



**UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA**

# **O Sistema de Justiça Militar Penal**

**Ana Marcela Silva Félix**

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2016



**UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA**

# **O Sistema de Justiça Militar Penal**

**Ana Marcela Silva Félix**

Dissertação de Mestrado na área de especialização em Direito Criminal pela  
Escola de Direito da Universidade Católica do Porto sob a orientação do Sr.  
Prof. Dr. Germano Marques da Silva

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2016

## DEDICATÓRIA

*Ao meu querido Pai*, pela educação, pela liberdade de escolha, pela compreensão, pelo respeito, pela confiança, pelo carinho, pelo amor e por tudo o que tem feito por mim e pela nossa família. Que todos os filhos tenham a sorte de ter um pai assim.

## EPÍGRAFE

*“Assim como há uma sociedade civil fundada sobre a liberdade,  
há uma sociedade militar fundada sobre a obediência,  
e o juiz da liberdade não pode ser o da obediência.”*

Georges Clemenceau  
(1841-1929)

## AGRADECIMENTOS

À minha família, em especial à minha mãe Fátima, ao meu pai Amadeu, à minha irmã Marta, ao meu cunhado Marcio e ao meu sobrinho e afilhado Rodrigo, por serem o meu porto de abrigo e por me amarem tal como eu os amo, incondicionalmente.

Ao Francisco pela paciência, pela amizade e por todo o amor. Tens sido o meu melhor amigo e serás o meu terno companheiro.

Aos verdadeiros amigos de Sequeiros por fazerem parte da minha vida há anos, por me proporcionarem bons momentos sempre que estamos juntos e pelo facto de a nossa amizade permanecer imutável, apesar da distância.

Aos amigos de Coimbra por terem sido a minha família durante os melhores anos da minha vida, os loucos e emocionantes anos académicos.

Aos amigos do Porto por estarem sempre que preciso, pelo apoio e pela compreensão.

Aos camaradas e amigos de Lisboa, pelos bons momentos, pelas risadas.

Um especial e profundo agradecimento ao Professor Doutor Germano Marques da Silva pela orientação e apoio incondicionais que estimularam a minha vontade de querer fazer melhor. Agradeço também a sua disponibilidade. A sua ajuda foi determinante na elaboração desta Tese.

## RESUMO

É indiscutível o papel crucial que as Forças Armadas desempenham na defesa e segurança do Estado e, por isso, devemos dar-lhes o reconhecimento devido.

Volvidos mais de 100 anos sobre a entrada em vigor do primeiro Código de Justiça Militar, foram várias as alterações que se verificaram, quer no âmbito constitucional, em virtude das sucessivas revisões constitucionais, quer no âmbito jurídico-penal e disciplinar.

Entre estas, destaca-se a aprovação de um novo Código de Justiça Militar, decorrente da alteração da Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais, que, nos termos do artigo 213.º da Constituição da República Portuguesa, conduziu à extinção dos tribunais militares em tempo de paz e a criação de secções especializadas nos tribunais comuns para o julgamento dos crimes estritamente militares.

Foi sendo reconhecida pela comunidade castrense e pelo poder legislativo, a necessidade de adaptar e harmonizar o Direito Penal Militar com as novas realidades, submetendo-se aos princípios gerais do Direito, mas conservando as suas especificidades.

Neste sentido, tornou-se conveniente, por meio de uma abordagem abrangente, descrever e caracterizar o atual Código de Justiça Militar e, consecutivamente, o “novo” sistema de justiça militar penal.

Para tanto, propusemo-nos, especificamente, a explicar a razão de ser do Direito Penal Militar perante a existência do Direito Penal geral, através de um breve descrição da Instituição Militar e dos valores pelos quais esta se rege, mormente a disciplina e a hierarquia.

Procedemos também a uma análise comparativa entre Direito Penal Militar e Direito Penal geral. No entanto, tratamos apenas de alguns institutos jurídicos, nomeadamente: a tentativa, a liberdade condicional, a determinação da medida da pena, a reincidência e as causas de exclusão da ilicitude e da culpa. O esclarecimento destes assuntos é o objetivo da presente investigação.

Apesar da dificuldade em encontrar material bibliográfico, o estudo revelou que muito já foi feito, contudo, existe ainda um longo caminho a percorrer para aperfeiçoar o Direito Penal Militar e cativar os profissionais do Direito para a análise deste tema.

**Palavras-chave:** *Direito Penal Militar, Código de Justiça Militar, Instituição Militar.*

## *ABSTRACT*

There is no doubt the crucial role that the armed forces play in the defense and security of the state so, therefore, we must give them due recognition.

After more than 100 years of the entry into force of the first Code of Military Justice, there were several changes that have occurred either in the constitutional context, because of the successive constitutional revisions, whether the legal-criminal and disciplinary context.

Among these, there is the adoption of a new Code of Military Justice, due to the change of the Law of Organization and Functioning of the Judicial Courts, which, under the Article 213 of the Constitution of the Portuguese Republic, led to the extinction of military courts in time of peace and the creation of specialized branches in the ordinary courts for the trial of strictly military crimes.

It was being recognized by castrense community and the legislature, the need to adapt and harmonize the Military Penal Law with the new realities, submitting to general principles of law, while retaining their specificities.

In this sense, it has become convenient through a comprehensive approach, describe and characterize the current Code of Military Justice and consecutively the "new" criminal military justice system.

Therefore, we set out specifically to explain the rationale of the Military Penal Law before the existence of the general criminal law, through a brief description of the military institution and the values by which it is governed, especially discipline and hierarchy .

We also proceed to a comparative analysis between Military Penal Law and general criminal law. However, we only treat some legal institutes, namely: the attempt, probation, determining the extent of the penalty, recidivism and the exclusion causes of illegality and guilt. Clarifying these issues is the objective of this research.

Despite the difficulty in finding library materials, the study revealed that much has been done, however, there is still a long way to go to improve the Military Penal Law and captivate Law professionals in the analysis of this topic.

**Keywords:** Military Penal Law, Code of Military Justice, Military Institution.

# ÍNDICE

|   |    |
|---|----|
| <b>INTRODUÇÃO</b> .....   | 9  |
| <b>CAPÍTULO 1 – Enquadramento Histórico</b> .....                                 | 10 |
| <b>CAPÍTULO 2 – Direito Penal Militar</b> .....                                   | 14 |
| 2.1. Definição .....  | 14 |
| 2.2. Enquadramento Geral .....  | 14 |
| 2.3. A Razão Da Sua Existência .....  | 15 |
| 2.3.1. A Disciplina Militar .....   | 17 |
| 2.3.2. A Hierarquia Militar .....   | 18 |
| 2.4. Direito Penal Militar <i>versus</i> Direito Disciplinar Militar .....        | 19 |
| <b>CAPÍTULO 3 - O Atual Código de Justiça Militar</b> .....                       | 23 |
| 3.1. Crime Estritamente Militar .....   | 24 |
| <b>CAPÍTULO 4 - Direito Penal Militar <i>versus</i> Direito Penal Geral</b> ..... | 27 |
| 4.1. Sujeição aos Princípios Constitucionais .....                                | 27 |
| 4.2. Institutos Jurídicos .....   | 29 |
| 4.2.1. A Tentativa .....  | 30 |
| 4.2.2. Liberdade Condicional .....  | 31 |
| 4.2.3. Reincidência .....   | 34 |
| 4.2.4. Determinação da medida da pena .....                                       | 36 |
| 4.2.5 Causas de exclusão da ilicitude e da culpa .....                            | 39 |
| Perigo .....  | 39 |
| Conflitos de deveres .....  | 40 |
| Obediência indevida desculpante .....   | 43 |
| <b>CONCLUSÃO</b> .....  | 45 |
| <b>BIBLIOGRAFIA</b> .....   | 48 |

## INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como objetivo a obtenção do Grau de Mestre na área de especialização em Direito Criminal, pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Escola do Porto, sob a orientação do Exmo. Prof. Germano Marques da Silva.

Neste estudo olha-se para a Instituição Militar como o conjunto das Forças Armadas Nacionais e procura-se uma abordagem do Direito Penal Militar substantivo sob um ponto de vista sobretudo jurídico e não político, social ou cultural. Não obstante, ao tratar-se deste tema, importa analisar a realidade visada pelas normas legais, tendo em conta a peculiaridade do mundo militar, sobretudo no que diz respeito às tão exigentes disciplina e hierarquia militares.

Com esta dissertação, pretende-se contribuir para o aperfeiçoamento do sistema jurídico militar penal e, conseqüentemente, “combater” algumas das lacunas que afetam o âmbito jurídico-penal que regula uma forte e bem estruturada Instituição, a qual nos merece todo o respeito e a máxima atenção. Bem como proporcionar alguns critérios que possibilitem uma maior compreensão e um maior conhecimento por parte do jurista de um regime especial que tem um campo de aplicação muito específico, nomeadamente, o rico, complexo e entusiasmante meio militar.

Assim sendo, repartimos o trabalho de investigação em 4 Capítulos. O Capítulo 1 relativo ao enquadramento histórico, no qual se pretende traçar a evolução do Direito Penal Militar.

O Capítulo 2 aborda o Direito Penal Militar propriamente dito, como é que se define e qual é a sua razão de ser face à existência de um Direito Penal geral, cuja fundamentação passa, grosso modo, pelas disciplina e hierarquia militares, dois valores sustentadores da instituição castrense. Neste capítulo faz-se ainda uma referência à diferença entre ilícito penal e ilícito disciplinar no seio da comunidade militar.

O Capítulo 3 analisa o atual Código de Justiça Militar e o crime estritamente militar em substituição do anterior crime essencialmente militar.

O Capítulo 4 refere as principais diferenças entre o Direito Penal Militar e o Direito Penal comum, através da análise de alguns institutos jurídicos (tentativa, liberdade condicional, determinação da medida da pena, reincidência, causas de exclusão da ilicitude e da culpa). O estudo termina com algumas considerações finais.

## CAPÍTULO 1 – Enquadramento Histórico

Durante séculos, as normas penais que regulavam as organizações militares surgiam entre todas as outras sem qualquer distinção, sem identidade própria e de forma não autonomizada. Em Portugal, até 1640, em bom rigor, não se pode falar de um verdadeiro Direito Penal Militar, uma vez que o mesmo era bastante embrionário, quase inexistente.

Com a fundação de Portugal<sup>1</sup>, o grande objetivo dos Reis era a consolidação da tão custosa independência e o aumento do território, organizando as tropas e, consecutivamente, criando as primeiras normas de justiça e disciplina militar.

Contudo, a forma como esta pioneira justiça militar era exercida é pouco conhecida. No foral de Palmela, de 1185, surgem apenas superficiais referências ao foro a que estavam sujeitos os militares: *“Os homens de armas de Palmela estarão submetidos à Justiça tal como estão os poderosos e os infanções de Portugal. Os clérigos de Palmela terão costumes militares. Os peões estarão submetidos à Justiça como cavaleiros vilões de outra terra.”* (Roque, 2000, p. 10)

Em 1290, no reinado de D. Dinis aparece o primeiro Regimento da Milícia onde, a par de questões de orgânica e técnica militares, estabelecem-se detalhes sobre a justiça militar. Nesta época, o posto de Almirante teve grande relevância, pois detinha poder/autoridade sobre as pessoas e as suas coisas como se fosse o Rei.

Deste modo, *“A justiça militar, assim instituída, durante séculos não esteve verdadeiramente regulada, constituía prerrogativa exclusiva dos comandantes, chefes militares ou dos senhores no período feudal, sendo os visados acusados de infringir regras comportamentais militares, podendo ser punidos discricionariamente.”* (Ermidas, 2015, p. 41)

Pode concluir-se que antes do ano de 1640, as infrações militares estavam sujeitas a regimes especiais, de realçar a pouca nitidez face à distinção entre direito penal e direito disciplinar.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Em 1143, com o Tratado de Zamora.

