



ESCOLA DE MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DO RIO DE JANEIRO

PENAS ALTERNATIVAS DO DIREITO PENAL MILITAR

ANDREZA PRISCILA PEREIRA

Rio de Janeiro
2010

ANDREZA PRISCILA PEREIRA

PENAS ALTERNATIVAS NO DIREITO PENAL MILITAR

Artigo científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como requisito para obtenção do Título de Pós-Graduação.

Orientadores:
Prof.a Mônica Areal
Prof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2010

PENAS ALTERNATIVAS NO DIREITO PENAL MILITAR

Andreza Priscila Pereira
Graduada pela Universidade
Salgado de Oliveira. Advogada.

Resumo: o presente trabalho pretende analisar a aplicação do instituto das penas alternativas em substituição às penas privativas de liberdade cominadas em condenações decorrentes de ações penais militares, ainda que não prevista da legislação especial.

Palavras-chaves: Militar, Penas Alternativas, Previsão legal.

Sumário: Introdução. 1.Introdução Histórica da Pena. 2.Do Direito Penal Militar. 3.Das Penas no Direito Penal Militar. 4.Das Penas Alternativas. 5. Da Aplicabilidade das Penas Alternativas no Direito Penal Militar. Conclusão. Referências .

INTRODUÇÃO

Desde o início da história, a humanidade depara-se com o cometimento das mais diversas infrações, e ao lado delas, surge a reação, isto é, a pena.

As penas durante séculos eram utilizadas como forma de vingança social.

Com a evolução da sociedade, a idéia do castigo corporal passou a ser mitigada, tendo como premissa basilar o conceito de individuo como sujeito de direitos e, sendo assim, ainda que um delito fosse praticado, não poderia o autor ser objeto de penas cruéis, ao

contrário, é dever do Estado trazer à sociedade àquele que se encontra à margem da lei, ou seja, ressocializar.

O Código Penal de 1940- Decreto Lei n. 2.848- dispõe em seu artigo 32 o rol com as espécies de penas: privativa de liberdade, restritiva de direitos e multa.

Já o Código Penal Militar – Decreto –Lei n. 1.001 de 21 de outubro de 1969- Estatuto que regula os delitos militares tanto em tempo de paz como em tempo de guerra, dispõe em seu artigo 55 as espécies de penas: morte, reclusão, detenção, prisão, impedimento, suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função e, reforma. Percebe-se que inexistente a previsão da pena restritiva de direito.

Hoje, se tem como objeto de constante debate na Justiça Militar acerca da possibilidade de aplicação do instituto das penas alternativas, mais precisamente as restritivas de direito, previstas no Código Penal às ações penais que tramitam na referida Justiça especial, face a ausência de previsão legal do Estatuto especial que o rege- Decreto-Lei n. 1.001/69.

Portanto, cabe o estudo mais aprofundado da substituição da pena, seja sob o aspecto histórico, seja pelo aspecto social, no âmbito militar, regido pelos pilares da hierarquia e disciplina, assim como da legalidade estrita.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PENA

Pena, em síntese, é o mal que se padece em virtude do mal que se fez, ou seja, *malum passionis quod infligitur ob malum action*, nos termos da revelha de Ugo Grotius¹.

¹ ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de Direito Penal Militar: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 1994, p.1.

Inicialmente, as penas se limitavam à atividade privada. Ou seja, a cada transgressão correspondia um castigo, que, em corriqueiros episódios, a punição era encarada como um verdadeiro espetáculo de tortura e mutilações daqueles considerados autores de eventuais delitos.

Com a Lei de Talião, insculpida no Código de Hamurabi, em 1680, A.C., foi assentado lineamentos básicos que buscavam, ainda que perversamente, estabelecer uma relação de proporcionalidade entre o agir do infrator e a punição. Nesse momento histórico, o Estado Soberano afastou das mãos dos particulares a atribuição de julgar e punir e insculpiu normas imperativas do poder soberano ao emitir comandos punitivos com base na pena corporal.

Porém, as penas corporais dotadas de crueldades e degradação do ser humano não foram abolidas, ao contrário, apenas mudou a figura do julgador e executor do indivíduo para o Estado.

Anos após, na segunda metade do século XVII, as idéias políticos - filosóficas e juristas emergiram, se contrapondo a crueldade e os absurdos praticados pelo Todo Soberano, posteriormente, denominado o referido movimento como movimento humanitário.

Michel Foucault² em sua obra, afirma que, em que pese o espetáculo bárbaro apresentado pelo Soberano aos violadores das normas impositivas por ele emanadas, não havia aceitação pública, pois (...) as pessoas eram estimuladas e compelidas a seguir o cortejo até o local do sacrifício, e o preso era obrigado a proclamar sua culpa, atestar seu crime e a justiça de sua condenação.

Diante dessa concepção tardia de negação da sociedade quanto à execução das penas pelo Estado Soberano, autores como Cesare Bonesana, norteou diretrizes que posteriormente, veio a tornar como norte para a Declaração dos Direitos do Homem e do

² FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir* – tradução de Lúcia Pondé. Petrópolis: Vozes, 1987, p.58.

cidadão, na Revolução Francesa, repudiando as penas de morte e cruéis ³, nascendo a idéia de recuperação e ressocialização do condenado através da pena aplicada.

Já no Brasil, as ordenações Afonsinas, anuelinas e Filipinas eram os cânones que se aplicavam, posteriormente substituído, em 1830, pelo Código Criminal do Império, agasalhou os princípios da equidade e da justiça, ou seja, haverá proporção na pena aplicada ao infrator entre a gravidade do delito e do dano causado, mas, sempre com espreque na segregação cautelar do condenado.

No Governo de Getúlio Vargas, em 1940, foi estabelecido um rol de penas correspondentes a cada delito, que poderiam ser de reclusão ou detenção. A reclusão passou a ser aplicada aos delitos de maior repercussão social delituosas, já a detenção era aplicada aos delitos de menor gravidade, cuja pena máxima de privativa de liberdade, em abstrato, não ultrapassasse 3 anos. As penas de prisão simples passaram exclusivamente à contravenções penais.

Porém, com a crescente sociedade carcerária e manifesta incompetência da regeneração dos condenados, após protestos de estudiosos nessa ciência, o legislador ordinário, editou a Lei n. 7.209 de 11 de julho de 1984, dotada de viés reformatório do Código Penal, instituiu algumas as modalidades de penas alternativas, complementada posteriormente pela Lei. 9.714 de 25 de novembro de 2008, para substituir penas privativas de liberdade, desde preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos prescrito no art. 44 do referido código. ⁴

³ BONESAN, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Edipro, 1993, p.77 .

