complexidade, existe uma ordenação hierárquica de funções e a necessidade de observância fiel das funções por cada servidor para concretização dos fins que se destinam.

Entretanto, se em regra basta ao servidor público civil o rigoroso cumprimento de seus misteres, do servidor público militar espera-se um 'plus'. Assim, além do estrito cumprimento de seus deveres há que o servidor refletir uma adesão psicológica ao ideário militar, ou uma vocação para a vida castrense.⁴⁸

Em suma, depreende-se que do militar são esperadas características que o diferenciam dos demais. Nada mais justo, portanto, que dele se exija uma conduta ilibada, e que a ele se atribuam dispositivos penais também diferenciados. Resta saber, no entanto, se essa diferenciação respeita os limites impostos por princípios constitucionais clássicos.

3.2 Diferenças entre civis e militares no ordenamento jurídico

3.2.1 Diferenças constitucionais

3.2.1.1 Prisão

Nos termos do art. 5º, inciso LXI, da CF,⁴⁹ o civil somente se submete a dois tipos de prisão, quais sejam o flagrante delito, ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. Já o militar, além das hipóteses já mencionadas, se

§ 2º Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.

§ 3º A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformados.

⁴⁸ MARTINS, Eliezer Pereira. **Direito Administrativo Disciplinar Militar e sua processualidade**. São Paulo: Editora de Direito Ltda, 1996. p. 24.

⁴⁹ Art. 5º LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

submete a mais dois tipos de prisão: nos casos de transgressão disciplinar e de crime propriamente militar.

As prisões militares podem ser disciplinares, caso em que são decretadas administrativamente, pela autoridade militar de hierarquia superior à do infrator, ou decorrerem de crimes militares, caso em que a prisão deve ser decretada pela Justiça Militar. Deve-se notar que, embora as prisões disciplinares militares obedeçam a normas próprias, não se tem, de modo nenhum, autorização para prisões arbitrárias, cabendo, desde que haja provocação, o controle judicial da medida, que será declarada ilegal sempre que tenha sido contrária ao Direito.⁵⁰

3.2.1.2 Sindicalização, greve e filiação partidária

Por força do art. 142, § 3º, incisos IV e V,⁵¹ ao militar são vedadas a sindicalização, a greve e a filiação partidária. Tal proibição não ocorre em relação aos civis.

3.2.1.3 Direitos políticos

Segundo art. 14, § 8º, incisos I e II,⁵² o militar é alistável, podendo ser eleito. Porém, é vedado a ele, enquanto estiver em serviço ativo, estar filiado a partido político, conforme constatação supramencionada.

Assim, em face da vedação à filiação partidária do militar, o TSE firmou entendimento de que, nessa situação, suprirá a ausência da prévia filiação partidária

⁵⁰ PAULO, Vicente. **Direito Constitucional descomplicado** / Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino. 8. ed. São Paulo: Método, 2012. p. 198.

⁵¹ Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições:

IV - ao militar são proibidas a sindicalização e a greve.

V - o militar, enquanto em serviço ativo, não pode estar filiado a partidos políticos.

⁵² Art. 14 § 8º O militar alistável é elegível, atendidas as seguintes condições:

I - se contar menos de dez anos de serviço, deverá afastar-se da atividade;

II - se contar mais de dez anos de serviço, será agregado pela autoridade superior e, se eleito, passará automaticamente, no ato da diplomação, para a inatividade.

o registro da candidatura apresentada pelo partido político e autorizada pelo candidato.⁵³

Atendida essa formalidade, o militar é elegível, atendidas as condições dos incisos I e II, passando à inatividade e ficando impedido retornar à carreira da caserna em ambos os casos.

3.2.1.4 Penas

A Constituição Federal veda as penas de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento, e as cruéis, de acordo com o art. 5º, inciso XLVII.⁵⁴

Interessante notar que ao crime militar em tempo de guerra, é possível a aplicação da pena de morte, tal qual normatizado na alínea “a” do dispositivo citado, ao passo que a pena capital não existe para o crime comum.

Há grande discussão a respeito da constitucionalidade deste dispositivo. Em suma, a pena de morte em tempo de guerra é admitida quando a soberania ou a segurança dos cidadãos brasileiros forem ameaçadas, relegando a dignidade da pessoa humana (do condenado) a um patamar inferior.

O Brasil não se envolve em guerras há algum tempo, razão pela qual não há produção jurisprudencial recente capaz de ser analisada para aprofundar a questão.

3.2.2 Diferenças legais

Não há somente diferenças constitucionais no tratamento entre civis e militares. Destacam-se as seguintes disparidades legais:

⁵³ PAULO, Vicente. **Direito Constitucional descomplicado** / Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino. 8. ed. São Paulo: Método, 2012. p. 278.

⁵⁴ Art. 5º XLVII - não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

3.2.2.1 Aplicabilidade da Lei 9.099/95

A Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Criminais) estabelece, entre outras inovações, a implantação de quatro institutos despenalizadores, a saber, a composição civil de danos, a transação penal, a necessidade de representação nos crimes de lesões dolosas leves e culposas e a suspensão condicional do processo, aplicáveis exclusivamente às infrações penais de menor potencial ofensivo.

Tais benefícios aplicam-se tão somente aos crimes comuns, sendo vedada sua aplicação aos crimes militares, de acordo com o seu art. 90-A.⁵⁵

Há de considerar, entretanto, que diversos doutrinadores rechaçam a inconstitucionalidade do art. 90-A, frente aos princípios da isonomia (igualdade) e da proporcionalidade, entendendo pela aplicação das disposições da Lei 9.099/95 aos crimes impropriamente militares, sendo justificável o tratamento jurídico distinto apenas aos crimes propriamente militares.⁵⁶ Ademais, a Auditoria da Justiça Militar de Santa Catarina vem aplicando, sem óbices, a transação penal e a suspensão condicional do processo aos crimes militares impróprios cometidos por policiais e bombeiros militares do respectivo Estado.⁵⁷

Resta claro que a referida Lei não é aplicável aos crimes militares próprios, por força legislativa, doutrinária e jurisprudencial.

3.2.2.2 Perda do cargo

A perda de cargo após condenação penal também possui critérios diferentes para civis e militares. Será possível perceber, a seguir, que se estabeleceu raciocínio mais gravoso para as penas militares.

⁵⁵ Art. 90-A. As disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar.

⁵⁶ CARVALHO, Lucius Paulo de. **A Aplicabilidade dos Institutos Despenalizadores da Lei 9.099/95 aos Crimes Militares**. 2007. 119 f. TCC (Graduação) - Curso de Segurança Pública, Univali, Florianópolis, 2007. p. 79.

⁵⁷ CARVALHO, Lucius Paulo de. **A Aplicabilidade dos Institutos Despenalizadores da Lei 9.099/95 aos Crimes Militares**. 2007. 119 f. TCC (Graduação) - Curso de Segurança Pública, Univali, Florianópolis, 2007. p. 84.

3.2.2.2.1 Praças das Forças Armadas

Se há condenação por crime militar à pena igual ou superior a dois anos para a praça das Forças Armadas (FFAA), implica a sua exclusão como pena acessória, tal qual preconiza o art. 102 do CPM.⁵⁸

3.2.2.2.2 Praças das Forças Auxiliares

Para as praças militares estaduais, a exclusão não é automática, mas depende de processo judicial para perda da graduação, de acordo com o art. 125, § 4º, da CF.⁵⁹

3.2.2.2.3 Oficiais

Os Oficiais das FFAA e Oficiais das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros estaduais submetem-se a um processo judicial de indignidade ou incompatibilidade para a perda do posto e da patente, conforme art. 125, § 4º e 142, § 3º, inciso VII, da CF.⁶⁰

3.2.2.2.4 Civis

No crime comum, por sua vez, o art. 92, I, “a” e “b” do CP comum⁶¹ determina a perda do cargo ocorrerá como efeito da condenação apenas se houver pena privativa de liberdade igual ou superior a um ano nos crimes praticados com abuso de

⁵⁸ Art. 102. A condenação da praça a pena privativa de liberdade, por tempo superior a dois anos, importa sua exclusão das forças armadas.

⁵⁹ § 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

⁶⁰ VI - o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra. VII - o oficial condenado na justiça comum ou militar a pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no inciso anterior.

⁶¹ Art. 92 - São também efeitos da condenação:

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública.

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

poder ou violação de dever para com a Administração Pública, ou, nos demais casos, quando a pena privativa de liberdade aplicada for igual ou superior a quatro anos.

3.2.3 Análise geral

Estes são apenas alguns dos inúmeros exemplos de distinções entre o tratamento de civis e militares. Em nenhum destes casos houve declaração de inconstitucionalidade pelo STF, já que os bens jurídicos tutelados são diversos, justificando as diferenças.

Tal afirmação é de extrema importância para analisarmos, futuramente, a questão da aplicação analógica do art. 71 do CP nos crimes militares.

3.3 Princípios constitucionais envolvidos

3.3.1 Princípio da igualdade

O princípio da igualdade consagrado pela constituição opera em dois planos distintos. De uma parte, frente ao legislador ou ao próprio executivo, na edição, respectivamente, de leis, atos normativos e medidas provisórias, impedindo que possam criar tratamentos abusivamente diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas. Em outro plano, na obrigatoriedade ao intérprete, basicamente, a autoridade pública, de aplicar a lei e atos normativos de maneira igualitária, sem estabelecimento de diferenciações em razão de sexo, religião, convicções filosóficas ou políticas, raça, classe social.⁶²

Atualmente o perfeito entendimento do princípio da isonomia contempla o reconhecimento de suas variadas perspectivas: desde a formal, por alguns intitulada "igualdade perante a lei", refere-se à interpretação e aplicação igualitária de um diploma normativo já confeccionado; quanto a material (igualdade na lei), na qual o respeito à igualdade se dá em esfera abstrata e genérica, na fase de criação do direito, alcançando os Poderes Públicos (inclusive o legislador, claro) quando elaboram um ato normativo; até a perspectiva material-dinâmica ou militante da igualdade, transformadora da igualdade em um objetivo a ser perseguido pelo Estado, consiste

⁶² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 99.

na adoção de políticas públicas que visem reduzir as desigualdades fáticas, os estigmas e preconceitos que recaem sobre certos segmentos da sociedade.⁶³

O princípio constitucional da igualdade não veda que a lei estabeleça tratamento diferenciado entre pessoas que guardem distinções de grupo social, de sexo, de profissão, de condição econômica ou de idade, entre outras; o que não se admite é que o parâmetro diferenciador seja arbitrário, desprovido de razoabilidade, ou deixe de atender a alguma relevante razão de interesse público. Em suma, o princípio da igualdade não veda o tratamento discriminatório entre indivíduos, quando há razoabilidade para a discriminação.⁶⁴

Diante do exposto, é imperativo questionar se as diferenças entre civis e militares, elencadas nos capítulos 3.1 e 3.2, ferem o princípio da igualdade.

Por tudo que já foi dito anteriormente, é plausível e intuitivo afirmar que há, de fato, diversos fatores que permitem estabelecermos a seguinte premissa: o militar não é igual ao civil. Conseqüentemente, a existência de um Código Penal específico para os militares se faz necessário, naturalmente, a luz da existência de delitos próprios dessa atividade.

Assim, a distinção de tratamento entre o crime comum e o crime militar não fere o princípio da igualdade.⁶⁵

Para fins de conclusão, é imperioso trazer os critérios, estabelecidos por Celso Antônio Bandeira de Mello, a serem analisados para possibilidade jurídica do tratamento desigual:

- a) fator de discriminação;
- b) liame inexorável entre fator de discriminação e regime diferenciado;
- c) adequação axiológica e sistemática à Constituição Federal sob uma ótica concreta.

⁶³ MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 229.

⁶⁴ PAULO, Vicente. **Direito Constitucional descomplicado** / Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino. 8. ed. São Paulo: Método, 2012. p. 123.

