

As penas acessórias no Código Penal Militar (CPM)

André Luiz Pereira Borba Rocha

Resumo

O Direito Penal Militar é ramo não autônomo da ciência do Direito, estando visceralmente entrelaçado ao Direito Penal dito comum. Apesar desta interconexão é pouquíssimo estudado nas academias. São raras as Faculdades ou mesmo Universidades que apresentam cadeiras independentes para estudar e pesquisar esta faceta especial do direito penal. Nos poucos estudos doutrinários acerca da importância, juridicidade e até mesmo constitucionalidade dos preceitos de Direito Penal Militar, surge fortemente a discussão das penas acessórias que estão positivadas no Código Penal Militar (CPM). As penas acessórias têm sua validade discutida em razão de seu possível conflito com o princípio do *non bis in idem*, razão pela qual alguns doutrinados até mesmo pregam a inconstitucionalidade dos artigos do CPM que as regulam. Porém, o que vislumbramos é a necessidade de atualização da norma penal militar, pois só assim, sua aplicação estará perfeitamente adequada ao termos regentes da Carta Magna cidadã.

Palavras-chaves: Penal Militar. Penas Acessórias. Constitucionalidade.

Abstract

The Military Penal Law is not autonomous branch of science of law, being viscerally intertwined with common criminal law. Despite this interconnection is not very much studied in the academies. Rare are the Colleges and even Universities that have independent chairs to study and research this particular facet of criminal law. In the few studies about the importance of doctrine, legality and even constitutionality of provisions of the Military Criminal Law, emerges strongly discussion of additional penalties that are in the Military Penal Code (MPC). Scholars have discussed accessory penalties validity because of its possible conflict with the principle of non bis in idem, which is why some them even preach the unconstitutionality of articles that regulate them. However, we glimpse the need to upgrade the standards of military criminal law, so application will be perfectly suited to the terms of the constitution.

Key words: Military law. Additional penalties. Constitutionality.

1. Introdução

O direito é uma ciência em constante movimento, sua destinação precípua não é somente regular o corpo social, mas também protegê-lo cabendo a cada ramo do direito sua parcela de atribuição.

As atribuições do direito penal são, sem dúvida alguma, de rígido controle em face da sanção penal, que pode restringir um dos direitos fundamentais do ser humano, qual seja a liberdade. Podendo tal sanção chegar ao extremo da retirada da própria vida, nos casos de pena de morte em tempo de guerra.

Nesse preciso aspecto têm-se que o direito penal é um ramo fragmentário e necessariamente de *ultima ratio*¹, e o direito penal militar, como ramo especializado do direito penal, não pode fugir a essas premissas. As atribuições reguladoras do direito penal são aplicáveis somente quando não houver possibilidade de solução do conflito por outros ramos do direito. Assim, verifica-se que *“o sistema de proteção aos bens jurídicos a que se propõe o Direito Penal não é ilimitado, eis que sua intervenção somente está legitimada quando os demais ramos ou setores do direito se mostrem incapazes ou ineficientes para a proteção ou controle social”*².

Nesse escopo vislumbra-se premente necessidade de adequação e atualização das normas penais, tanto do direito penal comum quanto do direito penal militar. Em se tratando do direito penal, dito comum, o legislador pátrio vem “diuturnamente” promovendo atividade legiferante no sentido de atualização social do escopo penal, porém, no que tange ao ramo especializado do direito penal militar, verifica-se uma certa omissão legislativa, propiciando a permanência de preceitos defasados e pouco adequados ao contexto do século XXI.

Nessa defasagem, a nosso ver, enquadra-se perfeitamente a questão das penas acessórias expressas no Código Penal Militar (CPM). As determinantes do artigo 98 do CPM não encontram guarida no direito penal comum, mas vislumbram similitude com o instituto dos efeitos da sentença penal condenatória, o que pressupõe ao exegeta do direito avaliar sobre a viabilidade e correta aplicação dos preceitos ali positivados.

2. Penas Acessórias no Código Penal Militar (CPM)

As penas acessórias são entendidas como punições extrapenais, que, por força da própria lei penal, são imputadas ao condenado.

Em verdade, as penas acessórias se materializam em verdadeiras restrições a certos direitos civis ou políticos e têm como pressuposto primordial a aplicação prévia de uma pena principal. Como a própria nomenclatura expressa, é uma sanção que não subsiste sem uma *santio juris* principal, em regra, uma pena privativa de liberdade.

No CPM as penas acessórias estão expressas no artigo 98 e reguladas pelos dispositivos seguintes, *verbis*:

¹ Razão final, último argumento, último recurso.