⁴ Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

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 culposo; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

II – o réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

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. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 1º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

2. DO DIREITO PENAL MILITAR

Direito Penal Militar é um complexo de normas jurídicas, destinadas a assegurar a realização dos fins essenciais das instituições militares, cujo principal é a defesa da Pátria, qualifica uma ordem jurídica militar dentro no âmbito da ordem jurídica geral do Estado.⁵

Claudio Amin Miguel⁶ afirma ser (...) um ramo do Direito Penal, especial, criado não para definir crimes militares, mas sim criar regras jurídicas destinadas á proteção das instituições militares e o cumprimento de seus objetivos constitucionais.

Em sentido diverso João Romeiro afirma que o Direito Penal Militar é " conjunto de normas que definem os crimes contra a ordem jurídica militar, cominando-lhes penas, impondo medidas de segurança e estabelecendo as causas condicionantes, excludentes e modificativas da punibilidade".⁷

Ainda que disposto o conceito primeva, pode-se concluir que o Direito Penal Militar foi criado com a finalidade de definir crimes para militares, e não, tão somente a preservação da ordem jurídica militar, com fundamento na hierarquia e disciplina.

As normas de direito penal material atualmente se regulam pelo Decreto-Lei n. 1.001 de 21 de outubro de 1969- Código Penal Militar- que estabeleceu como objetos

§ 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. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

⁵ VINCENZZO, Manzini. *Direito Penale Militare*, Padova, ano X, P. 1, Buenos Aires, 1977, p.1.

⁶ AMIN, Claudio. *Elementos do Direito Penal Militar*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008, p. 1.

⁷ ROMEIRO, op. cit. p.1.

juridicamente tutelados a autoridade e disciplina militar, o serviço e o dever militar.⁸ Porém, a primeira legislação penal militar é do ano de 1763, quando Wilhelm Lippe- Conde de Schaumbourg- foi convidado pelo Rei D. José I de Portugal para editar as normas estruturantes do exército português, no qual surgiu os Artigos de Guerra, historicamente conhecido como Artigos de Guerra do Conde Lippe.⁹

Jacy Pinheiro¹⁰ melhor conceitua o referido estatuto de guerra:

cujas normas, vigorantes no exército brasileiro durante tantos anos, encerram, na verdade, disposições penais criticáveis, face ao entendimento das doutrinas modernas, mas, para a época, tinham razão de ser, dada a circunstância de formação e recrutamento da tropa, mormente no que tange à necessidade de manter a ordem e a disciplina nas lutas internas e externas que o Brasil enfrentou.

Tal norma se estendeu as colônias portuguesas e se manteve vigente no plano interno até 1907, quando o Ministro da Guerra, Marechal Hermes Rodrigues da Fonseca, reformou o regime militar então vigente.

Não obstante, ainda no Brasil-Império, em 1º de abril de 1808, foi criado o Conselho Supremo Militar e Justiça, através de Alvará assinado pelo Príncipe-Regente D. João VI, com sucessivas Presidências de D. Pedro I e D. Pedro II, quando Império, e, posteriormente, pelos presidentes Marechal Deodoro da Fonseca e Marechal Floriano Peixoto, quando já instaurada a República no Brasil.¹¹ Em 18 de setembro de 1893, foi editado o Decreto Legislativo n. 149, em substituição do Conselho Supremo Militar e Justiça, foi criado do Superior Tribunal Militar, sendo consagrado constitucionalmente na Carta Magna de 1946, com sede atual em Brasília.

⁸ AMIN, op. cit., p. 1.

⁹ CARVALHO, Alexandre Reis de. A tutela jurídica da hierarquia e da disciplina militar: aspectos relevantes. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 806, 17 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7301>>. Acesso em: 26 out. 2010.

¹⁰ PINHEIRO, Jacy Guimarães. O Conde de Lippe e seus artigos de guerra. Revista do Superior Tribunal Militar, Brasília, v. 4, n. 4, 1978, p. 62.

¹¹ BRASIL, Superior Tribunal Militar < <http://www.stm.jus.br/institucional/historico/fundacao>> acessado em 28 de setembro de 2010.

A teor do art. 142 da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, o CPM aos militares propriamente ditos, ou seja, integrantes das fileiras do Exército Brasileiro, Marinha do Brasil e Aeronáutica Brasileira, e os militares integrantes da Forças Auxiliares: Polícia Militar e Corpo de Bombeiros Militar. Tal norma especial também será aplicada ao civil que pratica delito em detrimento da instituição militar ou em solo militar, conforme preceitua o art. 9º do CPM.

O CPM é norma especial, uma vez que a própria Constituição Federal atribuí esse semblantel à Justiça Militar para procesar e julgar exclusivamente os crimes militares, em *lato sensu*. Nesse desiderato, constitui como princípio hermenêutico o afastamento da norma geral na existência de norma especial específica para determinada situação jurídica.

No entanto, não se pode excluir dessa interpretação que a norma especial deve estar em perfeita consonância com o estipulado constitucionalmente, sob pena de vício de inconstitucionalidade ou não recepção pela CRFB.¹²

3. DAS PENAS NO DIREITO PENAL MILITAR

Antes de adentrar nas espécies de pena no Direito Penal Militar, necessário tecer algumas premissas quanto as teorias excogitadas sobre as penas.

Jorge Romeiro¹³ cita três teorias: absoluta, relativa e eclética ou mista.

A teoria absoluta ou retribucionista defende a pena como um mero castigo pelo mal praticado. Imanuel Kant afirmava¹⁴:

Si una sociedad tuviera que disolverse y sus miembros debieran espacirse por el

¹² Nesse sentido Jorge Alberto Romeiro.

¹³ ROMEIRO. op., p. 164.

¹⁴ HASSEMER, Winfried y Muños Conde, Francisco. *Derecho Penal y Controle social*. Jerez, Tirant lo blanch, 1985, p. 230.

mundo, antes de llevar a cabo dicha decisión el último asesino que se encontrara en prisión debería ser ejecutado (téngase en cuenta que Kant no cuestionaba la pena de muerte), para que así todo el mundo supiera el valor que merecían sus hechos y se hiciera justicia, por más que obviamente si una sociedad está a punto de perecer carezca de utilidad el hecho de que todavía se ejecute al último asesino que quedara en sus cárceles.

Assim, se extrai do texto que a pena é o fundamento do crime.

Já a teoria relativa tem como alicerce a prevenção. Não seria a pena um fundamento da pena, mas na verdade uma condição para se evitar á prática de um novo delito. Em suma, *punitur ut ne peccetur*, não se pune porque pecou, mas para que não se peque.

Finalmente, as teorias mistas ou unificadors. Estas resultam da junção da teoria absoluta e da teoria relativa. Ou seja, essa corrente tenta recolher os aspectos mais destacados das teorias absolutas e relativas: pena é castigo e prevenção. São essas teorias adotadas tanto pelo Código Penal quanto pelo Código Penal Militar.

