

APLICAÇÃO DA LEI 9099/95 E DO ART. 44 DO CP NO ÂMBITO DA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL

Júlia Alves Almeida Machado¹
Francisco José Vilas Bôas Neto²

RESUMO

Este trabalho apresentará as posições doutrinárias e jurisprudenciais acerca da possibilidade da aplicação dos institutos despenalizadores previstos pela Lei nº 9.099/95 que regulamenta a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais bem como mostrará as posições que defendem a compatibilidade e incompatibilidade da aplicação do artigo 44 do Código Penal ambos no âmbito da Justiça Militar Estadual. Foi realizado um breve estudo sobre a instituição militar e da Justiça Militar, bem como os conceitos de crime militar, que se divide em crime militar próprio e crime militar impróprio. Por fim, uma análise jurisprudencial foi realizada no intuito de se descobrir a constitucionalidade ou inconstitucionalidade de tais medidas.³

1 INTRODUÇÃO

Segurança é um dos direitos subjetivos de cada cidadão e um dever do Estado, e é desejada por todos os setores sociais.

Os policiais militares e corpo de bombeiros militar, responsáveis por manter a ordem interna, sendo os representantes da força que asseguram a ordem estatal e a segurança dos seus cidadãos, são pessoas normais como qualquer cidadão, e, assim como estes, possuem direitos e deveres perante a sociedade.

Apesar de serem regidos por um regime jurídico especial e diverso dos outros cidadãos, não devem ser tratados de maneira desigual de modo a serem punidos de maneira excessivamente rigorosa somente por ostentarem uma farda e um posto de militar. Não é justo que lhes sejam cerceados direitos que são comuns a todos os outros cidadãos ou que sejam tratados de forma a desrespeitar um direito constitucionalmente previsto como garantia fundamental e também tratado como princípio constitucional.

O presente trabalho vem discutir a possibilidade de aplicação dos institutos despenalizadores previstos na Lei nº 9.099/95 bem como a aplicabilidade do artigo 44 do Código Penal na esfera da Justiça Militar Estadual. Para tal será realizada uma análise aprofundada e sucinta de várias leis como a Lei que regula os Juizados Especiais e um estudo sobre a instituição militar e da Justiça Militar.

O interesse é fazer a pesquisa com o foco voltado para os operadores do direito em geral e também para aqueles que militam com o direito militar. Durante a pesquisa será necessário de apresentar as opiniões de doutrinadores que defendem a compatibilidade da Lei 9.099/95 com a Justiça Militar Estadual, bem como as opiniões de consagrados doutrinadores que defendem a ilegalidade ou inconstitucionalidade da medida. Tal pesquisa se desenvolverá a partir de pesquisa bibliográfica nos ramos do Direito Constitucional, Direito Penal, Direito Penal Militar, Processo Penal e Processo Penal Militar, de forma explicativa dentro da

¹ Graduanda em Direito pela Faculdade de Pará de Minas – 7º Período, primeiro semestre de 2015.

² Mestre em filosofia pela FAJE/MG; Especialista em Direito pela UCAM/RJ; Graduado em direito pela PUC Minas; Professor de Processo Penal II, Direito Penal IV e Hermenêutica.

fundamentação e um eventual debate doutrinário. Também serão apresentadas jurisprudências acerca do tema.

Todos os crimes do Código Penal Militar são de ação penal pública incondicionada e em regra, os crimes militares possuem correspondência com os crimes comuns. A Lei 9099/95 traz em seu art. 90-A a impossibilidade dos benefícios da transação penal e do “sursis-pro” serem aplicados aos crimes militares. O Código Penal militar não traz a possibilidade da substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direito, assim como acontece com o Código Penal Comum que tem esta previsão no art. 44. Se um cidadão comum ou ainda um policial civil ou federal cometer um crime, este terá direito aos benefícios da Lei 9099/95 e ao benefício do art. 44 do CP. Por outro lado, segundo as lacunas e as vedações legais, se um policial militar cometesse o mesmo crime, ele não teria direito a estes benefícios. Uma análise constitucional acerca do tema é necessária para avaliar a evolução do atual direito militar. É preciso verificar a constitucionalização do direito penal militar, assim como aconteceu com os outros ramos de direito.

2 A CRIAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS

A sociedade, com o passar do tempo, passa por transformações que acarretam em uma necessidade de reformas e atualizações de suas condutas, geralmente reguladas por leis processuais. Assim como essa sociedade passa por transformações, as leis processuais que regulam o convívio social, de modo a tornar este convívio harmônico, também necessitam se adequar à realidade da sociedade.

Inicialmente, as lides decorrentes desse convívio social eram resolvidas por meio da autotutela, da arbitragem, e de diversos outros meios que, com o passar do tempo, tornaram-se obsoletos pois já não conseguiam resolver de maneira efetiva o objeto discutido no conflito.

Juntamente com a evolução social, que trouxe um alto grau de complexidade atingido pela sociedade moderna, com a mudança dos valores sociais e, concomitantemente ao crescimento populacional, as lides processuais também se transformaram e tornaram-se cada vez mais o meio de solução de conflitos mais buscado pela sociedade.

Diante desta situação, foi necessária uma adequação do sistema jurídico de modo a criar um dispositivo legal capaz de atender satisfativamente as demandas processuais e também de inovar o sistema, que antes era ultrapassado e irracional.

Uma nova perspectiva trazida pela Constituição de 1988 também buscava solucionar o problema da morosidade do Poder Judiciário, morosidade esta que até os dias de hoje é criticada pelos diversos doutrinadores e advogados.

No art. 98, inciso primeiro da Carta Magna, está previsto o seguinte:

Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:
I - juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau. (BRASIL, 1988)

Para atender a este dispositivo Constitucional, foi promulgada, na data de 26 de setembro de 1995, a Lei nº 9.099, que revogou a Lei nº 4.611, de 02 de abril de 1995 e a Lei nº 7.244, de 07 de novembro de 1984. Esta lei foi criada visando dar

mais celeridade, além de desburocratizar e simplificar o sistema processual brasileiro.

Na esfera penal, este sistema ficou responsável por solucionar as contravenções penais e os conflitos que possuem um menor potencial ofensivo e que possam ser resolvidos através de transações penais entre o acusado e o Ministério Público, realização da autocomposição entre a vítima e o acusado de prática de ilícito penal (através da reparação de danos materiais e civis sofridos), a disponibilidade da ação penal – que consiste na possibilidade de renúncia ao direito de queixa – e a suspensão condicional do processo. Desta forma, insta dizer que, em esfera penal, a conciliação abrange a composição e a transação penal.

Essa nova lei trouxe consigo a preocupação em solucionar os conflitos processuais evitando a morosidade da prestação jurisdicional, desta forma, o rito adotado nos Juizados Especiais é o rito sumaríssimo, que permite, dentro de suas competências, a realização de conciliação, o processo instrutório e a execução.

Em observância ao que rege o artigo 60 da Lei nº 9.099/95, são apresentadas as competências dos Juizados Especiais Criminais, cujas competências abrangem conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo. Temos, portanto, que “*compete aos Juizados Especiais processar e julgar as infrações penais com menor reprovabilidade social.*” (Vilas Bôas Neto, 2011).

A priori, insta observar que a redação original do artigo 61 da Lei nº 9.099/95 regulamentava “o que seria crimes de menor potencial ofensivo”, delimitando que estes crimes abarcavam as contravenções penais e os crimes em que a lei comine pena máxima não superior a 01 (um) ano. Vejamos:

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial. (BRASIL, 1995)

Promulgada na data de 12 de julho de 2001, a Lei nº 10.259, que regulamentou a criação dos Juizados Especiais Criminais no âmbito da Justiça Federal, trouxe uma nova perspectiva do conceito de crimes de menor potencial ofensivo, descartando a redação anterior do artigo 61, quando determina que crimes de menor potencial ofensivo são aqueles cuja pena máxima cominada seja igual ou inferior a 02 (dois) anos. Desta forma, vejamos:

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. (BRASIL, 1995).

Mesmo diante das diversas polêmicas que insurgiram da situação de haverem, entre a Justiça Estadual e a Justiça Federal, conceitos distintos de crimes de menor potencial ofensivo, é pacificado pela doutrina e jurisprudência majoritárias, onde firmaram o entendimento em consonância com a Lei nº 10.259/01, que os crimes de menor potencial ofensivo são aqueles em que a pena máxima não ultrapasse 02 (dois) anos, determinando, desta forma, a competência dos Juizados Especiais Estaduais em julgar as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima cominada não ultrapasse 02 (dois) anos. Com isso, considerar-se-á derogado o disposto no artigo 61 da lei nº 9.099/95, pela lei nº 10.259/01, como ensina o ilustre doutrinador Damásio de Jesus:

Comparando os dispositivos, vê-se que, enquanto o art. 61 da Lei n. 9.099/95 consigna a pena máxima permissiva cominada aos crimes em quantidade não superior a *um ano*, a lei nova determina que o máximo da sanção detentiva não pode ser superior a *dois anos*. Cuidando as duas normas do mesmo tema, qual seja, conceituação legal de crime de menor potencial ofensivo, e adotando o critério de classificação de conformidade com a quantidade da pena, observamos que empregam valorações diferentes. Em face disso, de prevalecer a posterior, de direito penal material, que, mais benéfica, derroga a anterior (CF, art. 5.º, XL; CP, art. 2.º, parágrafo único), ampliando o rol dos crimes de menor potencial ofensivo. Diante disso, consideramos que o parágrafo único do art. 2.º da Lei n. 10.259/2001 derogou o art. 61 da Lei dos Juizados Especiais Criminais (Lei n. 9.099/95). Em consequência, sejam da competência da Justiça Comum ou Federal, devem ser havidos como delitos de menor potencial ofensivo aqueles aos quais a lei comine, no máximo, pena detentiva não superior a dois anos ou multa. De modo que os Juizados Especiais Criminais da Justiça Comum passam a ter competência sobre todos os delitos a que a norma de sanção imponha, no máximo, pena detentiva não superior a dois anos (até dois anos) ou multa. (JESUS, 2002)

Finalmente, a fim de sanar qualquer divergência acerca do conceito de crime de menor potencial ofensivo, foi promulgada a Lei nº 11.313, de 28 de julho de 2006, que deu nova redação aos artigos 60 e 61 da Lei nº 9.099/95. Vejamos:

Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

Parágrafo único. Na reunião de processos, perante o juízo comum ou o tribunal do júri, decorrentes da aplicação das regras de conexão e continência, observar-se-ão os institutos da transação penal e da composição dos danos civis.

