



# DIREITO PENAL

MILITAR

TEORIA DO CRIME

Atualizada de acordo com a  
Lei 13.964/19 – pacote anticrime

FERNANDO  
GALVÃO



2 0 2 0

3<sup>a</sup> EDIÇÃO

 editora  
D'PLÁCIDO

# DIREITO PENAL

---

*MILITAR*

*TEORIA DO CRIME*



# DIREITO PENAL

---

*MILITAR*

*TEORIA DO CRIME*

---

FERNANDO  
GALVÃO

ATUALIZADA DE ACORDO  
COM A LEI 13.964/19 -  
PACOTE ANTICRIME

**3<sup>a</sup>**

edição

**2 0 2 0**





**Belo Horizonte** | **São Paulo**  
Av. Brasil, 1843, | Av. Paulista, 2444,  
Savassi, Belo Horizonte, MG | 8º andar, cj 82  
Tel.: 31 3261 2801 | Bela Vista – São Paulo, SP  
CEP 30140-007 | CEP 01310-933

WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

Copyright © 2016, D'Plácido Editora.  
Copyright © 2016, Fernando Galvão.

Todos os direitos reservados.

Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida, por quaisquer meios,  
sem a autorização prévia do Grupo D'Plácido.

*Editor Chefe* Plácido Araes  
*Editor* Tales Leon de Marco  
*Produtora Editorial* Bárbara Rodrigues  
*Capa, projeto gráfico* Leticia Robini  
*Diagramação* Bárbara Rodrigues da Silva  
Christiane Morais de Oliveira

#### Catálogo na Publicação (CIP)

---

G182 Galvão, Fernando  
Direito Penal Militar : teoria do crime / Fernando Galvão. - 3. ed. - Belo Horizonte,  
São Paulo : D'Plácido, 2020.  
634 p.

ISBN 978-65-5059-098-7

1. Direito. 2. Direito penal militar. I. Título.

CDDir: 341.75

---

Biblioteca responsável: Fernanda Gomes de Souza CRB-6/2472

GRUPO  
D'PLÁCIDO



\*  
Rodapé



# SUMÁRIO

<b>NOTA DO AUTOR À 1ª EDIÇÃO</b> .....	<b>13</b>
<b>NOTA DO AUTOR À 2ª EDIÇÃO</b> .....	<b>15</b>
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>17</b>
1. Direito Penal Militar: definição .....	17
2. Teoria discursiva do direito .....	17
2.1. Concepção tópica do raciocínio jurídico .....	19
2.2. A nova retórica .....	20
2.3. A lógica informal .....	22
2.4. A ação comunicativa e o discurso argumentativo .....	23
2.4.1. A racionalidade comunicativa .....	26
2.4.2. A sociedade como o mundo da vida e como sistema .....	28
2.4.3. O processo emancipatório .....	29
2.4.4. A argumentação jurídica como um caso especial .....	31
2.4.5. Limites do discurso jurídico .....	34
2.5. Perspectiva discursiva do Direito Penal Militar .....	36
3. Direito penal e seu compromisso por realizar justiça .....	38
3.1. Justiça social, de Kelsen .....	41
3.2. Justiça formal (igualdade), de Perelman .....	43
3.3. Justiça como correção, de Alexy .....	45
3.4. Justiça como equidade, de Rawls .....	47
3.5. Justiça constitucional .....	52
4. Teoria do crime .....	60
4.1. Teoria do crime no Código Penal Militar .....	60
4.2. Teoria do crime no Código Penal comum .....	62
4.3. Única teoria do crime .....	63
5. Crimes militares .....	65
5.1. Crimes propriamente militares e crimes impropriamente militares .....	67