Especialmente quanto ao CPM, os bens e interesses tutelados pela lei penal militar, a segurança do estado e a existência das Forças Armadas, assim como o *status* particular dos sujeitos aos quais são infringidas as penas militares, dispõem a diferença existente entre as normas em comento e as inscupidas no Código Penal. Assim, as penas aplicadas nos delitos propriamente militares têm como fundamento jurídico o caráter político.¹⁵ Tanto que os agentes condenados pela pratica de crime militar próprio não são considerados como reincidentes pelo Código Penal.

O CPM divide as penas em principais e acessórias.

As penas principais estão previstas no art. 55 do CPM: morte, reclusão, detenção, prisão, impedimento, suspensão do exercício dos posto, graduação, cargo ou função e reforma. São penas automáticas, ou seja, são as que decorrem imediatamente da necessidade de repressão do crime.¹⁶ As penas acessórias são penas complementares às penas principais e

¹⁵ ROMEIRO. op. cit, p.165.

¹⁶ TEXEIRA, Sílvio Martins. *Novo Código Penal Militar*, Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1946, p.120.

ligadas à natureza do crime. Tais estão presvitas no art. 98 do CPM: a perda de posto e patente, indignidade para o oficialato, incompatibilidade com o oficialato, a exclusão das forças armadas, perda da função pública, ainda que eletiva, inabilitação para o exercício de função pública, a suspensão do pátrio poder, tutela ou curatela e suspensão dos direitos políticos.

De certo, quanto as penas principais, a pena de morte já fora abolida da atual sistemática penal, sendo apenas admitida pela Constituição Federal apenas em caso de guerra declarada (art. 5º XLVII).

As penas de reclusão, detenção e prisão são penas privativas de liberdade. Destaca-se que no CPM não há previsão de progressão de regime, como existente no Código Penal de 1940. A única distinção entre as penas privativas de liberdade é apenas o local destinado ao seu cumprimento.¹⁷ Porém, advete Jorge Romeiro que, face a impossibilidade perda do posto ou graduação àqueles condenados a pena inferior a dois anos, poderá ser procedida a conversão em pena de prisão para preservar a moral e o prestígio do militar em prestígio da hierarquia.¹⁸

Não obstante, se a pena privativa de liberdade é aplicada ao civil, este cumprirá a pena em estabelecimento prisional civil e gozará dos benefícios e concessões presvitos em legislação penal comum, bem como o militar condenado recolhido em penitenciária civil por falta de penitenciária militar.

A pena de impedimento é especia de pena *ex celam*, aplicada exclusivamente aos delitos de insubmissão. É pena restritiva de liberdade ao passo que o condenado permanecerá nas dependencias da unidade militar para cumprimento de serviço militar e ao final do dia será recolhido ao recinto de custódia.

¹⁷ AMIN, op.cit., p.121.

¹⁸ ROMEIRO, op.cit.,169.

A pena de suspensão do exercício de posto, graduação, cargo ou função é espécie de restrição temporária de direitos. O militar é afastado mediante agregação, afastamento, licenciamento ou disponibilidade, termos estes definidos no Estatuto dos Militares (Lei n. 6.880/80). Tal penalidade tem repercussão no campo patrimonial, posto que os proventos serão calculados proporcionalmente ao tempo de serviço já prestado.

Por fim, a pena de reforma também se remete ao Estatuto dos Militares, já que configura situação de passagem do militar á situação de inatividade, nos termo do art. 104 da Lei n. 6880/80.

Afirma Claudio Amin¹⁹ que a pena de reforma somente pode ser aplicada aos militares estáveis, ou seja, com pelo menos 10 anos de efetivo serviço militar, posto que a natureza da reforma, apenas neste caso, uma sanção. Porém, é passível de crítica a referida posição, uma vez que a referida norma não faz qualquer diferença entre militares estáveis ou temporários para fins de reforma. Ao contrário, através de interpretação teleológica do art. 104 e art. 106 da Lei n. 6.880/80 podemos concluir que mesmo o militar temporário poderá ser reformado bastando que não seja mais considerado apto a excercer as atividades militares.

4. DAS PENAS ALTERNATIVAS

Evandro Lins e Silva²⁰, afirmara que diante do quadro fático acerca da condenação à prisão segregacionista “Ela perverte, corrompe, deforma, avilta, embrutece, é uma fábrica de reincidência, é uma universidade às avessas, onde se diploma o profissional do crime. Se não

¹⁹ AMIN, op.cit., p..134

²⁰ SILVA, Evandro Lins. *Penas Alternativas*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 12.

a pudermos eliminar de uma vez, só devemos conservá-la para os casos em que ele é indispensável”.

Dessa idéia, surgiram as chamadas alternativas penais, cuja premissa maior era impedir que ao autor de uma infração penal, desde que preenchidos os requisitos legais, viesse a ser segregado em sistema prisional. Nesse contexto de alternativas, se incluem as chamadas penas alternativas que se dividem em multas e restritivas de direito.²¹ Porém, não se pode confundir as referidas penas alternativas com medidas alternativas, uma que estas não substituem a pena privativa de liberdade, mas apenas evita o encarceramento anterior ou posterior por sentença penal condenatória.

O Código Penal, até 1998, contava com seis penas alternativas substitutivas - multa, prestação de serviços à comunidade, limitação de fim de semana, proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, proibição de exercício da profissão e suspensão da habilitação para dirigir veículo.

Com o advento da Lei 9.714/98, foram acolhidas quatro novas sanções restritivas: prestação pecuniária em favor da vítima, perda de bens e valores, proibição de freqüentar determinados lugares e prestação de outra natureza.

Especificamente, as alternativas restritivas de direito podem ser de duas modalidades: restritivas de direito em sentido estrito e restritivas de direito pecuniárias. As restritivas de direito em sentido estrito são aquelas que acarretam a restrição ao exercício de uma prerrogativa ou direito, tais quais: prestação de serviço à comunidade, limitações no final de semana e as interdições temporárias. Já as restritivas de direito pecuniárias consistem na diminuição do patrimônio do ofensor ou uma prestação inominada em favor da vítima, dentre

²¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Vol. I. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 390.

as quais se incluem a prestação pecuniária em favor da vítima, prestação inominada e perda de bens e valores.²²

Para a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos será necessário o preenchimento pelo condenado dos requisitos subjetivos e objetivos previstos no art. 44 do Código Penal.

Constituem requisitos subjetivos para a aplicação da pena restritiva de direitos: a) em qualquer caso, que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indiquem que essa substituição seja suficiente (art. 44, III); b) apenas é permitido ao reincidente não específico ou em crime doloso, desde que a medida seja socialmente recomendável (art. 44, § 3º).

