

## Teoria do crime militar

Fernando A. N. Galvão da Rocha

### Introdução

O ordenamento jurídico brasileiro apresenta um problema fundamental no que diz respeito à caracterização do crime militar e que precisa ser enfrentado: o Código Penal Militar – Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969, contém referências aos elementos da teoria do crime que divergem das referências que o Código Penal comum – Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940, com as alterações que lhe foram introduzidas pela Lei n. 7.209/84, apresenta. Tal divergência indicaria que a teoria do crime militar é diversa da teoria do crime comum? É juridicamente possível que coexistam validamente no ordenamento jurídico brasileiro duas teorias do crime diversas?

Penso que a resposta às indagações formuladas somente pode ser negativa. A teoria do crime militar, nos termos dos dispositivos do Código Penal Militar, pode e deve ser concebida sob a perspectiva de um funcionalismo sem exageros, nos moldes de Roxin, comprometido com os fins político-criminais compatíveis com o Estado Democrático de Direito e legitimada pela racionalidade discursiva, sendo a mesma teoria que deve ser utilizada para identificar o crime comum.

Para compreender melhor a questão, examinemos as referências que os Códigos trazem quanto à teoria do crime.

## 1. Teoria do crime no Código Penal Militar

A exposição de motivos do Decreto-Lei n. 1.001/69 - Código Penal Militar - registra expressamente que a Comissão Revisora designada para rever o anteprojeto elaborado pelo Professor Ivo d'Aquino acompanhou os trabalhos da Comissão Revisora do Anteprojeto do Código Penal Comum com o objetivo dar o máximo de unidade às leis substantivas penais do Brasil, evitando a adoção de duas doutrinas para o tratamento do mesmo tema, a fim de se estabelecer perfeita aplicação das novas leis penais em todo o território nacional. A preocupação manifestada é no sentido de que no Brasil se utilize apenas uma teoria do crime.

O Anteprojeto elaborado para o Código Penal comum a que se refere a exposição de motivos deu origem ao Decreto-Lei n. 1.004/69, que acabou por não entrar em vigor por ter sido revogado no período de *vacatio legis*. Apesar da revogação do Código Penal comum de 1969, o Código Penal Militar entrou em vigor no dia 1º de janeiro de 1970 e suas disposições se apresentaram coerentes com as disposições então vigentes do Decreto-Lei n. 2.848/40 - Código Penal comum, relativas à teoria do crime.

O Código Penal Militar não é um livro de doutrina e, por isso, não contém dispositivo que esclareça de maneira expressa qual modelo teórico foi adotado para identificar a conduta criminosa. Contudo, o estatuto repressivo militar ostenta dispositivos que indicam a acolhida da teoria causalista da ação para identificar a conduta que caracteriza o crime militar. As referências legais que mais evidenciam o modelo adotado dizem respeito à culpabilidade. No artigo 33 do estatuto repressivo militar, que diz sobre os crimes dolosos e culposos, consta a rubrica culpabilidade. O art. 69, por sua vez, inclui entre as circunstâncias judiciais a intensidade do dolo e o grau de culpa. Estas duas disposições legais indicam que os conceitos de dolo e culpa estariam alocados no juízo de culpabilidade, bem como que a

concepção da culpabilidade adotada é a psicológico-normativa<sup>1</sup> nos moldes da teoria causal-naturalista<sup>2</sup>. O Código Penal comum, vigente ao tempo da entrada em vigor do atual Código Penal Militar, continha as mesmas referências à intensidade do dolo e ao grau de culpa em seu art. 42. Os dois estatutos repressivos sinalizavam para a mesma construção teórica do crime.