⁶⁵ ROTH, Ronaldo João. Crime continuado. A distinção de tratamento no CPM e no CP Comum: existe razão para isso? **Revista do Ministério Público Militar**, Brasília, v. 1, n. 23, p.213-234, nov. 2013. p. 224.

Transpondo esses critérios para o caso em comento, conclui-se que o regime diferenciado entre civis e militares é jurídica e logicamente possível.

3.3.2 Princípio da Especialidade

Considera-se especial uma norma penal, em relação a outra geral, quando reúne todos os elementos desta, acrescidos de mais alguns, denominados especializantes. Isto é, a norma especial acrescenta elemento próprio à descrição típica prevista na norma geral. A regulamentação especial tem a finalidade, precisamente, de excluir a lei geral e, por isso, deve precedê-la (*lex specialis derogat lex generalis*). O princípio da especialidade evita o *bis in idem*, determinando a prevalência da norma especial em comparação com a geral, e pode ser estabelecido *in abstracto*, enquanto os outros princípios exigem o confronto *in concreto* das leis que definem o mesmo fato.⁶⁶

O Código Penal Militar não deixa de ser uma norma penal especial, tendo o poder, portanto, de afastar a norma geral proveniente do Código Penal comum, por força de previsão constitucional no art. 124.⁶⁷

Essa reserva legal simples (e ampla) impõe estrita observância, no sentido de se assegurar a reconhecida natureza especial da infração penal a requerer a atuação de órgão jurisdicional especial por incidência do denominado princípio da especialidade da jurisdição. Nesse sentido, a lei só poderá atribuir competência à Justiça Militar naqueles casos em que a infração penal constituir violação de dever militar ou relação direta com bens jurídicos que tenham as Forças Armadas como titular.⁶⁸

Ilustrando esse raciocínio, brilhante é o voto da Min. Cármen Lúcia no HC 122.673/PA,⁶⁹ reconhecendo o caráter especial do CPM e a sua não submissão à legislação penal comum.

⁶⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 255.

⁶⁷ Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

⁶⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1010.

⁶⁹ EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. CRIME DE FURTO EM RECINTO CASTRENSE. APLICAÇÃO DO RITO PREVISTO NA LEI N. 11.719/2008 COM A REALIZAÇÃO DO INTERROGATÓRIO AO FINAL DA INSTRUÇÃO. ART. 302 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR. NORMA ESPECIAL. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no

Estabelecido, portanto, o caráter especial do CPM, temos mais um argumento em desfavor da aplicação analógica do art. 71 do CP nas ocasiões de continuidade delitiva militar.

3.3.3 Princípio da proporcionalidade/razoabilidade

O destinatário do Princípio da Proporcionalidade é qualquer sujeito, seja ele o legislador, ao editar uma norma cujo conteúdo restrinja direito fundamental, seja o administrador ou mesmo o juiz. E também alcança o particular, em questões contratuais, trabalhistas ou mesmo de família, por exemplo. Sua formulação mais conhecida apresenta três momentos sucessivos: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.⁷⁰

Em essência, o princípio da razoabilidade significa que, ao se analisar uma lei restritiva de direitos, deve-se ter em vista o fim a que ela se destina, os meios adequados e necessários para atingi-lo e o grau de limitação e de promoção que ela acarretará aos princípios constitucionais que estejam envolvidos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Se os meios porventura não forem adequados ao fim colimado, ou se sua utilização acarretar cerceamento de direitos em um grau maior do que o necessário, ou ainda se as desvantagens da adoção da medida (restrição a princípios constitucionais) suplantarem as vantagens (realização ou promoção de outros princípios constitucionais), deve a lei ser invalidada por ofensa à Constituição, especificamente, por violação ao princípio da razoabilidade ou proporcionalidade.⁷¹

O CPM, por ser uma lei restritiva de direitos, não foge a análise de proporcionalidade. A continuidade delitiva nele normatizada é, sem dúvidas, mais

sentido de que não se pode mesclar o regime penal comum e o castrense, de modo a selecionar o que cada um tem de mais favorável ao acusado, devendo ser reverenciada a especialidade da legislação processual penal militar e da justiça castrense, sem a submissão à legislação processual penal comum do crime militar devidamente caracterizado. Precedentes. 2. Se o paciente militar foi denunciado pela prática de crime de furto em recinto castrense, o procedimento a ser adotado é o do art. 302 e seguintes do Código de Processo Penal Militar. 3. Ordem denegada com revogação da liminar deferida. (HC 122673, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 24/06/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 31-07-2014 PUBLIC 01-08-2014).

⁷⁰ TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. **O Princípio da Proporcionalidade no Controle de Constitucionalidade** In: ARTIGO. Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: Marcelo Benacchio, Narciso Leandro Xavier Baez – Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 404.

⁷¹ PAULO, Vicente. **Direito Constitucional descomplicado** / Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino. 8. ed. São Paulo: Método, 2012. p. 189.

rigorosa que a constante no CP e, portanto, possibilita um debate a luz do princípio ora estudado.

Há de se ressaltar que o bem jurídico tutelado pelo CPM é diferente daquele tutelado pelo CP. Desta feita, a análise comparativa entre os dois dispositivos, no que diz respeito à proporcionalidade de seus mandamentos jurídicos, fica comprometida. A verdade é que ao CPM recai a responsabilidade de manter íntegros os valores de hierarquia e disciplina, já elencados neste trabalho. Portanto, é de se esperar que ele apresente consequências mais rigorosas em suas sanções.

3.4 Estudo da analogia

O uso da analogia, quando da aplicação do art. 71 do CP nos casos de crime continuado em crimes militares, nos obriga a fazer um estudo sobre tal instituto. Para tanto, far-se-á uma análise legal e doutrinária a fim de estabelecer uma definição adequada ao instituto.

Primeiramente, faz-se necessário elencar as circunstâncias nas quais a analogia aparece no ordenamento jurídico brasileiro. Destacam-se as seguintes normas: Artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro,⁷² Artigo 140 do Código de Processo Civil,⁷³ Artigo 3º do Código de Processo Penal,⁷⁴ Artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho⁷⁵ e Artigo 108, inciso I, do Código Tributário Nacional.⁷⁶

Uma breve análise dos textos legais é suficiente para destacarmos as seguintes expressões: “quando a lei for omissa”; “lacuna ou obscuridade do ordenamento

⁷² Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

⁷³ Art. 140. O juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico. Parágrafo único. O juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei.

⁷⁴ Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

⁷⁵ Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

⁷⁶ Art. 108. Na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

I - a analogia;
 II - os princípios gerais de direito tributário;
 III - os princípios gerais de direito público;
 IV - a equidade.

jurídico”; “falta de disposições legais ou contratuais”; “ausência de disposição expressa”. Tais termos nos permitem concluir que, a priori, o uso da analogia se dá quando há um hiato, um vazio na norma, sendo imperativo que o juiz busque outras alternativas para proferir sua decisão. A análise doutrinária, a seguir, irá confirmar este entendimento.

Segundo Cezar Bitencourt, a analogia não é um meio de interpretação, mas de integração do sistema jurídico. Nessa hipótese, não há um texto de lei obscuro ou incerto cujo sentido exato se procure esclarecer. Há, com efeito, a ausência de lei que discipline especificamente essa situação.⁷⁷

De acordo com Rogério Greco, analogia é uma forma de autointegração da norma, consistente em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição legal relativa a um caso semelhante, atendendo-se, assim, ao brocardo *ubi eadem ratio, ubi eadem legis dispositio*.⁷⁸

Semelhante definição traz Luiz Regis Prado, quando diz que por analogia costuma-se fazer referência a um raciocínio que permite transferir a solução prevista para determinado caso a outro não regulado expressamente pelo ordenamento jurídico, mas que comparte com o primeiro certos caracteres essenciais ou a mesma ou suficiente razão, isto é, vinculam-se por uma matéria relevante *simili* ou a *pari*.⁷⁹

José Pagliuca aduz que a analogia não é meio de interpretação, mas forma de integração ao sistema jurídico. O objetivo principal da analogia é cobrir lacunas eventualmente existentes na lei penal.⁸⁰

Galdino Siqueira não é diferente, ao defender que a analogia consiste na aplicação de um princípio jurídico que a lei estabelece para certo fato a outro fato não regulado, mas semelhante, sob aspecto jurídico, ao primeiro. Trata-se, pois, de aplicação de princípio ou norma jurídica e não de interpretação.⁸¹

⁷⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral** 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 197.

⁷⁸ GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015. p. 93.

⁷⁹ PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 97.

⁸⁰ PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. **Direito penal: parte geral**. 7. ed. São Paulo: Rideel, 2011. p. 39.

⁸¹ SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947.

Ora, todos os doutrinadores aqui citados parecem concordar que o instituto da analogia é aplicável em casos nos quais há uma lacuna na lei.

Ocorre que não há lacuna no CPM, em relação ao crime continuado, que possa justificar a aplicação analógica do CP em detrimento daquele dispositivo legal.

É incabível a aplicação da analogia *in bonam partem*, no tema em comento, posto que, se a lei (CPM) que se quer substituir esgota o assunto, não há lacuna a ser suprida pelo CP, exigência esta para a aplicação do instituto da analogia.⁸²

⁸² ROTH, Ronaldo João. Crime continuado. A distinção de tratamento no CPM e no CP Comum: existe razão para isso? **Revista do Ministério Público Militar**, Brasília, v. 1, n. 23, p.213-234, nov. 2013. p. 220.

4. ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

4.1 Considerações iniciais

A Justiça Militar brasileira é dividida constitucionalmente em duas esferas independentes, quais sejam, a Justiça Militar Federal (da União) e as Justiças Militares Estaduais (dos Estados).

A Justiça Militar Federal é competente para processar e julgar os crimes militares definidos em lei, de acordo com a CF, art. 124.⁸³ Seus órgãos, definidos no art. 122 da Carta Magna,⁸⁴ são o Superior Tribunal Militar (STM) e os Tribunais e Juízes Militares instituídos em lei. A lei em questão é a Lei 8.457/92, que organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares.

O STM é, portanto, o segundo grau jurisdicional da Justiça Militar Federal, com sede no Distrito Federal, possuindo jurisdição em todo o território nacional.

A Justiça Militar Estadual, por sua vez, está regulamentada no art. 125, §§ 3º, 4º e 5º da CF.⁸⁵ O segundo grau das Justiças Militares Estaduais corresponde ao próprio Tribunal de Justiça do respectivo Estado, permitindo-se a criação de um Tribunal de Justiça Militar nos Estados cujo efetivo militar ultrapasse vinte mil integrantes, conforme disposição do art. 125, § 3º, da CF. Atualmente, três Estados mantêm Tribunais de Justiça Militar: Rio Grande do Sul, São Paulo e Minas Gerais.

Analisar-se-á, a seguir, a jurisprudência do STF, STJ, STM e dos TJM dos Estados do Rio Grande do Sul, São Paulo e Minas Gerais, relativa a continuidade delitiva militar.

⁸³ Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

⁸⁴ Art. 122. São órgãos da Justiça Militar:

I - o Superior Tribunal Militar;

II - os Tribunais e Juízes Militares instituídos por lei.

⁸⁵ Art. 125

§ 3º A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juizes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes.

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

§ 5º Compete aos juizes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares.

4.2 STF

A jurisprudência do STF é unânime quanto a impossibilidade da aplicação analógica do CP comum nos casos de continuidade delitiva militar.