Por outro lado, constituem pressupostos objetivos para a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, nos crimes dolosos: a) que a pena privativa de liberdade não seja superior a quatro anos (art. 44, I); b) o crime não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça (art. 44, I).

Nos casos dos crimes culposos, a lei não estabeleceu requisito de tempo, portanto, é admitida a substituição independentemente do quantum da pena aplicada.

Uma vez determinada a conversão da pena privativa de liberdade em pena alternativa restritiva de direito, somente poderá ser restabelecida, obrigatoriamente, a pena primeva após o trânsito em julgado de nova condenação a pena privativa de liberdade, bem como essa condenação impossibilite do cumprimento da pena restritiva de direitos. Facultativamente, poderá ser convertida a pena alternativa em privativa de liberdade caso haja descumprimento injustificado da restrição imposta ou praticada falta grave, assim como o apenado se mostrar evadido para o cumprimento da sanção imposta. No entanto, vale destacar que antes de

²² ROMEIRO, ob. cit., p. 392.

qualquer conversão facultativa deverá ser oportunizado ao apenado a ampla defesa e o contraditório, sob pena de violação da Constituição Federal.²³

5. DA APLICABILIDADE DAS PENAS ALTERNATIVAS NO DIREITO PENAL MILITAR

De fato, o atual Código Penal Militar não prevê quaisquer das penas alternativas previstas no Código Penal com fins de substituição às penas privativas de liberdade cominadas, como dispõem os artigos 43 e 44 do Código Penal.²⁴

Porém, não seria inteiramente verdade afirmar que o CPM não admite as penas restritivas de direito. Ora, como podemos verificar, a norma especial dispões como pena restritiva de direito a pena de impedimento, previsto no art. 55 alínea “e”.

Entretanto, os aplicadores da ciência penal militar vem debatendo acerca da possibilidade de aplicação dos artigos supramencionados às penas privativas de liberdade aplicadas no âmbito da justiça penal militar.

A idéia de aplicação subsidiária teve como momento precursor a aplicação das regras comuns de direito penal aos civis condenados nas instâncias militares. Como mencionado anteriormente, o civil condenado pela Justiça Militar cumprirá a pena em estabelecimento prisional civil e gozará dos benefícios e concessões previstos em legislação penal comum, inclusive os previstos na Lei de Execuções Penais. Assim, ainda que a pena aplicada no juízo militar seja de privativa de liberdade, o juiz da vara de execuções penais não

²³ CAPEZ, op. cit., p. 398 e 399.

²⁴ AMIN, op. cit., p. 121.

ficará limitado a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, desde que preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos exigidos pela lei penal.

No tocante aos delitos propriamente militares, a possibilidade de aplicação subsidiária da norma geral ao regramento especial, passou a ser objeto de discussão após algumas Auditorias da Circunscrição Judicial – pertencentes ao quadro da Justiça Militar Federal- assim como Tribunais de Justiça estenderam o disposto do art. 43 e 44 do Código Penal aos processos de natureza penal militar, como se pode observar^{25 26}:

Sentença: Em 26/01/2006, o CPJEx, por maioria (3X2) condenou o acusado como incurso no caput do art. 160 do CPM à pena de 03 meses de detenção, por unanimidade, substitui a pena privativa de liberdade pela restritiva de direito prevista no art. 43, I c/c art. 45, §1º, ambos do CP, consistente no pagamento de R\$ 300,00 a entidade pública ou privada de amparo a idosos ou menor carente, sediada neste município, a ser cumprida no prazo de 03 meses; por maioria (3X2) absolve o réu do delito contido no art. 223, do CPM, com base no art. 439, alínea "b", do CPPM; assegurado o direito de apelar em liberdade.

Sentença: JULGAMENTO DIA 02/03/2004, CPJ EX, POR UNANIMIDADE DE VOTOS, JULGA IMPROCEDENTE, EM PARTE, A DENÚNCIA PARA ABSOLVER O 2º SGT EB VANDERCI VIANA, DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 303, § 3º, DO CÓDIGO PENAL MILITAR, TENDO EM VISTA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELO RESSARCIMENTO DO DANO, COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 303 DO CPM COMBINADO COM O ARTIGO 439, ALÍNEA "F", DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR. POR UNANIMIDADE DE VOTOS, DECIDIU O MESMO CONSELHO CONDENAR O CIVIL ISAMEL DOS SANTOS, PELO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 249 CAPUT DO CÓDIGO PENAL MILITAR, A PENA DEFINITIVA DE TRINTA (30) DIAS DE DETENÇÃO, CONVERTIDA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS, DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. ASSEGURADO O DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE.

Ambas as decisões fundamentaram a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direito, ainda que inexistente norma na legislação especial penal militar autorizando a conversão, na própria finalidade da pena.

²⁵ BRASIL. 2ª Auditoria da 3ª Circunscrição da Justiça Militar. PO 00013/05-0. Juíza- Auditora Sheyla Costa Bastos Dias. Publicado do DOU de 26 de janeiro de 2006.

²⁶ BRASIL. Auditoria da 8ª Circunscrição da Justiça Militar. PO 00012/02-6. Juíza Auditora Maria do Socorro Leal. Publicado do DOU de 05 de março de 2004.

No entanto, o STM, assim como o STF²⁷, tem decisões no sentido da inviabilidade da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direito fundamentando na ausência de lei especial que a permita.

Porém, a negativa de extensão do disposto em art. 43 e 44 do Código Penal aos feitos penais militares não pode se esvaziar apenas pela ausência de previsão no CPM. Podemos elencar as seguintes razões para a aplicação das penas alternativas no campo militar:

1) A lei penal não incriminadora pode ser integrada pela interpretação.

A doutrina distingue, dentre outros métodos, de interpretação: gramatical e lógico.

A interpretação literal se atém exclusivamente às palavras da lei. O hermeneuta, com base nos conhecimentos de gramática, ou seja, especialmente a fórmula verbal usada pelo legislador.

O processo lógico tem foco com o espírito da norma, que pode contrastar, em alguns episódios, com o texto frio.

O processo lógico em sentido estrito pede à lógica geral as regras necessárias ao fim colimado. Importa unicamente o raciocínio, desdobrado em deduções e induções, com as quais o processo se exaure.²⁸ Apresenta vantagens, mas é insuficiente por si só, uma vez que esquece as mutações da vida, a diversidade das circunstâncias, os inúmeros fatores sociais, enfim, que ao direito não podem passar despercebidos.

Intimamente ligado a esse processo se encontra o método lógico-sistemático, que "nos leva a confrontar a disposição em análise com outras da mesma lei, ou outras leis, referentes ao mesmo assunto, e, às vezes, com os princípios gerais do direito"²⁹. O hermeneuta serve-se das rubricas, do exame de determinado instituto, ramo do direito e até do

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 94083. Relator: Min. Joaquim Barbosa. publicado no DOU em 12 de março de 2010.