No entanto, cabe observar que as referências legais que o estatuto repressivo militar contém sobre a teoria do crime são dissonantes e parte da doutrina penal militar faz a leitura de todos os seus dispositivos conforme a teoria do crime adotada para a identificação dos crimes comuns.<sup>3</sup>

A parte especial do Código Penal Militar, como também o Código Penal comum, estabelece tipos incriminadores dolosos e culposos de modo a firmar a questão no plano da tipicidade. Ora, se a própria descrição da conduta criminosa faz a distinção entre a sua realização dolosa e culposa, fica evidente que o elemento subjetivo que orienta a realização da conduta importa à identificação do tipo incriminador. O malabarismo conceitual da teoria causal não é capaz de atender à necessidade prática de iniciar o trabalho analítico pela identificação da descrição legal quanto à matéria de proibição. Se o Código define tipos incriminadores culposos, não é possível sustentar que dolo e culpa são elementos do juízo de culpabilidade.

---

<sup>1</sup> FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*, p. 40-42.

<sup>2</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Militar comentado*, p. 71, 133 e 134; ROSSETTO, Enio Luiz. *Código Penal Militar comentado*, p. 148; ALVES-MARREIROS, Adriano; ROCHA, Guilherme e FREITAS, Ricardo. *Direito Penal Militar*, p. 477; COIMBRA NEVES, Cícero Robson e STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar*, p. 199 e FIGUEIREDO, Telma Angelica. *Excludentes de ilicitude e obediência hierárquica no direito penal militar*, p. 13 e 15.

<sup>3</sup> ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de Direito Penal Militar*, p. 108; CRUZ, Ione de Souza e MIGUEL, Claudio Amin. *Elementos de Direito Penal Militar*, p. 18; FIGUEIREDO, Telma Angelica. *Excludentes de ilicitude e obediência hierárquica no direito penal militar*, p. 14.

Ainda no âmbito da tipicidade, cabe observar que o Código Penal Militar estabelece que a causa de que depende a existência do crime pode ser uma ação ou uma omissão (art. 53). O mesmo ocorrida com o estatuto repressivo comum, em sua parte geral originária (art. 11). A identificação da omissão como causa evidencia que a teoria do crime não é de naturaliza ontológica, como pretendeu a teoria causal-naturalista<sup>4</sup>, pois a omissão naturalisticamente não pode causar qualquer resultado. No plano ontológico, a omissão não pode constituir causa. Somente no plano normativo é possível afirmar que a omissão é causa da violação da norma jurídica.<sup>5</sup> Se o Código Penal Militar define a relação de causalidade conforme os parâmetros normativos, não é possível sustentar que o modelo teórico adotado é o causal-naturalista.

## 2. Teoria do crime no Código Penal comum

O Código Penal comum também contém um dispositivo que esclareça qual modelo teórico foi adotado para identificar a conduta criminosa, sendo necessário extrair dos dispositivos legais que contém as diretrizes teóricas para o trabalho analítico do crime.

A reforma penal promovida pela Lei n. 7.209/84 direcionou-se expressamente para a parte geral do Código Penal comum (art. 1º), o que parece não produzir efeitos sobre o estatuto repressivo militar.

A tratar dos crimes dolosos e culposos, em seu art. 18, a nova parte geral do Código Penal comum retirou a rubrica culpabilidade. A mudança indica que não se pode mais entender dolo e culpa como elementos conceituais do juízo de culpabilidade. Com a nova redação do art. 20, fica claro que os

---

<sup>4</sup> LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*, v. 1, p. 207 e segs; e BELING, Ernest. *Esquema de derecho penal*, p. 67-69.

<sup>5</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*, v. I, p. 296.

referidos elementos conceituais passaram a integrar o juízo de tipicidade. Se o erro de tipo exclui o dolo, mas permite punição por culpa, dolo e culpa são elementos do tipo incriminador e não da culpabilidade. Com base nos referidos artigos, pode-se afirmar que o estatuto repressivo nacional acolheu a mudança sistemática proposta pela teoria finalista<sup>6</sup> e se apresenta coerente com uma parte especial que distingue tipos incriminadores dolosos e culposos.