5.2. Crimes militares em tempo de paz e crimes militares em tempo de guerra.....	69
5.3. Os novos crimes militares introduzidos pela Lei 13.491/17.....	72
5.3.1. Revogação de antigos tipos incriminadores militares.....	73
5.3.2. Retroatividade da natureza militar para os casos anteriores .....	80
5.3.2.1. Situações benéficas.....	82
5.3.2.2. Encaminhamento à polícia judiciária militar/Justiça Militar.....	86
5.3.3. Crimes militares hediondos.....	87
5.3.4. Crimes dolosos contra a vida de civis.....	88
5.3.5. Penas restritivas de direitos e de multa.....	92
5.3.6. Aplicação imediata de pena e suspensão do processo.....	94
5.4. Impossibilidade constitucional de caracterização do crime militar.....	95
5.5. Crimes entre militares estaduais e federais.....	98

## **I. EVOLUÇÃO DA TEORIA DO CRIME ..... 101**

1.1. Crime como ente jurídico.....	101
1.2. Crime como ação humana.....	104
1.3. Conceito analítico do crime.....	109
1.4. Linhas básicas do trabalho analítico.....	113
1.4.1. Sistema Causal-naturalista (clássico).....	116
1.4.2. Sistema Neoclássico.....	120
1.4.3. Sistema Finalista.....	124
1.4.4. Sistema Social.....	129
1.4.5. Sistema Funcionalista .....	135
1.4.5.1. Funcionalismo moderado.....	137
1.4.5.1.1. Função de proteção ao bem jurídico.....	138
1.4.5.1.2. Conteúdo material do conceito de bem jurídico.....	139
1.4.5.1.2.1. Teorias subjetivas.....	143
1.4.5.1.2.2. Teorias objetivas.....	145
1.4.5.1.2.3. Teorias mistas.....	146
1.4.5.1.2.4. Teoria do objeto de proteção.....	147
1.4.5.1.2.5. Teorias sociológico-funcionalistas.....	148
1.4.5.1.2.6. Teoria procedimental.....	149
1.4.5.2. Funcionalismo sistêmico (radical).....	151
1.4.5.2.1. Função de estabilização das expectativas sociais.....	151
1.4.5.2.2. Direito Penal do cidadão e Direito Penal do Inimigo.....	153
1.4.5.3. Conformação sistêmica funcional .....	155
1.4.6. Sistema Significativo.....	158
1.4.6.1. Giro linguístico e hermenêutico.....	159
1.4.6.2. Pretensões de validade da norma penal.....	164
1.4.6.3. Conformação sistêmica significativa.....	167
1.4.6.4. Influência do sistema significativo.....	171
1.4.7. Sistema adotado .....	172

1.4.7.1. Caráter normativo.....	174
1.4.7.2. Caráter funcional.....	176
1.4.7.3. Perspectiva significativa e procedimental.....	178
1.4.7.4. Tutela da hierarquia e da disciplina.....	179

<b>2. TIPO PENAL INCRIMINADOR .....</b>	<b>185</b>
2.1. Tipo e tipicidade.....	185
2.2. Funções do tipo .....	188
2.2.1. Selecionar a matéria de proibição.....	189
2.2.2. Garantir a liberdade individual.....	190
2.2.3. Motivar os membros da sociedade.....	190
2.2.4. Definir espécies de erro relevante.....	191
2.3. Conteúdo normativo do tipo.....	191
2.4. Estrutura do tipo.....	193
2.4.1. Elementos estruturais.....	194
2.4.1.1. Núcleo do tipo.....	194
2.4.1.2. Sujeitos do crime.....	195
2.4.1.3. Objetos do crime.....	198
2.4.2. Elementos objetivos.....	198
2.4.2.1. Meramente descritivos.....	199
2.4.2.2. Normativos.....	200
2.4.3. Elementos subjetivos.....	202
2.4.3.1. Dolo.....	204
2.4.3.2. Culpa.....	213
2.4.3.3. Preterdolo.....	224
2.5. Adequação típica.....	226
2.5.1. Direta ou imediata.....	227
2.5.2. Mediata ou por extensão.....	227
2.6. Adequação típica e erro de tipo.....	228
2.6.1. Erro essencial e erro acidental.....	231
2.6.2. Erro sobre elementos normativos do tipo.....	232
2.6.3. Erro vencível e invencível.....	234
2.6.4. Erro determinado por terceiro.....	235
2.7. Inadequação típica .....	236
2.7.1. Desistência voluntária e arrependimento eficaz.....	236
2.7.1.1. Requisitos .....	237
2.7.1.2. Responsabilização pelos atos já praticados.....	241
2.7.2. Crime impossível .....	243
2.7.2.1. Ineficácia absoluta do meio empregado.....	245
2.7.2.2. Improriedade absoluta do objeto.....	247
2.7.2.3. Flagrante preparado e flagrante esperado.....	252
2.7.2.4. Crime impossível e crime putativo.....	253