²⁸ BASTOS, João José Caldeira. *interpretação e analogia em face da lei penal brasileira*. Clubjus, Brasília-DF: 16 de junho de 2007. Disponível em: < www.clubjus.com.br/artigos&ver=2.1084 > acesso em: 2 de outubro de 2010.

²⁹ MAGALHÃES, Edgard Noronha. *Direito Penal*. Vol.I, São Paulo:Saraiva, 1965, p. 82.

direito comparado. Todo e qualquer dispositivo legal há de ser analisado e compreendido no contexto maior do sistema normativo.³⁰

Valioso subsídio para o intérprete constitui, também, o elemento histórico. Útil é conhecer do povo os caracteres e cultura, de que fazem eco os próprios institutos jurídicos, ora efêmeros, ora perenes, atestando assim, na trajetória do tempo, sua subordinação às exigências e transformações ético-sociais.

Assim, na verdade, especialmente no caso em comento, se tem uma interpretação literal da norma e o aplicador não se pode atuar com desprezo à intenção do legislador, vez que “o homem não foi feito para a lei e sim a lei foi feita para o homem”, e cabe ao Judiciário fazer cumprir direitos assegurados, exercendo o papel de guardião da Constituição e das Leis, papel esse que a própria Magna Carta lhe reservou. Afinal a interpretação literal da lei penal, em sentido lato, é arcabouço verbal, vazio.

A Lei existe para ser aplicada, não podendo a hermenêutica jurídica ser desvirtuada para negar eficácia a uma norma válida e vigente. Ora, ainda que se admitisse o Direito Penal Militar seja uma ciência em busca da defesa das instituições militares, conforme orientação de Claudio Amin, nada conflita com a possibilidade de conversão da pena corporal com as restritivas de direitos, posto que muito se assemelha à pena de impedimento, ou seja, não há prejuízo à instituição militar. Afinal, também se aplica pena àqueles que violam as normas penais militares e, inclusive, neste conceito de pena, esta possui a mesma função social: ressocializar.

Aníbal Bruno³¹ ensina “ Não se deve pensar que o direito penal exija um método particular de interpretação, que fuja à rotina da interpretação jurídica em geral. Qualquer processo idôneo de interpretação pode ser aí aplicado.”

³⁰ BASTOS, acesso em: 2 de outubro de 2010.

³¹ BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*. VI, Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1956.

2) Outrossim, podemos citar, ainda quanto a interpretação da lei, a aplicação da interpretação sociológica³²:

Adota-se ainda, com muito entusiasmo, o método lógico-sociológico. Não se perquire obrigatoriamente a vontade do legislador, como o fazia a Escola Dogmática, no campo da hermenêutica. Inúmeras são as dificuldades supervenientes e o legislador não anteveria as transformações políticas, econômicas, sociais e culturais. A letra da lei fica inerte; entretanto, o direito sobrevive, através de uma interpretação realmente genuína e sensível às contingências do presente. A lei, por certo mais sábia que o legislador (Wach), abraça hipóteses por ele imprevistas, amoldando-se no tempo e rejuvenescendo no labor construtivo do magistrado.

Reconhece Benjamin de Oliveira Filho³³: Método sociológico é, hoje, a expressão mágica, que espanca as brumas, dissipando as incertezas. Pois seja. O direito não é senão um fato social.

Nesse contexto, frente a disciplina o art. 1º da Lei de Execução Penal³⁴: A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. Logo após, no art. 10, dispõe a mesma lei³⁵: A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Não se descarta do fato que a Execução Penal é ditada segundo os parâmetros definidos da Lei n. 7.210/84 e secundada pela legislação penal comum. Todavia, também deve-se ter em mente que um dos principais objetivos da Lei de Execuções Penais é a ressocialização do condenado, que também transcende aos demais ramos do direito punitivo criminal.

Sobre o princípio ressocializador do condenado, colhe-se lição doutrinária³⁶:

Ao dispor que a execução tem como objetivo efetivar as disposições da sentença, a lei protege a legalidade das penas, ou seja, impede que seja imposta pena mais grave que aquela prevista na sentença. Em outra vertente, o mesmo artigo traz o vértice

³² BASTOS, acessado em 02 de outubro de 2010.

³³ OLIVEIRA, Bejamim Filho. *O problema da aplicação da lei*. Rio de Janeiro: Haddad Editor, 1957, p. 21.

³⁴ BRASIL. *Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm acesso em: 29 de outubro de 2010

³⁵ BRASIL. *Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm acesso em: 29 de outubro de 2010.

³⁶ JUNQUEIRA, Gustavo O. D; FULLER, Psulo H. A. *Legislação penal especial*. 5.ed., São Paulo: Premier Máxima, 2008, v. 1, p. 32.

valorativo a partir do qual todo instituto da lei de execuções penais deve ser compreendido, qual seja, a busca de integrar o condenado ou internado à sociedade. Certamente o artigo transcrito é o mais importante da Lei de Execução Penal, pois apenas por meio de princípios é que se torna possível compreender um sistema, e, traçando como marco o princípio ressocializador, a lei traz ao intérprete ferramenta para a compreensão e aplicação de seus institutos.

Nessa linha de raciocínio, o aplicador do direito deve conciliar o efeito retributivo da sanção com a busca de ressocialização do preso. De fato, a sociedade estará mais segura se o condenado não apenas cumprir a reprimenda, mas também deixar o cárcere consciente da ilicitude dos seus atos e com oportunidades e estímulo para modificar o seu comportamento.

A propósito, encontra-se na obra de René Ariel Dotti³⁷:

A chamada recuperação social do delinqüente envolve um tema que concita as mais variadas interpretações não raramente convertidas em atitudes polêmicas e, como tais, comprometedoras da boa apreensão dos problemas e do alcance das fórmulas racionais sintéticas para tratá-lo. Independentemente, porém, das profundas e extensas críticas que se dirigem contra a idéia finalística da sanção, vertida para a ressocialização do infrator, a verdade indiscutível é que tal caminho já foi aberto com muita disposição programática e procuram as leis atuais dar-lhe conteúdo e viabilidade. [...]

Admitindo-se que o tratamento do delinqüente constitui um poderoso contra-estímulo à reincidência, forçoso é concluir que a pena deve tender, sob o ângulo finalístico, aos objetivos individual e coletivo, modelados através da satisfação dos mais generosos valores humanos, sociais, culturais, enfim, de prospectivas materiais e espirituais que são absolutamente necessárias à conservação ética da personalidade. [...]