No que diz respeito à culpabilidade, as mudanças foram igualmente relevantes. A nova parte geral, ao tratar do concurso de pessoas, em seu art. 29, deixa claro que a culpabilidade é individual e que a reprovação de cada um dos participantes do crime encontra limite na medida de sua própria culpabilidade. Isto indica que é no juízo de culpabilidade que se realiza a reprovação normativa de quem realiza o comportamento proibido.

A nova parte geral, em seu art. 21, fez expressa distinção entre o desconhecimento da lei e a potencial consciência da ilicitude do fato, reafirmando o caráter normativo da culpabilidade conforme a proposta finalista.<sup>7</sup>

A redação conferida ao art. 59, por sua vez, substituiu a antiga circunstância judicial relativa à intensidade do dolo ou ao grau de culpa por outra que expressa a reprovação da culpabilidade. A mudança indica que a culpabilidade foi concebida conforme a teoria normativa pura, não havendo espaços para a valoração de elementos psicológicos.<sup>8</sup>

Cabe observar, entretanto, que o Código Penal traz apenas algumas referências à teoria do crime. As referências existentes

---

<sup>6</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, p. 95 e segs.

<sup>7</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, p. 197, 201-221.

<sup>8</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, p. 197-198 e NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Militar comentado*, p. 133.

evidenciam a correção dos problemas existentes com a adoção do sistema clássico, mas também permitem superar as limitações dos sistemas de índole naturalista. As disposições do Código Penal comum se apresentam absolutamente compatíveis com os sistemas pós-finalistas que trabalham com os elementos subjetivos no tipo e na ilicitude, bem como com uma culpabilidade estritamente normativa.

### 3. Única teoria do crime

Muito embora na doutrina especializada militar há quem sustente a possibilidade do tratamento diferenciado para o crime militar, a resposta às perguntas formuladas ao início da reflexão só pode ser negativa. Não é possível admitir que o ordenamento jurídico brasileiro mantenha um modelo teórico diferenciado para a identificação do crime militar, sob pena de manifesta violação ao princípio constitucional da isonomia (art. 5º, caput, da CR/88). Civis e militares são cidadãos brasileiros, sendo que a condição de militar não justifica a diversidade de tratamento no que diz respeito à identificação da conduta criminosa.

Os crimes previstos na legislação extravagante se diferem dos crimes previstos no Código Penal comum em razão da especificidade do bem jurídico que pretendem tutelar e não em razão da possibilidade de utilização de uma teoria do crime diversa. A teoria do crime revela o estágio atual da construção jurídica que estabelece o processo de identificação da conduta desviante e não é possível admitir a coexistência de dois modelos teóricos diversos. O ordenamento jurídico somente pode admitir uma teoria do crime, que será utilizada como modelo orientador do trabalho de identificação dos diversos crimes. Para a identificação dos crimes comuns, eleitorais e militares deve-se utilizar a mesma teoria do crime.

Cabe observar que um tratamento penal diferenciado somente é admitido por pequena parte da doutrina (rejeitada veementemente

entre nós) nos casos em que se apresente necessário eliminar o perigo, sério e grave, representado pelos inimigos da sociedade. Para esta situação excepcional se concebeu o denominado Direito Penal do Inimigo<sup>9</sup>. Contudo, o militar brasileiro não pode ser considerado um inimigo da sociedade e não é juridicamente possível admitir um paradigma diferenciado para analisar a sua conduta. A sociedade brasileira não permite a distinção entre o cidadão e o inimigo militar para fins de caracterização da conduta criminosa, pois no Estado Democrático de Direito (art. 1º da CR/88) todos são iguais perante a lei (art. 5º da CR/88). O militar não é inimigo: é cidadão.

No desenvolvimento das atividades militares é possível identificar algumas peculiaridades que não se apresentam no âmbito das relações civis. Mas, tais peculiaridades não permitem que a teoria do crime militar possa ser diversa da teoria do crime comum.