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa. (BRASIL, 1995)

Concluímos, portanto, que para fins de aplicação da Lei nº 9.099/95, aplicar-se-á a nova redação dada pela Lei nº 11.313/06 naquilo que tange os artigos 60 e 61 da referida lei.

3 INSTITUTOS DESPENALIZADORES APLICÁVEIS PELA LEI 9.099/95

A criação dos Juizados Especiais pela Lei nº 9.099/95 trouxe em seu escopo a efetivação dos princípios constitucionais da celeridade, economia e efetividade processuais. Diante da intenção de se buscar um procedimento que respeite o devido processo legal, mas que ao mesmo tempo atenda às necessidades atuais, fazendo com que os conflitos sejam resolvidos em processos que sejam não somente efetivos, mas sobretudo céleres, o legislador criou institutos capazes de tornar acessível a todos a busca rápida pela justiça. É nesta ceara que estudaremos os institutos despenalizadores previstos na Lei dos Juizados Especiais, sobretudo no âmbito dos Juizados Especiais Criminais.

A existência de institutos despenalizadores são, sem dúvida, um avanço que a Lei nº 9.099/95 trouxe para o Ordenamento Jurídico Brasileiro. Segundo Vilas Bôas Neto, 2011, institutos despenalizadores são aqueles “*aplicáveis em*

substituição à uma eventual e futura pena". Desta forma, em um determinado processo criminal onde se constate infrações de menor potencial ofensivo, estes institutos poderão ser aplicados na finalidade de, além de agilizar a persecução criminal, resolver o conflito através de medidas mais eficazes de ressocialização.

Essas inovações trazidas pela Lei nº 9.099/95 são fundadas no consenso. A fim de se instituir um sistema consensual de Justiça Penal, a lei 9.099/95 inovou ao introduzir em seu texto tais medidas despenalizadoras, sendo a composição de danos, a transação penal, a suspensão condicional do processo, além da representação nos casos de lesões corporais leves e culposas.

3.1 Da composição de danos

A composição de danos civis é um instituto que consiste na responsabilização civil imputada àquele que gera uma infração penal. É um instituto despenalizador previsto no artigo 74 da Lei 9.099/95, *ipsis litteris*:

Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação. (BRASIL, 1995)

O rito dos Juizados Especiais permite a realização de uma audiência preliminar antes mesmo do oferecimento da denúncia, atendendo ao princípio da efetividade, visando, através de uma tentativa de conciliação, resolver o conflito através de um possível acordo a ser firmado entre a vítima e o ofensor, dando efetividade de maneira mais célere a pretensão da vítima, e, desta forma colocar fim à controvérsia.

Este possível acordo possui natureza civil, assim, permite que entre os interessados seja entabulado acordo podendo abarcar: obrigação de fazer, não fazer, entregar, e, até mesmo, prestação pecuniária em favor do ofendido. Importante observar que a proposta, em caso de crimes de ação penal privada ou ação penal pública condicionada, obrigatoriamente deve ser apresentada às partes e, em caso de aquiescência de ambas, deverá ser reduzida a escrito e homologada pelo magistrado, desde que por meio da intervenção ministerial, o Ministério Público, que além de ser órgão acusador é fiscal da lei, não verifique impossibilidade de realização do acordo.

Homologado o acordo em esfera civil, este implica em renúncia tácita do ofendido ao direito de representação ou de queixa, para os casos de crimes de ação penal privada ou ação penal pública condicionada, arquivando-se o procedimento criminal e extinguindo-se a punibilidade do ofensor. Assim, em caso de descumprimento do acordo por parte do ofensor, não poderá o ofendido propor a ação penal. O que lhe é assegurado é a execução do acordo na esfera cível.

3.2 Da transação penal

Tratado no artigo 76 da Lei 9.099/95, o instituto da transação penal também trata de medida despenalizadora trazendo a possibilidade de aplicar medidas alternativas às penas privativas de liberdade (VILAS BÔAS NETO, 2011). Veja-se:

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

[...]

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível. (BRASIL, 1995)

Tal medida diferencia-se daquela que é a composição de danos pois não trata de um acordo firmado entre a vítima e o ofensor, mas sim de uma transação feita entre o ofensor e o Ministério Público, que transige no sentido de aplicar uma imediata pena restritiva de direitos ou multa, antes de ser iniciada a ação penal.

O objetivo da transação penal finda em dar maior celeridade ao procedimento, em cumprimento à um dos princípios orientadores dos Juizados Especiais, cabendo no entanto destacar que a transação penal ocorre em momento secundário, tendo em vista que o Ministério Público poderá propor a transação somente após restar excluída a possibilidade de arquivamento (quando da realização da composição de danos, primeiramente proposta), hipótese esta em caso de instauração do processo penal.

Faz-se necessário esclarecer que as propostas de transação penal encontram-se no rol do artigo 43 do Código Penal, onde estão elencadas as penas restritivas de direitos, ou multa, ressaltando-se que não são admitidas propostas de transação que versem sobre aplicação de penas privativas de liberdade ou ainda, a possibilidade de aplicação de uma pena privativa de liberdade cuja pena cominada seja reduzida em relação àquela que deveria ser aplicada ao crime. É importante lembrar, conforme cita Vilas Bôas Neto, 2011, que “*o aceite da transação penal pelo autor do fato não importa em confissão do suposto crime praticado, mantendo-se a primariedade do acusado*”. Contudo, tal benefício, apesar de não implicar em reincidência criminal, só poderá ser concedido novamente ao mesmo acusado após 5 (cinco) anos do cumprimento do benefício concedido.

Entretanto, como se pode observar nos incisos do §2º do artigo 76, acima elencados, existem causas impeditivas à proposta da transação penal, motivo pelo

qual a jurisprudência moderna entende ser a transação penal um direito subjetivo do acusado, que deverá preencher os requisitos objetivos para poder ter direito ao benefício. Destarte, se estiverem presentes e comprovadas qualquer das causas impeditivas, o Ministério Público não estará autorizado a propor a transação penal, o que implica dizer que “*nem todos os autores de infrações penais de menor potencial ofensivo podem ser beneficiados pela proposta de transação*” (MIRABETE *apud* ALVES, 2010, p.23).

Por fim, proposta a transação penal, esta deverá ser apreciada pelo juiz e homologada, lembrando que a proposta de transação penal, um dos institutos despenalizadores trazidos pela Lei 9.099/95, não é aplicável para os crimes militares.

3.3 Da suspensão condicional do processo

Como já explanado, o objetivo dos institutos despenalizadores é principalmente evitar a penalização, de modo a reintegrar, ressocializar o transgressor, reconduzindo-o à sociedade como membro integrante desta.

A suspensão condicional do processo é um dos importantes institutos trazidos pela Lei nº 9.099/95, também tratado como *sursis* processual. Tem cunho de evitar, em casos de crimes de menor potencial ofensivo, que o réu se submeta ao processo penal, pelo prazo de dois a quatro anos, evitando concomitantemente a imposição/execução de uma pena, devendo para tanto obedecer aos requisitos impostos pela lei, cumprindo todas as suas condições.

Cumprir destacar que a suspensão condicional do processo (ou *sursis* processual), trazida pela Lei nº 9.099/95 e o *sursis* (suspensão condicional da pena), trazido pelo Código Penal, se diferem no ponto em que no *sursis*, existe um processo penal instaurado, realiza-se a instrução penal e ao fim o juiz, em caso de condenação do réu, poderá suspender a execução da pena. Ao passo que na suspensão condicional do processo não existe sequer o processo, sendo uma medida proposta pelo Ministério Público, quando do oferecimento da denúncia, lembrando que não se trata de faculdade do Ministério Público, e sim de direito subjetivo do réu, pois assim como na transação penal, o réu neste caso também deverá cumprir alguns requisitos para ser beneficiado pela suspensão condicional do processo.

Em caso de aplicação deste instituto despenalizador, o réu também não perderá sua primariedade, e ainda, ao contrário do que acontece na transação penal, não precisará esperar o prazo de 5 (cinco) anos para ser novamente beneficiado, pois basta que cumpra todas as condições do benefício anteriormente concedido. (VILAS BÔAS NETO, 2011). Assim dispõe o artigo 89 da Lei nº 9.099/95:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de freqüentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos. (BRASIL, 1995)

Extrai-se deste artigo que o instituto despenalizador da suspensão condicional do processo só poderá ser aplicado em casos onde a pena mínima privativa de liberdade cominada à infração for equivalente ou inferior a um ano, não sendo possível sua aplicabilidade se o acusado já estiver sendo processado ou se tiver sido condenado anteriormente por outro crime, ou ainda, não preencher os requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena, previstos no artigo 77 do Código Penal. Ressalte-se que o descumprimento das condições impostas implica em revogação da suspensão, e, conseqüentemente, a retomada do processo.

Por fim, quando findado o prazo da suspensão do processo sem que ocorra qualquer das hipóteses de revogação previstas no §4º do artigo 89, acima demonstrado, o Juiz declarará e extinção da punibilidade do acusado.

