

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

MARCELO DE VARGAS SCHERER

FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL MILITAR:  
UM OLHAR PARA ALÉM DA HIERARQUIA E DISCIPLINA

Porto Alegre  
2014

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS

MARCELO DE VARGAS SCHERER

FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL MILITAR:  
UM OLHAR PARA ALÉM DA HIERARQUIA E DISCIPLINA

Porto Alegre

2014

**MARCELO DE VARGAS SCHERER**

**FUNDAMENTOS DO DIREITO PENAL MILITAR:  
UM OLHAR PARA ALÉM DA HIERARQUIA E DISCIPLINA**

Dissertação de Mestrado apresentada junto ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (Mestrado e Doutorado), da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Ciências Criminais.

Área de concentração: Sistema Penal e Violência.

Linha de Pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos.

**PUCRS/BCE**



1 058.603-7

Orientador: Prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila

Porto Alegre

## Catálogo na Publicação

S326f Scherer, Marcelo de Vargas  
Fundamentos do direito penal militar : um olhar para  
além da hierarquia e disciplina / Marcelo de Vargas  
Scherer. – Porto Alegre, 2014.  
142 f.

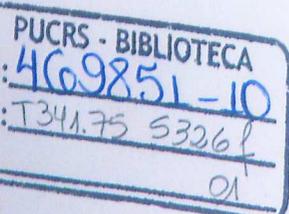
Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) –  
Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica  
do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila

1. Direito Penal Militar. 2. Direito Penal – Teorias.  
3. Crime Militar. 4. Criminologia. I. D'Avila, Fabio  
Roberto. II. Título.

CDD 341.75

Bibliotecária Responsável: Salete Maria Sartori, CRB 10/1363



## AGRADECIMENTO

As reiteradas horas em imersão reflexiva, com a conseqüente e inarredável subtração de tempo para atenção, afeto e lazer, exigiram a compreensão, tolerância e desprendimento por parte das pessoas do convívio familiar. A estas dedico um agradecimento para lá de especial, pois sem elas faltariam força e fôlego para o cumprimento do desafio da pesquisa científica.

Ao círculo familiar mais restrito, representado hoje pela Mariana, Gláucia, Daniel e Rafael, não poderia faltar um agradecimento de todo especial, no qual as palavras se tornam pequenas, insuficientes, à tarefa de descrever o quão grato sou pelas suas respectivas existências. Ao fim e ao cabo, é a família que alimenta à alma e confere todo o sentido à existência.

Ao meu comandante, Major Marco Antônio Chaves Schlöttgen, sem o qual não teria sido de todo proveitosa nem possível a realização do Mestrado em Ciências Criminais. Muito obrigado pelo constante apoio e incentivo aos estudos. Também aos companheiros de caserna, que ao longo dos últimos anos muito me ajudaram no cumprimento das multitarefas rotineiras e, incansavelmente, bem cobriram minhas ausências.

Um agradecimento especial ao Prof. Dr Fabio Roberto D'Ávila, com o qual tive o privilégio de conhecer sentidos que até então não havia alcançado no Direito Penal. Fonte de inspiração, fiquem registrados meus respeitosos sentimentos de gratidão e respeito.

Aos colegas do Mestrado em Ciências Criminais, o sincero agradecimento pela troca de experiências e inquietações típicas de quem entrega-se à investigação séria e responsável. Mais importante que a conquista, queo fim em si mesmo, é o caminho percorrido e as memórias. As vivências e experiências desses anos vão marcadas no meu Ser. Fui feliz. Bis später!

“Deve-se calar sobre aquilo de que não se é  
capaz de falar”

(Ludwig Wittgenstein)

## RESUMO

A presente investigação tem por finalidade discorrer sobre o Direito Penal Militar brasileiro à luz das tentativas teóricas de fundamentação do Direito Penal. O questionamento fundamental trata sobre a (i)legitimidade de um direito penal militar fundado na hierarquia e disciplina. A partir da pergunta inicial, trouxemos a lume as teorias contemporâneas que intentam fundamentar o direito penal, a saber: as teorias ligadas ao funcionalismo penal (moderada de Claus Roxin; e radical de Günther Jakobs) e a teoria onto-antropológica de José Francisco de Faria Costa. Com o estudo das referidas teorias, foi possível desvelar a racionalidade que as guiam. Nas teorias de cunho funcionalista o mote está nas consequências, há uma projeção para o futuro. Já na teoria onto-antropológica, o homem é colocado como o centro gravitacional da construção do direito. Assume-se a ideia que o direito não é uma mera técnica, pelo contrário, o direito configura uma manifestação do nosso mais profundo modo-de-ser com os outros, é dizer, conforma-se simultaneamente como limite e fundamento do “eu” com o “outro”. Discorre-se, ainda, sobre a hierarquia e disciplina enquanto preceitos fundamentais das Forças Armadas, embora sejam necessários outros referenciais para colocá-los como preceitos legitimadores do próprio direito penal militar. Na segunda parte do trabalho, adentra-se ao ilícito penal militar, tentando-se identificar seus contornos materiais. É possível afirmar uma falta de densidade material na definição atual de crime militar no direito penal brasileiro, o que leva a sérios problemas de legitimidade desse setor do direito penal. Em vias de investigação, foi possível esboçar ao menos dois critérios que poderiam servir de ponto de partida ao sistema penal militar: (a) a natureza militar do bem jurídico; (b) a qualidade do autor que infringe seus deveres militares enquanto membro das Forças Armadas.

**Palavras-chave:** Direito Penal Militar. Funcionalismo Penal. Concepção Onto-Antropológica. Crime Militar. Bem Jurídico.