² LUCAS, Ana Cláudia. *In*, <http://profeanaclaudialucas.blogspot.com/2010/07/principio-da-intervencao-minima-ou.html>

Art. 98. São penas acessórias: I - a perda de posto e patente; II - a indignidade para o oficialato; III - a incompatibilidade com o oficialato; IV - a exclusão das forças armadas; V - a perda da função pública, ainda que eletiva; VI - a inabilitação para o exercício de função pública; VII - a suspensão do pátrio poder, tutela ou curatela; VIII - a suspensão dos direitos políticos. Parágrafo único. Equipara-se à função pública a que é exercida em empresa pública, autarquia, sociedade de economia mista, ou sociedade de que participe a União, o Estado ou o Município como acionista majoritário.

Observando-se a dicção do CPM, verifica-se que a aplicabilidade de cada pena acessória em espécie está vinculada a incidência de uma conduta delituosa específica ou ao montante da pena em concreto, sendo que nesse caso, indiferente a conduta delitiva perpetrada pelo condenado. Passemos a observar uma a uma.

A perda de posto³ e patente⁴ do oficial “*resulta da condenação a pena privativa de liberdade por tempo superior a 2 (dois) anos*” - nos termos do art. 99 do CPM. Assim, basta a condenação com trânsito em julgado, por qualquer crime, para permitir a aplicabilidade da perda de posto e patente.

Na declaração de indignidade ao oficialato o pressuposto de aplicação é específico, não mais se vinculando ao quantitativo da pena em concreto – “*nos crimes de traição, espionagem ou covardia, ou em qualquer dos definidos nos arts. 161, 235, 240, 242, 243, 244, 245, 251, 252, 303, 304, 311 e 312*”. Portanto, a indignidade como pena acessória vincula-se a conduta criminoso empreendida pelo militar, não pode ser aplicada em casos outros que não estejam expressos nos permissivos legais explicitados.

A incompatibilidade com o oficialato, igualmente, está vinculada ao cometimento de tipo penal específico – “[...] *o militar condenado nos crimes dos arts. 141 e 142*” – não havendo, mais uma vez, qualquer vinculação ao montante condenatório especificado em sentença.

A exclusão das forças armadas, penalidade acessória imposta às praças, será efetivada desde que a pena em concreto transitada em julgado seja superior a 2 (dois) anos, não importando o tipo penal capitulado na denúncia e objeto de condenação, nos casos em que a pretensão punitiva do Estado tenha sido reconhecida pelo Julgador. Verifica-se aqui premente similitude à perda de posto e patente.

A perda da função pública aplica-se ao servidor civil, ao assemelhado a esse, ou ainda, ao militar da reserva ou reformado que exerça função pública de qualquer natureza. Na presente pena acessória o pressuposto de aplicabilidade firma-se pela condenação à pena privativa de liberdade nos casos em que a conduta delitiva tenha sido praticada com “*abuso de poder ou violação de dever inerente à função pública*”. E, ainda, pela condenação à pena privativa de liberdade superior a 2 (dois) anos, não importando o delito praticado.

³ Art. 16. Os círculos hierárquicos e a escala hierárquica nas Forças Armadas, bem como a correspondência entre os postos e as graduações da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, são fixados nos parágrafos seguintes e no Quadro em anexo.

§ 1º Posto é o grau hierárquico do oficial, conferido por ato do Presidente da República ou do Ministro de Força Singular e confirmado em Carta Patente.

⁴ É o título confirmativo do Posto aferido pelo Oficial.

A pena acessória de inabilitação para o exercício da função pública possui parcial similitude à perda da função pública, mas tal similitude limita-se ao sentido de impedir o agente condenado de acessar função pública determinada. Enquanto a perda é definitiva, a inabilitação se manifesta temporal, ou seja, após transcorrido o prazo aventado na sentença, em tese, poderá o agente retornar ou exercer nova função pública.

A inabilitação para o exercício da função pública será decretada pelo prazo de 2 (dois) a 20 (vinte) anos ao condenado à pena privativa de liberdade (reclusão), superior a 4 (quatro) anos, quando o crime tenha sido praticado com abuso de poder ou violação do dever militar ou inerente à função pública.

A suspensão do pátrio poder⁵, tutela ou curatela visa proteger àquele que está sob a guarda e proteção de indivíduo condenado à pena privativa de liberdade superior a 2 (dois) anos, independente do crime praticado.