3.4 Da representação nos casos de lesões corporais leves e culposas

O artigo 88 da Lei nº 9.099/95 dita que “*além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas*”. Este artigo trouxe em seu texto um instituto despenalizador, qual seja, a necessidade de representação nos casos de lesões corporais leves e culposas. Isto porque, como ensina GRINOVER, citada por ALVES,

A transformação da ação penal pública incondicionada em ação pública condicionada significa despenalização. Sem retirar o caráter ilícito do fato, isto é, sem descriminalizar, passa o ordenamento jurídico a dificultar a aplicação da pena de prisão. (GRINOVER *et al apud* ALVES, 2010, p.24)

Assim, nessas espécies de crimes, em caso de restar frustrada as tentativas de conciliação para composição de danos civis sofridos pela vítima, esta, facultativamente poderá ou não iniciar o processo, de acordo com sua avaliação em relação à conveniência ou oportunidade para que o faça. Isto porque a Lei nº 9.099/95 deixou expressa a exigência da representação da vítima nos casos dos crimes em tela.

Portanto, deverá ser a vítima (ou seu representante legal) a legitimada para oferecer oralmente a representação contra o autor do fato, sendo que tal representação deverá ser realizada na audiência preliminar ou depois desta,

devendo observar o prazo decadencial de seis meses contados da data do fato, conforme determina o artigo 38 do Código de Processo Penal.

Esta norma trazida pelo artigo 88 da Lei nº 9.099/95, é também uma condição de procedibilidade da ação penal, e sua ausência acarreta na extinção da punibilidade pela decadência, por isso pode ser tratada como instituto despenalizador.

4 SUBSTITUIÇÃO DA PENA NO ÂMBITO DO ARTIGO 44 DO CÓDIGO PENAL

O artigo 44 do Código Penal não se trata de um instituto despenalizador, contudo traz condições que visam a substituição de uma pena privativa de liberdade que seria aplicada à determinados tipos de crimes por uma pena restritiva de direitos.

A aplicabilidade da substituição da pena permite que o acusado, ao lhe ser imputado uma pena de curta duração, possa ter substituída essa pena por outra que tecnicamente seria mais benéfica ao mesmo, tendo em vista que não terá restrito seu direito de ir e vir, evitando seu encarceramento, e sim deverá apenas cumprir com restrições de direitos que a seguir serão explanados.

O artigo 44 do Código Penal traz os requisitos necessários e indispensáveis para que o Juiz possa aplicar a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Veja-se:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

§ 1º VETADO

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos.

(...)

§ 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior. (BRASIL, 1940).

Segundo GRECO (2012, p.142), os requisitos são “*considerados cumulativos, ou seja, todos devem estar presentes para que se possa realizar a substituição.*”

Se observarmos o artigo 44 acima demonstrado, percebe-se que o inciso I do aludido artigo é objetivo, pois dita que para que se viabilize a substituição da pena, aquela pena privativa de liberdade cominada à infração não deverá ser superior a 4 (quatro) anos em caso de crimes dolosos e o crime cometido não poderá ter sido sob violência ou grave ameaça. Em relação aos crimes culposos, observa-se que a lei não faz qualquer ressalva com relação ao limite da pena aplicada.

O segundo requisito exigido pelo inciso II do artigo 44 (acima) é o da inexistência de reincidência em crimes dolosos. Trata-se também de um requisito objetivo. Implica dizer que se o réu for tecnicamente considerado reincidente em

crime culposo, essa situação não impedirá a substituição da pena. Isto porque a lei é expressa no que tange a reincidência ser em crimes de natureza dolosa, isto é, que as duas infrações cometidas e colocadas em confronto sejam de natureza dolosa.

Não se pode olvidar que tal inciso tenha sofrido ressalva no §3º do referido artigo, onde inicialmente se vê a impossibilidade da substituição em caso de reincidência dolosa. O §3º dita que

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime. (BRASIL, 1940)

Assim, caberá ao juiz avaliar se a concessão da substituição atenderá à finalidade de evitar o desnecessário encarceramento do condenado bem como a de se a substituição terá em si o seu efeito preventivo, mesmo sendo o condenado reincidente em crimes dolosos, lembrando que, de acordo com a última parte do §3 do art. 44 do CP, *“se houver condenação pela prática do mesmo crime anterior, sendo o condenado reincidente específico, também não se permitirá a substituição”* (GRECO, 2012, p.44).

O terceiro requisito, considerado subjetivo, para a aplicação da substituição da pena, encontra-se no inciso III do artigo 44 do CP. Este requisito possibilita a substituição da pena somente em casos em que restar comprovado que tal substituição atenda tanto ao condenado como a sociedade.

A substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos não pode ser entendida como impunidade ou mesmo como descaso em relação aos bens jurídicos tutelados pelo CP. A pena, como dita a própria lei em seu artigo 59 do Código Penal, e ensina Rogério Greco (2012, p.44), deve ser aquela *“necessária e suficiente para a reprovação e a prevenção do crime”*.

4.1 Do direito subjetivo à substituição

A substituição da pena é um direito público subjetivo do acusado, desde que este preencha todos os requisitos legais da substituição, e esta não poderá lhe ser negada. Só poderá se o julgador, de maneira fundamentada, demonstrar que falta algum dos requisitos para a concessão, isto após serem analisadas todas as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (BRASIL, 1940)

4.2 Da conversão das penas restritivas de direitos

O Código Penal traz a possibilidade de conversão das penas restritivas de direitos para privativas de liberdade. Esta situação ocorrerá nos casos em que houver o descumprimento injustificado da restrição imposta. Veja-se:

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão. (BRASIL, 1940)

4.3 Das espécies de penas restritivas de direitos

São espécies de penas restritivas de direitos aquelas elencadas nos artigos 45 a 48 do Código Penal, sendo a prestação pecuniária, perda de bens e valores, a prestação de serviços à comunidade ou à entidades públicas, a interdição temporária de direitos e a limitação de fins de semana. Veja-se:

Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 48.

§ 1º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários.

§ 2º No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza. (BRASIL, 1940)

É importante destacar que para que a pena privativa de liberdade seja substituída pela prestação pecuniária, não há necessariamente que tenha ocorrido um prejuízo material à vítima, podendo ser aplicados nas hipóteses de ocorrência de dano moral.

A perda de bens e valores trazida pelo §3º do artigo 45 abrange os bens móveis e imóveis, integrantes do patrimônio lícito do acusado, sendo convertidos em favor do Fundo Penitenciário Nacional, ressalvada a legislação especial:

§ 3º A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto – o que for maior – o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime.

§ 4º VETADO. (BRASIL, 1940).

A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas que deverão ser realizadas de forma gratuita pelo acusado, sendo que tais tarefas deverão ser atribuídas de acordo com suas aptidões, e estas atividades não poderão prejudicar a jornada de trabalho normal do acusado:

Art. 46. A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é aplicável às condenações superiores a seis meses de privação da liberdade.

§ 1º A prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado.

§ 2º A prestação de serviço à comunidade dar-se-á em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres, em programas comunitários ou estatais.

§ 3º As tarefas a que se refere o § 1º serão atribuídas conforme as aptidões do condenado, devendo ser cumpridas à razão de uma hora de tarefa por

dia de condenação, fixadas de modo a não prejudicar a jornada normal de trabalho.

§ 4º Se a pena substituída for superior a um ano, é facultado ao condenado cumprir a pena substitutiva em menor tempo (art. 55), nunca inferior à metade da pena privativa de liberdade fixada. (BRASIL, 1940).

A interdição temporária de direitos compreende na interdição do exercício dos direitos elencados no artigo 47 do Código Penal:

Art. 47 - As penas de interdição temporária de direitos são:

I - proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo;

II - proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público;

III - suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo.

IV – proibição de freqüentar determinados lugares.

V - proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exame públicos. (BRASIL, 1940)

A limitação de fim de semana, trazida pelo artigo 48 do Código Penal consiste na obrigação que o condenado tem de permanecer aos sábados e domingos, pelo período de 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado e este deverá encaminhar ao juiz da execução os relatórios, e também deverá comunicar ao juízo, em qualquer momento, ausências ou faltas disciplinares do condenado.

Art. 48 - A limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado.

Parágrafo único - Durante a permanência poderão ser ministrados ao condenado cursos e palestras ou atribuídas atividades educativas. (BRASIL, 1940).

Ressalte-se mais uma vez que o descumprimento de quaisquer destas restrições impostas acarretará em conversão da pena restritiva de direitos para a privativa de liberdade, conforme preleciona o §4º do artigo 44 do Código Penal.

5 A JUSTIÇA MILITAR

Para se compreender o importante papel desempenhado pela Justiça Militar, bem como sua estrutura e manutenção, importante se faz compreender os motivos determinantes para o seu surgimento.

As constituições da Grécia e Roma Antiga previam em seu texto a existência de uma estrutura composta de homens, capazes e preparados que tinham o dever de defender seus territórios e seus reis.

A fim de se regulamentar as ações destes homens no exercício de suas funções, prevenindo desta forma a práticas de delitos, criou-se um código, que na maioria das vezes era consuetudinário e não escrito, onde para cada delito cometido haveria uma pena a ser aplicada.

O Livro “A Arte da Guerra” citado por Vila Bôas (2011, p.9), explica a importância da hierarquia e da disciplina dos exércitos.

Verifica-se, desta forma, que mesmo nas sociedades mais simples foram sendo criadas instituições militares regidas por uma norma ou código específico,

onde a disciplina e a hierarquia são sedimentadas no corpo de seus seguidores, e tais normas não eram aplicadas ao restante da sociedade.