Não se pode esquecer que o ordenamento jurídico constitui um sistema, no qual a adequação valorativa e a unidade interior constituem premissas inafastáveis do trabalho hermenêutico.<sup>10</sup> Se a Lei n. 7.209/84 introduziu no ordenamento jurídico nacional referências legais que consagram uma nova teoria do crime, a teoria do crime até então foi utilizada deve ser revogada, ainda que em outro texto normativo existam referências legais de sua estrutura teórica. Como deixa bem claro a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/42), em seu art. 2º, § 1º, a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. Muito embora a Lei n. 7.209/84 não tenha se referido expressamente ao Código Penal Militar quando promoveu reforma na parte geral do Código Penal comum, revogou os dispositivos do estatuto repressivo militar que suportavam a utilização de uma teoria do crime diversa. A revogação de tais

---

<sup>9</sup> JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo*.

<sup>10</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 14 e p. 20-22.

dispositivos ocorre porque a Lei n. 7.209/84 estabeleceu dispositivos que se apresentam incompatíveis com os dispositivos do Código Penal Militar e porque regulou inteiramente a matéria relativa à teoria do crime.

Desta forma, o ordenamento jurídico somente pode admitir validade para uma única teoria do crime e a teoria do crime juridicamente válida é a que expressa a mais recente construção legal para os requisitos necessários à caracterização da conduta criminosa. A construção legal mais recente foi concebida pela reforma penal promovida pela Lei n. 7.209/84 e, para a identificação do crime militar, deve-se utilizar o mesmo modelo teórico que é utilizado para a identificação do crime comum. Isto implica dizer que os dispositivos legais constantes do Código Penal Militar, que expressam teoria do crime diversa, devem ser interpretados em conformidade com a diretriz constitucional da isonomia para que o sistema normativo estabeleça validade para uma única teoria do crime. Em outras palavras: tais dispositivos foram revogados pela reforma penal promovida pela Lei n. 7.209/84.

Vale observar que a possibilidade/necessidade de contextualizar as disposições do Código Penal Militar com as concepções atuais da teoria do crime foi defendida por Jorge Alberto Romero.<sup>11</sup> E parte da doutrina faz, sem nenhuma cerimônia, a leitura de seus dispositivos conforme a estrutura jurídica estabelecida para o crime na legislação comum.<sup>12</sup>

#### 4. Perspectiva discursiva do Direito Penal Militar

A evolução crítica das teorias sociais e, conseqüentemente, das teorias do Direito e da Justiça indicaram a necessidade de mudar o paradigma tradicional da racionalidade prática (cognitiva

---

<sup>11</sup> ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de Direito Penal Militar*, p. 108.

<sup>12</sup> CRUZ, Ione de Souza e MIGUEL, Claudio Amin. *Elementos de Direito Penal Militar*, p. 18.



instrumental) que influenciou as elaborações dogmáticas tradicionais do Direito Penal (nele incluído o Direito Penal Militar). A racionalidade prática se desenvolve por um sujeito que pensa o mundo a partir de si mesmo e, com base em sua própria consciência sobre os fatos sociais, produz a norma jurídica. Essa racionalidade permite o estabelecimento de um Direito Penal de índole antidemocrática que deve ser superado. A racionalidade comunicativa, por outro lado, promove uma intervenção menos utilitarista e mais procedimental do Direito, na medida em que a ordem normativa se orienta menos pelo conhecimento ou sua aquisição e mais pela forma com que os sujeitos capazes de linguagem e ação fazem uso do conhecimento.<sup>13</sup>

No Brasil, com a redemocratização formalmente iniciada em 1985, tornou-se imperioso rever os conceitos fundamentais do Direito Penal sob o prisma do processo democrático e da teoria discursiva do Direito. O trabalho deve ser desenvolvido a partir da busca por legitimação para a intervenção punitiva, superando a perspectiva do Direito revelado e do tradicional, para reconhecer na ordem jurídica a expressão da soberania popular. Para o Direito Penal isso significa que a validade das normas jurídicas de conduta social decorre da legitimidade de sua construção comunicativa, que confere um caráter emancipatório ao Direito, e não simplesmente regulatório, que se funda no temor da aplicação das penas.