Como ponto de partida, deve-se analisar o Recurso Criminal nº 1.465/RJ. Trata-se de decisão antiga, proferida no ano de 1987. Pede-se escusas ao leitor, pois a decisão, apesar de longeva, é fundamental para o desenrolar deste estudo. A ementa segue:

CRIME MILITAR COMETIDO POR CIVIL. AMPLA DEFESA: PRINCÍPIO ASSEGURADO. PERICIA: REALIZADA A CABIVEL. PREJUÍZO PARA A DEFESA INDEMONSTRADO QUANTO AQUELA NÃO REALIZADA. PRAZOS. ALEGAÇÕES TARDIAS. PENA COMUM. ALEGAÇÃO QUE, NO CASO, NÃO HÁ NECESSIDADE DE CONSIDERAR. SITUA-SE O CRIME ATRIBUÍDO AO CIVIL NO ÂMBITO DA JUSTIÇA MILITAR, SE FOI ELE COMETIDO CONTRA AS INSTITUIÇÕES MILITARES, NA CONFORMIDADE DO DISPOSTO NO ART. 9, III, DO CPM. NÃO SE TEM COMO CONFIGURADO CERCEAMENTO DE DEFESA, DE MOLDE A ANULAR O PROCESSO, SE AS ALEGAÇÕES SOBRE OS PONTOS INVOCADOS NO RECURSO NÃO FORAM FORMULADOS OPORTUNAMENTE, A PAR DO QUE SEQUER FOI DEMONSTRADO QUAL O PREJUÍZO PARA A DEFESA. SOBRE APRESENTAÇÃO DE DETERMINADA FERRAMENTA E SOBRE PERICIA QUE NELA DEVIA REALIZAR-SE, ALÉM DE CERTA IMPRECISÃO A RESPEITO, SE TEM QUE DITA FERRAMENTA NÃO FOI LEVADA A PLENÁRIO, POR CULPA DO RÉU, QUE A DETINHA E, TAMBÉM, POR ISSO SEQUER PODERIA SER PERICIADA. SE É CERTO QUE O CPM, PELO QUE RESULTA DE SEU ART. 80, FIXA PARA O CRIME CONTINUADO PENA EXTREMAMENTE MAIS PESADA QUE A PREVISTA NO CP COMUM, DESNECESSÁRIO APRECIAÇÃO A RESPEITO SE, NO CASO, AS MEDIDAS PUNITIVAS APLICADAS NÃO CONFIGURARAM O EXCESSO MERECEDOR DA CRÍTICA. RECURSO ORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (RC 1465, Relator(a): Min. ALDIR PASSARINHO, Segunda Turma, julgado em 13/11/1987, DJ 12-02-1988 PP-01988 EMENT VOL-01489-01 PP-00045).

Do voto do relator, Min. Aldir Passarinho, destacam-se os seguintes trechos:

Diz o recorrente que o Direito Penal, se tomado o paradigma da norma constitucional, art. 8º, inc. XVII, alínea b, é essencialmente uno, único, um só, não devendo, por isso, haver dualidade de tratamento para temas fundamentais em sede penal, pelo que o art. 80 do CPM chega a ser inconstitucional, pela diferença de tratamento que dá ao crime continuado previsto no Código Penal comum. E que, neste último, aplica-se a pena de um crime, com ligeiro acréscimo, enquanto no CPM, pelo seu art. 80, um eventual furto de CZ\$ 100,00 diários, durante um mês, poderia importar em uma pena de 30 anos, que, reduzida em 1/6, totalizaria 25 anos de reclusão, mais do dobro do previsto para o homicídio qualificado, enquanto pelo Código Penal, quer pela redação anterior à Lei 7.209, quer após ela, o apenamento seria de pouco mais de um ano.

Na verdade, a diferença de tratamento é flagrante, mas é de ver-se que a lei resolveu estipular maior penalização para o crime militar, não havendo nisso inconstitucionalidade já que os bens jurídicos lesados são diversos.

Tenho que outras considerações poderia fazer-se se, no caso, o total aplicado fosse realmente excessivo, vindo a ultrapassar os valores máximos previstos no Código Penal.

Entretanto, na hipótese, isso não ocorre.

Analisando cuidadosamente o voto, pode-se perceber que o Ministro é taxativo ao afirmar que não há inconstitucionalidade na diferença de tratamento para o crime continuado no CP e no CPM. No entanto, ele abre uma ressalva, afirmando que poderia reanalisar o voto caso o total de pena aplicado, utilizando-se o CPM, fosse excessivo. É que, no caso em tela, as penas seriam semelhantes independentemente do método adotado, tal qual demonstrado pelo próprio Ministro em seu voto:

Assim: pena-base pelo CPM, 2 anos. Acréscimo de 1/3 do § 3º do art. 171 do CP: 2 anos e oito meses. Acréscimo de 1 ano pelo crime continuado, na aplicação de metade da pena, quando o acréscimo é previsto de 1/6 a 2/3: 2 anos mais oito meses *mais* um ano, totalizando 3 anos e oito meses, o que viria a corresponder a um pouco mais do que foi atribuído ao recorrente, que foi a pena de 3 anos, sete meses e seis dias.

Raciocínio semelhante faz o relator no RE 115.770/RJ, cuja ementa é a seguinte:

PRINCÍPIO ISONOMICO - CÓDIGO PENAL E CÓDIGO PENAL MILITAR - O tratamento diferenciado decorrente dos referidos Códigos tem justificativa constitucionalmente aceitável em face das circunstâncias peculiares relativas aos agentes e objetos jurídicos protegidos. A disparidade na disciplina do crime continuado não vulnera o princípio da igualdade. PROVA - OPORTUNIDADE E JUSTIFICAÇÃO. A organicidade e a dinâmica que presidem o Direito, especialmente o instrumental, são conducentes a observância dos predicados "oportunidade" e "justificação" no requerimento de feitura de prova. (RE 115770, Relator(a): Min. ALDIR PASSARINHO, Segunda Turma, julgado em 29/10/1991, DJ 21-02-1992 PP-01697 EMENT VOL-01650-03 PP-00432 RTJ VOL-00138-01 PP-00257).

O ministro não foge do raciocínio adotado no voto anterior, praticamente repetindo sua argumentação, tal qual se depreende do seguinte trecho:

Na verdade, o princípio do art. 80 do CPM é, fora de dúvida, demasiadamente rigoroso, mas, no caso, é de ver que se os diversos crimes atribuídos ao recorrente fossem capitulados de acordo com as disposições do Código Penal comum, não sei se a pena aplicada teria sido menos rigorosa. Ademais, não é cabível invocar-se o princípio da isonomia, se os crimes de que cuida o extraordinário são crimes militares que, por isso, podem ter pena mais rigorosa que os crimes comuns.

Percebe-se, novamente, que o nobre julgador tem predileção a reconhecer o art. 80 do CPM como um dispositivo legal extremo. Contudo, rechaça a possibilidade de aplicação analógica do CP, tendo em vista a diferença dos bens jurídicos lesados. Por fim, admite que os crimes militares podem resultar em sanções mais rigorosas que os crimes comuns.

O Ministro Marco Aurélio Mello pede, então, vista aos autos e profere voto, cerca de um ano depois, acompanhando o relator. Destaco, a seguir, o trecho que mais nos interessa:

O meu convencimento sobre o tema coincide com o do nobre Ministro Relator. Impossível é ver, no caso, transgressão ao princípio isonômico, no que a legislação penal militar disciplina de forma mais rigorosa o crime continuado. A particularidade decorre de verdadeira opção legislativa, consideradas as circunstâncias que cercam a prática do delito. A isonomia não tem pertinência quando os agentes e bens protegidos são diversos. A penação

mais rigorosa decorre não só da imputação, como também do bem jurídico protegido. Frise-se, por oportuno, que, conforme consta inclusive do voto do Relator, na adoção do critério previsto no artigo 80 do Código Penal Militar levou-se em conta a pena mínima, isto em relação aos delitos.

Os julgados acima expostos estabelecem um ponto de partida, em relação a continuidade delitiva militar, nas futuras decisões da Suprema Corte. Os próximos acórdãos analisados as citarão diretamente.

O primeiro deles é o HC 73.056/PR, cuja ementa segue:

EMENTA: - Habeas Corpus. Código Penal Militar, arts.251, "caput"; 70, II, "g" e "i", e 80. Estelionato (oito vezes), reconhecida a continuidade delitiva. 2. O tratamento diferenciado decorrente do Código Penal e do Código Penal Militar, no que concerne ao crime continuado, não vulnera o princípio da isonomia. Precedente do Supremo Tribunal Federal, no RECr nº 115.770 - RJ. 3. Habeas Corpus indeferido. (HC 73056, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 24/10/1995, DJ 09-08-1996 PP-27100 EMENT VOL-01836-01 PP-00052).

Transcreve-se a seguir, trecho de destaque no voto do ilustre Ministro José Néri da Silveira, relator do HC:

Não há, pois, qualquer irregularidade no tocante à fixação da reprimenda eis que o ora paciente restou condenado pela prática do crime de estelionato – oito vezes –, reconhecida a continuidade delitiva.

A Suprema Corte, em decisão proferida do RECrim nº 115.770/RJ, entendeu que a diferenciação existente no tratamento do crime continuado não fere o princípio da isonomia.

O Ministro Marco Aurélio Mello também se manifestou nesse julgado e, basicamente, ateu-se a transcrever seu voto no RECrim nº 115.770/RJ.

Cabe, então, ressaltar o seguinte ponto: se, por um lado, os julgados anteriores resultavam em penas semelhantes independente da legislação a ser aplicada, no HC 73.056/PR a diferença é gritante. Explico. O réu foi condenado pela prática do crime de estelionato – por oito vezes –, reconhecida a continuidade delitiva. Restou condenado, em primeira instância e a luz do CPM, a uma pena de 17 anos e 4 meses

de reclusão. Teve sua pena reduzida para 13 anos de reclusão, por decisão unânime do TJPR, tal qual proferido no acórdão, “*verbis*”:

A pena-base foi fixada acima do mínimo legal (02 anos de reclusão), com apreciação das circunstâncias judiciais.

‘*In casu*’, a pena definitiva resultou do acréscimo à pena-base de 02 (dois) meses de reclusão referente às duas agravantes, e do reconhecimento do crime continuado previsto no artigo 80, do Código Penal Militar.

Dessa forma, reconhecida a continuidade delitiva na conduta do apelante, a pena corporal restou corretamente fixada.

Merece, todavia, parcial reforma a r. sentença impugnada porquanto, encontrada a pena definitiva, deixou de aplicar o §1º, do artigo 81, do supra referido estatuto, que possibilita a diminuição da pena de um sexto a um quarto, “no caso de unidade de ação ou omissão, ou de crime continuado”.

Assim, levando-se em conta que as circunstâncias não são de todo desfavoráveis ao réu, deve a pena ser diminuída em um quarto, redução máxima, que dando-se definitiva em 13 (treze) anos de reclusão a ser cumprida inicialmente em regime fechado, de vez que o “quantum” fixado não autoriza, de pronto, regime mais brando.

Se, entretanto, o réu tivesse sua pena calculada em consonância com o art. 71 do CP, teria ele sido condenado, salvo melhor juízo, a uma pena-base de 2 anos e 2 meses, mais a incidência de 2/3 de aumento em virtude da continuidade delitiva reconhecida e da quantidade de condutas praticadas (mais de 7), conforme já debatido no capítulo 2.6 deste trabalho, totalizando uma pena final de 3 anos, 7 meses e 10 dias.

Fica claro a enorme diferença entre as duas penas cominadas. Mesmo assim, a Suprema Corte optou por condenar o réu de acordo com o CPM, negando a aplicabilidade analógica do CP nos casos de crime continuado militar.