A nosso ver, a suspensão em comento não se efetiva, propriamente, em uma pena *stricto sensu*, ainda que considerada acessória. O que suscita questionamentos acerca da natureza jurídica da pena acessória, que será melhor discutida posteriormente.

Por fim, a suspensão dos direitos políticos será aplicada ao condenado à pena privativa de liberdade, enquanto seu cumprimento perdurar. Mesmo efeito se terá quando do cumprimento de medida de segurança, nos casos de sentença absolutória impropria e, igualmente aplicada, durante o período de “*inabilitação para função pública*”. Tal suspensão de direitos resume-se à possibilidade de exercer o direito de voto e de ser votado.

3. Penas Acessórias - Constitucionais ou Inconstitucionais?

Em um primeiro momento, realizando-se uma análise simplista, poder-se-ia cogitar da inconstitucionalidade das penas acessórias, uma vez que estão apontando uma segunda punição tendo como fato gerador a mesma conduta delitiva.

Em nossa Carta Magna cidadã figuram princípios reguladores e formadores da estrutura do sistema penal pátrio. Existem princípios positivados, os chamados princípios constitucionais expressos, entre outros a presunção de inocência⁶, e existem os princípios interpretativos, nomeados princípios constitucionais implícitos, tais como o duplo grau de jurisdição e o *ne (non) bis in idem*, entre outros.

Forçoso observar que o princípio *ne bis in idem* não está previsto em nenhum diploma legal de nosso ordenamento penal, caracterizando-se, basicamente, como uma construção doutrinária, no entanto, existem diversos dispositivos normativos onde é possível visualizar sua acertada influência.

O *ne bis in idem* proíbe que o agente delituoso seja condenado (punido) duas vezes pelo mesmo fato, em verdade, a força principiológica é ampla impedindo que o agente seja processado ou mesmo investigado duas vezes pelo mesmo fato, alcançando inclusive a execução penal. Para tanto veja-se jurisprudência pátria consolidada:

⁵ Deve ser interpretado como Poder Familiar, tendo em vista o disposto no art. 227 da Carta Magna de 1988.

⁶ LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

TRF-2ª Região – PENAL E PROCESSUAL PENAL - CRIME DE ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO - PRELIMINAR - LITISPENDÊNCIA - OCORRÊNCIA DO BIS IN IDEM - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. I -A litispendência é a repetição da causa já instaurada anteriormente, envolvendo as mesmas partes e o mesmo fato delituoso que "por se encaixar no conceito de pressuposto processual pode e deve ser decretada de ofício, sob pena de violação do princípio do non bis in idem" II -Decretada de ofício a extinção do processo sem resolução do mérito. EMENTA PENAL E PROCESSUAL PENAL -CRIME DE ESTELIONATO PREVIDENCIÁRIO -PRELIMINAR -LITISPENDÊNCIA -OCORRÊNCIA DO BIS IN IDEM -EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. I -A litispendência é a repetição da causa já instaurada anteriormente, envolvendo as mesmas partes e o mesmo fato delituoso que "por se encaixar no conceito de pressuposto processual pode e deve ser decretada de ofício, sob pena de violação do princípio do non bis in idem" II - Decretada de ofício a extinção do processo sem resolução do mérito. ACR 5819 RJ 2002.51.02.002117-9. Relatora: Desembargadora Federal MARIA HELENA CISNE. Julgamento: 14/01/2009. Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA. Publicação: DJU – Data::06/02/2009. **(Grifamos)**.

TRF 4ª-Região – TIPIFICAÇÃO DIVERSA DA CONSTANTE NA DENÚNCIA. QUANDO A CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL TAMBÉM CONSTITUI UMA AGRAVANTE. 1. Tipificação diversa da constante na denúncia não traz prejuízo ao réu, pois ele se defende dos fatos narrados na exordial acusatória e não da capitulação feita pelo Ministério Público Federal. 2. O fato de o agente ser funcionário público, não pode ser considerado duplamente sob pena de violação do princípio non bis in idem. Quando a circunstância judicial também constitui uma agravante, fica a primeira prejudicada, uma vez que esta é de incidência obrigatória, não podendo, portanto, ser considerada para a fixação da pena base. ACR 103354 RS 1999.04.01.103354-6. Relator: MANOEL LAURO VOLKMER DE CASTILHO. Julgamento: 01/04/2002. Órgão Julgador: OITAVA TURMA. Publicação: DJ 24/04/2002 PÁGINA: 1169. **(Grifamos)**.