## ABSTRACT

This research aims to discuss the Brazilian Military Criminal Law based in the theoretical legitimation attempts of the Criminal Law. The essential question is about the legitimacy of a military criminal law based on hierarchy and discipline. From the original question, we have brought to light the contemporary theories that attempt to justify the criminal law, namely the theories related to criminal functionalism (moderate - Claus Roxin, and radical - Günther Jakobs ) and the onto-anthropological theory of José Francisco de Faria Costa. In the Functionalist theories the object is in the consequences, there is a projection into the future. In the onto-anthropological theory, the man is placed as gravitational center of the building on the right. It assumes the idea that the law isn't a technique, the law sets a manifestation of our deeper way of being with others, conforms to both limit and foundation of "I" with the "other". It's analysed also about the hierarchy and discipline as fundamental precepts of the Armed Forces. In the second part, it penetrates to the military criminal offense, attempting to identify their material contours. It is possible to assert a lack of material density in the current definition of military Illicit in the Brazilian criminal law, which leads to serious problems of legitimacy of the criminal law. In the investigation it was possible to sketch at least two criteria that could serve as a starting point to the military justice system: (a) the military nature of the legal interest; (b) the quality of the author who infringes their military duties as a member of Armed Force.

**Key Words:** Military Criminal Law. Criminal functionalism. Onto-Anthropological Conception. Military Illicit. Legal Interest.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	10
<b>1 DIREITO PENAL MILITAR E ILÍCITO PENAL: LINHAS APROXIMATIVAS À HISTÓRIA, FUNDAMENTO E MODELOS TEÓRICOS DE SUSTENTAÇÃO.....</b>	<b>13</b>
1.1 O PAPEL DO PESQUISADOR DAS CIÊNCIAS CRIMINAIS .....	14
1.2 DIREITO PENAL MILITAR BRASILEIRO: EXCURSO HISTÓRICO .....	15
1.3 O <i>LOCUS</i> DA HIERARQUIA E DISCIPLINA NO DIREITO PENAL MILITAR .....	21
1.4 FUNDAMENTO, FUNÇÃO E SENTIDO NO DIREITO PENAL .....	28
1.4.1 <i>Linguistic turn</i> : a obtenção do sentido pela linguagem .....	31
1.4.2 <i>Der Hermeneutische Zirkel</i> e o experienciar comunitário em Heidegger .....	34
<b>2 TENTATIVAS TEÓRICAS CONTEMPORÂNEAS DE LEGITIMAÇÃO DO DIREITO PENAL .....</b>	<b>36</b>
2.1 O FUNCIONALISMO JURÍDICO-PENAL .....	36
2.1.1 Origens do funcionalismo jurídico: a superação do normativismo ....	37
2.1.2 O funcionalismo moderado (Claus Roxin) .....	40
2.1.3 O funcionalismo sistêmico radical (Günther Jakobs) .....	49
2.1.4 Observações críticas .....	52
2.2 A FUNDAMENTAÇÃO ONTO-ANTROPOLÓGICA DE CUIDADO-DE-PERIGO (FARIA COSTA).....	56
2.2.1 <i>Die Sorge</i> (o cuidado originário) em Martin Heidegger .....	58
2.2.2 O cuidado e o perigo no direito penal .....	61
2.2.3 A pena na teoria onto-antropológica .....	62
<b>3 CRIME MILITAR: UM OLHAR PARA ALÉM DA HIERARQUIA E DISCIPLINA ..</b>	<b>66</b>
3.1 INTRÓITO: A HIERARQUIA E DISCIPLINA JÁ NA COMPOSIÇÃO DAS CORTES MILITARES .....	66
3.1.1 A composição dos tribunais militares .....	67
3.1.2 Uma dupla face problemática: civis como acusados e como ofendidos nos Tribunais Militares .....	73
3.1.3 Um general na biblioteca .....	81
3.2 CRIME MILITAR E O MODELO DE CRIME COMO OFENSA A BENS JURÍDICOS .....	84
3.2.1 O modelo de crime como ofensa a bens jurídicos .....	85
3.2.2 O conteúdo das normas incriminadoras .....	89
3.2.3 O crime militar .....	99
3.3 O BEM JURÍDICO PROTEGIDO PELO DIREITO PENAL MILITAR E ASPECTOS DA PARTE GERAL .....	104

3.3.1 O bem jurídico penal militar .....	105
3.3.2 A autonomia ou especialidade do Direito Penal Militar: há necessidade de uma parte geral? .....	109
3.3.3 Apontamentos à parte geral do Código Penal Militar brasileiro .....	113
3.4 ILÍCITO PENAL OU DISCIPLINAR? A NECESSIDADE DE DELIMITAÇÃO DA ESFERAS PUNITIVAS.....	121
3.5 DO “PORQUE” AO “PARA QUÊ”, QUAL O SENTIDO DO DIREITO PENAL MILITAR BRASILEIRO?.....	126
3.5.1 A funcionalização dos crimes militares para a manutenção da hierarquia e disciplina .....	127
3.5.2 O resgate à concepção onto-antropológica como tentativa de legitimação do Direito Penal Militar .....	129
CONSIDERAÇÕES FINAIS .....	131
REFERÊNCIAS.....	133

## INTRODUÇÃO

A presente investigação, ocorrida no biênio 2013-2014 junto ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, tem por objeto o estudo do ilícito penal militar à luz das teorias contemporâneas que intentam fundamentar o direito penal. Nosso objeto primeiro de questionamento tem lugar na discussão sobre a (i)legitimidade de um direito penal militar fundado na hierarquia e disciplina. Conforme desenvolvia-se a pesquisa, do questionamento inicial surgiram inúmeros outros, também fundamentais para a compreensão do direito penal militar.

O direito penal militar é, em que pese a sua longa história, um setor do direito penal muito pouco explorado pela academia, ficando a sua exploração e desenvolvimento restrita aos operadores da justiça militar e às assessorias jurídicas das instituições militares. A experiência que tive, na condição de oficial combatente temporário do Exército Brasileiro, no período de 2006 a 2014, foi fator preponderante à especial motivação depositada na pesquisa e também fundamental à apreensão e valoração dos preceitos da hierarquia e disciplina, tão imbricados no Direito Penal Militar quanto aplicados diariamente na caserna.