Seguindo a análise jurisprudencial do STF, trago à tona a seguinte ementa:

EMENTA: HABEAS CORPUS. RECLASSIFICAÇÃO TIPOLOGICA DE CRIME COMUM PARA CRIME MILITAR. AFASTAMENTO DA INCIDÊNCIA DA LEI Nº 8.072/90. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA RESERVA

LEGAL. LEGITIMIDADE DA DIFERENÇA DE TRATAMENTO. A diferença de tratamento legal entre os crimes comuns e os crimes militares, mesmo em se tratando de crimes militares impróprios, não revela inconstitucionalidade, pois o Código Penal Militar não institui privilégios. Ao contrário, em muitos pontos, o tratamento dispensado ao autor de um delito é mais gravoso do que aquele do Código Penal comum (RE 115.770/RJ). O que se pretende, neste habeas, é a aplicação do Código Penal Militar apenas na parte que interessa ao paciente. Entretanto, isto representaria a criação de uma norma híbrida, em parte composta pelo Código Penal Militar e, em outra parte, pelo Código Penal comum. Isto, evidentemente, violaria o princípio da reserva legal e o próprio princípio da separação de poderes. Ordem parcialmente concedida, apenas para determinar que o juízo das execuções penais analise se o paciente faz jus à progressão de regime prisional, tendo em vista a declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 (HC 82.959/SP). (HC 86459, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 05/12/2006, DJ 02-02-2007 PP-00159 EMENT VOL-02262-04 PP-00763 RT v. 96, n. 860, 2007, p. 530-533).

Neste caso, ironicamente, o paciente, condenado a luz do CP, quer que a ele seja aplicado, parcialmente, o CPM. Ocorre que sua pena se deu em razão de conduta tipificada no art. 214 do CP (atentado violento ao pudor), enquanto o corréu no processo foi condenado pela prática do delito descrito no art. 233 do CPM (atentado violento ao pudor).

A diferença que embasava o pedido do paciente residia na justificativa de que o delito do art. 214 do CP era⁸⁶ considerado crime hediondo, o que não ocorre com o art. 233 do CPM.

Ocorre que o corréu condenado teve uma pena final muito maior que o paciente, em razão da continuidade delitiva normatizada no art. 80 do CPM. Obviamente, o paciente não trouxe tal óbice à tona ao impetrar o HC.

⁸⁶ Em 7 de agosto de 2009, a Lei nº 12.015/09, que alterou a disciplina dos crimes sexuais no direito penal brasileiro, **revogou o artigo 214 do Código Penal** - que tipificava o crime de atentado violento ao pudor - e ampliou a abrangência do crime de estupro, de modo a abranger o antigo crime de AVP.

Identificando brilhantemente tal contradição, e defendendo a impossibilidade de hibridismo legal entre os Códigos ora analisados, proferiu seu voto o Min. Joaquim Barbosa, cujo fragmento principal segue:

A diferença de tratamento legal entre os crimes comuns e os crimes militares, mesmo em se tratando de crimes militares impróprios, não revela inconstitucionalidade. Isto porque as diferenças **não são e nem podem ser consideradas privilégios**. Em inúmeros pontos, a lei marcial é muito mais gravosa do que o Código Penal comum. Aliás, este Tribunal já reconheceu a constitucionalidade da diferença de tratamento contida no CPM (RE 115.770/RJ), justamente sob a perspectiva do tratamento mais gravoso dispensado aos crimes militares, em algumas situações.

Por isso, por não se tratar de um diploma instituidor de privilégios para um certo grupo, o diploma em questão (o Código Penal Militar) permanece em vigor.

Exemplifico com base nos próprios autos, senhor Presidente: o co-réu do paciente, condenado pela prática dos mesmos crimes (roubo e atentado violento ao pudor), foi apenado em *quantum* muito superior ao imposto ao paciente. Enquanto o paciente foi condenado ao cumprimento de 24 (vinte e quatro) anos de reclusão, seu co-réu terá de cumprir quase o dobro: 44 (quarenta e quatro) anos de prisão.

Isto se deu, principalmente, em razão da disciplina que o Código Penal Militar estabelece para o **concurso de crimes** e a **continuidade delitiva**.

Ou seja, enquanto o paciente foi beneficiado pela ficção da continuidade delitiva (tendo em vista o cometimento dos mesmos delitos, nas mesmas circunstâncias, contra várias vítimas), seu co-réu não teve o mesmo tratamento, razão pela qual forma somadas as penas aplicadas por cada crime, praticado contra cada uma das vítimas (em número de sete).

Assim, o que se pretende, neste *habeas*, é a aplicação do Código Penal Militar apenas na parte que interessa ao paciente. Entretanto, isso, obviamente, não é possível, pois pretende criar um *tertium genus*: um misto de Código Penal com Código Penal Militar, sem que nem um nem outro seja aplicado na íntegra. É uma violação ao princípio da reserva legal – e ao próprio princípio da separação de poderes.

Por fim, urge apresentar o julgado mais importante do STF a respeito do tema em comento, frequentemente citado em decisões de outras cortes brasileiras. Trata-se do HC 86.854/SP, cuja ementa segue:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME MILITAR DE CONCUSSÃO (ARTS. 305 E 53 DO CPM). EXIGÊNCIA DE DINHEIRO PARA NÃO-LAVRATURA DE AUTOS DE INFRAÇÃO AMBIENTAL. PENA-BASE. MAJORAÇÃO. PRETENDIDA APLICAÇÃO AOS CRIMES MILITARES DA REGRA DA CONTINUIDADE DELITIVA, PREVISTA NO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL COMUM. IMPOSSIBILIDADE. Revela-se devidamente fundamentada a sentença que, para majorar em dois meses a pena-base do acusado, se louva na especial gravidade do crime e no seu modo de execução, tudo conforme o art. 69 do Código Penal Militar. Não se aplica aos crimes militares a regra de continuidade delitiva a que se reporta o art. 71 do Código Penal Comum. Isso porque, nos termos do art. 12 do CP, a inexistência de regramento específico em sentido contrário é premissa da aplicação subsidiária do Código Penal às legislações especiais. No caso, tal premissa não se faz presente. Bem ou mal, o Código Penal Militar cuidou de disciplinar os crimes continuados de forma distinta e mais severa do que o Código Penal Comum. Não se pode mesclar o regime penal comum e o castrense, de modo a selecionar o que cada um tem de mais favorável ao acusado. Tal proceder geraria um "hibridismo" incompatível com o princípio da especialidade das leis. Sem contar que a disciplina mais rigorosa do Código Penal Castrense funda-se em razões de política legislativa que se voltam para o combate com maior rigor daquelas infrações definidas como militares. Precedentes. Ordem denegada. (HC 86854, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 14/03/2006, DJ 02-03-2007 PP-00038 EMENT VOL-02266-03 PP-00558).

O relator do HC foi o Min. Carlos Ayres Britto, e o excerto que nos interessa é o seguinte:

De outro lado, também não assiste razão ao paciente, quando postula seja aplicada aos crimes militares a regra de continuidade delitiva, constante do Código Penal Comum. Em palavras outras: não é de se acolher o pretendido afastamento de regramento castrense específico, sob a alegação de que *“a regra contida no art. 80 do Código Penal Militar é demasiadamente excessiva e severa, uma vez que manda somas as penas impostas para cada*

crime, ao passo que o art. 71 do Código Penal manda aplicar a pena de um só dos crimes (...), aumentando-se (...) de um sexto a dois terços”.

Em boa verdade, esta pretensão do paciente colide com expresso comando legal, pois o art. 12 do Código Penal Comum estabelece que “*As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso*” (sem grifos no original). Quero dizer: a inexistência de regramento específico em sentido contrário **é premissa** da aplicação subsidiária do Código Penal às legislações especiais. E, no caso, esta premissa não se faz presente, pois, bem ou mal, o Código Penal Militar cuidou de disciplinar os crimes continuados de forma distinta e mais severa do que o Código Penal Comum.

Por esse modo de ver as coisas, não se pode mesclar o regime penal comum e o castrense, de modo a selecionar o que cada um tem de mais favorável ao acusado. Tal proceder geraria aquilo que o ilustrado Presentante do Parquet designou como “hibridismo”. O que é de todo incompatível com o princípio da especialidade das leis. Sem contar que a disciplina mais rigorosa do Código Penal Castrense funda-se em razões de política legislativa que se voltam para o combate com maior rigor daquelas infrações definidas como militares.

Cumprе pontuar, finalmente, que este meu entendimento conta com o respaldo no Recurso Criminal nº 1.465, Rel. Min. Aldir Passarinho, no RE 115.770, Red. P/ acórdão Min. Marco Aurélio e no HC 73.056, Rel. Min. Néri da Silveira.

O eminente Ministro torna a condenar o hibridismo legal, tal qual o Min. Joaquim Barbosa, que o definiu como *tertium genus* no HC 82.959/SP.

Por todo o exposto, e não tendo sido encontrados julgados do STF em favor da aplicabilidade analógica do art. 71 do CP nos casos de crimes continuados militares, conclui-se que a Suprema Corte é unânime em considerar válido o art. 80 do CPM, reconhecendo os diferentes bens jurídicos ora tutelados.

4.3 STJ

O Superior Tribunal de Justiça segue orientação semelhante ao STF, defendendo a tese da não aplicabilidade do art. 71 do CP, quando da continuidade delitiva militar.

De início, exponho o HC 40.392/SP, de relatoria do Min. Arnaldo Esteves Lima, cuja ementa é a seguinte:

PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME MILITAR. CONCUSSÃO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO PELO TRIBUNAL *A QUO* SOBRE PARTE DA MATÉRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO-CONHECIMENTO PARCIAL. CONTINUIDADE DELITIVA. APLICAÇÃO DA REGRA ESPECIAL PREVISTA NO CÓDIGO PENAL MILITAR. NÃO-VULNERAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. ORDEM CONHECIDA EM PARTE E, NESSA, DENEGADA.

1. Compete ao Superior Tribunal de Justiça apreciar, originariamente, *habeas corpus* contra ato de tribunal sujeito à sua jurisdição.
2. Não tendo sido apreciada pelo tribunal *a quo* a matéria ventilada neste *writ*, constituiria supressão de instância a manifestação de mérito por este Tribunal Superior.
3. O Código Penal Militar é estatuto especial em relação ao Código Penal, cujos tipos penais sujeitam-se às regras nele previstas, segundo o princípio da especialidade.
4. Inexiste ofensa ao princípio da isonomia nesta hipótese, pois o tratamento diferenciado conferido a organismos diversos, o corpo civil e o militar, possui justificativa constitucionalmente aceitável, imposto pelas circunstâncias peculiares relativas aos agentes e fins jurídicos colimados.
5. Ordem conhecida em parte e, nessa, denegada.

Trata-se, salvo melhor juízo, do primeiro julgado do STJ a respeito do tema. Nele, o nobre relator cita o HC 73.056/PR do STF, relatado pelo Min. Néri da Silveira e já debatido anteriormente neste estudo. Os impetrantes, dentre outros pedidos, requerem a substituição da regra constante do art. 80 do Código Penal Militar pela contida no art. 71 do Código Penal, fixando-se, assim, o regime aberto para o início

do cumprimento da pena. Tal pedido não foi atendido, tendo sido rechaçado através do seguinte argumento:

Lado outro, na parte em que se conhece do *writ*, não assiste razão aos impetrantes, pois o Código Penal Militar é estatuto especial em relação ao Código Penal, cujos tipos penais sujeitam-se às regras nele previstas, segundo o princípio da especialidade.

Ressalte-se que inexistente ofensa ao princípio da isonomia nesta hipótese, pois o tratamento diferenciado conferido a organismos diversos, o corpo civil e o militar, possui justificativa constitucionalmente aceitável, imposto pelas circunstâncias peculiares relativas aos agentes e fins jurídicos colimados.

Destacam-se, portanto, os princípios da especialidade e da isonomia, colimados com o reconhecimento das circunstâncias peculiares relativas a profissão militar e aos bens jurídicos ali defendidos.