<b>3. IMPUTAÇÃO OBJETIVA</b> .....	<b>255</b>
3.1. Resultado natural e resultado jurídico.....	257
3.2. Estrutura da imputação objetiva.....	260
3.2.1. Finalidade da conduta.....	263
3.3. Âmbito de aplicação da imputação objetiva.....	265
3.4. Causalidade e imputação objetiva.....	267
3.5. Determinação da causalidade natural.....	270
3.5.1. Teoria da equivalência dos antecedentes.....	270
3.5.2. Teoria da causalidade adequada.....	275
3.5.3. Concausalidade.....	277
3.6. Critérios normativos de relevância.....	281
3.6.1. Princípio da adequação social.....	283
3.6.1.1. Princípio da insignificância.....	286
3.6.1.1.1. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	289
3.6.1.1.1.1. Mínima ofensividade da conduta do sujeito.....	291
3.6.1.1.1.2. Nenhuma periculosidade social da conduta.....	291
3.6.1.1.1.3. Reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento.....	294
3.6.1.1.1.4. Inexpressividade da lesão jurídica provocada.....	295
3.6.1.1.1.5. Não comprometimento da hierarquia e disciplina.....	295
3.6.1.1.1.6. Existência de solução administrativo–disciplinar adequada para o ilícito.....	296
3.6.1.1.2. Insignificância e crimes complexos.....	297
3.6.1.1.3. Insignificância e crime continuado.....	298
3.6.1.2. Princípio da posição de garantidor.....	299
3.6.1.2.1. Da concepção naturalista à normativa de omissão.....	300
3.6.1.2.2. Distinção entre ação e omissão.....	304
3.6.1.2.3. Omissão própria.....	305
3.6.1.2.4. Omissão imprópria.....	306
3.6.1.3. Princípio da tolerância social a situações de risco.....	310
3.6.1.3.1. Criação do risco não permitido.....	312
3.6.1.4. Exclusão da imputação ante o risco permitido.....	317
3.6.1.4.1. Consentimento do ofendido e autocolocação em perigo.....	320
3.6.1.4.2. Princípio da confiança.....	325
3.6.1.5. Realização do risco não permitido.....	332
3.6.1.6. Situações particulares.....	334
3.6.1.6.1. Autocolocação em perigo.....	335
3.6.1.6.2. Cursos causais extraordinários.....	336
3.6.1.6.3. Ações perigosas de salvamento.....	337
3.6.1.6.4. Interrupções de ações de salvamento.....	339
3.6.1.6.5. Diminuições do risco.....	344
3.6.1.6.6. Aceleração do resultado.....	345
3.6.1.6.7. Aparição tardia do resultado.....	346

3.6.1.6.8. Erro sobre a pessoa e erro de execução (aberratio ictus).....	347
3.6.1.6.9. Erro sobre o bem jurídico (aberratio delicti).....	354