O escrito foi dividido em três capítulos. O capítulo inaugural principia o local de fala deste Autor e situa o lugar da hierarquia e disciplina no direito militar, não descuidando da elaboração de um excuro histórico do direito penal militar brasileiro. Assenta-se já aqui a necessidade de se perquirir o fundamento, função e sentido no Direito Penal. O segundo capítulo é o lugar no qual descrevemos as teorias contemporâneas que intentam legitimar o Direito Penal, ali sendo explorada a multifacetada teoria funcionalista e a teoria onto-antropológica. No último e derradeiro capítulo, o foco está na exploração da configuração atual do direito penal militar brasileiro. E lá encontramos problemas de variados matizes, tanto em termos de acerto dogmático do ilícito penal militar quanto de competência penal e composição dos tribunais militares. No entanto, o foco precípua da investigação está na identificação dos contornos materiais mínimos do ilícito penal militar, construção que se ressentia ainda de necessários aprimoramentos.

Partindo-se, portanto, do pressuposto primeiro de que o direito penal militar tem se amoldado a uma lógica que tem na preservação da hierarquia e disciplina o seu maior valor, nos propusemos a discorrer sobre as teorias do funcionalismo penal (em seus vetores moderado e radical, respectivamente com Claus Roxin e Günther Jakobs) e sobre a teoria onto-antropológica (de José Francisco de Faria Costa). Ditas teorias são desveladoras de questões de base do direito penal, atinentes, fundamentalmente, à perquirição do “porque”, “para quê” e sobre o sentido do direito penal. Ainda circunscritos ao capítulo primeiro, trouxemos a lume a noção de hierarquia e disciplina e o quão importantes são esses preceitos sob a lógica militar. Um breve excursão histórico do direito penal militar mostrou-se também de grande valia para os passos que seriam dados na sequência.

A imersão mesma no ilícito penal militar e o modo como está conformado no Código Penal Militar brasileiro são desenvolvidos no terceiro capítulo, momento no qual verificamos a existência um preocupante déficit material na definição dos crimes militares. Problema identificado na lei, na doutrina e nos julgados proferidos pelos tribunais brasileiros. Debruçamo-nos, pois, na tentativa de delimitação de alguns contornos mínimos do ilícito penal militar. Daí a necessidade de discorrer sobre a noção de crime como ofensa a bens jurídicos, enquanto paradigma seguro de um direito penal que se fundamenta e se legitima na ofensa a interesses objetivos, traduzidos na própria lesão ou exposição a perigo de bens jurídicos protegidos.

É possível falar, afinal, de um bem jurídico penal estritamente militar? É necessária a existência de uma parte geral autônoma para o direito penal militar? Qual é a lógica que permeia o direito penal brasileiro? Esses são alguns questionamentos para os quais tentaremos oferecer proposições nas páginas que se seguem. Veremos ainda que, no direito militar, persiste uma fundada confusão entre os critérios diferenciadores do ilícito penal militar e do ilícito disciplinar militar.

Não logramos êxito em esgotar o turbilhão de questões que surgiram nos estritos limites deste trabalho. Esta foi, sem dúvida, apenas uma porta que,

aberta, se ofereceu com todas as possibilidades e perigos próprios de um terreno ainda insuficientemente explorado. À leitura.

## 1 DIREITO PENAL MILITAR E ILÍCITO PENAL: LINHAS APROXIMATIVAS À HISTÓRIA, FUNDAMENTO E MODELOS TEÓRICOS DE SUSTENTAÇÃO

O percurso desta investigação, baseada na tentativa de resposta acerca da (i)legitimidade de um Direito Penal fundado na preservação da hierarquia e disciplina, bem como no desvelamento de sua teoria jusfilosófica de sustentação, perpassará conceitos e teorias fundantes ainda em ebulição na contemporaneidade. Trataremos, com efeito, sobre questões de base do direito penal, as quais necessariamente refletem e influenciam naquilo que se entende (ou se quer entender) por delito.

Dita pesquisa, para além do Direito Penal comum, tocará o Direito Penal Militar, ramo repetidamente negligenciado pelos estudiosos das Ciências Criminais. Mais do que negligenciado, podemos afirmar que o Direito Penal Militar é um campo de estudo fortemente protegido entre seus sedizentes especialistas, não sendo incomum a perpetração de *ataques* àqueles que se atrevem a trabalhar com o tema, em geral sob o argumento de autoridade de que não se conhece as peculiaridades da caserna.<sup>1</sup>

Por se tratar de um Direito Penal vocacionado a fenômenos relacionados a uma Força Armada regular, abordaremos a questão do *locus* e/ou nível valorativo que se deve conferir à hierarquia e disciplina no âmbito do Direito Penal Militar. Isto porque se percebe já no primeiro contato com a matéria o valor que se dá à hierarquia e disciplina no direito penal militar. Aliás, não se nega à disciplina o fundamento no qual descansa a operatividade dos Exércitos. Não olvidamos que a disciplina é sempre concebida em estrita vinculação com claras e sólidas relações de integração hierárquica.<sup>2</sup> Hierarquia e disciplina se fazem sempre presentes, com efeito, ao se trazer à baila o assunto militar.

O conteúdo material do delito, em determinado momento histórico, está umbilicalmente ligado ao que se entende como sendo o fundamento e a função

---

<sup>1</sup> Confirmando nossa afirmativa, conferir MIRANDA, Reinaldo Moreira de. A autonomia do direito penal militar e seus princípios exclusivos. **Direito Militar**: Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME, Florianópolis, v. 8, n. 47, p. 11, maio/jun. 2004.