O próximo julgado a ser analisado é o HC 48.546/SP, relatado pelo Min. Felix Fischer. Nele, a problemática gira em torno da diferenciação que o CPM faz nos casos de concurso formal. É uma questão rigorosamente igual ao crime continuado ora debatido, resultando em penas mais severas que o CP comum, já que o CPM sempre adota a regra do cúmulo material para a aplicação da pena, independentemente do tipo de concurso. Por essa razão, optou-se por trazer à tona o referido julgado, cuja ementa segue:

PENAL MILITAR. **HABEAS CORPUS**. ART. 225, § 2º, ART. 225, **CAPUT**, ART. 233 E ART. 209, **CAPUT**, NA FORMA DO ART. 79 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. CONCURSO DE CRIMES. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 70 DO CP AOS DELITOS PREVISTOS NO CPM. IMPOSSIBILIDADE.

I - Em atenção ao princípio da especialidade, não se aplica o art. 70 do Código Penal nos casos de concurso de crimes militares, devendo ser aplicada a regra prevista no art. 79 do Código Penal Militar.

II - A analogia pressupõe, para o seu uso, uma lacuna involuntária (**art. 4º da LICC**).

Ordem denegada.

Em seu voto, o Ministro rechaça a possibilidade de aplicação analógica do CP comum nos crimes militares, através do seguinte argumento:

Com efeito, os delitos previstos na parte especial do Código Penal Militar devem ter a sua pena fixada na forma prevista na parte geral do respectivo Estatuto. Não é admissível a aplicação analógica do art. 70 do CP a tais delitos. **A uma**, em razão de a analogia presumir, para o seu uso, uma **lacuna involuntária**, o que evidentemente não se observa no caso. **A duas**, em razão de a **isonomia** presumir a **identidade de situações**, o que, mais uma vez, não corresponde à hipótese em análise, vez que o direito penal brasileiro optou por dispor de uma legislação penal específica para os militares, o que justifica a diferença de tratamento, até pela natureza da função exercida pelos membros das organizações militares.

Seguindo a análise jurisprudencial emanada pelo STJ, cita-se, finalmente, o AgRG no REsp 1.554.479/SP, de relatoria do Min. Reynaldo Soares da Fonseca, cuja ementa é a seguinte:

PENAL MILITAR. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FALSIDADE IDEOLÓGICA. CONTINUIDADE DELITIVA. ARTIGOS 79 E 80 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 71 DO CP AOS DELITOS PREVISTOS NO CPM. IMPOSSIBILIDADE.

1. O entendimento adotado pelo Tribunal de origem encontra-se no mesmo sentido da jurisprudência desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal de que, em observância ao princípio da especialidade, não se aplica o art. 71 do Código Penal nos casos de continuidade delitiva de crimes militares, devendo ser aplicadas as regras previstas nos artigos 79 e 80 do Código Penal Militar.

2. Agravo regimental não provido.

A parte agravante alegava, em síntese, que a correta aplicação do instituto da continuidade delitiva aos crimes militares demanda um exercício hermenêutico que vai além da aplicação literal do artigo 80 do CPM e impõe a aplicação analógica da regra constante do artigo 71 do CP comum.

O nobre relator não deu provimento ao recurso, nos seguintes termos:

É que o entendimento adotado pelo Tribunal de origem encontra-se no mesmo sentido da jurisprudência desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal de que, em observância ao princípio da especialidade, não se aplica o art. 71 do Código Penal nos casos

de continuidade delitiva de crimes militares, devendo ser aplicadas as regras previstas nos artigos 79 e 80 do Código Penal Militar.

Para fundamentar sua decisão, o Min. Reynaldo Soares da Fonseca cita, logo a seguir, quatro julgados que o amparam, quais sejam o HC 86.854 do STF, e os RHC 35.276/MT, HC 48.546/SP e HC 40.392/SP do STJ.

Destes, somente o RHC 35.276/MT⁸⁷ não foi descortinado neste trabalho, tendo em vista se tratar da aplicabilidade da Lei 11.719/2008 nos crimes militares, questão de raciocínio semelhante ao analisado neste estudo, mas de diferente natureza.

4.4 STM

O Superior Tribunal Militar, surpreendentemente, adota posição diferente do STF e do STJ no que diz respeito a continuidade delitiva militar. É praticamente unânime no uso do instituto da analogia, possibilitando a aplicabilidade do art. 71 do CP, em detrimento ao art. 80 do CPM, nos casos de crime continuado militar.

Merece destaque, primeiramente, a Apelação 070-11.2016.7.11.0211, relatado pelo Min. Ten. Brig. Ar Cleonilson Nicácio Silva, e cuja ementa é a que segue:

⁸⁷ RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL MILITAR. CONCUSSÃO. PRETENDIDA APLICAÇÃO DAS MODIFICAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 11.719/2008. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. PROCEDIMENTO PRÓPRIO. EIVA NÃO CONFIGURADA.

1. Em estrita observância ao princípio da especialidade, existindo rito próprio para a apuração do delito atribuído ao recorrente, afastam-se as regras do procedimento comum ordinário previstas no Código de Processo Penal, cuja aplicação pressupõe, por certo, a ausência de regramento específico para a hipótese.

2. No caso dos autos, o recorrente, policial militar, foi acusado de praticar crime previsto no Código Penal Militar, cujo processo e julgamento é regido pelas normas específicas previstas no Código de Processo Penal Militar, razão pela qual se revela inviável a adoção do rito comum ordinário disposto na Lei Penal Adjetiva. Precedentes do STJ e do STF.

DESIGNAÇÃO DE AUDIÊNCIA ESPECÍFICA PARA A OITIVA DAS TESTEMUNHAS REFERIDAS. INDICAÇÃO DOS TESTIGOS DEFENSIVOS APÓS O MENCIONADO ATO. PLEITOS INDEFERIDOS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO ARTIGO 417 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. MÁCULA NÃO CARACTERIZADA.

1. Da análise das disposições contidas no artigo 417 do Código de Processo Penal Militar, observa-se que não há qualquer obrigatoriedade ou mesmo a previsão da designação de uma audiência específica para a colheita dos depoimentos das pessoas referidas pelas testemunhas de acusação.

2. Igualmente, não há dispositivo algum que preceitue que apenas após a oitiva das testemunhas referidas é que será aberto o prazo para a defesa arrolar as pessoas que deseja ouvir.

3. Ao contrário, o que a lei processual penal militar dispõe é que a defesa deve indicar as pessoas que deseja ouvir até o prazo de 5 (cinco) dias depois da inquirição da última testemunha de acusação, as quais não se confundem com as referidas.

4. Ademais, a defesa deixou de apontar o efetivo prejuízo na inquirição de uma testemunha referida no mesmo ato em que foram ouvidas as por ela indicadas, o que impõe a aplicação do artigo 499 do Código de Processo Penal Militar, segundo o qual "*nenhum ato judicial será declarado nulo se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa*".

5. Recurso desprovido.

APELAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. AMEAÇA. ART. 223 DO CPM. ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. NÃO CABIMENTO. AUTORIA, MATERIALIDADE E CULPABILIDADE COMPROVADAS. CONTINUIDADE DELITIVA. APLICAÇÃO DO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL COMUM. POLÍTICA CRIMINAL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. UNANIMIDADE.

O delito tipificado no art. 223 do Código Penal Militar possui como verbos nucleares intimidar, anunciar ou prometer mal injusto e grave à vítima.

Para a aplicação do Princípio da Consunção, faz-se necessária a existência de conexão entre os delitos perpetrados, ou seja, que um deles tenha sido praticado apenas como meio preparatório para a consumação do crime-fim.

Reconhecida a continuidade delitiva, embora haja previsão legal no art. 80 do Código Penal Militar, deve ser aplicado o disposto no art. 71 do Código Penal comum por questões de política criminal.

Apelo ministerial provido parcialmente. Unanimidade.

APELAÇÃO. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. VIOLÊNCIA CONTRA SUPERIOR. ART. 157 DO CPM. RECUSA DE OBEDIÊNCIA. ART. 163 DO CPM. DESACATO A SUPERIOR. ART. 298 DO CPM. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE DOLO. INIMPUTABILIDADE. ART. 48 DO CPM. NÃO RECONHECIMENTO. SEMI-IMPUTABILIDADE RECONHECIDA PELA PERÍCIA. ESTADO DE EMBRIAGUEZ. CASO FORTUITO OU FORÇA MAIOR. ART. 49 DO CPM. NÃO COMPROVAÇÃO. UTILIZAÇÃO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. LAUDO PERICIAL. NÃO COMPROVAÇÃO. CONVENÇÕES DE NOVA IORQUE E DE VIENA. INAPLICABILIDADE. PUNIÇÃO ADMINISTRATIVA. PROPORCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA, MATERIALIDADE E CULPABILIDADE COMPROVADAS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELO NÃO PROVIDO. UNANIMIDADE.

Segundo a dicção do art. 48 do CPM, para a incidência da causa excludente de ilicitude pelo reconhecimento da inimputabilidade, faz-se necessária a comprovação de enfermidade que suprima do agente a sua capacidade de autodeterminação acerca do caráter ilícito de um fato definido como crime.

Comprovado por Laudo Pericial que houve uma redução da capacidade de autodeterminação frente ao fato delituoso, é de se reconhecer a semi-imputabilidade do agente, devendo ser atenuada a reprimenda, nos termos do parágrafo único do artigo 48 do Código Penal Militar.

O reconhecimento da embriaguez como causa excludente da ilicitude pela inimputabilidade, segundo a redação do art. 49 do CPM, incide apenas nos casos em que o estado etílico do agente seja proveniente de caso fortuito ou de força maior.

Constatado por Laudo Pericial que o Acusado não fez uso de substância que cause dependência química e, considerando que as Convenções de Nova Iorque e de Viena, além de serem direcionadas para a prevenção e a repressão do tráfico de drogas, não detêm, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, envergadura constitucional, a conduta perpetrada pelo Acusado é punível.

Os crimes de insubordinação atentam gravemente contra o prestígio da autoridade do superior hierárquico, representando inaceitável violação dos pilares da hierarquia e da disciplina, corolários constitucionais da atividade castrense, não sendo possível considerar a conduta perpetrada pelo Acusado como infração disciplinar.

Apelo defensivo não provido. Unanimidade.

Este julgado é peculiar pois, embora tenha aplicado o art. 71 do CP por analogia, o Min. Ten. Brig. Ar Cleonilson Nicácio Silva reconhece a existência do HC 86.854 do STF (já analisado neste trabalho):

Portanto, embora reconheça no Habeas Corpus nº 86.854, citado pelo *Parquet* Castrense, a base da argumentação ministerial, trata-se de precedente **único** na Excelsa Corte, não sendo possível considerá-lo para os fins pretendidos pelo Ministério Público Militar, até mesmo porque evidenciaria inegável prejuízo para os condenados por esta Justiça Especializada. (grifo meu)

Data máxima vênia, sabe-se que o HC 86.854 não é o único precedente na Suprema Corte, tal qual depreende-se do que foi exposto anteriormente no capítulo referente a jurisprudência do STF.

Outro julgado interessante é a Apelação 154-26.2013.7.01.0201, de relatoria do Min. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, de seguinte ementa:

EMENTA: APELAÇÕES. MPM E DEFESA. ESTELIONATO. NÃO CONFIGURADA A PRESCRIÇÃO RETROATIVA ALEGADA EM PRELIMINAR. EMPRÉSTIMOS NÃO AUTORIZADOS REALIZADOS NA CONTA BANCÁRIA DE MILITAR. CRIME CONTINUADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NÃO CONFIGURADO. PREJUÍZO CARACTERIZADO.

A interposição tempestiva de recurso de apelação pelo MPM impede a prescrição retroativa, conforme dispõe o art. 125, § 1º, do Código Penal. Preliminar rejeitada.

O Militar que obtém vantagem ilícita por meio de empréstimos não autorizados e contraídos na conta bancária de companheiro de caserna, induzindo-o ao erro, pratica o crime de estelionato, art. 251 do CPM.

Para o benefício da causa de diminuição de pena, prevista no art. 240, § 1º, do CPM, basta que a restituição seja voluntária, não necessitando que seja espontânea, uma vez que pode ser sugerida ao réu a devolução do valor fraudado.