<sup>2</sup> Na época romana, a criação de um exército profissional foi seguida da instituição de jurisdições militares presididas pelos “perfeitos dos pretores”, ou “legati”. Assim, os romanos dispunham de um sistema jurisdicional estabelecido para o âmbito militar, sendo que as altas patentes eram julgadas pelo Senado Romano e os seus subalternos submetidos às decisões de justiça dos comandantes.

No ano de 1640, por Decreto de Sua Majestade o Rei D. João IV, a seguir à independência de Portugal face ao Reino de Espanha, foi criado o Conselho de Guerra, o qual exercia várias funções em matéria militar, nomeadamente a de tribunal superior, proferindo sentenças condenatórias, inclusivamente a pena de degredo até 5 anos. Este período tornou-se um marco crucial na História do Direito Militar Português e também no Direito Penal Militar, e foi o grande impulsionador de todo o sistema jurídico militar.

Este regime padecia de deficiências, designadamente por se tratar de um foro pessoal, ou seja, era aplicável aos militares pela prática de factos ilícitos, pela simples condição de serem militares, independentemente da natureza do delito e de o mesmo estar ou não previsto em algum corpo legal.<sup>3</sup>

Filipe Guilherme Ernesto, conhecido como Conde de Lippe veio da Grã-Bretanha, a 13 de julho de 1762, para ser nomeado Marechal-General comandante de todo o exército português. O Conde de Lippe organizou toda a estrutura militar através de várias medidas, entre as quais sobressai o decretamento de dois regulamentos: o “Regulamento para o Exercício e Disciplina dos Regimentos de Infantaria”, de 1763 e o “Regulamento para o Exercício e Disciplina dos Regimentos de Cavalaria”, de 1764.

*“Estes Regulamentos, juridicamente vinculativos para todo o exército, muito embora não emanassem de sua eminência o Rei, são surpreendentemente completos em relação a tudo o que se conhecia até então, contendo normas detalhadas sobre os deveres disciplinares do militar, bem como regras processuais a seguir nos interrogatórios e Conselhos de Guerra (autonomizadas em Capítulo próprio), ainda normas relativas aos castigos disciplinarmente permitidos (também em capítulo autónomo) e, sob a epígrafe “Dos Artigos de Guerra”, a definição de 24 tipos penais estruturados por previsão de conduta e estatuição de pena. Com a feitura destes diplomas, ficou definitivamente consagrado o princípio do foro material, isto é, os militares apenas estariam sujeitos à jurisdição militar quando praticassem algum dos crimes militares previstos nos Regulamentos respetivos, estando de resto sujeitos ao Direito comum.” (Oliveira, 1996, p. 30 e 31)*

Mais tarde, mais precisamente em 1875, surge o primeiro Código de Justiça Militar, o diploma revolucionador de todo o Direito Penal Militar e que trouxe novamente consigo o

<sup>3</sup> Seguindo a prática de outros países, designadamente França, através do Tribunal de *la connétable*, constituído no séc. XIV.

tão criticado princípio do foro pessoal, o que levou muitos a denominarem o sistema de justiça militar de “sistema de casta” e de “foro privilegiado”.

A Armada Portuguesa possuía um Código idêntico, o Código de Justiça da Armada que continha um regime muito similar ao do Exército, apesar de conter uma natureza particular direcionada para a Marinha.

A 24 de dezembro de 1896, o Decreto da Secretaria de Estado dos Negócios do Reino, aprovou o Regulamento para Execução do Código de Justiça Militar. A 2 de maio de 1913, nasceu o “Regulamento Disciplinar” que contribui para a diferenciação entre Direito Penal Militar e Direito Disciplinar Militar, cuja diferença iremos tratar mais à frente.

No dia 26 de novembro de 1925, o Decreto n.º 11.292 do Ministério da Guerra da República Portuguesa operou uma revisão com peso significativo no Código de Justiça Militar, nomeadamente: agrupou e adaptou à época as disposições processuais dispersas, conferiu garantias de defesa mais alargadas, criou tribunais extraordinários para tempos de paz, atenuou os limites das penas, fundiu o Código de Justiça Militar e o Código de Justiça da Armada, entre outras.

Em 1977, mais concretamente a 9 de abril, o Decreto-Lei n.º 141/77 aprovou o Código de Justiça Militar, o qual consagrou significativas alterações, de entre as quais se destacam: consagração de um foro material, revisão do regime substantivo, tendo em conta os novos princípios constitucionais, reformulação de todo o sistema processual e reorganização da organização judiciária militar.<sup>4</sup>

O Código de Justiça Militar aprovado pela Lei n.º 100/2003, de 15 de novembro<sup>5</sup>, atualmente em vigor, contém o regime nuclear do Direito Penal Militar português e é sobre este regime, em comparação com o direito penal comum, que se debruçará o presente estudo.

De notar que, ao longo dos tempos, foram várias as alterações que ocorreram, quer no âmbito constitucional, quer no ordenamento jurídico-penal e disciplinar. De entre estas destaca-se a aprovação do novo Código de Justiça Militar e a alteração da Lei Orgânica de Funcionamento dos Tribunais Judiciais, que, por força do artigo 213.º da Constituição da República Portuguesa levou à extinção dos tribunais militares em tempo de paz e à criação

<sup>4</sup> A revisão constitucional operada pela Lei Constitucional n.º 1/1997, de 20 de setembro, determinou a extinção dos tribunais militares em tempo de paz, atribuindo a jurisdição dos crimes estritamente militares aos tribunais comuns. Mantendo no entanto a possibilidade da existência de tribunais militares quando a Pátria se encontre em estado de guerra.

<sup>5</sup> A 3 de janeiro de 2004 deu-se a 2.ª revisão do Código de Justiça Militar, Retificação n.º 2/2004.

de seções especializadas nos tribunais comuns para o julgamento dos crimes estritamente militares. Tal resultou do reconhecimento, pelo mundo militar e pelo poder legislativo, da necessidade de adequar e harmonizar o Direito Militar com as novas realidades.

Deve ter-se especialmente em atenção a salvaguarda da especificidade da sociedade castrense, sobretudo o modo de funcionamento de uma instituição particularmente organizada, hierarquizada, coesa e associada ao cumprimento de uma missão.

A defesa (e a preservação) destas características cabem ao direito penal e ao direito disciplinar militares, pois tal defesa é condição da eficiência e eficácia na prossecução das missões atribuídas às Forças Armadas e, assim mesmo, condição de defesa militar de Portugal.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> A este respeito a Lei Orgânica n.º 5/2014, de 29 de agosto, que procede à primeira alteração à Lei de Defesa Nacional, aprovada pela Lei Orgânica n.º 1-B/2009, de 7 de julho.

## CAPÍTULO 2 – Direito Penal Militar

### 2.1. Definição

Antes de se proceder à definição de Direito Penal Militar importa, em primeiro lugar, definir Direito Penal “*stricto sensu*”. Segundo Figueiredo Dias, é o “*conjunto das normas jurídicas que ligam a certos comportamentos humanos, os crimes, determinadas consequências jurídicas privativas deste ramo de direito. A mais importante destas consequências – tanto do ponto de vista jurídico quantitativo, como qualitativo (social) – é a pena, a qual só pode ser aplicada ao agente do crime que tenha atuado com culpa.*” (Dias F. , Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2007, p. 3)

Nas palavras de Francisco Oliveira o Direito Penal Militar é “*o conjunto normativo especial regulador dos pressupostos e circunstâncias dos comportamentos puníveis com penas de prisão, aplicadas no quadro específico da jurisdição militar*”. (Oliveira, 1996, p. 12) Este conjunto normativo está expresso no Código de Justiça Militar.

Este ramo do direito pode ainda definir-se como o “*conjunto de normas jurídicas que têm por objeto a determinação de infrações penais, com suas consequentes medidas coercivas em face da violação, e ainda, pela garantia dos bens juridicamente tutelados, mormente a regularidade de ação das forças militares, proteger a ordem jurídica militar, fomentando o salutar desenvolver das missões atribuídas às Forças Armadas.*” (Neves, 2014, p. 33)

Trata-se de um direito autónomo, de direito penal especial e “*os bens jurídicos tutelados pela norma penal militar são os interesses militares da defesa nacional.*” (Prata, A Justiça Militar e a Defesa Nacional, 2012, p. 74)

### 2.2. Enquadramento Geral

A necessidade do Direito Penal Militar face ao Direito Penal comum justifica-se sobretudo pela estrutura fortemente hierarquizada, disciplinada e intrinsecamente ligada a valores como o respeito pela hierarquia, a valorização da coesão, a salvaguarda da segurança e da defesa nacional, a obediência aos órgãos de soberania, e direcionada ao cumprimento de uma missão.

Os valores que se acabam de referir materializam-se em deveres, que devem ser rigorosamente acatados pelos militares. Porém, não são apenas deveres, mas antes deveres especiais, isto porque têm natureza pessoal, ou seja, são dirigidos a um grupo determinado de pessoas, neste caso, os militares, pela simples qualidade de serem militares.

Importa ter ciente que se trata de uma realidade distinta, como é possível verificar pela particulares características que acabamos de lhe apontar e, por isso, há que ter em conta o Princípio da Igualdade, segundo o qual devemos tratar de forma igual o que é igual e de forma diferente o que é diferente<sup>7</sup>.

### **2.3. A Razão Da Sua Existência**

*“Sendo o ambiente de atuação dos militares substancialmente diferente do comum dos cidadãos, sobretudo atendendo à perigosidade danosa da sua conduta – que poderá ser muito superior comparativamente à do normal cidadão, isto face ao latente uso da força armada<sup>8</sup> – diremos que existe inequivocamente, uma absoluta justificação para uma regulamentação disciplinar com características próprias e especiais, a qual vai ao limite de prever a privação excecional da liberdade pela via administrativa.”<sup>9</sup> (Batista, 2014, p. 12)*

<sup>7</sup> Cf. Artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa.

<sup>8</sup> No que a isto diz respeito: *“Um militar lida, por natureza, com equipamento de alto poder destrutivo, destinado a neutralizar forças adversárias em combate. Ora, como VV. Ex.as bem sabem, um maior poder implica uma maior responsabilidade, e é por essa especial responsabilidade que tanto os militares das Forças Armadas como os militares da GNR possuem condição militar.”* Cf. (RIBEIRO, 2003) (Pimentel, 2008) (Costa J. d.) (Moreira) (Canotilho, 1987) (Dias F. , Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro) (Silva, 2015) (Correia), aquando da discussão conjunta na Assembleia da República, na generalidade, dos projetos de lei do atual Código de Justiça Militar, in Diário da Assembleia da República, I série, n.º 107, 3 de Abril de 2003, IX Legislatura, 1.ª sessão legislativa (2002-2003), p. 34.

<sup>9</sup> Cf. Alínea d) do n.º 3 do artigo 27.º, da Lei Fundamental, que abaixo se transcreve:

**“Artigo 27.º**

**(Direito à liberdade e à segurança)**

1. Todos têm direito à liberdade e à segurança.

(...)

3. Excetua-se deste princípio a privação da liberdade, pelo tempo e nas condições que a lei determinar, nos casos seguintes:

Para além de uma absoluta justificação quanto à existência de regulamentação disciplinar militar, o mesmo sucede no âmbito penal. Tal acontece pelas características essenciais da organização militar mas ainda, e não menos importante, pela qualidade dos sujeitos envolvidos e pela relevância dos bens jurídicos em causa.

Por um lado, a qualidade dos sujeitos envolvidos é caracterizada pela sua condição militar<sup>10</sup>, isto é, os militares estão sujeitos ao cumprimento de exigentes deveres pessoais, intimamente ligados a importantes valores e princípios estruturantes da organização militar e regras de conduta próprias. Assim, também o regime jurídico que lhes é aplicado deve ser adequado, proporcional e justo a toda esta exigência, porque se trata de um meio particularmente distinto do meio civil.<sup>11</sup>

Por outro, os bens jurídicos militares são compreendidos como o “conjunto de interesses socialmente valiosos que se ligam à função militar específica: a defesa da Pátria, e sem cuja tutela as condições de livre desenvolvimento da comunidade seriam pesadamente postas em questão.” Neste sentido, (...) *entre esses bens há dois que merecem particular realce: os bens da disciplina e da hierarquia, características estruturais de umas forças militares e militarizadas capazes de cumprir as suas missões.*” (Dias J. d., 1995, p. 26) São bens jurídicos não contemplados no regime geral.