#### **4. ILICITUDE E CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO ..... 359**

4.1. Ilícitude da conduta punível.....	359
4.2. Ilícitude e injusto.....	361
4.3. Ilícitude formal e material.....	362
4.4. Relação tipo-ilícitude.....	365
4.5. Valoração do injusto.....	369
4.6. Fundamento da justificação.....	372
4.7. Tipos permissivos.....	374
4.8. Elemento subjetivo.....	375
4.9. Causas de justificação.....	380
4.9.1. Estado de necessidade.....	382
4.9.1.1. Teoria diferenciadora.....	383
4.9.1.2. Perigo certo e atual.....	384
4.9.1.3. Salvamento de bem juridicamente protegido.....	387
4.9.1.4. Involuntariedade na produção do perigo.....	389
4.9.1.5. Inevitabilidade do comportamento lesivo.....	391
4.9.1.6. Inexistência do dever de enfrentar o perigo.....	393
4.9.1.7. Elemento subjetivo.....	394
4.9.1.8. Estado de necessidade no direito civil.....	395
4.9.2. Legítima defesa.....	396
4.9.2.1. Agressão injusta.....	397
4.9.2.2. Agressão atual ou iminente.....	400
4.9.2.3. Agressão a bem juridicamente protegido.....	402
4.9.2.4. Reação com meios necessários.....	403
4.9.2.5. Uso moderado dos meios.....	404
4.9.2.6. Intenção de defesa.....	406
4.9.2.7. Legítima defesa da pátria.....	406
4.9.2.8. Defesa por agente de segurança pública.....	409
4.9.3. Estrito cumprimento de dever legal.....	413
4.9.4. Exercício regular de direito.....	417
4.9.5. Uso legítimo da força para compelir subalternos.....	420
4.9.6. Causas supralégais de exclusão da ilicitude.....	424
4.9.6.1. Consentimento do ofendido.....	424
4.10. Excesso nas justificativas.....	429
4.11. Discriminantes putativas.....	432

#### **5. CULPABILIDADE ..... 439**

5.1. Conceito.....	439
5.2. Evolução da teoria.....	441
5.2.1. Concepção psicológica.....	442

5.2.2. Concepção psicológico-normativa.....	444
5.2.3. Concepção normativa.....	447
5.2.4. Concepção funcional.....	448
5.3. Critério de reprovação: Exigibilidade de conduta diversa.....	452
5.4. Reprovação conforme a racionalidade prática (cognitiva-instrumental).....	456
5.4.1. Poder de agir de outro modo.....	457
5.5. Reprovação jurídica em ambiente de interação social complexa.....	459
5.6. Cculpabilidade.....	462
5.7. Tipo de culpabilidade.....	467
5.8. Culpa referida à finalidade comunicativa.....	468
5.8.1. Metodologia.....	474
5.8.2. Finalidade e crimes dolosos.....	475
5.8.3. Finalidade e crimes culposos.....	476
5.9. Exculpação.....	481
5.9.1. Inexigibilidade por incapacidade psíquica: inimputabilidade.....	481
5.9.1.1. Reconhecimento da incapacidade.....	485
5.9.1.2. Doença mental.....	486
5.9.1.3. Desenvolvimento mental incompleto ou retardado.....	489
5.9.1.4. Perturbação da saúde mental.....	491
5.9.1.5. Psicopatia ou sociopatia.....	492
5.9.1.6. Embriaguez completa e teoria da actio libera in causa.....	494
5.9.1.7. Embriaguez incompleta.....	501
5.9.1.8. Menoridade do sujeito.....	503
5.9.1.9. Consequências da inimputabilidade.....	506
5.9.1.9.1. Duração da internação.....	509
5.9.1.10. Semiimputabilidade.....	511
5.9.2. Inexigibilidade por incompreensão da ilicitude do fato.....	512
5.9.2.1. Erro de proibição.....	514
5.9.2.2. Espécies de erro.....	515
5.9.2.3. Evitabilidade do erro.....	522
5.9.2.4. Desconhecimento da lei.....	526
5.9.2.5. Elemento subjetivo no erro.....	531
5.9.3. Inexigibilidade na colisão de deveres.....	532
5.9.4. Inexigibilidade por coação irresistível.....	534
5.9.5. Inexigibilidade por obediência à ordem de superior hierárquico.....	537
5.9.6. Inexigibilidade por estado de necessidade.....	540