Apesar de todas as discussões que ainda possam ser travadas a propósito da natureza e dos objetivos do tratamento do delinqüente, não resta dúvida alguma sobre um ponto: a pena privativa de liberdade não pode manter o caráter segregador, impondo-se ao condenado a reclusão diuturna a exemplo do isolamento que a medicina recomenda para determinadas doenças infecto-contagiosas. Domina hoje a idéia de que a prisão deve ser executada em bases de humanidade objetivando a reforma do infrator mediante o cumprimento da legislação especial que regula os direitos e deveres do condenado e sob o controle jurisdicional permanente a fim de que a execução e seus incidentes não se transformem em autênticas terras devolutas a espera de requerentes.

Não é diferente o entendimento da Desembargadora Salete Silva do Tribunal de Justiça de Santa Catarina³⁸:

Assim, partindo-se do pressuposto de que a reprimenda, só por si, não é suficiente para repelir a criminalidade, o juízo da execução deverá conciliar a face retributiva do cárcere com os meios necessários para a reintegração do preso.

³⁷ DOTTI, Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 2.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 229/234.

³⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. MS 2009.04981-3. Relatora: Desa. Salete Silva Publicado no DO 3 de março de 2010.

Destaca a referida Desembargadora em seu voto a posição da doutrina acerca do tema³⁹:

[...] a reinserção social passa obrigatoriamente por vários segmentos, não se limitando ao convívio interno do presídio. Deverá haver sincronização entre o trabalho sociocultural do qual já se falou, agregado aos labores próprios dos programas de ressocialização, para que se alcance, mais à frente, a pensada reinserção social, que é o coroamento de todo um trabalho de equipe, em que pese operando em setores distintos. Todavia, toda essa operacionalização deverá estar comprometida com o conteúdo epistemológico. Nunca com o empirismo. Que vem ocorrendo em nosso sistema presidial como um todo, de cujo material humano próprio já se tratou em outra parte. Afinal, esperar recuperação de quem cumpre pena privativa de liberdade em um Distrito Policial, por exemplo, é o mesmo que esperar que "Papai Noel" venha entregar presente natalino; ou acreditar que o neonato é mesmo trazido pela cegonha. [...] Não será, por exemplo, o efeito cronológico da pena que haverá de servir de panacéia para os males desse doente social em que se constitui o condenado. (Sistema presidial: reinserção social- São Paulo: Ícone, 1998, p. 120/121).

E continua a julgadora⁴⁰:

De fato, é cediço que a prisão não tem outro fundamento a não ser punir o condenado, autorizando o convívio insalubre e servindo como escola para a crime. Com efeito, raros são os estabelecimentos prisionais que possibilitam ao encarcerado discutir seus problemas, ser ouvido por equipe multidisciplinar ou interagir com terceiros que não aqueles envolvidos em outros delitos. O direito à assistência é deixado de lado, e o que se percebe é um total descaso com os presos, exigindo-se deles o cumprimento da legislação pátria mas deixando-se de cumprir os dispositivos que lhes seriam benéficos durante o período da reclusão.

Transcreve, inclusive, as reflexões de Roberto Lyra, às quais se amoldam perfeitamente ao presente artigo⁴¹:

Sejam quais forem o fundamento e o fim atribuídos à pena, a prisão não os preenche.
 Nem intimida, nem regenera.
 Quando aflige, ela embrutece, insensibiliza, revolta. E sempre perverte, despersonaliza, desambienta.
 A prisão, realmente temida, é a primeira, a que imaginam os homens de vergonha, "presos" aos valores morais e materiais da liberdade.
 O adaptado ao cárcere não repugna a volta. O risco é coberto pelas organizações celeradas que operam em seguros dotais...
 Aos desesperados ou agredidos pelo meio, aos rústicos, aos ingênuos, aos embotados morais não se oferece, oportunamente, o quado para a esperada continência. "Arrependimento só tem valor antes", respondeu a um repórter o sentenciado Mauro Guerra.
 O efeito, seja aflitivo, intimidante, ou penitente, correcional, não atinge os mais perigosos - empedernidos, fechados, matreiros.

³⁹ BRASIL, op. cit. acessado em 4 de outubro de 2010.

⁴⁰ BRASIL, op. cit. acessado em 4 de outubro de 2010.

⁴¹ BRASIL, op. cit. acessado em 4 de outubro de 2010.

Há os que sabem ou aprendem a "tirar cadeia" e até gostam da "sombra", para valer-me do linguajar específico e direto.

E os que exploram a legenda com orgulho erostrático- E os delirantes do exibicionismo do sofrimento, do falso masoquismo-

Mesmos criminalóides amedrontados evoluem para a insensibilidade diante de vexames e humilhações.

[...]

Com a prisão, o Estado viola a correspondência, impede a manifestação do pensamento e o exercício da profissão, obriga ao trabalho mal pago ou à vadiagem forçada, realiza o confisco moral e sentimental, difunde a loucura e o vício, dissolve famílias, impõe orfandades e divórcios virtuais, sistematiza os envenenamentos morais.

Multiplica-se ao máximo o mal do crime, inclusive contra a sociedade e a vítima.

Quando não copia a violência do criminoso, o Estado evolue, como êste, para a fraude, enfedrando a disciplina astuta e traiçoeiro, prendendo a consciência e soltando os instintos. (Penitência de um penitenciário. Rio de Janeiro: Instituto de Criminologia da Universidade do Distrito Federal, 1957, p. 18/20).

Ao final, conclui a ilustre Desembargadora⁴²:

Tais ponderações não têm o condão de autorizar os magistrados e administradores prisionais a aplicar a medida que lhe for mais conveniente, ou mesmo deixar de cumprir aquilo que a Lei de Execução Penal determina. Na ampla maioria dos casos, apesar de todos os malefícios que a prisão traz, não só ao condenado, mas à toda sociedade, acaba figurando como única alternativa, o mal necessário para fazer valer o comando da sentença penal condenatória. Contudo, se os responsáveis pela execução da pena encontrarem soluções que afastam temporariamente o condenado do convívio social e, ao mesmo tempo, permitam a ele ter acesso a meios de ressocialização, não há razão para impedir a continuidade dessa forma de expiação cujo resultado certamente será mais positivo que o trancafiamento vazio de objetivos.

Não restam dúvidas que a providência adotada pelas sentenciantes da 3ª e 8ª CJM estavam voltadas para os fins sociais da pena, possibilitando ao recluso avaliar seus erros e encontrar possibilidades de reintegração social, mesmo em que se trate de norma especial com socorre em norma geral, ou seja, aplicar a norma material do CPM e, em seu silêncio, aplicar as penas substitutivas às penas privativas de liberdade dispostas no CP.