<sup>2</sup> RODRIGUES DEVESA, José Maria. La obediencia debida en el código penal militar espanhol de 1985. **Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. 3, p. 374, 1984.

do direito penal. Sendo assim, apresentaremos, ao longo do trabalho, duas das principais teorias contemporâneas que estão centradas na obtenção dessas respostas. Será pela apreensão dos paradigmas trazidos pela teoria funcionalista teleológica - na qual temos Claus Roxin (funcionalismo moderado) e Günther Jakobs (funcionalismo radical) como seus principais expoentes - e pela teoria onto-antropológica - inicialmente desenvolvida por José Francisco de Faria Costa - que intentaremos dissecar o Direito Penal Militar em seus aspectos fundantes e substanciais, passando a limpo alguns pontos que muito pouco tem sido objeto de reflexão na Academia.

Este é, portanto, o desafio proposto no primeiro capítulo, qual seja: aproximar o leitor das teorias modernas de fundamentação do Direito Penal, interrelacionando-as, ainda que de um modo apenas embrionário, com as especificidades e categorias próprias do Direito Penal Militar.

### 1.1 O PAPEL DO PESQUISADOR DAS CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ao pé de inaugurar as inúmeras reflexões próprias do exercício de pesquisa, parece-nos profícuo desde já situar o papel do pesquisador das ciências criminais, enquanto cultor do pensamento dessa ciência que se constitui como o lugar de encontro de ideologias conflitantes, que abarca ora avanços ora retrocessos civilizatórios e, sobretudo, lugar onde o espírito humano se revela em seu mais primitivo existir.

Seguindo e nos curvando aos ensinamentos de José de Faria Costa, vemos com acerto a proposição segundo a qual é papel do penalista refletir sobre os temas novos que a realidade impõe, ponderando sobre o sentido das soluções propostas por seus pares e, na medida do possível - e sempre é possível -, apresentar possibilidades de soluções ao legislador.<sup>3</sup> Por tudo o que se tem visto, não se aceita ao penalista um papel de mero intérprete passivo do direito posto e da produção legiferante, pois o risco que vai implicado na postura passiva é justamente o risco de se ver levado por águas tão turvas que soçobre

---

<sup>3</sup> FARIA COSTA, José de. O fim da vida e o direito penal. In: **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 153.

apenas a prematura morte. No direito penal bem sabemos os resultados quando conduzido com poucas luzes.

Ao estudioso das ciências criminais, com base firme na silenciosa e por vezes solitária ponderação, na seriedade e no inquebrantável fôlego que o faz persistir na busca por respostas aos problemas penais, cumpre-lhe saber que o seu papel social "não é o de querer transformar o mundo mas antes o de o querer tornar humanamente vivível."<sup>4</sup>

Assim aclaradas as coisas que embalam o nosso espírito, iniciemos, pois, essa viagem, para muitos de descoberta, ao mundo do direito penal militar.

## 1.2 DIREITO PENAL MILITAR BRASILEIRO: EXCURSO HISTÓRICO

É fundamental, ao iniciarmos este escrito, percorrermos, ainda que de forma abreviada, a evolução histórica do Direito Penal Militar brasileiro - embora com o explícito reconhecimento do risco certo de incorrerem em omissões e incompletudes. Risco assumido pela necessidade, que entendemos útil, de tentar situar o leitor no movimento de formação de nossa legislação militar.

Nesse ponto, em retrospectiva, cabe referir que o Código Penal Militar em atual vigência (Decreto-Lei nº 1.001, de 21/10/1969) nasceu das atribuições conferidas pelo art. 3º do Ato Institucional nº 16, de 14 de outubro de 1969, combinado com o §1º do art. 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968,<sup>5</sup> num momento em que o país era governado por uma Junta Militar, dada a enfermidade do então presidente Costa e Silva.<sup>6</sup>

Surgiu, portanto, no seio de um governo antidemocrático, onde a preocupação com os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana cedia facilmente à política de segurança nacional.<sup>7</sup> Em que pese a seu *vício de*

<sup>4</sup> FARIA COSTA, José de. O fim da vida e o direito penal. In: **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 153.

<sup>5</sup> ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao Código Penal Militar**. Curitiba: Juruá, 1998. p 11.

<sup>6</sup> ROMEIRO, Jorge Alberto. Antinomias inconcebíveis entre os Códigos Penais comum e militar. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 297, ano 83. p. 51, jan./mar. 1987.

<sup>7</sup> Encontramos, sem muito esforço, farta doutrina que intenta legitimar os abusos cometidos nos governos autoritários como algo necessário para combater o comunismo. Denunciando a tentativa de dar uma roupagem de legalidade ao arbítrio, conferir o importante trabalho apostado em PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na**

origem, o Código Penal Militar está em plena vigência, sujeitando aproximadamente um milhão de militares, entre federais e estaduais.<sup>8</sup> Sem falar que também os civis estão ao alcance do Código Penal castrense, podendo, em caso de cometimento de determinados tipos de delitos, restarem submetidos à Justiça Militar.<sup>9</sup>

O Código Penal Militar de 1969 é resultado do trabalho desenvolvido pela Comissão Revisora integrada pelos juristas Benjamin Moraes Filho, José Telles Barbosa e pelo autor do anteprojeto Ivo D'Aquino.<sup>10</sup> A rigor, no período de uma semana após a publicação do Ato Institucional nº 16 (que declarou vaga a Presidência da República) foram publicados no Diário Oficial da União seis decretos-leis: Decreto-Lei nº 1000 (Lei de Registros Públicos); Decreto-Lei nº 1001 (Código Penal Militar); Decreto-Lei nº 1002 (Código de Processo Penal militar); Decreto-Lei nº 1003 (Lei de Organização Judiciária Militar); Decreto-Lei nº 1004 (Código Penal comum), e; Decreto-Lei nº 1005 (Código de Propriedade Industrial).<sup>11</sup>

Da leitura da exposição de motivos do Código Penal Militar é possível extrair algumas informações úteis à compreensão de suas influências. Procurou-se, segundo consta, seguir os passos do anteprojeto de Código Penal de autoria de Néelson Hungria, e atender às “sugestões do Estado-Maior das Forças

---

**Argentina.** Trad. Patricia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010. Daí não causar estranhamento constar no Preâmbulo do Ato Institucional nº 1, e nos Atos subsequentes, sempre a referência à Revolução contra a suposta bolchevização do país. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/AIT/ait-01-64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-01-64.htm)>. Acesso em 17 de maio de 2014.