Em Portugal, antes do reinado de D. João V, elaborou-se um código penal militar, oriundo das experiências do Conde de Lippe, onde o foco principal era o prestígio da hierarquia e da disciplina.

No Brasil, somente por volta do século XVIII adotou-se o Código do Conde de Lippe, com fortes influências da coroa Portuguesa, e tal código, que regulamentava as normas e atribuições dos então militares, vigorou até a Proclamação da República.

Voltada para a defesa da família real, fora criada uma instituição de natureza militar: a Divisão Militar da Guarda Real de Polícia, sendo a primeira organização policial do Brasil, criada por D. João VI, onde os militares eram regidos por regulamentos próprios, cujos princípios fundamentais eram a hierarquia e a disciplina, como exaustivamente exposto.

5.1 A Justiça Militar no Brasil e a criação do Código Penal Militar

Com o desembarque da família real no Brasil no ano de 1808, inevitável foi o início de uma estruturação e organização de um governo sobre a colônia. Estruturou-se um poder judiciário, com a criação de tribunais, entre eles o Conselho Supremo Militar e de Justiça.

Com a Proclamação da República, adveio o Código Penal da Armada, o qual também fora utilizado pelo Exército até meados do ano de 1899.

Antes da vigência do atual Código Penal Militar, criado pelo Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, vigorou no Brasil o Código de Justiça Militar, no período de 1938 até 1969.

Ao implantar o Código Penal Militar atual, que se trata de uma lei especial, buscou-se dar maior complementação ao antigo Código de Justiça Militar, e, em que pese ser semelhante com a legislação comum, o Código Penal Militar contempla as peculiaridades existentes no exercício das funções e do regime militar.

A Constituição da República de 1988 prevê em seu artigo 92, inciso VI, que “São órgãos do Poder Judiciário: [...] IV – Os Tribunais e juízes militares”. A criação do Código Penal Militar no ano de 1969

[...] a princípio teve como destinatário os integrantes das Forças Armadas, e posteriormente também alcançou aos integrantes das Forças Militares Estaduais, Polícias Militares e Corpo de Bombeiros Militares, e também aos civis, brasileiros e estrangeiros residentes no país que venham a praticar um crime militar previsto em lei. (ROSA, 2009, p.14).

Assim, percebe-se que a criação de uma legislação específica ao militarismo, bem como da justiça militar mostra que os valores inerentes à condição de militar são próprios e destacados dos valores da sociedade, e deve sempre acompanhar as modificações desta, pois “a sociedade se encontra em evolução e o direito deve acompanhar essas modificações” (ROSA, 2009, p.14).

6 DA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL

Como é possível perceber, o histórico e a origem da Justiça Militar sempre se pautou na manutenção da hierarquia e da disciplina militares, princípios basilares da legislação aplicada à Justiça Militar.

Com o objetivo de proteger a segurança externa do país, criou-se o Código Penal Militar. Jorge César de Assis, citado por Vilas Bôas Neto, ensina:

O CPM elencou um rol de tipos penais militares, destinado a proteger a segurança externa do país, caracterizadora de sua soberania. A soberania de um país tem reflexos no chamado direito penal internacional, dentro do qual estão envolvidos os Estados soberanos, em relações recíprocas, coordenadas principalmente pela Organização das Nações Unidas, dentre outras, como a Organização dos Estados Americanos, os países do Mercosul, etc. (ASSIS *apud* VILAS BÔAS NETO, p.10).

Contudo, a realidade vivida pelos Estados federados trouxe a necessidade da criação de instituições garantidoras de sua ordem interna. Estas instituições, Polícia e Bombeiros Militares, representam a força, asseguram a ordem e a segurança estatal e a segurança da sociedade, motivo pelo qual adquiriram a status de militar, antes atribuído somente aos integrantes das Forças Armadas.

Com essa qualidade de militar, o Código Penal Militar, que antes regia as condutas somente dos integrantes das Forças Armadas, passou a reger também a Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militares, visto que estes últimos são regidos e comandados pelos Estados membros, o que justifica a aplicação do Código Penal Militar não só apenas a esfera da União, mas também à esfera Estadual.

Assim, implantou-se a Justiça Militar Estadual, que é competente para julgar os crimes cometidos pelos policiais e bombeiros militares e positivados pelo CPM.

A criação da Justiça Militar Estadual está prevista no artigo 125, §3º da Constituição da República de 1988, que dita que a lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual.

De acordo com o mandamento constitucional, que a Justiça Militar será constituída, em primeiro grau, pelos Juízes 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.

6.1 Estrutura

Para entender a estrutura da Justiça Militar Estadual, é necessário primeiramente saber que no sistema jurídico brasileiro, a Justiça Militar divide-se em: Justiça Militar Federal, que é responsável por julgar os militares das Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica), quando estes cometerem infrações tipificadas no Código Penal Militar; e Justiça Militar Estadual, que por sua vez é responsável por julgar os militares das Forças Auxiliares (Polícia e Corpo de Bombeiros Militares), quando da violação dos dispositivos do mesmo Código.

Ressalte-se mais uma vez que a administração militar baseia-se na hierarquia e disciplina, que estão inseridos nos princípios comuns da administração pública, contudo, tomam caráter peculiar e permeiam por toda estrutura e funcionalidade da organização militar.

Como já asseverado, a Constituição Federal prevê em seu artigo 125, §3º, a possibilidade da criação, por parte dos Estados, de Tribunais Militares, com a condição de o efetivo de sua Polícia Militar seja superior a vinte mil integrantes.

Dentre todos os estados federados, apenas três (Minas Gerais, Rio Grande do Sul e São Paulo) preencheram tal condição, portanto, possuem Tribunais Militares Próprios. Nos demais Estados e no Distrito Federal, a jurisdição

pertencente à Justiça Militar Estadual é exercida por juízes civis da carreira da Justiça Comum Estadual.

Destarte, a primeira instância da Justiça Militar Estadual constitui-se pelas Auditorias e pelos Conselhos de Justiça (denominados Conselho Especial – CEJ e Conselho Permanente de Justiça – CPJ). É de se destacar que todos os crimes julgados pelos conselhos são aqueles que ferem a hierarquia e a disciplina.

O Conselho Permanente de Justiça (CPJ) é composto por um magistrado (juiz civil togado), que é o Juiz de Direito do juízo Militar e, nos impedimentos deste, será o Juiz de Direito Substituto do juízo Militar que deverá atuar como cooperador nas Auditorias, e por quatro Oficiais da ativa da Polícia Militar ou do Corpo de Bombeiros Militar, onde exercem a instrução e o julgamento dos processos, ressaltando que tais Conselhos de Justiça têm composição e competência diferenciadas de acordo com os jurisdicionados processados. Implica dizer que um militar somente será julgado por um Conselho cujos Oficiais possuam patente superior à do jurisdicionado processado e, em caso de impossibilidade, quando da falta de oficiais de patente igual ou superior ao militar julgado no CPJ, formar-se-á um Conselho Especial, previamente designado. O CPJ se diferencia do CEJ no que tange à sua destinação, qual seja processar as praças acusadas de crimes militares; e no que tange à duração, que alterna-se a cada três meses.

O Conselho Especial (CEJ) é composto por cinco membros: um presidente, sendo o Juiz de Direito ocupante de tal função, mais quatro Juízes Militares, sendo um Oficial superior, de posto mais elevado que os demais ou de maior antiguidade. Os demais devem ser oficiais ocupantes de posto mais elevado que o acusado, ou de maior antiguidade. O CEJ é destinado a processar e julgar oficiais até o posto de Coronel, acusados de crimes militares. O Conselho de julgadores, composto por juízes militares, possui composição distinta e é designado para cada processo, mantendo-se inalterados os componentes do Conselho enquanto durar o processo. Implica dizer que, após a decisão final do julgamento, tal Conselho se extinguirá.

Por outro lado, é de se destacar que, de acordo com a Emenda Constitucional 45/2004, os crimes militares praticados contra civis bem como as ações judiciais que têm como objeto atos disciplinares militares serão julgados pelo juiz civil togado, singularmente. Nos demais casos, será o Conselho de Justiça o competente para o julgamento.

No Tribunal Constitucional do Júri, passada a fase de alegações e defesa, réplicas e trélicas, o Conselho fará uma votação com o cunho de decidir se o militar julgado será punido ou não, e, em caso de punição, qual será. Ressalte-se que, em que pese a decisão dos oficiais-juízes militares que compõem o Conselho não ser unânime na maioria dos casos, tal decisão sobrepõe ao voto do juiz togado.

Em segunda instância, a Justiça Militar Estadual realizará os julgamentos pelo Tribunal de Justiça Militar, que deverá funcionar nos mesmos moldes do Tribunal de Justiça Comum. Entretanto, os componentes deste solene tribunal serão juízes, e não desembargadores, podendo ser Juízes Militares nomeados pelo Governador do Estado, dentre militares de alta patente e Juízes Civis togados, e também por nomeação dos representantes do quinto constitucional (advogados e membros do Ministério Público), nos termos do artigo 94 da Constituição da República.

Art. 94. Um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados, e do Distrito Federal e Territórios será composto de membros, do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de

dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes. (BRASIL, 1988)

Nos Estados (em exceção de MG, SP e RS) e no Distrito Federal, a segunda instância da Justiça Militar é exercida pelo respectivo Tribunal de Justiça.

Importante lembrar que, assim como na magistratura civil, aos juízes togados que se oficiam na Justiça Militar Estadual são assegurados todos os direitos e prerrogativas inerentes ao juiz comum, tendo como única diferença a especialidade da matéria militar.

6.2 Competência

À Justiça Militar Estadual compete processar e julgar as ações judiciais movidas contra atos disciplinares bem como crimes militares definidos em lei, praticados por Oficiais e praças da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar, e também os crimes cometidos por militares da reserva e reformados, de acordo com cada caso especificado na legislação penal militar.