STJ – HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. FALTA DE MOTIVAÇÃO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO NON BIS IN IDEM. ORDEM CONCEDIDA. 1. A consideração só numérica de circunstâncias de individualização da pena, em espécies em que se faz judiciais as mesmas circunstâncias qualificativas do delito, para aumento da pena base mínima, importa em falta de motivação e violação do princípio non bis in idem. 2. Ordem concedida. HC 35430 SP 2004/0066272-5. Relator: Ministro HAMILTON CARVALHIDO. Julgamento: 17/08/2005. Órgão Julgador: SEXTA TURMA. Publicação: DJ 07.11.2005 p. 387. **(Grifamos).**

Assim sendo, poder-se-ia alardear que a pena acessória seria um verdadeiro *bis in idem*, uma vez que seria uma *santio juris* aplicada ou aplicável ao já condenado com uma pena privativa de liberdade.

No entanto, tal premissa não nos parece razoável, uma vez que as ditas penas acessórias não possuem, em regra, natureza penal, mas civil e administrativa. Mas é forçoso reconhecer, que, no mínimo, sua dicção não está adequada, uma vez que pena inserida no código penal, deve ser tida como de natureza penal e não extrapenal.

Tendo em vista a premente independência entre as responsabilidades administrativa, civil e penal, há que se considerar outro entendimento para as penas acessórias expressas no Código Penal Militar.

4. Natureza Jurídica das Penas Acessórias

A intenção da lei penal militar não é aplicar dupla punição ao agente delituoso condenado com pena transitada em julgado, aplicando-se os preceitos de exegese legal, se verificará as nuances decorrentes da condenação, ou seja, em verdade as penas acessórias são verdadeiros efeitos da condenação e não propriamente uma pena, uma vez que não se referem a reprimenda de natureza penal, mas tão somente a institutos que se realizam, basicamente, na esfera cível e administrativa. Veja-se os ensinamento do Professor Cléber Masson:

Condenação é o ato exclusivo do Poder Judiciário que, representado por um de seus membros e depois de obedecido o devido processo legal, aplica em sentença uma pena ao agente culpável reconhecido com responsável por um fato típico e ilícito. Efeitos da condenação são todas as conseqüências que, direta ou indiretamente, atingem a pessoa do condenado por sentença penal transitada em julgado. Esses efeitos não se limitam ao campo penal, incidindo também nas áreas cível, administrativa, trabalhista e político eleitoral, entre outras. (MASSON, 2011, p. 783).

Assim, pode-se entender que, na verdade, houve uma impropriedade do legislador penal militar, que nomeou efeitos a guisa de penas acessórias.

O mesmo se dava com o Código Penal (CP), que após as reformas de 1967 e 1984 obteve melhor dicção sobre o tema e passou a regular nos artigos 91 e 92 do CP, os efeitos da condenação, não mais mencionando as ditas penas acessórias.

Observando-se o código penal, em seus artigos referendados, percebe-se claramente a similitude do CPM com o CP, diferindo em especificidades:

Art. 91 - São efeitos da condenação: I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito; b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

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. II - a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra

filho, tutelado ou curatelado; III - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso. Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença.

No que tange ao artigo 109 do CPM, encontramos nítida similitude ao artigo 91 do CP, que se refere aos efeitos extrapenais genéricos. Extrapenais, pois dizem respeito a áreas diversas que não o direito penal, e genéricos por recaírem em todas as condutas criminosas – “[...] são assim denominados (extrapenais) por incidirem em áreas diversas do direito. Dividem-se em genéricas e específicos. Efeitos genéricos, chamados dessa maneira por recaírem sobre todos os crimes, são os previstos no art. 91 do Código Penal: [...]”. (MASSON, 2011, p. 785).

Visualizando o artigo 98 e seguintes do CPM, que se referem às ditas penas acessórias, encontra-se nítida verossimilhança com os efeitos extrapenais específicos e delimitados no artigo 92 do CP, não deixando margens para dúvidas quanto a propriedade dos termos do código penal comum.

A guisa de confirmação da interpretação aventada, observe-se os termos do artigo 107 do CPM – “[...] salvo os casos dos arts. 99, 103, II e 106, a imposição da pena acessória deve constar expressamente da sentença”. Fernando Capez, em seu Curso de Direito Penal esclarece:

[...] De natureza extrapenal: repercutem em outra esfera que não a criminal. ... b) específicos: decorrem da condenação criminal pela prática de determinados crimes e em hipóteses específicas, devendo ser motivadamente declarados na sentença condenatória. Não são, portanto, automáticos nem ocorrem em qualquer hipótese. (CAPEZ, 2011, p. 533/534).