<sup>8</sup> A legislação vigente sobre os efetivos de cada Força, em 2013, era a seguinte: Marinha – Lei nº 9.519/97, alterada pelas leis nº 11.643/08 e nº 12.216, de 11 de março de 2010, Decreto nº 7.679, de 14 de fevereiro de 2012 e Decreto nº 7.965, de 21 de março de 2013. Exército – Lei nº 7.150/83, alterada pela Lei nº 8.071, de 17 de julho de 1990, Decreto nº 7.701, de 15 de março de 2012 e Decreto nº 7.964, de 21 de março de 2013. Aeronáutica – Lei nº 11.320/06, alterada pela Lei nº 12.243, de 24 de maio de 2010, Decreto nº 7.704, de 22 de março de 2012 e Decreto nº 7.966, de 21 de março de 2013. Ano a ano novas leis são editadas regulando o efetivo militar, não havendo significativas modificações em termos de quantitativo. A soma do efetivo autorizado por lei de cada Força resulta em aproximadamente 380 mil militares. Já o efetivo de policiais militares é de aproximadamente 400 mil militares, conforme reportagem publicada pela revista Exame, em 2012. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/policial-militar-traz-seguranca-o-tamanho-da-pm-nos-estados>> Acesso em 12 de junho de 2014.

<sup>9</sup> Aqui é necessário esclarecer que, por expressa previsão constitucional (art. 125, § 4º), a Justiça Militar Estadual tem competência restrita, somente podendo julgar policiais e bombeiros militares. Escapam a sua jurisdição tanto os civis quanto os militares federais. Permanecem os civis, portanto, sendo passíveis de julgamento por tribunais militares, no âmbito federal.

<sup>10</sup> ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao Código Penal Militar**. Curitiba: Juruá, 1998. p 11.

<sup>11</sup> ROMEIRO, Jorge Alberto. Antinomias inconcebíveis entre os Códigos Penais comum e militar. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 297, ano 83. p. 51, jan./mar. 1987.

Armadas, da Escola Superior de Guerra, de diversos Ministros do Superior Tribunal Militar e de outras fontes de cultura jurídica, civis e militares".<sup>12</sup>

A aproximação com a Comissão Revisora do anteprojeto do Código Penal comum se deu, conforme a exposição de motivos, pelo intento de "dar o máximo de unidade às leis substantivas penais do Brasil, evitando a adoção de duas doutrinas para o tratamento do mesmo tema".<sup>13</sup> Ocorre que, publicados os dois códigos penais (militar e comum), entrou em vigor em 1º de janeiro de 1970 apenas o Código Penal Militar, enquanto o Código Penal comum nunca efetivamente vigoraria.<sup>14</sup>

Aliás, dentre as *inovações* que constavam no Código Penal comum de 1969 destacavam-se, *negativamente* diga-se: (i) a adoção de pena indeterminada<sup>15</sup>; (ii) redução da imputabilidade penal para 16 anos<sup>16</sup>; (iii) possibilidade de aplicação da pena do crime consumado para a tentativa em que o resultado assumisse gravidade excepcional.<sup>17</sup>

De modo semelhante ao ordenamento jurídico pátrio como um todo, o Direito Militar experimentou, na origem, a influência direta das Ordenações Portuguesas. O que se explica pela histórica relação metrópole-colônia a qual se viu o Brasil submetido. Isso significa que, face a inexistência de uma legislação genuinamente

<sup>12</sup> Exposição de motivos do Código Penal Militar disponível em: <[http://www.oabsa.org.br/documentos/cod\\_penal\\_militar.pdf](http://www.oabsa.org.br/documentos/cod_penal_militar.pdf)>. Acesso em: 20 jul. 2013.

<sup>13</sup> Disponível em: <[http://www.oabsa.org.br/documentos/cod\\_penal\\_militar.pdf](http://www.oabsa.org.br/documentos/cod_penal_militar.pdf)>. Acesso em: 20 jul. 2013.

<sup>14</sup> Um relato fundamental sobre a dinâmica – notadamente açodada por fundadas pressões do Poder Executivo - que norteou a elaboração do anteprojeto do código penal comum é compartilhada em FRAGOSO, Heleno Cláudio. Subsídios para a história do novo código penal. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 3. p. 7-12, jul./set. 1971. Disponível em: <[http://www.fragoso.com.br/eng/arq\\_pdf/heleno\\_artigos/arquivo67.pdf](http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo67.pdf)>. Acesso em 20 jul. 2013.