O crime de estelionato praticado por militar em prejuízo de outro não tem como vítima apenas os colegas de caserna, mas a própria Instituição Militar e os seus valores mais intrínsecos, o que impede ser considerado o delito insignificante ou mesmo ser desclassificado para infração disciplinar.

O critério a ser adotado na continuidade simples é meramente aritmético, ou seja, o aumento da pena a ser aplicado será de acordo com a quantidade de infrações reconhecidas.

Preliminar rejeitada. Decisão unânime.

Recurso ministerial não provido.

Recurso defensivo parcialmente provido. Decisão unânime.

Nesta Apelação, o Ministério Público Militar requereu a condenação do réu na forma do art. 80 do CPM. Não obstante, o Acórdão foi silente em relação a este pedido, limitando-se a discutir os critérios de aplicação do art. 71 do CP, verbis:

Quanto à aplicação em dois terços da majorante de continuidade delitiva pelo Juízo *a quo*, nos termos do art. 71 do Código Penal comum, observa-se da doutrina e do entendimento do Superior Tribunal de Justiça que o critério a ser adotado na continuidade simples é meramente aritmético, ou seja, o aumento da pena a

ser aplicado será de acordo com a quantidade de infrações reconhecidas.

Prejudicada foi, portanto, a análise da aplicabilidade do art. 80 do CPM.

Mais um julgado relevante é a Apelação 7000177-22.2018.7.00.0000, cuja ementa segue:

EMENTA: APELAÇÃO. DEFESA. FURTO CONSUMADO E FURTO TENTADO. CRIME CONTINUADO. PRELIMINARES DE NULIDADES. REJEIÇÃO. ARREPENDIMENTO POSTERIOR DO AGENTE. NÃO APLICAÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA.

A defesa suscitou a preliminar de nulidade por incompetência da justiça militar da união para julgar civis. Tanto este Tribunal quanto o STF vêm entendendo que a Justiça Castrense detém competência para julgar crimes de natureza militar, independentemente da condição pessoal do infrator. Decisão unânime.

Igualmente arguiu a preliminar de nulidade do julgamento para que o ex-soldado fosse julgado por juiz monocrático. Esta Corte Superior tem entendido que a competência do Juiz-Auditor está definida no art. 30 da Lei nº 8.457/92, cujo teor não prevê o julgamento monocrático de civis ou ex-militares. Decisão unânime.

Por fim, suscitou a preliminar de nulidade por falta de condição de prosseguibilidade da ação penal, ante a perda do "status" de militar do acusado. Esta Corte Castrense tem decidido que a condição de militar não é pressuposto para a continuidade do feito, de maneira que a perda dessa qualidade não impedirá o ex-soldado continue respondendo perante esta Justiça Especializada.

No mérito, foi negado a aplicação da circunstância atenuante pelo arrependimento posterior, a aplicação da atenuante de confissão, além da aplicação da circunstância atenuante, por ser a coisa furtada de pequeno valor.

Recurso negado provimento. Decisão por unanimidade.

Aqui, surpreendentemente, o Ministro Gen Ex Odilson Sampaio Benzi acaba por aplicar o art. 80 do CPM. O excerto de seu voto segue:

Por isso, diante das razões apresentadas, entendo que o Colegiado "a quo" acertou na condenação do acusado, inclusive quanto à continuidade delitiva nos termos do art. 80, c/c o art. 79, 2ª parte, ambos do CPM, por considerar os atos delitivos "in tela" mais graves que os demais casos envolvendo o delito de furto, normalmente aqui julgados, pois, além da subtração, o réu, com sua conduta, feriu princípios importantes que protegem a caserna, bem como maculou valores éticos, como a confiança, o companheirismo e a camaradagem.

Contudo, a realidade que nos acerca é a de que o STM é defensor da aplicabilidade analógica do art. 71 do CP, em detrimento do art. 80 do CPM. Diversas são as decisões nesse sentido. A título de exemplificação, cito as seguintes apelações: 051-14.2016.7.11.0111, 63-71.2011.7.02.0202, 106-43.2012.7.10.0010, 122-12.2013.7.11.0211 e 11-69.2013.7.07.0007.

4.5 TJMSP

O Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo parece não ser unânime quanto a questão debatida neste estudo. Analisaremos quatro julgados recentes que comprovarão esta afirmação.

Primeiramente, trago à tona os Embargos Infringentes e de Nulidade nº 0002799-17.2014.9.26.0010, relatados pelo Juiz Avivaldi Nogueira Junior, cuja ementa segue:

POLICIAL MILITAR. EMBARGOS INFRINGENTES. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA E SEGUNDA INSTÂNCIAS PELO CRIME, DUAS VEZES, DO ART. 303, § 2º, CPM. DIVERGÊNCIA QUANTO À DOSIMETRIA DA PENA. PEDIDO DE PREVALÊNCIA DO VOTO MINORITÁRIO DA CÂMARA JULGADORA. APLICAÇÃO DA REGRA DO ART. 71, DO CP, PARA FIXAÇÃO DA PENA DO CRIME CONTINUADO. PROVIMENTO. Prevalência do voto minoritário, para aplicação da regra do artigo 71, do CP, na fixação da pena do sentenciado, condenado pela prática de dois crimes de peculato-furto em continuidade delitiva. Embargos providos.

Neste acórdão, proferido em sessão plenária, reformou-se acórdão emitido pelos Juízes da Primeira Câmara do Tribunal de Justiça Militar que havia decidido,

por maioria, no sentido de aplicar-se à espécie a regra do crime continuado prevista no artigo 80, combinado com o artigo 81, § 1º, do Código Penal Militar, reconhecendo a inexistência de situação no caso concreto que recomendasse a necessidade de utilização do regramento sobre o crime continuado previsto no artigo 71, do Código Penal, tendo sido vencido o Juiz Revisor daquele feito. A argumentação utilizada pelo relator para reformar tal decisão foi, em resumo, a seguinte:

Apesar do artigo 80, do Código Penal Militar, encontrar-se vigente, em muitos julgamentos desta Corte optou-se pelo critério do Código Penal para a fixação da pena, em atenção aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, levando-se em conta, ainda, a manifesta diferenciação de tratamento entre os condenados da Justiça Militar e da Justiça Comum. Verificou-se, ademais, que a fixação da pena do crime continuado em conformidade com o Código Penal Militar permitia punição, por vezes, tão severa quanto aquela do concurso material de crimes.

Afere-se, de todo modo, que o desprezo ao regramento especializado somente pode ocorrer a fim de atender princípios de maior relevância, como nessa hipótese do crime continuado, em que a mitigação da regra instituída na sistemática penal afigura-se como medida de justiça, que atende ao princípio da individualização da pena, nos moldes positivados pelo inciso XLVI do art. 5º da Carta Republicana.

Há de se observar, contudo, que este novo acórdão não foi unânime, tendo sido vencidos os Juízes Fernando Pereira e Paulo Adib Casseb, que negaram provimento.

Outro julgado importante é a Apelação nº 0000789-36.2016.9.26.0040, cuja ementa é:

EX-POLICIAL MILITAR. APELAÇÃO CRIMINAL. USO DE DOCUMENTOS PARTICULARES FALSOS. ATESTADOS MÉDICOS APRESENTADOS À ADMINISTRAÇÃO MILITAR. CONDENAÇÃO MANTIDA. PENA MODIFICADA. APLICAÇÃO DA REGRA DO CRIME CONTINUADO DO ART. 71, DO CÓDIGO PENAL. PROVIMENTO PARCIAL. Ex-policial militar que, para justificar ausências em duas datas em que não esteve presente para serviço em operação delegada, apresenta à Administração Pública Militar, meses após as ausências, cópias de Atestados Médicos falsificados. Art. 315, CPM. Pena-base fixada no mínimo legal. Aplicação da regra do crime continuado

do Código Penal. Parcial provimento ao apelo, para, mantendo a condenação, alterar a pena. Decisão unânime.

Relatado pelo Juiz Avivaldi Nogueira Junior, este acórdão reforma julgamento em primeiro grau do Conselho Permanente de Justiça, o qual utilizava o art. 80 do CPM para fins de cálculo de dosimetria da pena. A argumentação é muito semelhante àquela utilizada no acórdão citado anteriormente, senão vejamos:

Há tempos a questão acerca da figura da continuidade delitiva é enfrentada nesta Justiça Militar, uma vez que a disposição contida no Código Penal Militar para a aplicação da pena no crime continuado é bastante diferente daquela prevista no Código Penal.

Enquanto o Código Penal Militar, em seu artigo 80, estabelece que na hipótese de crime continuado as penas da mesma espécie devem ser somadas - conforme a regra do artigo 79 daquele Código - o Código Penal preconiza, para o crime continuado, a exasperação, ou seja, a aplicação da pena de um só dos crimes, aumentada, de um sexto a dois terços.

Apesar do artigo 80, do Código Penal Militar, encontrar-se vigente, em muitos julgamentos desta Corte optou-se pelo critério do Código Penal para a fixação da pena, em atenção aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, levando-se em conta, ainda, a manifesta diferenciação de tratamento entre os condenados da Justiça Militar e da Justiça Comum. Verificou-se, ademais, que a fixação da pena do crime continuado em conformidade com o Código Penal Militar permitia punição, por vezes, tão severa quanto aquela do concurso material de crimes.

Afere-se, de todo modo, que o desprezo ao regramento especializado somente pode ocorrer a fim de atender princípios de maior relevância, como nessa hipótese do crime continuado, em que a mitigação da regra instituída na sistemática penal afigura-se como medida de justiça, que atende ao princípio da individualização da pena, nos moldes positivados pelo inciso XLVI do art. 5º da Carta Republicana.

Há, contudo, decisões do TJMSP favoráveis à utilização do art. 80 do CPM. Veremos, a seguir, duas delas, ambas proferidas pela Primeira Câmara do Tribunal de Justiça Militar do Estado. A primeira é a Apelação nº 0000258-06.2017.9.26.0010, de relatoria do Juiz Fernando Pereira:

POLICIAL MILITAR – APELAÇÃO CRIMINAL – CONDENAÇÃO POR QUATRO CRIMES DE FURTO QUALIFICADO NA FORMA TENTADA – APELO DEFENSIVO PLEITEANDO A ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA DIANTE DA AUSÊNCIA DE DOLO OU POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA DESCRITA NO ART. 240, § 6º, INC. II, DO CPM E RECONHECIMENTO DE CRIME CONTINUADO – ANÁLISE DO CONJUNTO PROBATÓRIO QUE PERMITE A AFERIÇÃO DA EXISTÊNCIA DE DOLO NA CONDUTA ILÍCITA PRATICADA PELO POLICIAL MILITAR – QUALIFICADORA DE ABUSO DE CONFIANÇA CARACTERIZADA – FESTA DE CONFRATERNIZAÇÃO RESTRITA A POLICIAIS MILITARES – PLEITO PARA EMPREGO DO DISPOSTO NO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL – PREVALÊNCIA DA LEGISLAÇÃO ESPECIAL – RECURSO DE APELAÇÃO QUE COMPORTA PARCIAL PROVIMENTO. Incide no crime de furto qualificado por abuso de confiança policial militar que subtrai, sorrateiramente, pertences e dinheiro de seus colegas de farda durante festa de confraternização. Reveste-se de caráter excepcional a aplicação subsidiária do art. 71 do Código Penal no âmbito da Justiça Militar.

A argumentação utilizada pelo nobre relator foi esta:

Contudo, de modo diverso do propugnado tanto pela Defesa quanto pela Procuradoria de Justiça, diante da existência de legislação específica sobre o assunto deve ser aplicado ao caso o disposto no artigo 80 c.c. artigo 81, § 1º, do CPM, e não o previsto no artigo 71 do Código Penal comum.