## **6. CONCURSO DE PESSOAS ..... 543**

6.1. Pluralidade de pessoas no fato punível.....	543
6.2. Teorias para a incriminação.....	544
6.3. Requisitos.....	547

6.4. Comunicabilidade de elementares típicas.....	551
6.4.1. Condições e circunstâncias de caráter pessoal.....	552
6.4.2. Elementares do crime.....	554
6.4.3. Elementares objetivas.....	557
6.4.4. Conhecimento pelos demais concorrentes.....	557
6.4.5. Síntese das regras da comunicabilidade.....	559
6.5. Autoria e participação.....	560
6.5.1. Identificação do autor.....	562
6.5.2. Formas de autoria.....	567
6.5.2.1. Autoria direta ou imediata.....	567
6.5.2.2. Autoria indireta ou mediata.....	567
6.5.2.3. Autoria mediata no Código Penal Militar.....	571
6.5.2.4. Formas de autoria mediata.....	572
6.5.2.5. Autoria mediata nos crimes próprios e de mão própria.....	576
6.5.2.6. Autoria mediata em crime culposos.....	577
6.5.2.7. Autoria mediata em crime omissivo.....	579
6.5.3. Coautoria.....	579
6.5.3.1. Coautoria sucessiva.....	581
6.5.3.2. Coautoria nos crimes próprios e de mão própria.....	583
6.5.3.3. Coautoria em crime culposos.....	585
6.5.3.4. Coautoria em crime omissivo.....	588
6.5.4. Autoria colateral.....	589
6.5.5. Participação criminosa.....	590
6.5.5.1. Fundamento da punição.....	591
6.5.5.2. Acessoriedade da participação.....	593
6.5.6. Formas de participação.....	597
6.5.6.1. Cumplicidade.....	598
6.5.6.2. Determinação.....	599
6.5.6.3. Instigação.....	600
6.5.7. Participação em crimes próprios e de mão própria.....	600
6.5.8. Participação em crime culposos.....	601
6.5.9. Participação em crime omissivo.....	602
6.6. Intervenção impunível.....	603
6.7. Cooperação dolosamente distinta.....	605
6.8. Agravantes no concurso de pessoas.....	611
6.9. Atenuante na participação de somenos importância.....	614
6.10. Maior reprovação para os cabeças.....	615



# NOTA DO AUTOR

À 1ª EDIÇÃO

No ano em que completo 10 anos na magistratura civil da Justiça Militar sinto-me compelido a oferecer uma pequena contribuição à doutrina do Direito Penal Militar. E o objeto de minha atenção foi a teoria do crime militar porque o Código Penal Militar não recebeu as mesmas atualizações que o estatuto repressivo comum e seus dispositivos relacionados à teoria do crime desafiam a compreensão do operador do Direito.

Penso que a elaboração e a interpretação do sistema repressivo, em especial da teoria do crime militar, estão constitucionalmente comprometidas com a realização da Justiça material. Nesse sentido, para introduzir a reflexão sobre a teoria do crime desenvolvo breve exame sobre as concepções de Justiça de Kelsen, Perelman, Alexy e Rawls para estimular nos leitores a interpretação da ordem jurídica sob uma perspectiva constitucional de Justiça.

O texto que ora ofereço ao público especializado militar consolida a concepção que já sustentei em outros livros de que a teoria do crime deve ser elaborada e interpretada no contexto de uma teoria racional discursiva do direito (como teoria geral) e de sua perspectiva comunicativa. Com base no paradigma discursivo de Jürgen Habermas e Robert Alexy, desenvolvo toda a interpretação do sistema normativo repressivo.