Mostra-se ainda conveniente que nos debruçemos sobre os dois pilares sustentadores e diferenciadores da instituição militar, designadamente a disciplina e a hierarquia militares, uma vez que muito contribuem para a fundamentação da existência de um Direito Penal Militar (Código de Justiça Militar) face ao Direito Penal comum (Código Penal).

A Instituição Militar “*corresponde um microcosmos societário, em que os valores da disciplina, a importância do cumprimento de ordens e a obediência hierárquica são*

(...)

*d) Prisão disciplinar imposta a militares, com garantia de recurso para o tribunal competente;*

(...).”

<sup>10</sup> Artigo 2.º da Lei 11/89, de 1 de junho – Bases gerais do estatuto da condição militar.

<sup>11</sup> “*A carreira militar não é uma atividade inespecífica e descartável, um simples emprego, uma ocupação, mas um ofício absorvente e exclusivista, que nos condiciona e autolimita até ao fim. Ela não nos exige as horas de trabalho da lei, mas todas as horas da vida, nos impondo também nossos destinos. A farda não é uma veste, que se despe com facilidade e até com indiferença, mas uma outra pele, que adere à própria alma, irreversivelmente para sempre.*” Cf. COSTA, Gen Octávio, do Exército brasileiro, consultado em 11-08-2016 in: <<http://deltat.pro.br/militar.html>>.

*essenciais, implicando uma especial vivência, em muitos aspetos, diferente da sociedade em geral.”* (Batista, 2014, p. 3)

### **2.3.1. A Disciplina Militar**

*“A organização e a atividade das Forças Armadas baseiam-se nos valores militares fundamentais da missão, da hierarquia, da coesão, da disciplina, da segurança e da obediência aos órgãos de soberania competentes nos termos da Constituição e da lei.”*<sup>12</sup>

Nos termos do artigo 1.º do Regulamento de Disciplina Militar, de 2 de maio de 1913, a disciplina militar consistia num *“laço moral que liga entre si os diversos graus da hierarquia militar; nasce da dedicação pelo dever e consiste na estrita e pontual observância das leis e regulamentos militares.”*

*“A comunidade militar (...) só poderá cumprir integralmente a missão que constitucionalmente lhe é atribuída (...) se lhe forem atribuídos os meios indispensáveis. E um deles é a disciplina. Sem esta não haverá forças armadas.”*<sup>13</sup>

O atual Regulamento de Disciplina Militar<sup>14</sup> no seu artigo 4.º dispõe que *“a disciplina militar consiste no cumprimento pronto e exato dos deveres militares decorrentes da Constituição, das leis e dos regulamentos militares, bem como das ordens e instruções dimanadas dos superiores hierárquicos em matéria de serviço.”*

A disciplina militar é crucial para a integridade da organização militar e para a manutenção da sua eficiência e eficácia, pois garante a observância dos valores militares fundamentais e impulsiona o cumprimento das missões atribuídas às Forças Armadas.

Implica, por sua vez, a restrição de alguns direitos<sup>15</sup>, para que as missões conferidas às Forças Armadas e os objetivos da Instituição não sejam postos em causa.

A função das Forças Armadas é o dever absoluto perante a Nação de a servir dedicadamente, tanto na guerra como na paz. A disciplina militar impõe a ordem e a submissão às regras.

<sup>12</sup> Vide artigo 1.º da Lei Orgânica 2/2009, de 22 de julho.

<sup>13</sup> Cf. Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 142/77, de 9 de abril, do qual é parte integrante o RDM de 77.

<sup>14</sup> Cf. Lei Orgânica n.º 2/2009, de 22 de julho.

<sup>15</sup> *Ex vi* artigo 270.º da Constituição da República Portuguesa, sob a epígrafe: *“Restrições ao exercício de direitos”*. Ver a este respeito PIMENTEL, Luís, *“A Restrição de Direitos aos Militares das Forças Armadas”*, AADFL, 2008.

Só a disciplina permite que uma ordem emanada de um órgão superior se repercute nos vários escalões da cadeia de comando, desde o Comandante Supremo das Forças Armadas, S. Ex<sup>a</sup> o Presidente da República até à base da hierarquia, através de “*relações especiais de sujeição*”.<sup>16</sup>

É a disciplina que garante a perfeita articulação entre os militares num campo de batalha ou no cumprimento de uma missão, movendo-se e atuando de acordo com as ordens de comando, não impedindo que entre chefe e subordinados haja união, estima, compreensão, espírito democrático, respeito mútuo, e sentimentos de camaradagem.

Todas as Forças Armadas eficientes são modelos de unidade e disciplina. A disciplina acata-se quando existe forte sentimento de interesse, de honra e de objetivos comuns, trata-se, portanto, de uma disciplina consciente.

A organização das Forças Armadas é marcada pela sua grande estabilidade, pela dedicação ao serviço da coletividade e pela exigência de subordinação dos sentimentos individuais a um espírito de missão. A obediência é a materialização prática da disciplina.

Desde os tempos mais longínquos até à atualidade, a disciplina militar sempre foi um elemento essencial para as vitórias no campo de batalha e, por isso, possui uma importância crucial para o cumprimento integral da missão atribuída às Forças Armadas e, deste modo, “*sem disciplina não há Forças Armadas*”. (Dias J. d., 1995, p. 19)

### **2.3.2. A Hierarquia Militar**

A sociedade militar é fortemente hierarquizada, verificando-se a “*submissão dos escalões inferiores aos superiores na atividade de comando, característica que se pode denominar «consenso organizativo», especto que assume particular relevância na organização militar.*” (Morais, 2000, p. 19)

Nas palavras do Conselheiro Gonçalves Pereira, a hierarquia tem por objeto a distribuição de competência entre os diversos militares, de forma a assegurar o exercício da

<sup>16</sup> Ob cit nota 14.

autoridade por parte do superior hierárquico e a obediência às ordens por parte do subordinado.<sup>17</sup>

A hierarquia militar está intrinsecamente associada à binómica autoridade – obediência. “*O dever de obediência consiste em cumprir, completa e prontamente, as ordens e instruções, dadas em matéria de serviço, desde que o seu cumprimento não implique a prática de um crime.*” Não obstante, “*O dever de autoridade consiste em promover a disciplina, a coesão, a segurança, o valor e a eficácia das Forças Armadas, mantendo uma conduta esclarecida e respeitadora da dignidade humana e das regras de direito.*”<sup>18</sup>

Podemos agrupar a hierarquia militar em três grandes grupos: oficiais, sargentos e praças. Sendo que cada um destes tem funções próprias em que o dever de autoridade e o dever de obediência representam graus de observância claramente distintos. O militar está colocado numa escala de funções, de poderes e de responsabilidades, isto é, está numa ordem hierárquica, fator de unidade e de disciplina, na multiplicidade das tarefas.

Os deveres do militar para com os seus camaradas de escalão hierárquico superior implicam necessariamente: respeitar e fazer-se respeitar; agir com zelo, honestidade e boa-fé; obedecer com inteligência, brevidade e dignidade; trabalhar em colaboração com perfeição e rigor; conviver com delicadeza e civismo.

Há que ter em conta que subordinação não significa servidão e, portanto, o dever de obediência apresenta limites.

## **2.4. Direito Penal Militar *versus* Direito Disciplinar Militar**

Antes de mais importa definir facto ilícito. O facto ilícito é o comportamento humano contrário ao direito, que viola o regime legal em vigor e é suscetível de lesar um bem jurídico.

No âmbito do Direito Militar resulta pertinente a distinção entre ilícito penal, regulado no Código de Justiça Militar e ilícito disciplinar, regulamentado no Regulamento de

<sup>17</sup> PEREIRA, Conselheiro Alfredo Rui Gonçalves, in *O direito disciplinar das Forças Armadas e das Forças de Segurança*, Palestra proferida no Seminário “O exército e a Justiça Disciplinar”, em 6 de maio de 2009, Academia Militar, Lisboa.

<sup>18</sup> *Ex vi* artigos 12.º, n.º 1 e 13.º, n.º 1 do Regulamento de Disciplina Militar, respetivamente. O n.º 2 dos referidos artigos descreve pormenorizada e taxativamente o modo de cumprimento dos deveres de obediência e autoridade.

Disciplina Militar. A distinção importa porque o direito disciplinar e as correspondentes medidas disciplinares são o domínio que mais se aproxima do direito penal, e tal releva a nível de justiça militar para que não existam confusões entre o Código de Justiça Militar e o Regulamento de Disciplina Militar e a sua aplicação ao caso concreto.

A responsabilidade penal tem como fundamento o crime, a prática de um facto ilícito, típico e culposo (ou negligente), que tem como consequência a aplicação de uma pena. O ilícito disciplinar encontra a sua fundamentação na função que o serviço público (e funcionários públicos) assume na esteira de um Estado de Direito democrático.

O serviço público resume-se ao cumprimento das funções específicas do Estado e o mesmo está intrinsecamente associado ao princípio da legalidade da Administração.<sup>19</sup>

*“Daqui resulta para o agente administrativo o asseguramento de uma série de direitos profissionais, mas também a imposição de especiais deveres no interesse da comunidade jurídica: a relação de serviço jurídico-pública é antes de tudo uma abrangente relação de dever (que lhe incumbe pela posição em que está investido e pela função que cumpre) e, por aí, a integridade e a confiança de que o serviço deve gozar, comete, sob determinados pressupostos, um ilícito disciplinar e torna-se passível de medidas (sanções) disciplinares.”*  
(Dias F. , Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2007, p. 169)

O ilícito disciplinar diz respeito a um ilícito interno, unicamente voltado para o serviço, ainda que não se tenha afetado de forma efetiva a autoridade estadual ou a Administração e *“é, em maior medida que o direito penal, orientado para o agente”* (Dias F. , Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2007, p. 171)

Segundo o princípio da subsidiariedade, as sanções privativas da liberdade constituem a *ultima ratio* da política criminal (artigos 18.º, n.º 2 e 70.º e 98.º do Código Penal), ou seja, a sua aplicação deve evitar-se, através da aplicação de medidas alternativas. A nível disciplinar determinadas violações de deveres detêm gravidade suficiente para que sejam aplicadas penas privativas da liberdade, e também aqui deve seguir-se o mesmo princípio.<sup>20</sup>

*“A admissão da imposição, nas Forças Armadas, da pena de prisão disciplinar por decisão administrativa encontra justificação nos objetivos constitucionalmente fixados à*

<sup>19</sup> *“Os órgãos da Administração Pública devem atuar em obediência à lei e ao direito, dentro dos limites dos poderes que lhes forem conferidos e em conformidade com os respetivos fins”* - Artigo 3.º, n.º 1 do Código do Procedimento Administrativo.

<sup>20</sup> De que é exemplo a prisão disciplinar, prevista no artigo 30.º, n.º 1, alínea e) do Regulamento de Disciplina Militar.

*defesa nacional e no tipo de missões atribuídas às Forças Armadas.*” (Prata, A Justiça Militar e a Defesa Nacional, 2012, p. 69)

Apenas se deve dirigir ao ilícito disciplinar uma finalidade de prevenção especial, para reintegração do agente e já não uma finalidade de prevenção geral, positiva ou negativa, tal como sucede com o ilícito penal.

Nem o ilícito disciplinar deve considerar-se alheio à função de tutela de bens jurídicos, nem o ilícito penal é exclusivamente alicerçado no desvalor de resultado, abrangendo também o desvalor de ação.

No âmbito da justiça militar, o Código de Justiça Militar tipifica os crimes (estritamente) militares, os seus agentes e as sanções penais aplicáveis. O Regulamento de Disciplina Militar regula os deveres da condição militar e prevê as sanções disciplinares aplicáveis à sua violação.