À Justiça Militar Estadual não compete o julgamento de civis, por expressa vedação constitucional, e, ao Juiz de Direito do juízo Militar incumbe, como dito acima e de acordo com a Emenda Constitucional 45/2004, o processamento e julgamento, de forma singular, de crimes militares cometidos contra civis, e também as ações judiciais contra atos disciplinares e aos Conselhos de Justiça (CEJ ou CPJ), julgar os demais crimes militares. Ressalte-se que a jurisdição da Justiça Militar Estadual é restrita ao território do seu Estado.

De maneira simplificada, é importante lembrar que o CPJ é competente para processar e julgar crimes militares praticados pelas praças da Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar, já o CEJ tem competência para processar e julgar infrações previstas no Código Penal Militar em que são acusados aqueles que possuem posto até Coronel, bem como crimes praticados em co-autoria com Oficiais.

Posto isso, fica exaustivamente definida e apresentada a competência da Justiça Militar Estadual, mas necessário se faz definirmos o que é o crime militar e quais são suas características.

7 DO CRIME MILITAR

Em relação ao crime militar, é de se comentar que este possui as mesmas características e elementos de um crime comum, ressalvando-se as suas peculiaridades.

O conceito de crime militar pode ser entendido, devido à especificidade da matéria, como toda infração penal prevista legalmente no Código Penal Militar. Destaca Lobão, *apud* SILVEIRA, 2007:

[...] em face do direito positivo brasileiro, o crime militar é a infração penal prevista na lei penal militar que lesiona bens ou interesses vinculados à destinação constitucional das instituições militares, à sua própria existência, no aspecto particular da disciplina, da hierarquia, da proteção à autoridade militar e ao serviço militar. (LOBÃO *apud* SILVEIRA, 2007, p.28).

Por outro lado, o crime de militar é aquele praticado por pessoa ocupante de cargo militar, ou seja, possua uma função profissional militar. Não será necessariamente processado e julgado pela Justiça Militar. Antes deverão ser

analisadas as circunstâncias do crime e, caso possua característica comum ao agente civil, o julgamento do autor do ilícito será realizado pela Justiça Comum.

O conceito analítico determinante do crime na esfera militar é o mesmo daquele utilizado na esfera comum, sendo fato típico, antijurídico e culpável, contudo possui a especificidade da esfera especial da Justiça Militar, possuindo em seu escopo os princípios da hierarquia e disciplina dentro de uma ordem jurídica própria, princípios estes que refletem em toda a instituição.

Tratados como valores, a hierarquia e a disciplina são indissociáveis da carreira militar, o que justifica a existência de uma justiça especializada para julgar crimes propriamente militares, não previstos na legislação penal ordinária, como de um direito penal especializado e o correlato de um processo penal.

Destarte, a Constituição da República atribui certos tratamentos diferenciados aos militares em muitos dispositivos devido à peculiaridade de sua função. O militar se enquadra como funcionário público de categoria especial, possuindo regimento próprio e está sempre investido no poder de autoridade pública. Assim, o crime militar, praticado por militares tanto na esfera estadual quanto das Forças Armadas e previstos no Código Penal Militar, não está equiparado a quem pratica crime comum.

Assis, citado por Vilas Bôas Neto, ensina que o crime militar

É toda violação acentuada ao dever militar e aos valores das instituições militares. Distingue-se da transgressão disciplinar porque esta é a mesma violação, porém na sua manifestação elementar simples. A relação entre crime militar e transgressão disciplinar é a mesma que existe entre crime e contravenção penal. (ASSIS *apud* VILAS BÔAS NETO, 2011, P.12)

Adentremo-nos nas características do crime militar.

7.1 Características do crime militar

Para maior compreensão do crime militar, bem como do presente artigo, há que serem apresentadas as características do crime militar, que se dividem em crime militar próprio e crime militar impróprio.

7.1.1 Do crime militar próprio

O crime militar próprio (ou propriamente militar) é aquele previsto na legislação penal militar e aplicado de acordo com a qualidade militar do agente, ou seja, só pode ser praticado por militar, bem como o caráter militar do crime.

Nas lições de Assis, citado por Vilas Bôas Neto:

Crime militar próprio – são chamados crimes propriamente militares aqueles cuja prática não seria possível senão por militar, porque essa qualidade é essencial para que o fato delituoso se verifique.

[...]

Considerando-se, portanto, que a caracterização de crime militar obedece atualmente ao critério *ex vi legis*, entendemos que s.m.j, crime militar próprio é aquele que só é previsto no Código Penal Militar e que só pode ser praticado por militar. (ASSIS *apud* VILAS BÔAS NETO, 2011, p. 12)

Conclui-se, portanto, que crimes propriamente militares são aqueles praticáveis apenas por militares, ou seja, exige do agente a condição de militar.

7.1.2 Do crime militar impróprio

Os crimes militares impróprios (ou impropriamente militares) são aqueles que podem ser praticados por qualquer cidadão civil ou militar, contudo, quando praticado por militar, a lei, em certas condições, considera como crime militar, mesmo que tal ilícito esteja previsto também no Código Penal Comum e desde que esteja previsto no Código Penal Militar.

Mais uma vez, Assis, citado por Vilas Bôas Neto, ensina que:

Crime militar impróprio – São aqueles que estão definidos tanto no Código Penal Castrense quanto no Código Penal comum e, que, por um artifício legal tornam-se militar por se enquadrarem em uma das várias hipóteses do inc. II do art. 9º do diploma militar repressivo. São compreensão normal da função militar. (ASSIS *apud* VILAS BÓAS NETO, 2011, p.13)

Assim, são crimes militares impróprios: homicídio, lesão corporal, crimes contra a honra, contra o patrimônio, crimes de tráfico ou posse de entorpecentes, crimes de falsidade, crimes de corrupção, de peculato, dentre outros, pois têm previsão legal própria, ou seja, são definidos como crime pela lei.

8 APLICAÇÃO DA LEI Nº 9.099 E DO ARTIGO 44 DO CÓDIGO PENAL NO ÂMBITO DA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL

Neste capítulo, abordaremos o tema principal da presente pesquisa, sendo a possibilidade de aplicação da lei nº 9.099/95 no âmbito da Justiça Militar Estadual bem como a possibilidade da aplicação do artigo 44 do Código Penal comum, que trata da substituição da pena, na Justiça Militar Estadual.

8.1 A lei nº 9.099/95 e a Justiça Militar Estadual

A Lei nº 9.099/95 cria e disciplina os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, de acordo com as disposições do artigo 98 da Constituição da República, primando pelos princípios da celeridade, economicidade e efetividade processuais.

Com o advento desta lei, a Justiça Militar Estadual, também visando tornar mais céleres os processos criminais militares, verificou a possibilidade de aplicar os institutos despenalizadores trazidos pela Lei nº 9.099/95 em sua esfera, quais sejam a composição, a transação e a suspensão do processo, a fim de viabilizar um julgamento mais célere das infrações penais de menor potencial ofensivo previstas no Código Penal Militar.

Tal realidade foi aplicada, ainda que de forma parcial, no âmbito da Justiça Militar, principalmente no que tange aos artigos 76 e 89, com aproveitamento dos institutos da representação e suspensão do processo quando do julgamento de crimes de menor potencial ofensivo.

Nas lições de Damásio E. de Jesus, citado por Vilas Bôas Neto (2011, p.14), a “*suspensão condicional do processo é aplicável aos delitos militares arrolados pelo artigo 89 da lei especial, sendo a competência da Justiça Militar*”.

Partindo dos princípios da isonomia entre militares e civis, bem como a busca da celeridade da Justiça Castrense, a justificativa para a aplicação da Lei 9.099/95 na Justiça Militar seria pelo fato de que a diferenciação de tratamento no que tange a não aplicabilidade desta lei no tocante aos artigos 76, 88 e 89 por parte dos juízes

militares incorreria no cerceamento do direito do acusado, além do desrespeito do princípio da isonomia.

Entretanto, o advento da Lei nº 9.839/99 vedou a aplicação da lei que regula os Juizados Especiais Criminais no âmbito da Justiça Militar Estadual quando acrescentou à redação da Lei nº 9.099/95 o artigo 90-A, que dita que “*As disposições desta lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar*”. Assim, a partir daí, a aplicação da lei nº 9.099/95 não seria mais possível no âmbito da Justiça Militar, sendo que tal benefício não poderia ser revogado nos casos em que já foram concedidos, com base no princípio da irretroatividade da lei penal mais severa.

Como visto, nossos Tribunais Superiores decidiam que, embora não sendo possível a criação de Juizados Especiais na Justiça Militar, aplicavam-se nas ações penais os institutos criados pela lei 9.099/95, ou seja, a composição civil, a transação, a representação para crimes de lesões corporais leves e culposas e a suspensão condicional do processo. Não tiveram sucesso, assim, as decisões de outros Tribunais, inclusive militares, que decidiam de forma diversa. Entretanto, com a edição da lei. 9.839/99, que acrescentou o art. 90-A à lei 9.099/95, ficou expressamente proibida a aplicação de qualquer dos dispositivos dessa lei no âmbito da Justiça Militar. (MIRABETE *apud* VILAS BÔAS NETO, 2011, p.15)

Observa-se que o Código Penal Militar não traz nenhuma hipótese que permita a substituição da pena privativa de liberdade e por isso é importante verificar a possibilidade de aplicação da Lei dos Juizados Especiais no âmbito da Justiça Militar.