Estabelecendo o artigo 80 do CPM a aplicação da regra do artigo 79, que trata do concurso de crimes para fixação da pena, facultou o legislador ao aplicador da lei diminuir a pena de 1/6 (um sexto) a 1/4 (um quarto), conforme o disposto no artigo 81, § 1º, do CPM.

A aplicação subsidiária do artigo 71 do Código Penal comum, em detrimento do disposto no § 1º do artigo 81 do CPM, reveste-se de caráter excepcional e deve ser reservada às hipóteses em que o elevado número de crimes ou a considerável quantidade da pena recomendem, em face dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, a adoção de critério mais benéfico em favor do sentenciado, o que não se observa no caso em apreço, considerando que o montante final da reprimenda não se mostrou desarrazoado, haja vista a redução operada em face do reconhecimento da tentativa.

Além disso, não se deve perder de vista que o artigo 81, § 1º, do CPM, é o regramento específico acerca dos critérios de atenuação da pena em caso de crime continuado, no âmbito da Justiça Castrense.

Desta forma, somente a lacuna legislativa ou a manifesta desproporcionalidade da pena privativa de liberdade imposta em decorrência da adoção do regramento vigente é que possibilitaria a aplicação da legislação penal comum, sob pena de incidir-se em postura hermenêutica tipificadora de hibridismo ou promiscuidade regratória incompatível com o princípio da especialidade das leis.

Destaca-se a ideia de que a manifesta desproporcionalidade da pena privativa de liberdade imposta em decorrência da adoção do regramento vigente seria justificativa plausível para a adoção do CP comum, em detrimento do CPM, nos casos de crime continuado militar. Trata-se de um raciocínio nobre, mas que pode gerar grande insegurança jurídica, tendo em vista a dificuldade de definir com exatidão o limiar da alegada desproporcionalidade. A análise das três dimensões do princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) seria suficiente para identificar penas exacerbadas? Muito provavelmente, para um julgador que desconhece as características diferenciadoras da profissão militar, esta análise restaria prejudicada. Por outro lado, penas de três dígitos para crimes de menor potencial ofensivo certamente seriam caracterizadas como desproporcionais. O meio do caminho, no entanto, é obscuro e cheio de incertezas.

O segundo julgado que nos interessa é a Apelação nº 0001521-17.2016.9.26.0040:

Penal Militar. Apelação. Condenação unânime em Primeira Instância à pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção, por infração, por três vezes, ao art. 326 do Código Penal Militar (violação de sigilo funcional). Autoria e materialidade incontestes. Conjunto probatório robusto, coeso e harmônico. Continuidade delitiva reconhecida. Aplicação ao caso da regra específica prevista no Código Penal Militar.

1. Para além da contundente prova testemunhal, também a prova documental (sobretudo a interceptação telefônica) é robusta, não permitindo qualquer contestação. Conforme se depreende da gravação, o apelante foi claro e explícito ao passar as informações que deveriam permanecer em segredo, apontando, inclusive, o local das fiscalizações. 2. Não é necessária uma

comprovação mais detalhada de como o apelante, policial militar, obteve informações sobre a fiscalização da receita federal, haja vista que as unidades da polícia rodoviária estadual sempre sabem das fiscalizações das receitas federal e estadual nas circunscrições sob sua responsabilidade, apoiando-as por dever de ofício no controle das estradas. 3. O prejuízo à Administração Militar, fundamento da incriminação deste tipo penal, pode ser real ou potencial. *In casu*, não há qualquer dúvida de que a revelação das informações sobre as fiscalizações trouxe real possibilidade de dano para a Administração Militar, interferindo diretamente na efetividade das fiscalizações. 4. O Código Penal Militar contém norma específica sobre o crime continuado (art. 80 c.c. art. 79), não havendo lacuna legislativa a justificar o pleiteado hibridismo de codificações. O número de crimes praticados – três condutas – em continuidade não é elevado, tampouco a quantidade de pena – 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção, no regime aberto – se revela desproporcional ou desarrazoada. Inexistência de motivo para mitigar o princípio da especialidade em face do princípio da aplicação da lei penal mais benéfica. 5. Apelo não provido.

O relator, Juiz Orlando Eduardo Geraldi, fundamentou seu voto nos seguintes termos:

O Código Penal Militar contém norma específica sobre o tema (art. 80 c.c. art. 79) e inexistente situação no caso concreto sob exame que recomende a necessidade da utilização do regramento sobre o crime continuado previsto no art. 71 do Código Penal comum.

O número de crimes praticados – três condutas – em continuidade não é elevado, tampouco a quantidade de pena – 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção, no regime aberto – se revela desproporcional ou desarrazoada. Também não há lacuna legislativa a justificar o pleiteado hibridismo de codificações.

Logo, não havendo, *in casu*, nenhuma situação excepcional, não vislumbro motivo para mitigar o princípio da especialidade em face do princípio da aplicação da lei penal mais benéfica. Não há nenhuma justificativa plausível para, *in casu*, aplicar-se subsidiariamente a legislação penal comum sobre o crime continuado, razão pela qual a r. sentença segue mantida também neste ponto.

Em resumo, parece que, em relação à aplicabilidade do art. 71 do CP, por analogia, na continuidade delitiva militar, a Primeira Câmara do TJMS/SP costuma ser contra tal teoria, ao contrário da Segunda Câmara, que a adota reiteradamente.

4.6 TJMMG

A jurisprudência do Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais é pacífica no sentido de se aplicar, subsidiariamente, ao artigo 80 do CPM, a regra do artigo 71 do CP comum, por ser esta mais benéfica ao condenado.

Para ilustrar, passo a expor a Apelação 0000286-73.2008.9.13.0002, assim ementada:

APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE APROPRIAÇÃO INDÉBITA – ART. 248 DO CPC – CONTINUIDADE DELITIVA – OCORRÊNCIA – ART. 71 DO CP – APLICABILIDADE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS – ART 69 DO CPM – RIGORISMO – IMPOSIÇÃO DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR AS VÍTIMAS – POSSIBILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO – SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

- O militar que, na condição de representante da turma de formandos do CTSP, se apodera de valores financeiros, pertencentes à turma, comete o crime de apropriação indébita, previsto no art. 248 do CPM.
- Nos crimes militares continuados, a continuidade delitiva deve ser aplicada de acordo com o art. o art. 71 do CP, com base na analogia, evitando-se a desproporcionalidade do art. 80 do CPM.
- As circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 69 do CPM devem ser consideradas sem rigor excessivo, ao se apurar a pena-base.
- Aplica-se a norma prevista no art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal Brasileiro, com a redação conferida pela Lei n. 11.719/2008, aos delitos militares, por isonomia com os delitos comuns.
- Recurso a que se dá provimento parcial.
- Sentença que se reforma parcialmente.

Nesse julgado, o relator, Juiz Cel. PM James Ferreira Santos, é bastante sucinto quanto à polêmica, optando pela aplicação do art. 71 do CP nos seguintes termos:

Contudo, o crime foi praticado na forma continuada, aplicando-se por analogia os critérios do art. 71 do Código Penal comum, por ser mais favorável ao réu.

4.7 TJMRS

Em relação ao Tribunal de Justiça Militar do Rio Grande do Sul, nota-se que, geralmente, os Conselhos de Justiça, responsáveis pelas decisões em primeira instância, costumam aplicar o art. 80 do CPM. Tais decisões não têm sido reformadas pelo egrégio Tribunal, tal qual denota-se das apelações criminais de nº 4520/09,⁸⁸ 1000065-42.2017.9.21.0000⁸⁹ e 1000072-97.2018.9.21.0000.⁹⁰

Urge destacar duas jurisprudências bastante relevantes para o estudo em comento. Ambas se coadunam com o que é defendido neste estudo, e citam, acertadamente, o HC 86.854/SP do STF, amplamente discutido em oportunidade anterior. A primeira é a Apelação Criminal nº 2966-85.2014.9.21.0000, de relatoria do Juiz Cel. Fábio Duarte Fernandes, cuja ementa segue:

APELAÇÃO CRIMINAL. ART.230 DO CPM, VIOLAÇÃO DE SEGREDO PROFISSIONAL. CONCURSO DE CRIMES. REGRA ESPECÍFICA (CPM, ARTS. 79 E 80). IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ART. 71 DO CP. In casu, militares em atividade acessaram o sistema de consultas integradas da Secretaria de Segurança e sem justa causa revelaram antecedentes criminais de três civis ao Prefeito da cidade, incorrendo assim no crime

⁸⁸ CRIME DE FALSIDADE IDEOLÓGICA. CRIME CONTINUADO (ART. 312 (4X), C/C. ART. 80, AMBOS DO CPM). SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELO DA DEFESA. NEGADO IMPROVIMENTO.

Emergindo da prova amealhada aos autos que o policial militar inseriu declaração falsa em Autos de Infração de Trânsito, registrando a ocorrência de supostas infrações de trânsito cometidas por motorista civil, com o fito de criar obrigação para esta, em face de desavença particular, causando assim prejuízo a Administração e ao Serviço Militar, um juízo de reparação é imperioso na espécie.

À unanimidade, negaram provimento ao apelo.

⁸⁹ APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 209 CPM. LESÃO CORPORAL LEVE, ART. 80 CPM. CRIME CONTINUADO. PROVA DOCUMENTAL E TESTEMUNHAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. *SURSIS*. APELO DEFENSIVO. *IN DUBIO PRO REO*. ART. 439, "E". CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO QUANTO A MATERIALIDADE E AUTORIA. NEGADO PROVIMENTO. *In casu*, comete o crime de lesões corporais, militar que ao atender ocorrência que envolvia protesto de moradores contrários a serviço de manutenção em via pública por parte da prefeitura, prende civil por desacato e no interior da delegacia, com a vítima algemada desferiu contra ela um soco no rosto vindo a ofender-lhe a integridade corporal, conforme auto de exame de corpo de delito, ação esta que restou registrada no circuito interno de câmeras daquela repartição pública. Negado provimento ao apelo defensivo à unanimidade. (TJM/RS. Apelação Criminal nº1000065-42.2017.9.21.0000. Relator: Juiz Militar Cel. Fábio Duarte Fernandes. Julgamento: 17/05/2017).

⁹⁰ APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE PREVARICAÇÃO. ART.319 CPM. 5 FATOS. CONCURSO DE CRIMES. ART. 79 CPM. CRIME CONTINUADO. ART. 80 CPM. CONSELHO PERMANENTE DE JUSTIÇA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. MAIORIA. APENAMENTO TOTAL DE 2 ANOS E SEIS MESES DE DETENÇÃO. RECURSO DEFENSIVO. PRELIMINAR. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. PENA EM CONCRETO. CONTAGEM A PARTIR DO FATO ATÉ RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. INAPLICABILIDADE. ART. 125, VI, CPM. LEI 12.234/10. PRELIMINAR REJEITADA À UNANIMIDADE. MÉRITO. ALEGAÇÃO DE NÃO CONSTITUIR O FATO INFRAÇÃO PENAL. DIREITO A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. APLICABILIDADE EM RELAÇÃO AO FATOS 5 E ABSOLVIÇÃO DESTES COM FULCRO NO ART. 439, B DO CPPM. INAPLICABILIDADE DO DIREITO A NÃO AUTO INCRIMINAÇÃO EM RELAÇÃO AOS FATOS DE 1 A 4. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA EM RELAÇÃO A 4 FATOS. PENA UNIFICADA. QUANTIDADE DE PRÁTICAS DELITIVAS. REDUÇÃO DE 1/6. APENAMENTO FINAL DE 20 MESES DE DETENÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA NA JUSTIÇA COMUM NÃO TRANSITADA EM JULGADO. *SURSIS* BIENAL MEDIANTE CONDIÇÕES. PROVIMENTO PARCIAL AO APELO DEFENSIVO. MAIORIA. (...) (TJM/RS. Apelação Criminal nº 100007297.2018.9.21.0000. Relator: Juiz Militar Fábio Duarte Fernandes. Julgamento: 05/09/2018).

previsto no art. 230 do CPM. Foram somadas as penas conforme arts. 79 e 80 do CPM. A defesa propugnou a aplicação do art. 71 do CP, o que foi denegado, por existir no CPM regra específica que inviabiliza tal aplicação conforme determina o art. 12 do CP. Irrelevante no âmbito da Justiça Castrense, para a aplicação da pena, a discussão doutrinária sobre se houve concurso formal ou crime continuado. O Tribunal, à unanimidade, negou provimento à apelação defensiva.