A norma penal militar e a norma disciplinar militar protegem bens jurídicos distintos, mas, muitas vezes, completam-se, isto porque a prática do mesmo facto pode levar o agente a ser punido criminal e disciplinarmente, casos em que se verifica uma cumulação de sanções. Tal só é possível porque os bens jurídicos penais e disciplinares têm diferente natureza, caso contrário, estaria a violar-se o princípio do *ne bis in idem*, segundo o qual o agente não pode ser punido mais do que uma vez pela prática do mesmo facto.

O ilícito penal e o ilícito disciplinar apresentam fundamentos e fins diversos, no entanto, pode suceder que interesses protegidos pelo Direito Penal Militar podem também (aproximadamente) ser tutelados no Regulamento de Disciplina Militar. Um militar pode praticar um facto, o qual pode ser tipificado como crime e como infração disciplinar, mas o interesse tutelado nunca é o mesmo.

Certo é que “*o Direito Penal (ainda que Militar) tem em vista garantir bens jurídicos respeitantes à sociedade em geral e o Direito Disciplinar virado para a proteção de bens jurídicos relacionados com o funcionamento de um Serviço ou Organização.*” (Batista, 2014, p. 16)

Segundo Vítor Prata, os dois tipos diferenciam-se pelo regime jurídico aplicável: “*o crime é julgado por órgão jurisdicional, enquanto a infração é punida por órgão com competência disciplinar; a decisão jurisdicional tem eficácia de caso julgado, enquanto a decisão punitiva disciplinar é ato administrativo com características de definitividade e executoriedade; o crime de natureza militar é investigado no âmbito de procedimento criminal pela polícia judiciária militar sob a dependência funcional do MP e a infração disciplinar é avaliada no âmbito de procedimento disciplinar, instruído por instrutor*

*nomeado pelo detentor de competência para instaurar e decidir o processo; o crime está tipificado na lei como conduta que lesa um bem jurídico socialmente relevante, enquanto o ilícito disciplinar militar é toda a ação ou omissão que contraria o dever militar relacionado com o serviço ou funcionamento da instituição militar. Isto é, a pena disciplinar decorre do exercício da função judicial, enquanto a pena disciplinar decorre da função administrativa.”*  
(Prata, A Justiça Militar e a Defesa Nacional , 2012, p. 97 e 98)

### CAPÍTULO 3 - O Atual Código de Justiça Militar

O Código de Justiça Militar é composto por 2 Livros, versando, respetivamente sobre “Dos Crimes” e “Do Processo”.

Conforme referimos anteriormente, sendo o objeto da presente análise o Direito Penal Militar substantivo, o nosso estudo centrar-se-á no Livro I, mais especificamente no Título I, Parte Geral.

O Livro I, “Dos Crimes”, contém as normas de Direito Penal substantivo e, em conformidade com o Código Penal e o seu modelo germânico, divide-se numa Parte Geral e numa Parte Especial, contendo, as normas gerais de caracterização do ilícito e a tipificação dos crimes em especial.

*“Debruçando-nos sobre esta parte do diploma podemos facilmente concluir que o legislador pretendeu criar um regime penal inspirado no Código Penal, mas adaptado à realidade militar, pelo que se consagrou importantes desvios face aquele diploma, ao nível da Parte Geral, isto é, ao nível das regras e métodos analíticos da subsunção do comportamento dos agentes à lei criminal.”* (Oliveira, 1996, p. 44 e 45)

O Capítulo I - Princípios Gerais é composto por três artigos, sendo que o artigo 1.º delimita o âmbito de aplicação do Código de Justiça Militar:

*“ Artigo 1.º (Âmbito de aplicação)*

*1 – O presente Código aplica-se aos crimes de natureza estritamente militar.*

*2 – Constitui crime estritamente militar o facto lesivo dos interesses militares da defesa nacional e dos demais que a Constituição comete às Forças Armadas e como tal qualificado pela lei.”*

O Direito Penal Militar é direito penal especial, uma vez que restringe a sua tutela aos bens jurídicos militares, *“enquanto conjunto de interesses socialmente valiosos que se ligam às funções militares específicas: a defesa da Pátria e as outras missões cometidas pela Constituição às Forças Armadas, deixando de fora outros valores próprios da instituição militar mas que não se ligam a essas funções.”* (Canas, Pinto, & Leitão, 2004, p. 35)

Poder-se-ia pensar que os crimes estritamente militares só podem ser cometidos por militares, mas tal não se verifica. O Código prevê tanto crimes comuns (o agente pode ser

qualquer sujeito) como crimes específicos (o agente pertence a uma ou várias categorias determinadas) e, por isso, pode ser agente qualquer cidadão comum.<sup>21</sup>

O Código de Justiça Militar dedica-se única e exclusivamente aos crimes estritamente militares mas não é o único diploma a tipificá-los, como é possível retirar da leitura dos artigos 2.º e 107.º do mesmo diploma.

### 3.1. Crime Estritamente Militar

O novo Código de Justiça Militar procede à concretização e definição legal do conceito de “*crime estritamente militar*” como “*o facto lesivo dos interesses militares da defesa nacional e dos demais que a Constituição comete às forças armadas e como tal qualificado por lei*”.<sup>22</sup>

A Constituição<sup>23</sup> já não se refere a “*crimes essencialmente militares*”<sup>24</sup> mas sim a “*crimes estritamente militares*”, o que implica uma definição mais restritiva do bem jurídico a proteger e uma redução do elenco de crimes, não bastando que o facto típico, ilícito e culposo lese interesses militares, em geral, é necessário que se trate de interesses militares qualificados.<sup>25</sup>

O *crime estritamente militar* é caracterizado pela exclusividade do bem militar em causa, o qual se reconhece atendendo às funções atribuídas às Forças Armadas pela Constituição, designadamente: assegurar a defesa nacional; garantir a independência nacional, a integridade do território e a liberdade e a segurança das populações contra qualquer agressão ou ameaça externas; garantir a defesa militar da República; servir o povo português; satisfazer os compromissos internacionais do Estado Português no plano militar;

<sup>21</sup> Iremos analisar este ponto com mais afinco a seguir, quando tratarmos dos tipos de crimes estritamente militares.

<sup>22</sup> Artigo 1.º, n.º 2 do Código de Justiça Militar.

<sup>23</sup> Artigos 211.º, n.º 3, 213.º e 219.º, n.º 3 da Constituição.

<sup>24</sup> “*Os factos que violem algum dever militar ou ofendam a segurança e a disciplina das forças armadas, bem como os interesses militares da defesa nacional, e que como tal sejam qualificados pela lei militar.*”, nos termos do artigo 1.º, n.º 2 do Código de Justiça Militar, aprovado pelo Decreto-Lei 141/77, de 9 de abril.

<sup>25</sup> “*No passado recorria-se a “crimes meramente militares e militares (Código de 1875), “crimes essencialmente militares” e “acidentalmente militares” (Código de 1895-6 e 1925) e “crimes essencialmente militares e equiparáveis (Constituição da República Portuguesa de 1976)” (Canas, Pinto, & Leitão, 2004, p. 16).*

participar nas missões humanitárias e de paz assumidas pelas organizações internacionais tratar de que Portugal faça parte; colaborar em missões de proteção civil, em tarefas relacionadas com a satisfação de necessidades básicas e a melhoria da qualidade de vida das populações, e em ações de cooperação técnico-militar no âmbito da política nacional de cooperação.<sup>26</sup>

*“Se o conceito de crime essencialmente militar ainda permitia abranger crimes cujos bens ou interesses lesados fossem no essencial, mas não integralmente, militares, o conceito de crime estritamente militar implica que os bens ou interesses protegidos pelo tipo sejam só (exclusivamente, integralmente, estritamente) militares.”* (Canas, Pinto, & Leitão, 2004, p. 17)

Com a limitação do conceito e a redução do elenco de crimes surgem problemas de delimitação dos tipos penais estritamente militares, resultantes da difícil tarefa de repartição de tipos entre o Código de Justiça Militar e o Código Penal.

O legislador “transferiu” para o Código de Justiça Militar crimes antes previstos e punidos no Código Penal, tendo sido inclusivamente revogados neste diploma, nomeadamente: artigos 26.º (Serviço militar em forças armadas inimigas), 27.º (Favorecimento do inimigo), 28.º (Inteligências com o estrangeiro para provocar guerra), 29.º (Prática de atos adequados a provocar guerra), 30.º (Inteligências com o estrangeiro para constranger o Estado Português), 31.º (Campanha contra o esforço de guerra), 39.º (Aliciamento de forças armadas ou de outras forças militares) e 79.º (Dano em bens militares ou de interesse militar).<sup>27</sup>

Em alguns casos, optou-se por manter nos dois diplomas legais os dois tipos correspondentes, o de crime comum (Código Penal) e o de crime estritamente militar (Código de Justiça Militar), como é o caso da violação de segredo de Estado (artigos 33.º do Código de Justiça Militar e 316.º do Código Penal), do incitamento à guerra (artigos 38.º do Código de Justiça Militar e 236.º do Código Penal) e da espionagem (artigos 34.º do Código de Justiça Militar e 317.º do Código Penal).

O crime de traição à Pátria continua a fazer parte do elenco de crimes contra o Estado do Código Penal, apesar da sua nova redação, passando também a integrar o Código de

<sup>26</sup> Cf. Artigos 273.º a 276.º da Constituição.

<sup>27</sup> Aos artigos enunciados correspondem respetivamente os artigos 309.º, 313.º, 310.º, 311.º, 312.º, 314.º, 237.º e 315.º do Código Penal.

Justiça Militar. Ambos os diplomas legais adotaram diferentes concretizações do crime e diferentes molduras penais, sendo as penas previstas mais gravosas no regime militar.

O novo Código de Justiça Militar alarga o tipo de agentes de crimes estritamente militares, os quais podem ser não só militares como qualquer cidadão em geral. Prevêm-se então crimes estritamente militares comuns e específicos, isto é, tanto podem ser praticados por qualquer pessoa como podem ser praticados por pessoa determinada, sobre a qual recaem certas qualidades ou um especial dever.<sup>28</sup>

Os crimes específicos, na sua maioria, são praticados pelos militares em geral.<sup>29</sup> Há ainda um subtipo de crimes estritamente militares, os *quase comuns*, cujos agentes podem ser os cidadãos portugueses ou portugueses, estrangeiros ou apátridas que residam ou se encontrem em Portugal.

Existem também tipos de crime estritamente militar que se aplicam a todas as pessoas que não exerçam funções públicas<sup>30</sup> ou crimes cujos sujeitos são certos cidadãos em determinadas situações.<sup>31</sup> (Canas, Pinto, & Leitão, 2004, p. 14 a 19)

<sup>28</sup> Cf. COSTA, José de Faria, *Noções de Direito Penal*, 4.ª edição, Coimbra Editora, p.248.

<sup>29</sup> De que são exemplo os artigos 26.º, n.º2, 32.º, 50.º, 51.º, 55.º do Código de Justiça Militar.

<sup>30</sup> Artigos 26.º, n.º 1, 27.º, 29.º, 38.º, 41.º do Código de Justiça Militar.

<sup>31</sup> Artigos 76.º, 77.º, 105.º e 106.º do Código de Justiça Militar

## **CAPÍTULO 4 - Direito Penal Militar *versus* Direito Penal Geral**

Propomo-nos agora analisar as principais diferenças entre o Direito Penal comum e o Direito Penal Militar em aspetos específicos, designadamente: tentativa, liberdade condicional, determinação da medida da pena, reincidência e causas de exclusão da ilicitude e da culpa. Não podemos olvidar que ambos também se complementam, sendo o Direito Penal comum aplicado subsidiariamente e, por isso, importa igualmente ter em conta as suas semelhanças e trazê-las para o nosso estudo, quando necessário.

Muitos poderão duvidar da necessidade do Direito Penal Militar face à existência de um Direito Penal comum, o que torna pertinente a enumeração das razões justificativas da necessidade do primeiro. Este existe sobretudo pelas características inerentes à Instituição Militar, cuja aplicação do Código Penal não resolveria, por si só, os problemas jurídicos suscitados e acarretaria lacunas.