Paulo Tadeu Rodrigues Rosa observa que

O art. 90-A da Lei 9099/95 que foi modificado por lei federal diz que, “Não se aplicam às disposições desta lei à Justiça Militar”. Uma leitura atenta do novo dispositivo da lei evidencia que esta não fez qualquer menção a Justiça Militar Estadual, utilizando-se de uma expressão genérica, que deve ser interpretada pelo julgador quando da efetiva aplicação da lei ao caso concreto. (ROSA, 2000).

Porém, com a vedação expressa da aplicação da Lei nº 9.099/95 na Justiça Militar, os dispositivos desta lei não deveriam sequer serem observados pelos juízes militares.

Entretanto, os benefícios despenalizadores previstos na Lei nº 9.099/95 estão cada vez mais tendentes a serem aplicados na Justiça Militar. Nos entendimentos de Paulo Tadeu Rodrigues Rosa,

O cidadão militar por força do art. 5º da CF não pode receber tratamento diferenciado em relação ao cidadão civil. Se o juiz estadual integrante da Justiça Comum mesmo nos casos em que não existindo o Juizado Especial Criminal pode aplicar os institutos previstos na Lei 9.099/95 aos crimes de menor potencial ofensivo, essa prerrogativa também se aplica ao juiz auditor militar que é integrante do Poder Judiciário Estadual e possui as mesmas garantias asseguradas aos integrantes da Justiça Comum. (ROSA, 2000)

Neste sentido, é o entendimento de Luiz Flávio Gomes:

O princípio da igualdade impõe tratamento igual para os iguais no que diz respeito aos delitos previstos também no código comum; logo, sob pena de odiosa discriminação, merecem o mesmo tratamento dado aos civis.

[...] os crimes militares próprios (que estão definidos exclusivamente no Código Penal Militar) podem (e devem) justificar tratamento especial. Os impróprios (que estão previstos também no Código Penal Comum), no entanto, de modo algum justificam qualquer diferenciação, sob pena de abominável discriminação. (GOMES *apud* VILAS BÔAS NETO, p.15)

Dentro deste contexto, ensina Dalabrida:

Dentro deste contexto, não há como afastar a aplicação das mediadas despenalizadoras previstas na Lei 9099/95 para os casos de crimes impropriamente militares, devendo, pois, a restrição imposta pela Lei 9839/99 ser aplicada com exclusividades aos crimes propriamente militares, em relação aos quais a inacessibilidade aos institutos consensuais revela-se razoável, porquanto atingem dada sua singularidade, valores próprios e específicos do militarismo, inconfundíveis com aqueles que ostentam diferente natureza e grau de ofensividade [...].

Ocorre que, a partir da Lei 10259/2001, com a reformulação do conceito de infração penal de menor potencial ofensivo, assim considerados os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos ou multa (art 2º), aquela restrição foi afastada, tornando perfeitamente possível a aplicação da transação no âmbito da Justiça Castrense. (DALABRIDA *apud* VILAS BÔAS NETO, 2011, p.15-16)

Diante destes entendimentos, verificamos a existência de três correntes: aquela que defende a impossibilidade de aplicação da Lei nº 9.099/95 no âmbito da Justiça Militar; a segunda, que defende tal possibilidade, mas somente para os crimes militares impróprios, ou seja, somente quando o ilícito praticado estiver previsto tanto no Código Penal comum quanto no Código Penal Castrense, e a terceira, que prevê a possibilidade de aplicação dos institutos despenalizadores trazidos pela Lei nº 9.099/95 no âmbito da Justiça Militar, tanto para crimes militares próprios, quanto para os impróprios.

Destarte, as correntes doutrinárias que rebatem a possibilidade da aplicação da Lei 9.099/95 na Justiça Militar, mesmo para os crimes militares impróprios, justificam que a lei dos Juizados Especiais é incompatível com a Justiça Militar, visto que esta última é uma Justiça Especializada, aplicando-se um direito especial, o Direito Penal Militar, e a própria lei dita que os Juizados Especiais Cíveis e Criminais são órgãos da Justiça Ordinária (Justiça Comum). Tal pensamento do ilustre doutrinador Jorge César de Assis e citado por Vilas Bôas Neto, mostra a divergência existente entre os doutrinadores consagrados em relação da aplicabilidade da Lei nº 9.099/95 na Justiça Militar.

Por outro lado, há uma outra corrente que defende a criação de um Juizado Especial Militar, que propõe:

O art. 90-A da Lei 9.099/95 não impede a efetiva aplicação dos seus institutos à Justiça Militar Estadual.

[...]

O texto constitucional permite expressamente que os Estados por meio de Lei Estadual possam criar seus Juizados Especiais. A Justiça Militar Estadual é um dos órgãos do Poder Judiciário do Estado, expressão utilizada pela Constituição do Estado de São Paulo, que foi promulgada no dia 05 de outubro de 1989. Portanto, a vedação pretendida pelo art. 90-A não se aplica a esta Justiça Especializada, que é competente para processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares nos crimes militares definidos em lê, art. 125, § 4.º, da CF. (ROSA, 2000).

Ainda nos entendimentos do doutrinador Paulo Tadeu Rodrigues Rosa,

Pode-se afirmar, que a nova Lei quando bem aplicada significará uma resposta aos anseios populares, pois a maioria das pessoas desconhece o significado de prescrição, decadência, procedimentos, mas acredita no Poder Judiciário e na efetiva aplicação da norma, como instrumento de Justiça e paz social.

Na busca do aprimoramento do Poder Judiciário, a criação dos Juizados Especiais de Pequenas Causas Criminais na Justiça Militar (Federal ou Estadual) seria um aprimoramento da Justiça Castrense, que deve ser célere na resposta ao ilícito praticado pelo infrator. Mas a Justiça Especializada não está afastada das modificações que vem ocorrendo no campo do direito penal em relação as penas. Deve-se observar, que o militar encontra-se amparado pela Constituição Federal, estando diferenciado apenas pela atividade desenvolvida, mas a sua liberdade é a mesma que assegurada pelo Estado ao funcionário civil ou aos demais cidadãos. (ROSA *apud* VILAS BÔAS NETO, 2011, p.17)

Neste entendimento, seria possível a criação de um juizado específico para a Justiça Militar, que além de trazer mais celeridade de resposta ao ilícito praticado, traria mais economicidade e efetividade aos processos penais militares.

Assim ensina o professor Francisco José Vilas Bôas Neto:

Caso seja possível a aplicação dos dispositivos previstos na lei 9.099/95 nos crimes de competência da Justiça Militar, principalmente no que se refere aos benefícios despenalizadores previstos na lei, tais como a transação penal e suspensão condicional do processo, verificar-se-á que o art. 90.A da referida lei, deve ser interpretado de forma relativa, devendo-se objetivar em quais casos os dispositivos previstos na lei dos Juizados Especiais serão aplicados na Justiça Militar. De outra forma, não se vislumbrando a possibilidade de aplicação dos benefícios previstos na lei 9.099/95 no âmbito da Justiça Militar, notar-se-á que o art. 90.A da lei dos Juizados Especiais deve ser interpretado na sua literalidade, não se questionando a sua constitucionalidade ou aplicabilidade. (VILAS BÔAS NETO, 2011, p.17)

Portanto, apesar da existência de diferentes posições doutrinárias e inexistência de pacificação do dilema, a questão da aplicabilidade ou não da Lei nº 9.099/95 que regulamenta os Juizados Especiais Cíveis e Criminais deverá ser resolvida de acordo com a jurisprudência majoritária, independentemente de existir regulamentação legal, pois a aplicação da lei dependerá de sua interpretação.

8.2 A aplicação do artigo 44 no âmbito da Justiça Militar Estadual

Como já apresentado, o artigo 44 do Código Penal traz as possibilidades de substituição da pena privativa de liberdade pelas penas restritivas de direitos. Nesta ceara, observamos que o Código Penal Militar não traz qualquer possibilidade de substituição da pena aplicada aos crimes militares previstos em lei, razão pela qual será discutida a possibilidade de aplicação do instituto previsto no Código Penal comum na Justiça Militar.

Inicialmente, é importante lembrar que o objetivo do direito penal não é apenas reprimir o infrator ou aplicar penas privativas de liberdade, e a pena não pode mais ser tratada como castigo, mas sim como um instrumento de reeducação do cidadão, que não perde sua dignidade.

Por outro lado, analisando tal questão com fundamento na política criminal adotada pelo Ordenamento Jurídico Brasileiro, a Constituição Federal traz ainda, em seu artigo 5º, “*caput*” que:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes [...] (Brasil, 1988).

Desta forma, os servidores públicos estaduais integrantes da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros são iguais a qualquer outro cidadão, e, apesar de serem regidos por um diploma penal diferenciado em razão da qualidade de militar, esta situação não pode transformá-los em desiguais e tampouco pode servir de justificativa para receberem tratamentos desiguais no que tange à aplicação da lei penal. Assim, devem ser estendidos a esses servidores públicos estaduais os mesmos direitos e garantias destinados aos outros cidadãos.

No que tange à aplicabilidade do artigo 44 do Código Penal para os crimes militares, é entendimento pacificado pela Justiça Militar bem como pelo Supremo Tribunal Federal a impossibilidade da substituição da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direitos nos crimes militares.