Muito embora o processo democrático esteja sempre limitado pelas condições reais de participação dos sujeitos na comunidade de comunicação, a construção e contínua reconstrução do Direito somente encontrarão legitimidade quando decorram de interação social que se verifique nas condições mais próximas possíveis das ideais. Nesse contexto, o ordenamento jurídico-penal e sua aplicação prática devem expressar o produto mais perfeito (embora sempre aproximativo e provisório) que o consenso possa obter por meio de um processo discursivo que permita o exercício constante do poder comunicativo. Na elaboração da lei repressiva

---

<sup>13</sup> HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa I*, p. 24.

o parlamento deve oferecer as condições mais próximas das ideais para que a comunidade de comunicação possa identificar os fatos socialmente relevantes que autorizam a intervenção punitiva e em que medida esta deve se operar.

A teoria do crime deve ser compreendida como resultado de um consenso sobre os pressupostos da intervenção punitiva, que se estabelece por meio de um processo discursivo prático possível que se verifica no ambiente real do espaço de discussão pública da sociedade brasileira. Para a aplicação do direito positivo, no processo judicial é necessário assegurar às partes, da melhor maneira, a possibilidade de expor e comprovar os argumentos racionais que foram apresentados para a sustentação de suas pretensões. Também é necessário que o julgador decida a questão submetida ao exame judicial de maneira racional, fundamentando discursivamente a decisão conforme os fins político-criminalmente atribuídos à intervenção repressiva, posto que é um participante da roda de comunicação que se desenvolve por meio do processo judicial. A decisão judicial, portanto, deve ser fundamentada sob a ótica do participante e não do observador distante.<sup>14</sup>

Essa forma de compreensão, construção e aplicação do Direito é a única que se concilia com as premissas do Estado Democrático de Direito acolhido na Constituição da República. A intervenção punitiva que o Direito Penal Militar está legitimado a fazer sobre quem realiza uma conduta punível, portanto, deve ser entendida segundo esse novo paradigma da racionalidade comunicativa e da teoria discursiva do Direito. A compreensão procedimentalista da intervenção penal, os pressupostos comunicativos e as condições do processo democrático que estabelecem a punição constituem sua única fonte de legitimação.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*, p. 43.

<sup>15</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre faticidade e validade*, v. II, p. 310.

## Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. *Conceito e validade do direito*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

ALVES-MARREIROS, Adriano; ROCHA, Guilherme e FREITAS, Ricardo. *Direito Penal Militar: teoria crítica e prática*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

BELING, Ernest. *Esquema de derecho penal*. Tradução de Sebastian Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

COIMBRA NEVES, Cícero Robson e STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CRUZ, Ione de Souza e MIGUEL, Claudio Amin. *Elementos de Direito Penal Militar: parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. .

FIGUEIREDO, Telma Angelica. *Excludentes de ilicitude e obediência hierárquica no direito penal militar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Tradução de Gustavo Eduardo Aboso. Buenos Aires: Júlio César Faira e Editorial B de F, 2000.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v. II.

\_\_\_\_\_. *Teoría de la acción comunicativa I – Racionalidad de La acción y racionalización social*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, reimp., 1988.

JAKOBS, Günther. *Direito penal do inimigo*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Tradução de Santiago Mir Puig e Francisco Munoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981, v. 1 e 2.

LISZT, Franz Von. *Tratado de direito penal alemão*. Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1899, v. I.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Militar comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

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

ROSSETTO, Enio Luiz. *Código Penal Militar comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yanes Pérez. Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1987.