É de elucidar a estrutura e a organização das Forças Armadas, o seu *modus operandi* e *vivendi*, os usos e costumes militares, os valores intrínsecos, a manifestação do Estado na tutela dos bens jurídicos das instituições militares e a sua missão. Estas são as principais razões que fundamentam a existência do Direito Penal Militar.

### **4.1. Sujeição aos Princípios Constitucionais**

Nas palavras do Dr. Sousa Brito, “*O direito penal funda-se na Constituição no sentido de que as normas que o constituem, ou são elas próprias normas formalmente constitucionais, ou são autorizadas ou delegadas por outras normas constitucionais. A Constituição não contém normas penais completas (...), contém disposições de direito penal, que determinam em parte o conteúdo de normas penais.*” (Brito, 1983/84)

A defesa nacional é uma obrigação do Estado, no âmbito da tarefa essencial de garantir a independência nacional (artigo 9.º, al. a) da Constituição da República Portuguesa).

Nos termos do artigo 273.º da Constituição “*a defesa nacional tem por objetivos garantir, no respeito da ordem constitucional, das instituições democráticas e das convenções internacionais, a independência nacional, a integridade do território e a liberdade e a segurança das populações contra qualquer agressão ou ameaça externas.*” “*Justifica-se, por isso, a constitucionalização da defesa nacional e, dentro dela, a das Forças Armadas, o que tem desde logo o sentido de que estas não constituem um elemento*

*estranho, alheio ou exterior à Constituição, nem se situam numa relação antagónica no que respeita à «constituição civil», antes são um elemento constitucionalmente endógeno”.*<sup>32</sup>

O processo e as penas a aplicar pela prática de um facto ilícito não podem ofender os direitos, liberdades e garantias consagrados na Lei Fundamental. Nos termos do artigo 18.º, n.º 2 da Constituição, *“a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”*

De entre os princípios orientadores da política criminal de emanação jurídico-constitucional destacam-se o da necessidade, o da proporcionalidade e o da adequação.

Relativamente ao princípio da necessidade, resulta: *“a exigência de que os bens jurídicos-penais (bens jurídicos dignos de tutela penal) sejam necessitados (carentes) de tutela penal e o entendimento de que só as finalidades de prevenção geral e/ou especial, podem justificar a aplicação de uma pena ou de uma medida.”* (Antunes, 2013, p. 16)

Por conseguinte, o princípio da proporcionalidade, inserido no princípio da proibição do excesso pressupõe o equilíbrio entre a gravidade da lesão do bem jurídico e a punição imposta.

O princípio da adequação social, por sua vez, transmite a ideia de que apesar de determinada conduta se subsumir num tipo legal de crime, não será considerada típica se for socialmente adequada.

Sobretudo no que diz respeito ao âmbito militar, há que ter em conta o artigo 30.º, n.º 4 da Constituição, segundo o qual *“nenhuma pena envolve como efeito necessário a perda de quaisquer direitos civis, profissionais ou políticos”*, isto porque *“deve-se impedir que, sem se atender aos princípios da culpa, da necessidade e da jurisdicionalidade, se decreta a morte profissional do cidadão militar.”*<sup>33</sup> O mesmo resulta do artigo 65.º, n.º 1 do Código Penal.

<sup>32</sup> Cf. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, Constituição da República Portuguesa Anotada, Coimbra Editora, 3.ª edição, p. 958; e ainda, GOMES CANOTILHO, Fidelidade à República ou Fidelidade à Nato? O Problema das Credenciações e o Poder Discricionário da Administração Militar, separata dos «Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró», Coimbra 1987, págs. 6 e ss. e 23 e s.

<sup>33</sup> Projeto de Lei n.º 156/IX, que aprova as bases gerais da justiça e disciplina militar, Preâmbulo.

Importa ainda referir os artigos 269.º, 270.º e 271.º da Constituição<sup>34</sup>, inseridos no título relativo à Administração Pública, os quais incluem os militares para efeitos de responsabilidade criminal, disciplinar e civil.

## 4.2. Institutos Jurídicos

Antes de iniciarmos a análise da tentativa e dos institutos jurídicos que se seguem, convém mencionar o artigo 2.º do Código de Justiça Militar:

*“ (Aplicação da lei penal comum e aplicação subsidiária)*

*1 – As disposições do Código Penal são aplicáveis aos crimes de natureza estritamente militar em tudo o que não for contrariado pela presente lei.*

*2 – As disposições desta lei são aplicáveis aos crimes de natureza estritamente militar puníveis por legislação de carácter especial, salvo disposição em contrário.”*

O número 1 do artigo *supra* referido concilia-se com o artigo 8.º do Código Penal que refere: *“As disposições deste diploma são aplicáveis aos factos puníveis pelo direito penal militar (...) salvo disposição em contrário.”* Conclui-se que o Direito Penal comum (Código Penal) é subsidiário relativamente ao Código de justiça Militar.

De notar que o Código de Justiça Militar de 1977 também prevalecia sobre o Código Penal, mas pondo em causa o cumprimento da legalidade constitucional e sujeitando os militares a um tratamento penal mais austero e contrário a muitos dos princípios constitucionalmente consagrados. (Oliveira, 1996, p. 52)

<sup>34</sup> *“Trabalhadores da Administração Pública e demais agentes do Estado e outras entidades públicas”.*

### 4.2.1. A Tentativa

Relativamente à tentativa é possível observar uma diferença significativa entre o Direito Penal Militar e o Direito Penal comum, desde logo, pela leitura do estatuído nos artigos respetivos<sup>35</sup>.

O Código de Justiça Militar apesar de determinar a aplicação do Código Penal quanto à definição de tentativa refere, no

seu artigo 12.º, que “*A tentativa de crimes estritamente militares é punível qualquer que seja a pena aplicável ao crime consumado.*”<sup>36</sup> (Sublinhado nosso).

No Direito Penal Militar, os crimes estritamente militares são puníveis por tentativa independentemente da pena aplicável ao crime consumado. Diferentemente, no Direito Penal comum a tentativa apenas é punível, em regra, se ao crime consumado respetivo corresponder pena superior a 3 anos de prisão.

Existe no âmbito do Direito Penal Militar uma defesa igualitária dos bens jurídicos contidos nas normas. Todos eles se situam no mesmo nível de dignidade punitiva pois, independentemente da pena aplicada ao crime consumado, seja esta mais ou menos gravosa, se o facto for praticado sob a forma de tentativa, a mesma será punível.

O contrário sucede no Direito Penal comum em que “*Largo consenso legislativo e doutrinal existe sobre que nem todo o ilícito da tentativa, (...), revela suficientemente dignidade punitiva.*” (Dias F. , Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2007, p. 711). Verifica-se uma delimitação do âmbito da tentativa punível em função da pena aplicável ao respetivo delito consumado.

“*Torna-se claro ter sido intenção político-criminal do legislador restringir a punição da tentativa, por via de princípio, aos casos criminologicamente chamados da grande e da média criminalidade*”, isto relativamente ao Direito Penal geral. (Dias F. , Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2007, p. 712)

Observa-se ainda no artigo 23.º, n.º 2 do Código Penal, parte final, que “*a tentativa é punível com a pena aplicável ao crime consumado, especialmente atenuada*” (Sublinhado nosso), tal não se verifica no Direito Penal Militar, o que supõe que este não atribui menor gravidade ao delito tentado face ao delito consumado, punindo ambos com igual gravidade.

<sup>35</sup> Artigos 12.º do Código de Justiça Militar e 22.º e 23.º do Código Penal, respetivamente.

<sup>36</sup> Norma idêntica ao artigo 7.º do Código de Justiça Militar de 1977 – “*A tentativa dos crimes essencialmente militares é sempre punível, qualquer que seja a pena aplicável ao crime consumado.*”

No Direito Penal Militar não se verifica uma restrição do âmbito da tentativa punível e, conseqüentemente, os bens jurídicos militares reclamam todos a mesma dignidade punitiva. A complexidade dos bens jurídicos militares assim o exige, não fossem as Forças Armadas o garante da defesa e da segurança nacionais e o pilar da preservação das liberdades dos cidadãos.

#### **4.2.2. Liberdade Condicional**

Olhemos para o artigo 16.º do Código de Justiça Militar, o qual *infra* se transcreve:

“ (*Liberdade condicional*)

*1 – Aos condenados na pena de prisão de duração inferior a 2 anos pode, para além do disposto no Código Penal, ser ainda concedida liberdade condicional, encontrando-se cumpridos 6 meses da pena, quando tenham praticado um ato de valor ou prestado serviços relevantes.*

*2 – O condenado que for posto em liberdade condicional regressa à situação militar que tinha à data da condenação, sem prejuízo da pena acessória que lhe tenha sido imposta.*

*3 – O serviço militar efetivo prestado durante o período de liberdade condicionado é contado para todos os efeitos legais.”<sup>37</sup>*

(Sublinhado nosso)

No Direito Penal geral a concessão da liberdade condicional depende sempre do consentimento do condenado<sup>38</sup>, enquanto no Direito Penal Militar nada é dito quanto a este assunto, logo, pressupõe-se a aplicação subsidiária dos artigos 61.º a 64.º do Código Penal ao regime penal militar. Coloca-se a questão de saber se o consentimento do condenado é compatível com o regime militar.

<sup>37</sup> No Código de Justiça Militar de 1977 já relevava para efeitos de concessão de liberdade condicional a prática de atos de valor e a prestação de serviços relevantes, no entanto, não se estipulava um mínimo de cumprimento da pena, *ex vi* artigos 49.º e 50.º e 51.º.

<sup>38</sup> Cf. Artigo 61.º, n.º 1 do Código Penal.

Apesar das restrições de direitos aos militares das Forças Armadas<sup>39</sup>, estas também têm limites.<sup>40</sup> O consentimento é um pressuposto formal em que se dá primazia à vontade do condenado.

*“O recluso tem voz ativa e poder de decisão quanto à forma como cumprirá a fase final da pena. Poderá optar por continuar em reclusão até ao termo do período correspondente à condenação ou, ao invés, poderá optar por beneficiar, se se verificarem os seus pressupostos, da liberdade condicional. A exigência destes pressupostos faz denotar claramente o respeito e evolução dos direitos fundamentais previstos para os reclusos, concretizados nos artigos 27.º e 30.º, n.º 5 da Constituição.”* (Susana, 2015, p. 10)

*“Não se pretende que a socialização ocorra de forma forçada ou coactiva (...) tenciona-se, sim, oferecer ao delinquente o máximo de condições favoráveis ao prosseguimento de uma vida sem praticar crimes, o seu ingresso numa vida fiel ou conformada com o dever ser jurídico-penal – visando a prevenção da reincidência através da colaboração voluntária e ativa daquele.”* (Susana, 2015, p. 10)<sup>41</sup>

O consentimento do condenado pela prática de crimes estritamente militares (como pressuposto) para concessão da liberdade condicional é compatível com o regime militar, desde logo, porque o próprio Código de Justiça Militar remete para o regime geral. E, ademais, o condenado no âmbito penal militar deve poder colaborar e decidir da sua situação jurídico-penal, deve ser-lhe dada liberdade para isso, pois também haverá maior facilidade em cumprir as exigências de prevenção associadas.

A lei penal militar permite ainda a concessão de liberdade condicional aos condenados em pena de prisão, encontrando-se cumpridos 6 meses da pena, quando tenham praticado *um ato de valor ou prestado serviços relevantes*.<sup>42</sup>

*“Os serviços militares relevantes em tempo de guerra e os atos de assinalado valor a todo o tempo, como tais qualificados no Diário da República ou quaisquer ordens de serviço, com referência individual, podem, se praticados depois do crime, ser considerados*

<sup>39</sup> Relativamente a este tema ver PIMENTEL, Luís, *A Restrição de Direitos aos Militares das Forças Armadas*, 2008, Edições AAFDL.

<sup>40</sup> Anabela Rodrigues e Lackner defendem que o condenado tem “direito à pena”, o “direito a cumprir a totalidade da pena”.