3) Cumpre, ainda falar, sobre a aplicação da analogia- que consiste em aplicar uma caso não previsto pela lei- o nela disposto com relação a uma hipótese semelhante, ou seja, integração da lei.⁴³

Os preceitos da Lei de Introdução ao Código Civil se aplicam a todos os ramos do direito, inclusive ao direito penal militar. As lacunas existentes da norma penal podem ser

⁴² Brasil, op. cit. acessado em 5 de outubro de 2010.

⁴³ ROMEIRO. op. cit., p.23

supridas pelos processos científicos determinados pelo legislador, porém, somente às normas penais não-incriminadoras podem ser integradas, ou seja, aquelas descrevem os crimes e aplicam as penas pela prática daquelas condutas descritas no tipo.

A analogia mira na preencher a lacuna legal, desde que não acarrete nenhum prejuízo ao réu, mas sim de auxiliá-lo. Advertimos que não se trata de interpretação extensiva, ao passo que esta é vedada pelo ordenamento jurídico penal.

Para tanto, a própria norma especial, em seu art. 61, prevê a possibilidade de aplicação do regramento da Lei de Execuções Penais aos militares recolhidos em penitenciárias civis. Assim, esses ficam submetidos às varas de execuções penais, ao qual pode o juiz da referida vara converter a pena privativa de liberdade aplicada pela justiça especial em penas restritivas de direito.

João José Bastos⁴⁴ com maestria lembra que, principalmente em matéria penal, os aforismos se manifestam em nome da equidade e do bom senso, o que serve de próprio fundamento à analogia: *ubi eadem ratio ibi idem ius*, e conclui:

Se existe a mesma razão jurídica, por que correr-se o risco de uma punição sumariamente rigorosa? Acaso a liberdade do homem vale menos que uma pretensa e duvidosa defesa social? Não, em absoluto se compreende a defesa da sociedade sem a defesa de um indivíduo.

No mesmo sentido, destaca Marco Antonio Américo⁴⁵: “Se cada cidadão for protegido individualmente a soma dessa proteção corresponde à proteção da coletividade. O erro é pensar que defender a sociedade é esmagar o indivíduo.”

Nada mais é que a aplicação do próprio adágio romano *Libertas omnibus rebus favorabilior est* – Em todos os casos a liberdade é mais favorável.

⁴⁴ BASTO, acessado 02 de outubro de 2010.

⁴⁵ AMÉRICO *apud* BASTOS, João José Caldeira. *interpretação e analogia em face da lei penal brasileira*. Clubjus, Brasília-DF: 16 de junho de 2007. Disponível em: < www.clubjus.com.br/artigos&ver=2.1084 > acesso em: 2 de outubro de 2010.

Assim, nesse desiderato, inicialmente podemos compreender que, em que pese o CPM não fazer referência quanto a substituição da pena privativa de liberdade por penas alternativas, especialmente penas as restritivas de liberdade, certo é que a mesma norma não fez referência quanto a sua vedação.

A analogia *in bonam partem* não é proibida pela Constituição Federal, muito menos pelo Código Penal Militar ou pelo Código Penal, aliado ao fato de que a Lei de Introdução ao Código Civil expressamente a permite, “impõe-se como medida indispensável, destinada a conciliar a lei com a equidade, em atenção à justiça e os reclamos da moral social.”⁴⁶

Por fim, certo é que quando o legislador tem a intenção de limitar que eventuais benesses sejam alcançadas para determinados delitos, ele expressamente o prevê, como podemos observar na Lei n. 8.072/90 em seu art. 2º que veda a concessão de fiança aos crimes hediondos e afins.

4)Sabe-se que o Supremo Tribunal Federal⁴⁷ não admite a combinação de leis.

Sobre a combinação de leis, tal também é objeto de discussão doutrinária. Fernando Capez⁴⁸ se inclina claramente pela impossibilidade de combinação de leis, seguindo a orientação Pretoriana.

Porém, não podemos nos limitar a eliminar a combinação de leis, em desprezo de qualquer interpretação de norma e princípio, sem seguir o controle de submissão aos direitos fundamentais e garantias, previstas no ápice do sistema jurídico. Clarence Duccini⁴⁹ assevera que é a própria Constituição Federal o ápice de todo o ordenamento jurídico e, assim, não seria legítimo afirmar que “na combinação de lei o Juiz está criando uma nova lei, ao

⁴⁶ BASTOS, acessado 02 de outubro de 2010.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 94560. Relator: Min. GILMAR MENDES, publicado no DOU de 01 de outubro de 2010.

⁴⁸ CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, V.1, 2007, p.48e 49.

⁴⁹ DUCCINI, Clarence. *Questões controvertidas da Aplicabilidade da Lei*. 11.343/06. Disponível em:<http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=864>. Acesso em: 2 de novembro de 2010.

contrário, apenas interpretando e resguardando a aplicabilidade dos princípios da retroatividade e individualização”.

Luis Roberto Barroso⁵⁰, dotado de clareza sobre o assunto, destaca que a norma constitucional é vetor de interpretação de todas as normas do sistema. Logo, a aplicabilidade da lei mais benéfica pode ser analisada entre a combinação de leis, sob pena de afronta aos princípios constitucionais.

Ora, a própria Constituição Federal, sem seu art. 5º inciso XLVI, cristaliza a individualização da pena e a adoção de penas alternativas (prestação social alternativa). Assim, aliada às demais razões elencadas anteriormente, a interpretação conforme a Constituição é mais do que princípio, é um princípio imanente da Constituição, até porque não há nada mais imanente a uma Constituição do que a obrigação de que todos os textos normativos do sistema sejam interpretados de acordo com ela.⁵¹

Nesse desiderato, a própria norma constitucional⁵² determina a individualização da pena e a adoção de penas alternativas às penas cominadas em processos criminais.

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

Como se pode verificar, a norma constitucional não faz distinção quanto a norma penal, cabendo ao aplicador, fulcrado na interpretação conforme a Constituição, dar efetividade ainda que expressamente previsto na norma especial, ao passo que aquela

⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 1 nov. 2010.

⁵¹ STRECK, Lênio. Hermenêutica jurídica em Crise. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p.221.

⁵² BRASIL. Constituição da republica Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> acesso em: 12 de outubro de 2010.

sobrepõe-se a mera expectativa de atuação do legislador derivado para sua aplicabilidade, por força do que dispõe do § 1º do art. 5º da CF

Por fim, não há como extirpar a possibilidade da aplicação das penas alternativas restritivas de direito em substituição às penas privativas de liberdade, eventualmente aplicadas nas sentenças condenatórias emanadas pela Justiça Militar.

CONCLUSÃO

Historicamente, a resposta a um mal praticado pelo indivíduo sempre correspondia a uma pena a ser aplicada. De início, a pena era corporal, recaindo sobre o malfeitor do dano as árduas penalidades, seja através de mutilações, seja pela punição com a pena capital.