<sup>15</sup> Art. 64. Tratando-se de criminoso habitual ou por tendência, **a pena a ser imposta será por tempo indeterminado**. O juiz fixará a pena correspondente ao crime cometido, que constituirá a duração mínima a da pena privativa de liberdade, não podendo ser inferior à metade da soma do mínimo com o máximo cominados. (Redação dada pela Lei nº 6.016, de 1973)

<sup>16</sup> Art. 33. O menor de dezoito anos é inimputável **salvo se, já tendo completado dezesseis anos, revela suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com este entendimento**. Neste caso, a pena aplicável é diminuída de um terço até a metade. (Menores)

<sup>17</sup> Art. 14. Diz-se o crime: I - consumado, quando nêle se reúnem todos os elementos de sua definição legal; (Crime consumado) II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. (Tentativa) Parágrafo único. Pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime, diminuída de um a dois terços, **podendo o juiz, no caso de excepcional gravidade, aplicar a pena do crime consumado**. Ver crítica em PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 82-83.

brasileira, reverberaram na colônia as Ordenações Afonsinas (1446)<sup>18</sup>, Manuelinas (1521)<sup>19</sup> e Filipinas (1603).<sup>20</sup>

As Ordenações Filipinas, para ficar na que por mais tempo irradiou seus efeitos, vigeram no Brasil, no que trata à parte criminal, por mais de dois séculos, tendo a sua aplicabilidade se encerrado apenas com o advento do Código Criminal do Império de 1830. No tocante ao direito civil, as Ordenações Filipinas foram aplicadas até 1916, data de promulgação do primeiro Código Civil brasileiro.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> Nas Ordenações Afonsinas, notadamente a partir de Afonso II, foi dedicada atenção à limitação da autotutela e da vingança privada na esfera penal. Proibiram-se inúmeras condutas, com por exemplo: (i) a realização de vingança dentro da casa do inimigo; (ii) a destruição dos bens imóveis do inimigo, como deitar abaixo a sua casa ou o corte de suas árvores e vinhas; (iii) fazer recair a vingança sobre os bens do inimigo, dentre outras inúmeras proibições. O intento era suprimir o sistema então vigente da investigação privada, estabelecendo a competência exclusiva do Estado para a sanção dos delitos. O sistema de penas nas Ordenações Afonsinas, calcado nos costumes daqueles tempos, era caracterizado pela crueldade. Assim, uma lei de Afonso III (1248-1279), por exemplo, previa a pena de morte àquele "que a outrem meter ou mandar meter merda em boca". D. Diniz, além de renovar esse dispositivo, criou lei em que mandava tirar a língua pelo pescoço a todos que blasfemassem para depois queimá-los. Ainda D. Diniz ordenara que os juizes e demais serventuários da justiça, se tivessem relações sexuais com as mulheres que lhes houvessem trazido demanda, poderiam ser castrados. O crime de falso testemunho seria punido com o corte dos pés e das mãos dos criminosos, arrancando-lhes ainda os olhos. Havia desigualdade na aplicação das penas, de acordo com a posição social do ofensor (os peões, naturalmente, recebiam penas mais gravosas). Este era, em síntese, o espírito do Livro V das Ordenações Afonsinas, que tratava especificamente de matéria criminal. (CORREIA, Eduardo. A evolução histórica das penas. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. LIII, p. 67-73, 1977.)

<sup>19</sup> As Ordenações Manuelinas não trazem qualquer evolução no que se refere ao quadro punitivo das Afonsinas. A pena de morte encontra ainda maior difusão, sendo raros os tipos criminais que não a previam. Houve um recrudescimento das penas corporais, os efeitos infamantes das penas eram frequentemente transmissíveis aos filhos e descendentes e continuava a haver desigualdade na aplicação da pena. Por exemplo, as mãos dos fidalgos e equiparados não eram cortadas, devendo esta pena ser comutada por outras arbitrariedades. Aos fidalgos e letrados, juntaram-se os navegadores ricos, os quais não estavam sujeitos a açoites e ao pregão, penas que eram substituídas pelo degredo. Afirma-se ter havido um determinado aperfeiçoamento no que versa à formulação, tipificação e justificação dos crimes, bem como teria ocorrido um avanço da regulamentação da tramitação processual nessa época. Essas são as principais características das Ordenações Manuelinas que, como se pode ver, poucas luzes trouxe para o conjunto global da obra legislativa. (CORREIA, Eduardo. A evolução histórica das penas. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. LIII, p. 88-94, 1977.)

<sup>20</sup> No que se refere às Ordenações Filipinas, consta que elas não apresentam qualquer particularidade que a distingua das Manuelinas, isto é, mantém-se a rigidez no sistema penal. (CORREIA, Eduardo. A evolução histórica das penas. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. LIII, p. 98 e ss., 1977.) Para um detalhado esmiuçamento das Ordenações, consultar também PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 47 e ss. Cabe dizer que as Ordenações Afonsinas não tiveram aplicabilidade real no Brasil, pois quando revogadas pelas Ordenações Manuelinas, em 1521, não havia se instalado ainda nenhum núcleo colonizador no Brasil de então, o que viria a ocorrer somente em 1532, com a fundação da cidade de São Vicente.

<sup>21</sup> O rigor e o barbarismo das penas contidas nas Ordenações e o Catálogo extenso de delitos teriam levado um rei africano a estranhar, quando lhe foram lidas as Ordenações, "que nelas não se contivesse pena para quem andasse descalço". PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 55-58.

A rigor, possível dividir a legislação militar aplicada no Brasil em três momentos distintos: (i) *período pré-monárquico*, no qual se fazia presente a influência direta das Ordenações e leis esparsas portuguesas, tendo aplicação especial os Artigos de Guerra de Conde de Lippe;<sup>22</sup> (ii) *período monárquico*, momento no qual as Forças Armadas foram regidas por um alude de cartas de lei, artigos de guerra, decretos, regulamentos, avisos, ordenanças, provisões, resoluções, portarias, ordens do dia, etc. Tratava-se de regulação flagrantemente heterogênea e fragmentária, em que pese tenham surgido nesse período inúmeros projetos de codificação que, por razões que desconhecemos, nunca foram editados; (iii) *período republicano*, momento no qual finalmente foram editadas as codificações militares.<sup>23</sup>

Ainda no período pré-monárquico, cabe repercutir a tentativa de criação de um Código Penal Militar que chegou a ser aprovado por Decreto em 07 de agosto 1820, por D. João VI. Mas sustenta-se que dito código não teria entrado em vigor em razão da eclosão da Revolução do Porto (que culminaria com o retorno da Corte à Portugal).<sup>24</sup>

De se destacar também a existência de dois projetos de Código Criminal Militar. O primeiro elaborado pelo auditor de guerra José Antonio de Magalhães Castro em 1860. O segundo, elaborado em 1866 por uma comissão de exame da legislação do exército, constituída por Dr. Thomaz Alves, Conselheiro José Maria da Silva Paranhos e Coronel Antonio Pedro de Alencastro.<sup>25</sup> Ambos os projetos foram encaminhados ao Legislativo, mas nunca viriam a lograr aprovação.