<sup>41</sup> Ver a este respeito Dias, Figueiredo, *Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro*, Separata Revista da Ordem dos Advogados, n.º 1, Lisboa, 30.

<sup>42</sup> A prática de atos de valor e a prestação de serviços de serviços relevantes já relevava para efeitos de concessão de liberdade condicional no Código de Justiça Militar de 1977.

*pelos tribunais como circunstância atenuante de natureza especial ou, sendo a pena abstratamente aplicável inferior a 5 anos, de dispensa de pena.*”<sup>43</sup>

Tratam-se de conceitos indeterminados, a concretizar pelo julgador, no entanto, são também são conceitos evolutivos e cujo conteúdo depende do tempo e das circunstâncias do caso, daí que o legislador não tenha elaborado uma lista taxativa dos atos de valor e da prestação de serviços relevantes.

O Projeto de Lei n.º 97/IX/1, do PS, esclarece que estamos perante “*um domínio de justificação distinto do que subjaz à dispensa de pena prevista no artigo 74.º do Código Penal, estando em causa não a diminuta ilicitude do facto cometido mas o carácter excecional de um benefício que o arguido realiza à sociedade por um comportamento de risco inexigível, deixando uma margem de abertura ao juízo concreto do julgador, o que fundamenta a valoração dos atos de valor e da prestação de serviços relevantes.*”<sup>44</sup>

Todavia, o estabelecido no n.º 2 do artigo 16.º do Código de Justiça Militar traz como que uma “benesse” aos condenados em pena de prisão inferior a dois anos, uma vez que se os mesmos tiverem praticado o tal ato de valor ou prestado serviço relevante e já tenham cumprido seis meses da pena de prisão, pode ser-lhes concedida liberdade condicional.

Convém também realçar que o serviço militar efetivo prestado durante o tempo de liberdade condicional é contado para todos os efeitos legais, logo, não acarreta as limitações na vida profissional do militar, nomeadamente em termos de promoção<sup>45</sup>, que teria caso cumprisse efetivamente a pena.

<sup>43</sup> *Ex vi* artigo 23.º do Código de Justiça Militar.

<sup>44</sup> Os atos de assinalado valor e os serviços relevantes constituíam, no Código de Justiça Militar anterior, circunstância dirimente da responsabilidade criminal ou motivo de reabilitação do condenado – artigo 22.º.

<sup>45</sup> Ver artigos 48.º e seguintes do Estatuto dos Militares das Forças Armadas.

### 4.2.3. Reincidência

Relativamente ao instituto da reincidência importa analisar o artigo 24.º do Código de Justiça Militar, que *infra* se transcreve:

“ (Reincidência)

*1 - É punível como reincidente aquele que, por si ou sob qualquer forma de participação, cometer um crime doloso estritamente militar que deva ser punido com prisão efetiva superior a 6 meses, depois de ter sido condenado por sentença transitada em julgado em pena de prisão efetiva superior a 6 meses por outro crime de idêntica natureza, se, de acordo com as circunstâncias do caso, o agente for de censurar por a condenação ou as condenações anteriores não lhe terem servido de suficiente advertência contra o crime.*

*2 - O crime anterior por que o agente tenha sido condenado não releva para a reincidência se entre a sua prática e a do crime seguinte tiverem decorrido mais de 10 anos, não se computando neste prazo o tempo durante o qual o agente tenha cumprido medida processual, pena ou medida de segurança privativas da liberdade.*

*3 - A reincidência entre crimes estritamente militares e crimes comuns opera nos termos previstos no Código Penal.”*

(Sublinhado nosso).

Os pressupostos da reincidência para os crimes estritamente militares estão presentes no artigo 75.º do Código de Justiça Militar e, na ausência de disposição em contrário, devem aplicar-se igualmente os números 3 e 4 do artigo 75.º do Código Penal. Os efeitos da reincidência são também os presentes no Código Penal, artigo 76.º. (Canas, Pinto, & Leitão, 2004, p. 49 e 50)

Para que o militar seja qualificado como reincidente é necessária a verificação de 3 pressupostos formais cumulativos: primeiro, prática de um crime doloso estritamente militar, isto é, que o agente tinha a intenção de cometer, demonstrando assim uma atitude contrária ao direito e que o mesmo esteja previsto no leque de crimes do Código de Justiça Militar; segundo, o crime estritamente militar deve ser punido com pena de prisão efetiva superior a

6 meses; e terceiro, depois de ter sido condenado por sentença transitada em julgado em pena de prisão efetiva superior a 6 meses por outro crime de idêntica natureza.

Existe ainda um outro pressuposto, desta vez material, que se encontra plasmado na parte final do n.º 1 do artigo 24.º do Código Justiça Militar, “(...), *se, de acordo com as circunstâncias do caso, o agente for de censurar por a condenação ou as condenações anteriores não lhe terem servido de suficiente advertência contra o crime.*”

Para que o instituto da reincidência funcione é ainda necessário que entre a prática do crime anterior e a prática do novo crime não tenha decorrido um determinado período de tempo, caso contrário a reincidência “prescreve”. E é aqui que reside a primeira diferença do Direito Penal Militar em relação ao Direito Penal geral, quanto à reincidência.

Pela leitura do artigo 75.º, n.º 2 do Código Penal, observa-se que, no regime geral, a reincidência só se verifica quando entre a prática do crime anterior e a prática do crime seguinte não tenham decorrido mais de 5 anos. Por sua vez, no regime militar o artigo 24.º, n.º 2 do Código de Justiça Militar estipula o prazo de 10 anos, o dobro do primeiro.

É nítido que o regime previsto no Código de Justiça Militar, no que toca ao prazo para funcionamento da reincidência, é bem mais penoso, visto que o crime anterior só não releva se entre a sua prática e a do crime seguinte tiverem decorrido mais de 10 anos. Há uma maior severidade da reação penal nos crimes estritamente militares, tendo em consideração a especial censurabilidade que os envolve.

Outra das diferenças de regime é o facto do Código de Justiça Militar, no seu artigo 24.º, n.º 1 (“(...) *por outro crime de idêntica natureza(...)*”) exigir que o crime anterior e o crime seguinte sejam de natureza idêntica, coisa que não acontece na lei penal comum, como é possível verificar pela leitura do preceituado no n.º 1 do artigo 75.º do Código Penal.<sup>46</sup>

O facto de a lei penal militar exigir que a punição anterior seja por crime de natureza idêntica ao crime seguinte levanta o interesse prático de saber se os crimes em causa são ou não de natureza idêntica, acabando por limitar o âmbito de aplicação da reincidência.

<sup>46</sup> O Código de Justiça Militar de 1977 (artigo 18.º) referia-se a crimes “*da mesma natureza*”. O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de julho de 1949, processo n.º 026855, Relator Roberto Martins definiu-os como “*os que, com a mesma forma de culpa, revelam a mesma especial propensão criminosa do agente.*” De notar que o Código de Justiça Militar de 1977 previa, no seu artigo 38.º, “*penas acessórias inerentes à condenação por segunda reincidência militar*”, designadamente a demissão ou a baixa de posto.

Importa também analisar o exposto no n.º 3 do artigo 24.º do Código de Justiça Militar que expõe “*A reincidência entre crimes estritamente militares e crimes comuns opera nos termos previstos no Código Penal.*”

Com o Código de Justiça Militar de 1977, a aplicação do Direito Penal geral e do Código Penal era de *ultima ratio*. O Direito Penal Militar distanciava-se bastante do regime geral e este só era aplicado se não contrariasse os princípios fundamentais do primeiro.

A relação entre um e outro evolui, ainda que tenham fontes distintas, e atualmente o Direito Penal comum tem uma aplicação principal. As normas do Código de Justiça Militar não afastam as normas do Código Penal, pelo contrário, tendem a completar-se.

#### **4.2.4. Determinação da medida da pena**

Nos termos do artigo 22.º do Código de Justiça Militar, os pressupostos para a determinação da medida da pena são:

“ *(Determinação da medida da pena)*

“*Na determinação concreta da pena por crime estritamente militar, para além dos critérios previstos no Código Penal, o tribunal atende a todas as circunstâncias que, não fazendo parte do tipo de crime, depuserem a favor do agente ou contra ele, considerando, nomeadamente:*

- a) O comportamento militar anterior;*
- b) O tempo de serviço efetivo;*
- c) Ser o crime cometido em tempo de guerra;*
- d) Ser o crime cometido no exercício de funções e por causa delas;*
- e) Ser o crime cometido em formatura ou em outro local de serviço onde se encontrem 10 ou mais militares que tenham presenciado o crime, não se compreendendo neste número os agentes do crime;*
- f) Ser o agente do crime comandante ou chefe, quando o facto se relacione com o exercício das suas funções;*
- g) Ser o crime cometido em presença de algum superior de graduação não inferior a sargento;*

- h) A maior graduação ou antiguidade no mesmo posto, em caso de comparticipação;*
- i) A persistência na prática do crime, depois de o agente haver sido pessoalmente advertido para a ilicitude do seu comportamento ou intimado a mudá-lo por ordem de superior hierárquico;*
- j) A prestação de serviços relevantes e a prática de actos de valor;*
- l) O cumprimento de ordem do superior hierárquico do agente, quando não baste para excluir a responsabilidade ou a culpa;*
- m) Ser o crime de insubordinação provocado por abuso de autoridade, quando não baste para justificar o facto;*
- n) Ser o crime de abuso de autoridade provocado por insubordinação, quando não baste para justificar o facto.”*

A lista de circunstâncias que depuserem a favor do agente ou contra ele no regime do Direito Penal Militar é mais extensa do que no regime do Direito Penal comum, pelo facto de neste a indicação de circunstâncias ser meramente exemplificativa.

As circunstâncias enunciadas no artigo 22.º do Código de Justiça Militar podem determinar a diminuição (circunstâncias atenuantes) ou a elevação (circunstâncias agravantes) da medida da pena.

Relativamente à circunstância presente na alínea a) do artigo 22.º do Código de Justiça Militar, esta deve ser conjugada com o artigo 29.º do Regulamento de Disciplina Militar, segundo o qual: *“Os militares são considerados com comportamento exemplar quando, decorridos cinco anos de serviço efetivo, não tenham sofrido qualquer punição disciplinar e nada conste no seu registo criminal.”*

O tempo de serviço efetivo (alínea b) varia consoante a forma em que seja prestado: nos quadros permanentes; em regime de contrato; em regime de voluntariado; decorrente de convocação ou mobilização<sup>47</sup>. Há militares que, de acordo com o Estatuto dos Militares das Forças Armadas, podem estar fora da efetividade do serviço, mas continuam na situação de ativo (comissão especial, licença ilimitada)<sup>48</sup>. Coloca-se a questão de saber se aos militares que se encontram fora da efetividade do serviço mas na situação de ativo se aplica a alínea b) do artigo 22.º, aquando da prática de um crime estritamente militar.

<sup>47</sup> Artigo 3.º do EMFAR.

<sup>48</sup> Artigo 140.º, n.º 2 do EMFAR.

Quanto ao exposto na alínea c), é importante fazer uma ligação ao artigo 40.º, n.º 1, alínea a) do Regulamento de Disciplina Militar, o qual considera a prática da infração em tempo de guerra como uma agravante da responsabilidade disciplinar. É igualmente relevante atender aos artigos 8.º e 9.º do Código de Justiça Militar.

No que respeita à alínea e), convém ter em conta a definição de “*local de serviço*” presente no artigo 6.º do Código de Justiça Militar. Importa aferir por que motivo o diploma legal se refere a 10 ou mais militares e não a 5 ou mais, por exemplo.

As alíneas f) e g) devem ser conjugadas e interpretadas de acordo com o exposto no artigo 5.º do Código de Justiça Militar, que menciona o seguinte: “*Para efeitos de incriminação penal, não se consideram superiores os oficiais, sargentos e praças do mesmo posto, salvo se forem encarregados, permanentemente ou incidentalmente, de comando de qualquer serviço e durante a execução deste.*”

A alínea h) do artigo 22.º do Código de Justiça Militar levanta algumas controvérsias, nomeadamente pelo facto de parecer discriminatória, isto porque, como se pode apurar pelo corpo da norma, há uma desigualdade de tratamento, em função da graduação.