Com a evolução da sociedade, as penas cruéis foram substituídas pelas penas segregadas, com especial espreque na ressocialização do indivíduo. O legislador, atento ao aumento da população carcerária, bem como a ínfima transformação do condenado à cidadão socializado, introduziu às espécies de pena, as penas alternativas, cuja finalidade é, desde preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos, substituir as penas privativas de liberdade em restritivas de liberdade, ao passo que ao condenado é dada a oportunidade de cumprir a pena sem que seja recolhido as unidades celulares de penas privativas de liberdade.

Porém, o direito penal não se resume ao direito material aplicado a todo e qualquer delito praticado. De fato, com fulcro em legislação especial, as normas constantes no Código Penal não se aplicam àquelas condutas praticadas dentre de instituições militares, que possuem regime próprio para apuração e aplicação de penas aos seus militares e civis- que praticam crime em detrimento da Instituição Militar- em conformidade com o princípio da especialidade.

Sendo assim, os Tribunais Militares em majoritária jurisprudência, aliados as decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal, dispensam a aplicação da penas alternativas dispostas no artigo 43 do Código Penal, por ausência de previsão legal inserida no Código Penal Militar.

Malgrada orientação jurisprudencial, entendemos que a melhor orientação não seria a vedação da substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, ao passo que a vedação de fato não existe. Como foi evidenciado no trabalho, a norma em comento prevê que ao militar e o civil condenados em crimes militares, mas que cumpram as penas em estabelecimentos civis, estes são submetidos às varas de execuções penais e, autorizado está o juiz a substituir as penas corporais em restritivas de direito.

Logo, há quebra do princípio da isonomia, posto que os mesmos militares condenados pela justiça especial, não possuem tratamento equânime, uma vez que será quase que questão de sorte em cometer crime em unidade federativa que não disponha de estabelecimento prisional militar, já que a este será conferida a benesses da legislação penal comum.

Noutro norte, sabe-se que há muito se deixou de interpretar a lei de forma literal. A analogia, a interpretação sistemática e a hermenêutica jurídica passaram a contribuir para dar maior efetividade aos fins da Constituição da República Federativa do Brasil. Afinal, a norma constitucional é vetor de interpretação de todas as normas do sistema.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe a aplicabilidade da lei mais benéfica pode ser analisada entre a combinação de leis, sob pena de afronta aos princípios constitucionais.

Nesse desiderato, não é crível a manutenção da vedação da aplicabilidade do disposto no art. 43 do Código Penal às penas cominadas em instancias militares sob a única pecha de ausência de previsão legal, pois a mesma não a proíbe. O simples fato da lei não

prever as penas restritivas de direitos como penas aplicáveis nas condenações militares não dá cabo a possibilidade de integração com a norma comum sob pena de afronta a própria Constituição Federal.

Assim, se conclui que, em que pese o Código Penal Militar não prever as penas alternativas, a luz da Lei de Introdução ao Código Civil, na lacuna da lei, esta poderá ser integrada pela analogia, princípios gerais do direito, devendo o julgador atender aos fins sociais que a lei se destina. A pena possui fim social de ressocializar, de fato, não resta senão permitir a conversão da pena privativa de liberdade aplicadas na justiça especial, em restritivas de direitos.

REFERÊNCIAS

AMÉRICO *apud* BASTOS, João José Caldeira. *Interpretação e analogia em face da lei penal brasileira*. Clubjus, Brasília-DF: 16 de junho de 2007. Disponível em: <www.clubjus.com.br/artigos&ver=2.1084> acesso em: 2 de outubro de 2010.

AMIN, Claudio. *Elementos do Direito Penal Militar*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 1 nov. 2010.

BASTOS, João José Caldeira. *Interpretação e analogia em face da lei penal brasileira*. Clubjus, Brasília-DF: 16 de junho de 2007. Disponível em: <www.clubjus.com.br/artigos&ver=2.1084> acesso em: 2 de outubro de 2010.

BRASIL. 2ª Auditoria da 3ª Circunscrição da Justiça Militar. PO 00013/05-0. Juíza- Auditora Sheyla Costa Bastos Dias. Publicado do DOU de 26 de janeiro de 2006.

BRASIL. Auditoria da 8ª Circunscrição da Justiça Militar. PO 00012/02-6. Juíza Auditora Maria do Socorro Leal. Publicado do DOU de 05 de março de 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> acesso em: 12 de outubro de 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. MS 2009.04981-3. Relatora: Desa. Salete Silva Publicado no DO 3 de março de 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 94560. Relator: Min. GILMAR MENDES, publicado no DOU de 01 de outubro de 2010.

BRASIL, Superior Tribunal Militar < <http://www.stm.jus.br/institucional/historico/fundacao>> acessado em 28 de setembro de 2010.

BRASIL. *Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm> acesso em: 29 de outubro de 2010.

BRASIL. *Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm> acesso em: 29 de outubro de 2010.

BRUNO, Anibal. *Direito Penal*. V1, Rio de Janeiro: Nacional de Direito, 1956.

BONESAN, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 1ª ed. São Paulo: Edipro, 1993.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, V.1, 2007.

CARVALHO, Alexandre Reis de. A tutela jurídica da hierarquia e da disciplina militar: aspectos relevantes. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 806, 17 set. 2005. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/7301>>. Acesso em: 26 out. 2010.

DOTTI, Ariel. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 2.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DUCCINI, Clarence. *Questões controvertidas da Aplicabilidade da Lei. 11.343/06*. Disponível em: < http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=864>. Acesso em: 2 de novembro de 2010.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir* – tradução de Lúcia Pondé. Petrópolis: Ed. Vozes, 1987.

HASSEMER, Winfried y Muñoz Conde, Francisco. *Derecho Penal y Controle social*. Jerez, Ed. Tirant lo blanch, 1985.

JUNQUEIRA, Gustavo O. D; FULLER, Psulo H. A. *Legislação penal especial*. 5.ed., vol. 1. São Paulo: Premier Máxima, 2008.

MAGALHÃES, Edgard Noronha. *Direito Penal*. Vol.I, São Paulo:Saraiva, 1965.

OLIVEIRA, Bejamim Filho. *O problema da aplicação da lei*. Rio de Janeiro: Haddad Editor, 1957.

PINHEIRO, Jacy Guimarães. O Conde de Lippe e seus artigos de guerra. *Revista do Superior Tribunal Militar*, Brasília, v. 4, 1978.

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

SILVA, Evandro Lins. *Penas Alternativas* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

STRECK, Lênio. *Hermenêutica jurídica em Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TEXEIRA, Sílvio Martins. *Novo Código Penal Militar*, Rio de Janeiro: Ed. Freitas Bastos, 1946.

VINCENZZO, Manzini. *Direito Penale Militare*, Pandova, ano X, P. 1, Buenos Aires, 1977.