Proclamada a República do Brasil, foi a vez de Benjamin Constant, então Ministro da Guerra, no ano de 1890, presidir uma comissão de elaboração de projeto

<sup>22</sup> De se destacar o Regulamento para o Exército português (composto por 27 capítulos), o qual foi estendido a todas as colônias. Esta normativa, por força e obra de Conde de Lippe, ficou célebre por sua severidade, uma vez que no intuito de preservar a disciplina, previa a pena de morte em inúmeros artigos. (BANDEIRA, Esmeraldino Olympio de Torres. **Curso de Direito Penal Militar**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915. p. 521 e ss.; GUSMÃO, Chrysolito de. **Direito Penal Militar**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1915. p. 33; FAGUNDES, João Batista da Silva. Prazo para a consumação do crime de deserção da legislação penal militar brasileira. **Revista de Direito Militar do Ministério Público da União**. Brasília, n. 2, p. 69, 1974.)

<sup>23</sup> Para um detalhamento pormenorizado da história legislativa militar, consultar BANDEIRA, op. cit., p. 480 e ss. Também GUSMÃO, op. cit., p. 33 e ss.

<sup>24</sup> FAGUNDES, op. cit., p. 70.

<sup>25</sup> BANDEIRA, op. cit., p. 486.

de *Código de Justiça Militar para o exercito brasileiro* (compreendendo um código penal, um código de processo e outro disciplinar). O intuito de unificar a legislação penal militar brasileira, então perdida em retalhos e fragmentos, mais uma vez não logrou sucesso no Congresso, perdendo-se nos arquivos ministeriais.<sup>26</sup>

Logo em seguida, o Governo Provisório publicou, com o Decreto nº 509 de 21 de junho de 1890, o Código Disciplinar da Armada. Dizia o referido Código que “a lei, para produzir o almejado intento, deve, além de justa ou proporcional à natureza da contravenção, ser humana sem fraqueza e enérgica sem barbaridade”, Nele veio prescrita, no plano das punições disciplinares, a punição de golilha aos cabos, marinheiros, soldados e assemelhados. O que consistia em compelir o punido a ficar de pé, na posição vertical, não podendo ser infligida por período superior a quatro horas, alternando-se com períodos de descanso.<sup>27</sup>

O primeiro Código Militar a vigorar no Brasil foi, com efeito, o *Código Penal da Armada dos Estados Unidos do Brasil* (Decreto nº 949, de 05 de novembro de 1890), o qual teve adiada a data de sua vigência para, enfim, pelo Decreto nº 18, de 7 de março de 1891, entrar em vigor com algumas alterações. O Código Penal da Armada foi, *a posteriori*, estendido ao Exército pela lei nº 612 de 29 de setembro de 1899.<sup>28</sup> Esmeraldino Olympio de Torres Bandeira alertava, já àquele tempo, para a inconstitucionalidade de uma lei substantiva produzida e tornada válida por Decreto, em desrespeito à competência do Congresso Nacional.<sup>29</sup>

Em 1895, foi expedido, por obra do então Supremo Tribunal Militar, o Regulamento Processual Criminal, também apontado como inconstitucional por parte da doutrina por afronta à competência legislativa prevista na Constituição. Adiante, surgiu o Código de Organização Judiciária e Processo Militar (Decreto nº 14.450 de 30 de outubro de 1920), mais tarde substituído pelo Decreto nº 15.635 de

<sup>26</sup> BANDEIRA, Esmeraldino Olympio de Torres. **Curso de Direito Penal Militar**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915. p. 488. Também FAGUNDES, João Batista da Silva. Prazo para a consumação do crime de deserção da legislação penal militar brasileira. **Revista de Direito Militar do Ministério Público da União**. Brasília, n. 2, p. 71, 1974.

<sup>27</sup> BANDEIRA, op. cit., p. 491-492.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 492.

<sup>29</sup> Por afronta expressa à Constituição da República de 1891, na qual constava no seu art. 34, número 23, a competência privativa do Congresso Nacional em “legislar sobre o direito civil, commercial e criminal da Republica e o processual da justiça federal.” Constituição Republicana de 1891 disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>>. Acesso em 19 de maio de 2014.

26 de agosto de 1922, o qual foi revogado pelo Decreto nº 17.231-A de 26 de fevereiro de 1926, que aprovou o Código de Justiça Militar. O Decreto nº 24.803, de 14 de julho de 1934 o modificou em parte. Um novo Código da Justiça Militar seria aprovado pelo Decreto-Lei nº 925, no dia 2 de dezembro de 1938.<sup>30</sup>

Na sequência veio o Código Penal Militar de 1944, até chegarmos ao atual, unguído pelo Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Sendo o atual Código de Processo Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.002), de 21 de outubro de 1969.

Eis uma brevíssima narrativa da evolução histórica da legislação penal militar brasileira, cuja finalidade se circunscreve justamente na familiarização do leitor com este ramo do direito tão pouco revolido. Prossigamos, pois, em nossa paulatina caminhada preparatória, situando o *locus* da hierarquia e disciplina do direito penal militar.