“*A alínea h) corresponde ao n.º 7 do artigo 12.º (relativo a circunstâncias agravantes) do Código de Justiça Militar de 1977, norma que o Tribunal Constitucional, em sede de fiscalização concreta da constitucionalidade, julgou não inconstitucional, considerando haver fundamento material bastante para legitimar a diferenciação de tratamento, em matéria de circunstâncias agravantes, dada a um dos agentes do crime relativamente aos outros participantes, em função de uma maior graduação.*” (Canas, Pinto, & Leitão, 2004, p. 48 e 49)

As alíneas l), m) e n) dizem respeito às causas de exclusão da ilicitude e da culpa que iremos tratar já a seguir.

Para determinação concreta da medida da pena aplicam-se ainda os critérios previstos no n.º 2 do artigo 71.º do Código Penal, os quais representam circunstâncias comuns.

## 4.2.5 Causas de exclusão da ilicitude e da culpa

### Perigo

Vamos debruçar-nos sobre a problemática questão das causas de exclusão da ilicitude e da culpa no âmbito da jurisdição militar.

Explicitamente o Código de Justiça Militar só prevê uma causa de exclusão da responsabilidade penal<sup>49</sup>, designadamente o “*perigo iminente de um mal igual ou maior*”, prevista no seu artigo 13.º, segundo a qual: “*O perigo iminente de um mal igual ou maior não exclui a responsabilidade do militar que pratica o facto ilícito, quando este consista na violação de dever militar cuja natureza exija que suporte o perigo que lhe é inerente.*”

Este problema deve ser tratado de forma separada, ou seja, de um lado o *perigo de um mal maior* e, do outro, o *perigo de um mal igual*. E deve também ser analisado tendo em conta os artigos 34.º e 35.º do Código Penal, apesar da norma do Código de Justiça Militar afastar, em determinadas circunstâncias, as causas de exclusão da ilicitude (direito de necessidade) e de exclusão da culpa (estado de necessidade desculpante).

Relativamente ao *perigo de um mal maior*, segundo o estipulado no artigo 13.º do Código de Justiça Militar, “*o militar tem que suportar esse perigo, sob pena de, se não o fizer – sacrificando o interesse subjacente ao dever militar que lhe é imposto, para salvaguardar um interesse seu ou de terceiro, juridicamente protegido, de valor superior ao interesse sacrificado – não ser excluída a “responsabilidade” pelo “facto ilícito” praticado*”, isto é, a ilicitude do facto.

Quanto à situação de *perigo de um mal igual*, “*a sua ação será sempre ilícita à luz do disposto no artigo 34.º do Código Penal, uma vez que a causa de exclusão da ilicitude só funciona quando o interesse a salvaguardar é superior ao sacrificado. Assim, ao determinar que “o perigo de um mal maior (...) não exclui a responsabilidade do militar que pratica o facto ilícito”, a norma pretende um outro efeito, consistente no afastamento da causa de exclusão da culpa prevista no artigo 35.º do Código Penal, que, na falta de disposição em contrário, se aplicaria ao caso em questão.*” (Canas, Pinto, & Leitão, 2004, p. 43)

Existem deveres militares que não exigem que o militar suporte o perigo de um mal igual ou maior que lhe está intrínseco e a estes aplica-se o regime geral de exclusão da

<sup>49</sup> Causa de exclusão da ilicitude ou causa de justificação.

ilicitude e da culpa. Aos restantes, ou seja, os que exigem que o militar suporte o perigo igual ou maior, é aplicado o regime do Código de Justiça Militar.

A análise do caso concreto será a melhor solução para saber quais os deveres que exigem e os que não exigem que o militar suporte o perigo de um mal igual ou maior e, consequentemente, para uma aplicação mais conforme dos respetivos regimes.

## **Conflitos de deveres**

Do regime penal geral importa trazer à colação o artigo 36.º (Conflito de deveres), que poderá funcionar como uma causa de exclusão da ilicitude ou de justificação.

Nos termos do artigo 36.º do Código Penal:

*“1. Não é ilícito o facto de quem, em caso de conflito no cumprimento de deveres jurídicos ou de ordens legítimas da autoridade, satisfizer dever ou ordem de valor igual ou superior ao do dever ou ordem que sacrificar.*

*2. O dever de obediência hierárquica cessa quando conduzir à prática de um crime.”*

(Sublinhado nosso)

*“Ao titular de um poder oficial são concedidos concretos direitos de intervenção cujo exercício, numa relação igualitária, seria ilícito; mas que, no caso, representam o exercício de um direito (artigo 31.º-2/b)) – ou/e o cumprimento de um dever (artigo 31.º-2/c)) – e cujos factos deste exercício resultantes, apesar de formalmente típicos, se encontram nesta precisa medida justificados.”* (Dias F. , Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2007, p. 494).

Os direitos de intervenção são concedidos a várias autoridades, nomeadamente às militares e quando pressupõem o exercício de um direito ou o cumprimento de um dever (legítimos) constituem uma causa de justificação. No entanto, é necessário que se verifiquem os pressupostos (formais e materiais) necessários para a sua legitimidade.

A este respeito refere o artigo 271.º, n.º 1 da Constituição: *“Os funcionários e agentes do Estado e das demais entidades públicas são responsáveis civil, criminal e disciplinarmente pelas ações ou omissões praticadas no exercício das suas funções e por causa desse exercício de que resulte violação dos direitos ou interesses legalmente*

*protegidos dos cidadãos, não dependendo a ação ou procedimento, em qualquer fase, de autorização hierárquica.”*

A doutrina e a jurisprudência penal e administrativa têm procurado responder à questão de saber se um inferior hierárquico recebesse uma ordem superior ilícita e, conseqüentemente, praticasse um facto típico e ilícito, o poderia ver justificado.

A propósito da obediência devida como causa de justificação têm surgido algumas teorias, designadamente: a teoria da obediência cega e a teoria da obediência devida limitada. A teoria da obediência cega diz-nos que *“ao inferior só caberia cumprir a ordem recebida do superior, sem dever ou sequer poder apreciar da sua legalidade formal e (muito menos) material; pelo que a obediência seria, em princípio sempre devida e esta circunstância constituiria em si mesma uma causa de justificação (responsabilidade só poderia atribuir-se, se disso fosse caso, ao superior hierárquico.”*

Por sua vez, a tese da obediência devida limitada defende que *“a causa justificativa operaria sempre que a ordem recebida fosse formalmente legal ou ainda quando, verificado aquele pressuposto e tendo o funcionário dúvida persistente sobre a legalidade material, respeitosamente solicitasse ao superior a confirmação da ordem recebida e/ou redução a escrita.”* (Dias F. , Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2007, p. 497 e 498)

Eduardo Correia trouxe para este estudo a doutrina, que se concretizou legalmente no artigo 271.º, n.º 3 da Constituição e nos artigos 36.º, n.º 2 e 31.º, n.º 2 do Código Penal, nos termos da qual *“cessa o dever de obediência hierárquica quando conduz à prática de um crime”*.

Para indagar se se está perante uma causa de exclusão da ilicitude ou não, é preciso atender a 3 fatores essenciais: o superior hierárquico (aquele que emana a ordem), a ordem (que não pode ter como propósito a prática de um facto ilícito típico – limite legal) e o inferior hierárquico (aquele que recebe a ordem e que tem de a executar, mas antes terá de averiguar da sua legitimidade e conformidade com a ordem jurídica vigente). Contudo, é necessário ter sempre em conta as especificidades do caso concreto para que se possa averiguar da licitude ou ilicitude.

Figueiredo Dias distingue duas situações: ou a ordem recebida pelo inferior conduz à prática de um facto penalmente típico, mas não ilícito, dado a facto de o superior ter emanado a ordem no exercício de uma atuação oficial. Quando isto suceda a ordem é legítima e de cumprimento devido e o facto está justificado para o superior que deu a ordem, por força de autorização legal e para o inferior que a cumpre, em virtude da obediência devida. Porém se

se tratar de um ilícito penal, a ordem oficial ou de serviço nunca pode considerar-se uma causa de justificação. (Dias F. , Direito Penal, Parte Geral, Tomo I, 2007, p. 499)

Ou a ordem ilegítima não conduz à realização de um facto penalmente ilícito e aqui há que ter em conta o artigo 271.º, n.º 2 da Constituição que exclui a responsabilidade do funcionário ou agente que atue no cumprimento de ordens ou instruções emanadas de legítimo superior hierárquico e em matérias de serviço, se previamente delas tiver reclamado ou tiver exigido a sua transmissão ou confirmação por escrito.

Existe um claro conflito de deveres entre o dever de obediência<sup>50</sup> (dever de natureza disciplinar) e o dever de não ir contra uma norma penal. No entendimento de Germano Marques e de Eduardo Correia, quando a ordem jurídica exige o cumprimento de vários deveres incompatíveis, não dando ao respetivo destinatário critério de escolha, tem de contentar-se com qualquer deles.<sup>51</sup>

Neste caso, prevalece o dever de não violação das normas constitucionais e/ou penais, uma vez que o dever de obediência cessa precisamente quando está em causa a prática de um crime. O conflito de deveres pretende resolver a justificação do facto ilícito penal cometido.

*“No âmbito do serviço militar, obrigado pela sua natureza a ter uma estrutura fortemente hierarquizada e disciplinada, o dever de obediência impera com muito mais intensidade do que nos outros serviços públicos. No entanto, não deixa de assistir ao militar, a quem tenha sido dada uma ordem ilícita, o direito de queixa.”* (Geraldos, 2009, p. 422)

Apesar do cumprimento de ordens, a obediência hierárquica e a disciplina militar representarem pilares sustentadores das Forças Armadas, devem ser estipulados limites. São os imperativos legais e constitucionais que colocam um limite ao dever de obediência, nomeadamente quando este se materialize na prática de um crime.

<sup>50</sup> Artigos 12.º, n.º 1, a) do Estatuto dos Militares das Forças Armadas e 11.º, n.º 2, a) e 12.º do Regulamento de Disciplina Militar.

<sup>51</sup> A este respeito SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português*, II, 123 e CORREIA, Eduardo, *Direito Criminal*, II, 93.

## Obediência indevida desculpante

Quanto à obediência indevida desculpante, que funcionará como causa de exclusão da culpa importa mencionar que *“age sem culpa o funcionário que cumpre uma ordem sem conhecer que ela conduz à prática de um crime, não sendo isso evidente no quadro das circunstâncias por ele representadas.”* (artigo 37.º do Código Penal)<sup>52</sup>

Neste caso o facto é ilícito, no entanto, exclui-se a culpa porque, e tendo em conta as circunstâncias do caso, falta ao subordinado consciência do ilícito.

O militar subordinado fica isento de culpa porque não teve a perceção que a ordem que executa leva à prática de um crime e também porque não é evidente perante as circunstâncias concretas do caso.

*“A evidência suscetível de afastar esta causa de exclusão da culpa tem, simultaneamente, uma nota subjetiva e uma nota objetiva. A nota subjetiva é dada pela exigência de que o próprio agente represente o quadro das circunstâncias; a objetiva é dada pela necessidade de a evidência resultar para o homem médio, face às circunstâncias representadas pelo agente. Será assim uma evidência para o homem médio, colocado perante as circunstâncias que o agente representou.”* (Gonçalves, 2005, p. 170)

Nestas situações, segundo defende Roxin, ao superior hierárquico caberá a responsabilidade principal. Defende também que não estamos perante uma situação em que, face a uma culpa ainda possivelmente subsistente, o legislador entende dever negar a responsabilidade do agente, porque tal ainda é suportável do ponto de vista preventivo. Suportável por se considerar em geral compreensível que o subordinado tenha atuado na crença ou na pressuposição da legitimidade da ordem recebida e, por conseguinte, da ilicitude do fato, salvo nos casos em que a ilicitude fosse evidente no quadro das circunstâncias por ele representadas.