Nesse mesmo sentido é pacífica a jurisprudência dos Tribunais pátrios, em especial do egrégio Superior Tribunal de Justiça (STJ):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. **PERDA DO CARGO E FUNÇÃO PÚBLICA.** PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSIÇÃO. OMISSÃO. RECONHECIMENTO. EMBARGOS ACOLHIDOS. PLEITO DESPROVIDO. **I. A perda do cargo ou função pública prevista no art. 1º, § 2º, do Decreto-lei 201/67 não é pena acessória, mas efeito da condenação, com caráter autônomo.** II. De acordo com o disposto na alínea a do inciso I do art. 92 do Código Penal, há perda do cargo, função pública ou mandato eletivo nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública, quando aplicada pena privativa de liberdade por tampo igual ou superior a um ano, exatamente a hipótese dos autos, em que o réu foi condenado à pena de 2 anos de reclusão. III. A substituição de sua pena por restritivas de direitos, no entanto, não tem o condão de afastar o efeito disposto no art. 92 do Código Penal, pois a perda do cargo não está adstrita à efetiva privação da liberdade do réu. IV. Embargos acolhidos para sanar a omissão, negando provimento ao recurso especial quanto ao pleito de exclusão da perda do cargo ou função pública. EDcl no REsp 819438 MG 2006/0012299-6. Relator: Ministro GÍLSON DIPP. Julgamento: 05/02/2007. Órgão Julgador: QUINTA TURMA. Publicação: DJ 12.03.2007 p. 323. **(Grifamos).**

Verifica-se assim, que as ditas penas acessórias do código penal militar são, na verdade, efeitos da condenação, que terão seu alcance delimitado nos próprios termos do CPM.

5. Conclusão

Ao se interpretar uma norma busca-se revelar sua 'vontade', isto é, o escopo de sua destinação precípua, Clóvis Beviláqua afirmava que a exegese é revelar o pensamento que anima as suas palavras, as palavras da lei.

Entre os métodos interpretativos da norma penal encontra-se a doutrinária interpretação progressiva. Diz-se progressiva a forma ou método de interpretação utilizado quando o interprete percebe a defasagem temporal do texto legal, isto é, verifica que a norma interpretada já está defasada ante a evolução social e procura adequá-la para a correta e justa aplicação.

Nesse sentido são precisas as palavras do mestre processualista Fernando da Costa Tourinho Filho – *“Diz-se progressiva a interpretação quando o intérprete, observando que a expressão contida na norma sofreu alteração no correr dos anos, procura adaptar-lhe o sentido ao conceito atual”*. (Tourinho Filho, 2009. p. 54).

Mantendo o mesmo entendimento Fernando Capez afirma que a *interpretação progressiva, adaptativa ou evolutiva é aquela que, ao longo do tempo, adapta-se às mudanças político sociais e às necessidades do presente*. (CAPEZ, 2009. p.62)

Porém, há circunstâncias em que a defasagem ou a impropriedade é tamanha que apenas o método interpretativo não é suficiente para suprir o equívoco temporal da norma, sendo premente a necessidade de atualização legislativa.

Apreciando o código penal militar, no que tange as penas acessórias, verifica-se forte necessidade de atualização legislativa, retirando o caráter dúbio do artigos referente às penas acessórias e introduzindo moderna concepção, qual seja o entendimento que, em norma penal, a *santio juris* deve ficar adstrita às penas propriamente ditas – privativa de liberdade; restritiva de direitos e multa – deixando os demais preceitos figurarem em sua real natureza jurídica.

Neste parâmetro encontra-se o CPM, em muitos aspectos necessita de urgente atualização para adequar seus preceitos não apenas à mais moderna doutrina, mas, principalmente, para prover uma aplicação justa e atual do direito penal militar.

Referências

BRASIL. Código Penal, Código de Processo Penal, Legislação Penal e Processual Penal, Constituição Federal. Luiz Flávio Gomes, organizador. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Código Penal Militar, Código de Processo Penal Militar, Estatuto dos Militares, Constituição Federal, Legislação Penal, Processual Penal e Administrativa Militar. Álvaro Lazzarini, organizador. 11 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal** – v.1. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LOBÃO, Célio. **Direito Penal Militar Atualizado**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

MASSON, Cléber Rogério. **Direito Penal Esquematizado**. v.1, 4 ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ROMEIRO, Jorge Alberto. **Curso de Direito Penal Militar**. São Paulo: Saraiva, 1984.

SANTOS, Christiano Jorge. **Direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.