Neste sentido, veja-se as posições jurisprudenciais:

Processo: HC 91709 CE
Relator (a): Min. CÁRMEN LÚCIA
Julgamento: 16/12/2008
Órgão Julgador: Primeira Turma
Publicação: DJe-048 DIVULG 12-03-2009 PUBLIC 13-03-2009 EMENT VOL-02352-01 PP-00181 RT v. 98, n. 884, 2009, p. 481-488
Partes: FRANCISCO DE ASSIS SCOMPARI, DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR
HABEAS CORPUS. CRIME MILITAR. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE NA ESPÉCIE. HABEAS CORPUS DENEGADO.
1. É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de não se admitir a aplicação da Lei n. 9.714/98 para as condenações por crimes militares, sendo esta de aplicação exclusiva ao Direito Penal Comum. Precedentes.
2. A conversão da pena privativa de liberdade aplicada pela Justiça Militar por duas restritivas de direito poderá ocorrer, pelo menos em tese, desde que o Paciente tenha de cumprir pena em estabelecimento prisional comum e a pena imposta não seja superior a dois anos, nos termos previstos no art. 180 da Lei de Execução Penal, por força do que dispõe o art. 2º, parágrafo único, daquele mesmo diploma legal.
3. Na espécie, contudo, a pena fixada ao Paciente foi de dois anos, nove meses e dezoito dias de reclusão. Não há, portanto, como ser reconhecido a ele o direito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.
4. Habeas corpus denegado. (Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716428/habeas-corporus-hc-91709-ce>>. Acesso em 05/01/2015. Grifo da autora.

Processo: HC 94083 DF
Relator (a): Min. JOAQUIM BARBOSA
Julgamento: 09/02/2010
Órgão Julgador: Segunda Turma
Publicação: DJe-045 DIVULG 11-03-2010 PUBLIC 12-03-2010 EMENT VOL-02393-02 PP-00394

Partes: JOÃO BATISTA DE BARROS SANTOS, ALBERTO MEDEIROS, SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR
 HABEAS CORPUS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EFEITO SUSPENSIVO. DESCABIMENTO. IRREGULARIDADE NO INQUÉRITO. INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL. PRECLUSÃO. CRIME MILITAR. PENA ALTERNATIVA. APLICAÇÃO DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL COMUM. IMPOSSIBILIDADE. DISCIPLINA DIVERSA DO CÓDIGO PENAL MILITAR. ORDEM DENEGADA.

1. O Supremo Tribunal Federal não tem competência para conferir efeito suspensivo ao recurso extraordinário pendente de análise de admissibilidade na Corte de origem, especialmente quando foi concedido ao paciente o direito de recorrer em liberdade.

2. A ausência de advogado no curso da investigação administrativa não contamina a ação penal posteriormente instaurada, em que a ampla defesa foi garantida ao acusado.

3. Não se aplica aos crimes militares a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, prevista no art. 44 do Código Penal, pois o art. 59 do Código Penal Militar disciplinou de modo diverso as hipóteses de substituição cabíveis sob sua égide. Precedentes.

4. Ordem denegada. (Disponível em <
<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8071345/habeas-corporus-hc-94083-df>>. Acesso em 05/01/2015. Grifo da autora.

Processo: ARE 779938 MG

Relator(a): Min. LUIZ FUX

Julgamento: 21/05/2014

Publicação: DJe-099 DIVULG 23/05/2014 PUBLIC 26/05/2014

Parte(s): ISLEY DE SANTANA, FRANCISCO JOSÉ VILAS BOAS NETO, MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, RONALDO ARY DE MIRANDA, JOÃO BATISTA VIEIRA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL MILITAR. CRIMES DE PECULATO E FAVORECIMENTO REAL. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. ARTIGO 44 DO CP. INAPLICABILIDADE AOS CRIMES MILITARES. CONSONÂNCIA DO ACÓRDÃO RECORRIDO COM O ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **1. A substituição da pena privativa de liberdade prevista no artigo 44 do Código Penal não é aplicável aos crimes militares.** Precedentes: HC 94.083, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 12/3/2010, HC 91.709, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 13.3.2009.2. In casu o acórdão recorrido assentou: EMBARGOS INFRINGENTES – CRIME MILITAR – SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. ARTIGO 44 DO CP – IMPOSSIBILIDADE NA ESPÉCIE – NÃO PROVIMENTO DO RECURSO.”3. Agravo DESPROVIDO. Decisão: Trata-se de agravo nos próprios autos interposto por Isley de Santana, com fundamento no art. 544 do Código de Processo Civil, objetivando a reforma da decisão que inadmitiu seu recurso extraordinário manejado com arrimo na alínea “a” do permissivo Constitucional, contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais, assim do: EMBARGOS INFRINGENTES – CRIME MILITAR – SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. ARTIGO 44 DO CP – IMPOSSIBILIDADE NA ESPÉCIE NÃO PROVIMENTO DO RECURSO. Os embargos de declaração opostos foram rejeitados. Nas razões do apelo extremo, sustenta a preliminar de repercussão geral e, no mérito, aponta violação ao artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal. O Tribunal a quo negou seguimento ao apelo derradeiro, por entender que a decisão recorrida está em perfeita harmonia com a orientação dos Tribunais Superiores. É o relatório. DECIDO. Não merece prosperar o presente

agravo. **Esta Corte firmou entendimento no sentido de que a substituição da pena privativa de liberdade prevista no artigo 44 do Código Penal não é aplicável aos crimes militares, nos termos da jurisprudência firmada por esta Corte.** Nesse sentido, HC 76.411-RJ, Rel. Min. Nelson Jobim, Segunda Turma, DJ 30/10/1998, e ARE 758.084-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe de 15/10/2013, que possui a seguinte ementa: "HABEAS CORPUS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EFEITO SUSPENSIVO. DESCABIMENTO. IRREGULARIDADE NO INQUÉRITO. INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL. PRECLUSÃO. CRIME MILITAR. PENA ALTERNATIVA. APLICAÇÃO DO ART.44 DO CÓDIGO PENAL COMUM. IMPOSSIBILIDADE. DISCIPLINA DIVERSA DO CÓDIGO PENAL MILITAR. ORDEM DENEGADA. (...). 3. **Não se aplica aos crimes militares a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, prevista no art. 44 do Código Penal, pois o art. 59 do Código Penal Militar disciplinou de modo diverso as hipóteses de substituição cabíveis sob sua égide.** Precedentes. 4. Ordem denegada." (HC 94.083, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 12/3/2010) "HABEAS CORPUS. CRIME MILITAR. SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE NA ESPÉCIE. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. **É firme a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal no sentido de não se admitir a aplicação da Lei n. 9.714/98 para as condenações por crimes militares, sendo esta de aplicação exclusiva ao Direito Penal Comum.** Precedentes." (HC 91.709, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe 13.3.2009) Ex positis, DESPROVEJO o agravo, com fundamento no artigo 21, § 1º, do RISTF. Publique-se. Brasília, 21 de maio de 2014. Ministro Luiz Fux Relator Documento assinado digitalmente. (Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25094706/recurso-extraordinario-com-agravo-are-779938-mg-stf>>. Acesso em 05/01/2015. Grifos da autora.

Observa-se que tal argumento se baseia unicamente na falta de previsão legal, e sem nenhuma observância do artigo 3º do Código de Processo Penal Militar que autoriza a aplicação da Lei Penal Comum no âmbito da Justiça Militar para os casos omissos:

Art. 3º Os casos omissos neste Código serão supridos:

- a) pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar;
- b) pela jurisprudência;
- c) pelos usos e costumes militares;
- d) pelos princípios gerais de Direito;
- e) pela analogia. (Brasil, 1969).

É a própria lei que autoriza a aplicação da legislação comum em casos de omissão, não havendo que se falar em falta de previsão legal. Ainda, o artigo 4º do Decreto-Lei 4.657/42, com a reforma trazida pela Lei nº 12.376/10, dita que "*Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito*".

Assim, denota-se que a Lei Penal Militar em momento algum proíbe a aplicação da substituição da pena privativa de liberdade. O que acontece é que não existe uma previsão legal que regulamenta a aplicação de tal benefício no âmbito da Justiça Militar, e esta situação pode ser facilmente resolvida com as disposições do próprio Código de Processo Penal Militar e da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), quando determina que quaisquer omissões podem ser

sanadas com base na analogia ou com a simples aplicação da legislação penal ordinária.

Contudo, ao entender ser impossível a aplicabilidade da substituição da pena no âmbito da Justiça Militar, dando tratamento diferenciado aos jurisdicionados, o TJM/MG feriu o princípio Constitucional da isonomia, previsto no artigo 5º da Carta Magna.

Nas argumentações do Juiz Fernando Armando Ribeiro, citado por Vilas Bôas Neto na obra "Temas Relevantes do Ensino Jurídico" (2014, p.108-109), quando concede a substituição da pena no caso concreto dos autos 0000037-25.2008.9.13.0002:

O principal argumento utilizado pela doutrina e jurisprudência nacionais contra a referida aplicação é a falta de autorização expressa para tanto na legislação castrense. Esse argumento, contudo, não pode subsistir em face da compreensão principiológica do direito, mais claramente, de que os princípios são também normas jurídicas, geram direitos e obrigações e podem ser aplicados diretamente a situações concretas, sem necessitar da interposição de regras para se materializarem. Diante dessa compreensão, não faz sentido falar na presença de lacunas no Direito. Tampouco faz sentido deixar de aplicar determinado instituto por falta de expressa previsão legal. Haverá sempre um princípio a partir do qual se poderá resolver o conflito jurídico instalado. (...) Deixe ainda registrado que a questão da aplicação da pena restritiva de direitos à Administração castrense é medida que enaltece o princípio republicano e que contribui para a realização dos fins dos sistema constitucional de segurança pública. Vista sob essas perspectivas, a segurança pública significa segurança de todos, inclusive dos militares, e, portanto, deve-se privilegiar a interpretação do ordenamento jurídico que seja capaz de lhes resguardar os direitos. (RIBEIRO *apud* VILAS BÔAS NETO, 2014, p. 108-109).