Para se verificar a causa de exclusão da culpa é necessário: que o subordinado cumpra a ordem emanada de legítimo superior hierárquico; que haja erro de conhecimento relativamente à (i)licitude por parte do subordinado; e que tal erro não seja evidente perante as circunstâncias do caso e na perspetiva do homem médio. Se estes requisitos se verificarem

<sup>52</sup> Disposição idêntica ao artigo 5 da Lei Penal Militar alemã: *“Se um subordinado cometer, por força de uma ordem, um facto ilícito que preenche o tipo de uma lei penal só tem culpa quando ele se apercebe de que se trata de um facto ilícito ou tal é evidente segundo as circunstancias por ele conhecidas.”*

estamos perante uma causa de exclusão da culpa, a obediência indevida desculpante que, como o próprio nome indica, funciona como uma causa de desculpa.

A lei prevê a punição dos chefes militares que não deem conhecimento superior, ou nada façam para prevenir, ou reprimir, a prática de determinados crimes, ainda que não participem na realização dos mesmos.<sup>53</sup>

Posto isto, pode afirmar-se que a responsabilidade pela prática de crimes do âmbito do Direito Internacional Humanitário e dos Conflitos Armados, nomeadamente, crimes de guerra, crimes contra a humanidade ou crimes de genocídio também pode ser imputada aos chefes militares, ou seja, aqueles que emanam as ordens e que detêm legitimidade para tal.

Assim, a lei pune não só o momento da prática do crime e o subordinado como também o momento anterior ao início dos atos e, conseqüentemente, o chefe militar que emanou a ordem para a prática do facto.

<sup>53</sup> Vide a este o artigo 48.º do Código de Justiça Militar e artigo 6.º da Lei 31/2004 de 22 de Julho, que a seguir enunciamos:

*Artigo 48.º*

*Responsabilidade do superior*

*O superior hierárquico que, tendo, ou devendo ter, conhecimento de que um subordinado está cometendo ou se prepara para cometer qualquer dos crimes previstos no presente capítulo, não adote as medidas necessárias e adequadas para prevenir ou reprimir a sua prática ou para a levar ao conhecimento imediato das autoridades competentes é punido com a pena correspondente ao crime ou crimes que vierem efetivamente a ser cometidos.*

*Artigo 6.º*

*Responsabilidade dos chefes militares e de outros superiores*

*1 - Salvo o disposto no Código de Justiça Militar, o chefe militar ou a pessoa que atue como tal que, tendo ou devendo ter conhecimento de que as forças sob o seu comando e controlo efetivos ou sob sua responsabilidade e controlo efetivos estão a cometer ou se preparam para cometer qualquer dos crimes previstos nesta lei, não adote todas as medidas necessárias e adequadas para prevenir ou reprimir a sua prática ou para a levar ao conhecimento imediato das autoridades competentes, é punido com a pena correspondente ao crime ou crimes que vierem efetivamente a ser cometidos.*

## CONCLUSÃO

O Direito Penal Militar é um direito autónomo. Trata-se de direito penal especial e os bens jurídicos que tutela são os interesses militares da defesa nacional.

Justifica-se a existência do Direito Penal Militar face ao Direito Penal geral pelas características inerentes à Instituição Militar, pelos valores que a sustentam, designadamente a disciplina, a hierarquia, a coesão, a obediência, e pela imponente missão de defesa e segurança que tem a cargo. As características essenciais da organização, a qualidade dos sujeitos, intrinsecamente ligada à condição militar, e a relevância dos bens jurídicos envolvidos justificam a sua autonomia.

Sobre os militares recaem deveres especiais, que devem ser rigorosamente cumpridos. Tais deveres têm natureza pessoal, uma vez que são dirigidos aos militares e só a estes, pela simples condição de serem militares.

Relativamente à distinção entre Direito Penal Militar e Direito Disciplinar Militar cumpre referir que o Código de Justiça Militar tipifica os crimes estritamente militares, os seus agentes e as penas aplicáveis e o Regulamento de Disciplina Militar regula os deveres da condição militar e prevê as sanções disciplinares aplicáveis à sua violação.

O direito penal e o direito disciplinar, ambos de âmbito militar, têm natureza distinta e, por isso, também protegem bens jurídicos diferenciados. Ao mesmo agente, pelo mesmo facto podem ser aplicadas cumulativamente as duas sanções, a penal e a disciplinar, sem ocorrer violação do princípio *ne bis in idem*, pelo facto de apresentarem fundamentos e fins distintos e pelo interesse tutelado nunca ser o mesmo.

O atual Código de Justiça Militar consagra única e exclusivamente os crimes estritamente militares, mas não é o único a consagra-los.

O crime estritamente militar, anteriormente denominado crime essencialmente militar, define-se como o “*facto lesivo dos interesses militares da defesa nacional e dos demais que a Constituição comete às forças armadas e como tal qualificado por lei.*”

Este novo conceito de crime militar traz uma definição mais restritiva do bem jurídico a proteger e uma redução do elenco de crimes, não bastando que o facto típico, ilícito e culposos, lese interesses militares, é necessário que se trate de interesses militares qualificados.

O Direito Penal Militar e o Direito Penal geral estão naturalmente sujeitos aos mesmos princípios constitucionais, complementam-se, existindo algumas particularidades de regimes a justificarem a especialidade do Direito Penal Militar.

No Direito Penal Militar, os crimes estritamente militares são puníveis por tentativa independentemente da pena aplicável ao crime consumado. Enquanto no Direito Penal comum a tentativa apenas é punível, em regra, se ao crime consumado respectivo corresponder pena superior a 3 anos de prisão.

Também no Direito Penal Militar, tal como no Direito Penal geral, o consentimento do condenado deve ser considerado como pressuposto (formal) para a concessão da liberdade condicional. A lei penal militar remete, desde logo, a título subsidiário, para o regime geral e, por isso, também a nível militar o condenado deve poder colaborar e decidir da sua situação jurídico-penal.

Na reincidência há uma maior severidade da reação penal aos crimes estritamente militares, tendo em conta a especial censurabilidade que os envolve. Tal torna-se latente no tempo decorrido entre a prática do crime anterior e a prática do crime seguinte, que se traduz a 10 anos no Direito Penal Militar e a apenas 5 no regime geral.

A lei penal militar exige também que o crime anterior e o crime seguinte sejam de idêntica natureza, o que levanta o interesse prático de saber se os crimes em causa são ou não de natureza semelhante, acabando por limitar o âmbito de aplicação da reincidência.

O artigo 24.º, n.º 3 do Código de Justiça Militar, ainda relativo à reincidência, demonstra que a relação entre o Direito Penal Militar e o Direito Penal geral evoluiu, mas que a lei penal geral continua a ter uma aplicação primordial. As normas do Código de Justiça Militar não afastam as do Código Penal, tendem a completar-se.

Na determinação da medida da pena, no âmbito penal militar, a lista de circunstâncias que depuserem a favor do agente ou contra ele é mais extensa que na lei penal geral, pelo facto de nesta a indicação de circunstâncias ser meramente exemplificativa. Cada uma dessas circunstâncias deve ser devidamente analisada, perante o caso concreto, e articulada com outros diplomas legais.

Face às causas de exclusão da ilicitude e da culpa, o Código de Justiça Militar apenas prevê explícita e expressamente uma causa de exclusão da responsabilidade, o perigo iminente de um mal igual ou maior.

O conflito de deveres, causa de exclusão da ilicitude, contém um forte conflito entre o dever de obediência (dever de natureza disciplinar) e o dever de não violar normas penais.

O dever de obediência cessa quando esteja em causa a prática de um crime, logo, o dever de não violar uma norma penal prevalece.

A obediência indevida desculpante constitui causa de exclusão da culpa se existir falta de consciência do ilícito por parte do subordinado (erro de conhecimento) e, ainda, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto, se o erro não for evidente.

“*O Direito Penal Militar sempre foi visto por alguns como um conjunto de normas penais severas, rígidas e desajustadas.*”<sup>54</sup> O atual sistema não é sistema perfeito, porém está no caminho certo para se aperfeiçoar e se manter em consonância com o Estado de direito democrático.

<sup>54</sup> PRATA, Vítor M. Gil, *A Justiça Militar e a Defesa Nacional*, Coisas de Ler Edições, 1.ª edição, 2012, p. 150.

## BIBLIOGRAFIA

- Antunes, M. J. (2013). *Consequências Jurídicas do Crime*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Batista, M. J. (2014). *Cumprimento de Ordens, Obediência Hierárquica e Disciplinar Militar Versus Perpetração (In)voluntária de Crimes*. Lisboa.
- Brito, S. (1983/84). A Lei Penal na Constituição. *in Textos de Apoio de Direito Penal, Tomo II, AAFDL*.
- Canas, V., Pinto, A. L., & Leitão, A. (2004). *Código de Justiça Militar Anotado*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Canotilho, G. (1987). *Fidelidade à República ou Fidelidade à Nato? O Problema das Credenciações e o Poder Discricionário da Administração Militar*. Coimbra.
- Correia, E. (s.d.). *Direito Criminal, II*.
- Costa, G. O. (s.d.). <<http://deltat.pro.b/militar.html>>.
- Costa, J. d. (s.d.). *Noções de Direito Penal*, 4.<sup>a</sup> edição. Coimbra Editora.
- Dias, F. (1995). *Justiça Militar. Colóquio Parlamentar da Comissão de Defesa Nacional*. Lisboa: Assembleia da República.
- Dias, F. (2007). *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*. Coimbra: Coimbra Editora.
- Dias, F. (s.d.). Os novos rumos da política criminal e o direito penal português do futuro. Lisboa: Separata Revista da Ordem dos Advogados, n.º 1 .
- Ermidas, M. A. (2015). *A Justiça Penal Militar*. Lisboa.
- Ferreira, M. C. (1989). *Lições de Direito Penal, Parte Geral II, Penas e Medidas de Segurança*. Lisboa: VERBO.
- Geraldes, O. (2009). *Conflito de deveres*. Almedina.
- Gonçalves, M. L. (2005). *Código Penal Português, Anotado e Comentado - Legislação Complementar*. Coimbra: Almedina.
- Morais, C. B. (2000). *O Direito da Defesa Nacional e das Forças Armadas*. Lisboa, Instituto da Defesa Nacional: Cosmos.
- Moreira, G. C. (s.d.). *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 3.<sup>a</sup> edição. Coimbra Editora.
- Neves, C. R. (2014). *Manual de Direito Penal Militar*. Saraiva.
- Oliveira, F. C. (1996). *O Direito Penal Militar - questões de legitimidade*. Lisboa: Associação.
- Pereira, A. R. (s.d.). *O Direito Disciplinar das Forças Armadas e das Forças de Segurança*.

Pimentel, L. (2008). *A Restrição de Direitos aos Militares das Forças Armadas*. AADFL.

Prata, V. M. (2012). *A Justiça Militar e a Defesa Nacional*. Lisboa: Coisas de Ler.

Ribeiro, R. (3 de abril de 2003). Diário da Assembleia da República, I série, n.º 107.

Roque, N. (2000). *A Justiça Militar em Portugal*. Lisboa: Gradiva.

Silva, G. M. (2015). *Direito Penal Português*. Universidade Católica.

Susana, M. G. (2015). *Considerações acerca da Liberdade Condicional*. Porto.

#### Legislação:

Constituição da República Portuguesa.

Código de Justiça Militar (Lei 100/2003, de 15 de novembro, retificação n.º 2/2004, de 3 de janeiro e Lei 141/77, de 9 de abril).

Código Penal (Lei n.º 110/2015, de 26 de agosto).

Código do Procedimento Administrativo (Decreto-Lei n.º 4/2015, de 7 de janeiro).

Lei da Defesa Nacional (Lei Orgânica n.º 5/2014, de 29 de agosto).

Regulamento de Disciplina Militar (Lei Orgânica n.º 2/2009, de 22 de julho).

Estatuto dos Militares das Forças Armadas (Decreto-Lei 90/2015, de 29 de maio).