A teoria do crime militar, por sua vez, é concebida sob a perspectiva de um funcionalismo sem exageros, nos moldes de Roxin, comprometido com os fins político-criminais compatíveis com o Estado Democrático de Direito e legitimada pela racionalidade discursiva, sendo a mesma que deve ser utilizada para identificar o crime comum.

Para adiantar alguns tópicos importantes, desenvolvo a teoria da imputação objetiva com base na ideia de uma causalidade normativa que se orienta essencialmente pelo princípio da adequação social, sendo que os princípios da insignificância, da posição de garantidor e da tolerância social às situações de risco se apresentam como subprincípios da adequação. Na culpabilidade, superando a perspectiva da teoria psicológico-normativa adotada pelo estatuto repressivo militar, desenvolvo-a como reprovação jurídica que se fundamenta no critério da exigibilidade de conduta diversa e tendo por conteúdo material (objeto de valoração) a finalidade comunicativa.

Dessa forma, espero poder contribuir para o aprofundamento das reflexões sobre o Direito Penal Militar brasileiro e a melhor compreensão das repercussões concretas que seus institutos são capazes de produzir.

*O Autor*

# NOTA DO AUTOR

À 2ª EDIÇÃO

A boa acolhida que a 1ª edição do Direito Penal Militar: teoria do crime recebeu no contexto do debate especializado militar e a entrada em vigor da Lei 13.491, de 13 de outubro de 2017, animaram a atualização do texto que materializa a 2ª edição do livro que agora a Editora D'Plácido oferece ao público.

Os efeitos que a nova lei produziu na concepção do crime militar serão percebidos gradativamente, como ocorre com toda inovação legislativa. No entanto, já é possível vislumbrar a sua amplitude e os novos desafios que apresenta aos operadores do Direito. O primeiro, e talvez mais importante deles, diz respeito à superação do paradigma tradicional que vincula o Direito Penal Militar à tutela exclusiva dos pilares organizacionais das instituições militares: hierarquia e disciplina. Já na 1ª edição enfrentei esta equivocada concepção sustentando que “a razão que legitima a existência do Código Penal Militar é a proteção de bens jurídicos que podem ser afetados com o desenvolvimento das atividades militares.” Com efeito, a intervenção punitiva do Direito Penal Militar visa preservar um padrão de comportamento funcional adequado para o servidor militar no desempenho de suas atividades. Com a edição da Lei 13.491/2017 ficou ainda mais claro que o desvio de finalidade e de execução correta das atividades militares pode ofender muitos bens jurídicos que somente se vinculam aos interesses das instituições militares pela necessidade de preservar a qualidade dos serviços que prestam à sociedade. O Direito Penal Militar visa tutelar os bens jurídicos que podem ser ofendidos no contexto de execução das atividades militares. Somente assim é possível conceber, por exemplo, um crime militar de trânsito cometido por um militar na condução de uma viatura militar.



A aplicação da nova lei, certamente, promoverá um amadurecimento das reflexões sobre a teoria do crime e espero que o presente texto possa contribuir para o êxito da missão.

*O Autor*

O texto que ora ofereço ao público especializado militar consolida a concepção que já sustentei em outros livros de que a teoria do crime deve ser elaborada e interpretada no contexto de uma teoria racional discursiva do direito (como teoria geral) e de sua perspectiva comunicativa. Com base no paradigma discursivo de Jürgen Habermas e Robert Alexy, desenvolvo toda a interpretação do sistema normativo repressivo.

A teoria do crime militar, por sua vez, é concebida sob a perspectiva de um funcionalismo sem exageros, nos moldes de Roxin, comprometido com os fins político-criminais compatíveis com o Estado Democrático de Direito e legitimada pela racionalidade discursiva, sendo a mesma que deve ser utilizada para identificar o crime comum.

## INDICADO PARA:

GRADUAÇÃO

PÓS-GRADUAÇÃO

PROFISSIONAIS

ADVOGADOS

PROMOTORES DE JUSTIÇA

MAGISTRADOS



ISBN 978-85-8425-877-2