E, no mesmo sentido, o Juiz Fernando Galvão da Rocha nos autos acima mencionados, igualmente citado por Vilas Bôas Neto (2014, p.109-110):

Inicialmente, vale observar que, segundo o art. 12 do Código Penal comum, as regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso. De maneira diversa com o que ocorre com o instituto da transação penal, amplamente aplicada na Justiça Militar mineira apesar do disposto no art. 97-A, da Lei 9.099/95: não há dispositivo legal que impeça a aplicação do disposto no art. 44, do Código Penal comum, que se encontra na parte geral do estatuto repressivo nacional. Com base nesta premissa, é que também é consagrada a aplicação dos regimes de cumprimento de pena, previstos apenas na parte geral do Código Penal comum. Vê-se, portanto, que não é preciso sequer argumentar que o entendimento, que sustenta a vedação da substituição, viola os princípios constitucionais da isonomia e individualização da pena. Entendo que tais princípios são, efetivamente, violados. Mas a questão encontra resposta no plano da legalidade. Importa, ainda, observar que, ao longo dos últimos anos, as políticas públicas implementadas para o melhor enfrentamento da criminalidade têm centrado atenções na justiça comum e esquecido os conflitos sociais que envolvem os militares. Diversas foram as alterações introduzidas no Código Penal comum e no Código de Processo Penal comum que visaram qualificar a intervenção punitiva, bem como obter maior efetividade na relação processual. Tais intervenções politico-criminais, formalmente não atingiram a Justiça Militar. Contudo, é inconcebível que a operação da Justiça Militar se mostre desarticulada das demais opções de política criminal do Estado.

Se a política criminal é apenas uma das manifestações da política pública do Estado brasileiro, todas as intervenções de política criminal devem se conciliar com a opção política fundamental do Estado Democrático de Direito, estabelecido pelo art. 1º da Constituição da República (...). Também do voto do eminente juiz revisor colho outro argumento que merece ser combatido, embora não seja a primeira oportunidade em que o enfrento. A falta de previsão legal no Código Penal Militar não pode construir obstáculo a imposição dos regimes prisionais nas condenações a penas privativas de liberdade em razão de condenação pela prática de crimes militares. Em síntese: se é possível estabelecer regime prisional para o cumprimento de pena privativa de liberdade na Justiça Militar, também é possível, e pela mesma razão, substituir a pena privativa de liberdade pela prestação social alternativa. (ROCHA *apud* VILAS BÔAS NETO, 2014, p.109-110)

Cumprido destacar que o instituto da substituição da pena seria aplicável apenas no âmbito da Justiça Militar Estadual, visto que as funções militares exercidas pela Polícia Militar e pelo Corpo de Bombeiros Militar se assemelham à função do policial civil, e não à função dos integrantes das Forças Armadas. De outra forma, seria impossível a aplicação da substituição da pena nos crimes militares próprios, bem como nos crimes de competência de Justiça Militar da União.

Por fim, é necessário esclarecer que a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos não caracteriza impunidade, e sim uma aplicação correta e proporcional do direito penal ao caso concreto, não havendo motivos que justifiquem a não aplicação de tal benefício no âmbito da Justiça Militar Estadual, sendo que esta situação, além de acarretar em afronta ao princípio da isonomia, cerceia direito do jurisdicionado acusado.

9 CONCLUSÃO

A presente pesquisa foi realizada no intuito de se levantar algumas considerações acerca da possibilidade da aplicação da Lei 9.099/95 bem como do artigo 44 do Código Penal no âmbito da Justiça Militar Estadual.

Foram apresentados na pesquisa, primeiramente, o histórico da constituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, bem como suas ideologias e seus princípios. A lei 9.099/95 possui um caráter pedagógico. Quando suas disposições são aplicadas em seus exatos termos, traz maior possibilidade de efetivação da reeducação do infrator que, em certos casos, é obrigado inclusive a reparar os danos causados à vítima, prestar serviços alternativos à comunidade e ainda, em caso de desrespeito das condições impostas, ter a suspensão do processo revogada.

Ao abordar sobre os institutos despenalizadores trazidos pela Lei 9.099/95, percebe-se que tais institutos visam evitar o desnecessário encarceramento do jurisdicionado acusado, impondo-lhe condições trazidas pela lei.

Logo após, foi apresentado o instituto da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, outro instituto que visa evitar o desnecessário encarceramento.

Antes de adentrar ao tema, foi abordado o surgimento e a importância da Justiça Militar, bem como a estruturação e competência da Justiça Militar Estadual, adentrando-se ao conceito de crime militar e crime de militar fazendo uma análise aprofundada da diferenciação do crime militar próprio e do crime militar impróprio.

Caminhando para o fim da pesquisa, quando da possibilidade da aplicabilidade dos benefícios trazidos pela Lei nº 9.099/95 na Justiça Militar, foram

apresentadas as posições doutrinárias que defendem a possibilidade da aplicação da referida lei mesmo com o advento da Lei nº 9.839 que veda tal possibilidade.

Apesar de haverem diversas posições doutrinárias quanto à essa possibilidade, no sentido de haver compatibilidade ou não na aplicação da Lei 9.099/95 na Justiça Militar, observa-se que os princípios da hierarquia e disciplina que são inerentes à Justiça Militar não serão violados em decorrência da aplicação de tais benefícios, visto que a concessão desses benefícios não impede a imposição de sanção disciplinar.

Diante deste impasse, foi apresentada uma possível solução trazida pelo doutrinador Paulo Tadeu Rodrigues Rosa e, apesar das divergências doutrinárias, o entendimento da jurisprudência cada vez mais vem trazendo as possibilidades da aplicação da Lei 9.099/95 na Justiça Militar, no que tange aos crimes militares impróprios.

Por fim, quando da aplicação do benefício da substituição da pena previsto pelo artigo 44 do Código Penal na Justiça Militar Estadual, apesar de as posições jurisprudenciais apontarem para a impossibilidade da aplicação de tal benefício na Justiça Militar Estadual, observa-se que esta situação entra em conflito com o princípio da isonomia bem como cerceia um direito do acusado, pura e simplesmente pelo fato de não haver regulamentação legal que permita a aplicação de tal benefício no âmbito da Justiça Militar Estadual, o que vem sendo rebatido por alguns juízes, como foi apresentado na presente pesquisa.

REFERÊNCIAS

ALVES, Erick Madureira. **A vedação da aplicabilidade da lei 9.099/95 na Justiça Militar Estadual**. Montes Claros, 2010 Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj029896.pdf>>. Acesso em 08 agosto 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei 9.099/95. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais**. Brasília: Senado, 1995.

CRUZ, Silvanusa Rodrigues da Rocha. **Considerações acerca dos institutos despenalizadores das Leis nº 9.099/95 e nº 8.069/90**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3448, 9 dez. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23197>>. Acesso em: 20 agosto 2014.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. Construção – Habeas Corpus – HC n. 91709-7 CE. Francisco de Assis Scomparin e Defensoria Pública da União versus Superior Tribunal Militar. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Distrito Federal. Acórdão de 16 de dez. 2008. Disponível em <http://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/HC_91709_CE_1278971115967.pdf?Signature=NXp181hGCdnu5SQXjzJ%2BrYB31XY%3D&Expires=1420512135&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=b79a3b63b588df5b033deb25304bee6d> Acesso em 06 janeiro 2015.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. Construção – Habeas Corpus – HC n. 94083 DF. João Batista de Barros Santos e Alberto Medeiros versus Superior Tribunal Militar. Relator: Joaquim Barbosa. Distrito Federal. Acórdão de 09 de fev. 2010. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8071345/habeas-corpus-hc-94083-df>> Acesso em 06 janeiro 2015.

GIULIANI, Ricardo Henrique Alves. **Direito Processual Penal Militar**.3.ed.Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 6.ed.rev.ampl.atual. Niterói: Impetus, 2012.

JESUS, Damásio E. de. **Ampliação do rol dos crimes de menor potencial ofensivo e suspensão condicional do processo**. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3217>>. Acesso em: 08 agosto 2014.

MINAS GERAIS. Supremo Tribunal Federal. Construção – Recurso Extraordinário com agravo – ARE n. 779938 MG. Isley de Santana, Francisco José Vilas Boas Neto versus Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Procurador-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, Ronaldo Ary de Miranda, João Batista Vieira. Relator: Ministro Luiz Fux. Minas Gerais. Acórdão de 21 de maio 2014. Disponível em <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25094706/recurso-extraordinario-com-agravo-are-779938-mg-stf>> Acesso em 06 janeiro 2015.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Aplicação da lei 9.099/95 na Justiça Militar Estadual**. Artigos Jurídicos: Jan. 2000. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/direitomilitar/ano2001/pthadeu/apliclei9099najustestadual.html>>. Acesso em 06 janeiro 2015.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Código Penal Militar Comentado**: artigo por artigo – Parte Geral. 1.ed. Belo Horizonte: Líder, 2009.

SILVEIRA, Katerine Kérsia Schwinden da. **A aplicação da lei nº 9.099/95 na Justiça Militar Estadual**. Palhoça, 2007. Disponível em: <<http://www.jusmilitaris.com.br/novo/uploads/docs/aplic9099jme.pdf>>. Acesso em: 05 agosto 2014.

TOZATTE, Lucidalva Maiostre. **Medidas despenalizadoras nos Juizados Especiais Criminais Estaduais – Lei nº 9.099/1995**. In: âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 91, ago 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10007>. Acesso em agosto 2014.

VILAS BÔAS NETO, Francisco José. A (In)constitucionalidade do Art. 90-A da Lei 9.099/95. **Fonte Universitária**, Juatuba, v. 2, n. 2, p.1-20, jan./jul. 2011. Disponível em: <http://www.jandrade.edu.br/fonte_universitaria/artigos/artigo_08.pdf>. Acesso em 10 julho 2014.

VILAS BÔAS NETO, Francisco José, *et al* (Colab.). Aplicação do art. 44 do CP no âmbito da Justiça Militar Estadual. In: LIMA, Leonardo Tibo Barbosa (Org.). **Temas Relevantes do Ensino Jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.