Indo diretamente ao ponto, o nobre relator diz o seguinte:

Outra questão apresentada pela defesa diz respeito ao fato da receptividade do art. 80 do CPM frente à CF 88, questão que já está resolvida no âmbito desta Corte e do STF.

Quando o relator afirma que a questão está resolvida no âmbito do TJMRS, ele se refere a segunda jurisprudência que me cabe citar, qual seja a Apelação Criminal nº 557-73.2013.9.21.0000, emendada assim:

APELAÇÃO CRIMINAL. EXTRAVIO DE DOCUMENTO (ART. 321 DO CPM). FALSIDADE IDEOLÓGICA (ART. 312 DO CPM).
1. Comete o delito de extravio de documento, previsto no art. 312 do CPM, policial militar que lavra protocolo simulando a entrega dos documentos de autuação ao Ministério Público local. **2.** Configura o crime de falsidade ideológica a inserção de dados diversos dos apurados em Auto de Infração Florestal, Ocorrência Ambiental e Levantamento Topográfico, fazendo constar área menor do que a degradada. **3.** As falsidades cometidas com independência não caracterizam crimes plurissubsistentes, haja vista que estes se perfectibilizam quando o elemento nuclear do tipo permite a fragmentação do seu processo executivo em vários atos. **4.** A sistemática de aplicação da pena para o crime continuado no CPM, insculpida no art. 80 do referido diploma foi recepcionada pelo constituinte de 1988. **5.** Incabível a aplicação do art. 71 do CP ordinário por analogia, uma vez que a lei castrense não foi omissa, impedindo a aplicação subsidiária daquele. **6.** Não se pode mesclar o regime penal comum e o militar, de modo a selecionar o que cada um tem de mais favorável ao acusado. Tal proceder geraria um "hibridismo" incompatível com o princípio da especialidade das leis. **7.** Justifica-se o maior rigor da legislação militar em virtude do tratamento diferenciado que a própria Constituição Federal concede aos militares, por razões de política legislativa, tratando com distinta

reprovabilidade as infrações penais militares. **8.** Apelo defensivo improvido. Decisão Unânime.

Tal julgado foi relatado pelo Juiz Cel. Paulo Roberto Mendes Rodrigues, que fez uso do HC 86.854/SP do STF para afirmar o seguinte:

Por derradeiro, não merece acolhimento a defesa relativamente à alegação de que é injusta e desproporcional a sistemática de aplicação da pena para o crime continuado no CPM, insculpida no art. 80 do referido diploma, o qual sustenta o ora apelante não ter sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, requerendo a aplicação, por analogia, do regramento estabelecido no art. 71 do CP ordinário.

4.8 Considerações finais

Uma análise criteriosa da jurisprudência aqui debatida nos permite fazer algumas afirmações.

A primeira delas é que o tema de fato é polêmico e suscita argumentos interessantes, tanto para legitimar a aplicação analógica do art. 71 do CP comum na continuidade delitiva militar, quanto para contra indicá-la.

Não obstante, os tribunais ora analisados adotam correntes muito claras. Nos tribunais superiores, o STF e o STJ são contra o uso do art. 71 do CP nos crimes continuados militares; já o STM considera válido o uso da analogia. Nos tribunais estaduais, o TJMMG é a favor da analogia, o TJMRS é contra, e o TJMSP emite decisões em ambos os sentidos.

De certa forma, o resultado é surpreendente. Os tribunais civis, dos quais se esperaria uma visão mais garantista, são bastante criteriosos no sentido de aplicar exclusivamente o CPM. Já os tribunais militares (com exceção do TJMRS), admitem o uso do CP comum na continuidade delitiva, ocasionando penas mais brandas para os seus réus.

Infelizmente, o tema carece de mais julgados, principalmente daqueles emanados pelo STF, tendo em vista o caráter constitucional da questão aqui suscitada. Cabe ao Pretório Excelso julgar a proporcionalidade do art. 80 do CPM e solidificar o seu uso nas demais instâncias judiciais.

5. CONCLUSÃO

O presente estudo buscou analisar se a aplicação analógica da regra constante do art. 71 do Código Penal Comum também às infrações penais militares é equivocada.

Para tanto, buscou-se fundamentar a questão definindo o crime continuado através da análise macro da ciência do concurso de crimes, além de estabelecer a origem histórica, a razão, natureza jurídica, estrutura e requisitos do instituto.

Em seguida, levantaram-se dados suficientes para demonstrar que as aplicações analógicas do art. 71 para os casos de crime continuado militar foram feitas de forma equivocada. Foram expostos inúmeros exemplos de distinções entre o tratamento de civis e militares. Em nenhum destes casos houve declaração de inconstitucionalidade pelo STF, já que os bens jurídicos tutelados são diversos, justificando as diferenças. A questão do crime continuado não deve ser diferente. Ademais, provou-se que não há lacuna no CPM, em relação ao crime continuado, que possa justificar a aplicação analógica do CP em detrimento daquele dispositivo legal, sendo incabível a aplicação da analogia.

Quanto à análise jurisprudencial, concluiu-se que os tribunais ora analisados adotam correntes muito claras. Nos tribunais superiores, o STF e o STJ são contra o uso do art. 71 do CP nos crimes continuados militares; já o STM considera válido o uso da analogia. Nos tribunais estaduais, o TJMMG é a favor da analogia, o TJMRS é contra, e o TJMSP emite decisões em ambos os sentidos.

Não obstante o posicionamento favorável de alguns tribunais no sentido da aplicação analógica do art. 71 do CP nos crimes militares, este estudo concluiu que tal prática é *contra legem* e subverte o ordenamento jurídico castrense, desprezando os pilares da hierarquia e disciplina que sustentam as instituições militares, sendo o CPM suficiente para resolver questões de crime continuado.

Propõe-se, portanto, a aplicação única do art. 80 do CPM nas hipóteses de crime continuado militar.

6. REFERÊNCIAS

BARRETO, Moniz. **Carta a El-Rei de Portugal**. Disponível em:

<<http://www.eb.mil.br/web/centro-de-comunicacao-social-do-exercito/a-profissao-militar>>. Acesso em: 07 jan 2019.

BÉZE, Patricia Mothé Glioche. **Novas Tendências do Concurso Formal e Crime Continuado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral** 1. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 21 dez 2018.

_____. Decreto-Lei 1.001, de 21 de outubro de 1969. **Código Penal Militar**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 21 dez 2018.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 21 dez 2018.

_____. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 21 dez 2018.

_____. Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 21 dez 2018.

_____. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 21 dez 2018.

_____. **Lei n. 5.172, de 25 de outubro de 1966** – Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, 25 out. 1966. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 21 dez 2018.

_____. **Lei n. 6.880, de 09 de dezembro de 1980** – Dispõe sobre Estatuto dos Militares. Brasília, 09 dez. 1980. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 21 dez 2018.

_____. **Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990** – Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Brasília, 25 jul. 1990. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 21 dez 2018.

_____. **Lei n. 8.457, de 04 de setembro de 1992** – Organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares. Brasília, 04 set. 1992. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 21 dez 2018.

_____. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995** – Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, 26 set. 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 21 dez 2018.

_____. **Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006**. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Brasília, 23 ago. 2006. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 21 dez 2018.

_____. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, 16 mar. 2015. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/legislacao>>. Acesso em: 21 dez 2018.

CARVALHO, Lucius Paulo de. **A Aplicabilidade dos Institutos Despenalizadores da Lei 9.099/95 aos Crimes Militares**. 2007. 119 f. TCC (Graduação) - Curso de Segurança Pública, Univali, Florianópolis, 2007.

COELHO, Walter Marcilgil. **Teoria Geral do Crime**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor e Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul. 1998.

CORRÊA, Getúlio. Justiça militar: uma ilustre desconhecida. **Revista de Estudos e Informações. TJM/MG**, Belo Horizonte, n.6, p. 7-9, 2000.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2009.

EXÉRCITO BRASILEIRO. **Características da Profissão Militar**. Disponível em: <<http://www.eb.mil.br/caracteristicas-da-profissao-militar>>. Acesso em: 07 jan 2019.

FAYET JÚNIOR, Ney. **Do crime continuado**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

MARQUES, Jose Antonio Rodrigues. **O Instituto do Crime Continuado**. Lisboa: Petrony, 2013.

MARTINS, Eliezer Pereira. **Direito Administrativo Disciplinar Militar e sua processualidade**. São Paulo: Editora de Direito Ltda, 1996.

MASSON, Nathalia. **Manual de Direito Constitucional**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 32. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. **Manual de direito penal militar** / Cícero Robson Coimbra Neves, Marcello Streifinger. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. **Direito penal: parte geral**. 7. ed. São Paulo: Rideel, 2011.

PAULO, Vicente. **Direito Constitucional descomplicado** / Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino. 8. ed. São Paulo: Método, 2012.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

ROTH, Ronaldo João. Crime continuado. A distinção de tratamento no CPM e no CP Comum: existe razão para isso? **Revista do Ministério Público Militar**, Brasília, v. 1, n. 23, p.213-234, nov. 2013.

SANTOS, Mário Olímpio Gomes dos. O *status* militar. **Revista de Estudos e Informações**. TJM/MG. Belo Horizonte, n.5, p. 4-7, 2000.

SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1947.

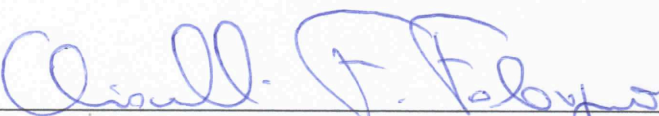
TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. **O Princípio da Proporcionalidade no Controle de Constitucionalidade** In: ARTIGO. Direito civil constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFMG/FUMEC/Dom Helder Câmara; coordenadores: Marcelo Benacchio, Narciso Leandro Xavier Baez – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

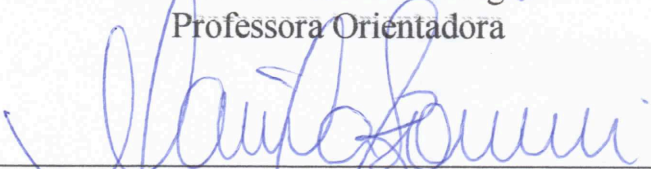
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “ANÁLISE DO CRIME CONTINUADO NO DIREITO PENAL MILITAR”, elaborado pelo acadêmico Gabriel Koff da Costa, defendido em 27/06/2019 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

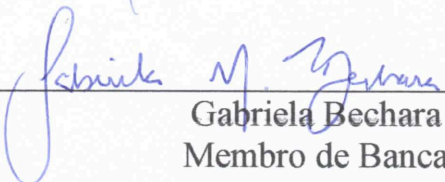
Florianópolis, 27 de junho de 2019.



Chiavelli Facenda Falavigno
Professora Orientadora



Daniela Queila dos Santos Bornin
Membro de Banca



Gabriela Bechara
Membro de Banca



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno: Gabriel Koff da Costa
RG: 823100-1
CPF: 012.317.330-20
Matrícula: 14206473
Título do TCC:
Orientadora: Chiavelli Fazenda Falavigno

Eu, Gabriel Koff da Costa, acima qualificado; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido.

Florianópolis, 27 de junho de 2019.



GABRIEL KOFF DA COSTA