### 1.3 O LOCUS DA HIERARQUIA E DISCIPLINA NO DIREITO PENAL MILITAR

Ponto nevrálgico de nossa investigação está no *acertamento* do lugar reservado à hierarquia e disciplina no Direito Penal Militar. Em conferência ministrada no “II Encontro Internacional de Direito Humanitário e Direito Militar”, em Florianópolis/SC, o então Ministro do Superior Tribunal Militar José Júlio Pedrosa – Almirante de Esquadra quando no serviço ativo - já afirmava que “a tutela da hierarquia e disciplina impõe a necessidade de uma lei penal militar e de uma justiça especializada.”<sup>31</sup>

Está a se afirmar, e isso é voz corrente nesse âmbito, que o propósito da Justiça Militar e da lei penal militar seria o de assegurar a hierarquia e a disciplina.<sup>32</sup> Essa é uma afirmativa repetida, muitas vezes, de forma irrefletida como algo posto, pela *cultura manualística* do direito penal militar.<sup>33</sup>

<sup>30</sup> COSTA, Álvaro Mayrink da. **Crime Militar**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978. p. 18-19.

<sup>31</sup> PEDROSA, José Júlio. Código penal militar: proposta de alteração. **Direito Militar**: Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME, Florianópolis, v. 8, n. 45, p. 27, jan./fev. 2004.

<sup>32</sup> Ibid., p. 27.

<sup>33</sup> Apenas para ilustrar nossa afirmativa: “As Forças Armadas exercem uma função vital no Estado e são consubstanciais a ele. Não pode haver Estado sem a força que o ampare na manutenção da ordem interna e na defesa externa. Todavia, a organização de uma força armada coesa, obediente a seus deveres fundamentais, só é possível mediante a preservação de uma disciplina própria e

Apenas para ilustrar o quanto esse pensamento está *intrincado* na origem do direito penal militar brasileiro, trazemos ao leitor um excerto de um antigo relatório elaborado por uma comissão nomeada pelo Ministro da Marinha, cuja atribuição era a de verificar se a publicação do Código Penal da Armada (1891) estava de acordo com o original. Referido relatório, uma peça centenária, nos oferta uma prova do pensamento fundacional que tem perpassado séculos:

o Código se inspirou nos sentimentos de justiça e de humanidade, sem contudo descurar-se do interesse geral e das imperiosas exigências da disciplina, princípio fundamental da instituição militar.<sup>34</sup>

Cumpre-nos, com efeito, uma tentativa de ir além dessa concepção que vem sendo propalada como incontestável. Não encontraremos, na Constituição Federal Brasileira, inferências ligando o Direito Penal Militar a um fim de preservação da hierarquia e disciplina. Por suposto, o artigo 42<sup>35</sup> e o artigo 142<sup>36</sup> conformam as polícias militares, os Corpos de Bombeiros Militares e as Forças Armadas como instituições organizadas com base na hierarquia e na disciplina.

Até aqui, não há razão para celeuma. Induvidoso que se está a tratar de uma normativa notadamente de regulação administrativa, de organização interna das instituições. Correspondem sobremaneira a *princípios de organização e funcionamento*<sup>37</sup> das indigitadas instituições.<sup>38</sup> Outrossim, a promoção da

---

*adequada.*” Mais adiante, afirma o autor: “são militares, por natureza, os crimes que atentam contra os fundamentos das instituições armadas (...).”(COSTA, Álvaro Mayrink da. **Crime militar**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978. p. 22-23.) Pontes de Miranda, defendendo a impossibilidade de exclusão da justiça militar, sustentara que isso se daria “por exigência mesma da disciplina e da finalidade das Forças Armadas”. (MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969**. Tomo I. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970. p. 233).

<sup>34</sup> Comissão que foi composta por Almirante Elisário José Barbosa, Capitão de Mar e Guerra Julio Cesar de Noronha e Dr. João Baptista Pereira, conforme se extrai em BANDEIRA, Esmeraldino Olympio de Torres. **Curso de Direito Penal Militar**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915. p. 494.

<sup>35</sup> “Art. 42 Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios”.

<sup>36</sup> “Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.”

<sup>37</sup> Tal como se depreende em OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. A relação de especial sujeição dos militares e a constitucionalidade do regulamento disciplinar do exército (decreto nº 4.346/2002). **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, n. 27, p. 61, 2010.

hierarquia e disciplina a princípios reitores da tutela penal demanda um caminho que necessita outras e aprofundadas reflexões.

O sucesso de uma Força Armada, afirma-se, está condicionada à disciplina de seus integrantes e ao respeito à hierarquia militar.<sup>39</sup> A organização das Forças Armadas, distribuída nos mais variados níveis de comando e direção e escalonada em diferentes níveis hierárquicos, exige, de acordo com a doutrina especializada, “o rigor da disciplina e a obediência irrestrita às ordens superiores.”<sup>40</sup>

Disso não se está a discordar. A especialidade com que se compõe a missão constitucional das Forças Armadas implica a necessidade de um corpo armado homogêneo em que coexista o acatamento integral à Constituição, às leis e à autoridade dos chefes – características essas que seriam bem vindas a todos os órgãos de segurança pública, tal o preparo técnico e mental exigidos no desempenho dessas atividades. Situação diversa a essa, com a existência de tropa armada indisciplinada e não consciente dos seus deveres, reconhecemos, abriria campo a uma perigosa situação de vulnerabilidade ao Estado Democrático de Direito.<sup>41</sup>

Do Estatuto dos Militares (lei nº 6.880/1980) é possível extrair os seguintes significados de hierarquia e disciplina militar: (i) *hierarquia militar* - é consubstanciada no espírito de acatamento à sequência de autoridade militar, a qual é estruturada em um sequencial de postos e graduações, de acordo com a estrutura da Força; (ii) *disciplina militar* – consiste na rigorosa observância e o acatamento

---

<sup>38</sup> Da expressão constitucional pode-se, no máximo, afirmar a subordinação dos integrantes das Forças Armadas e das Forças Auxiliares a um conjunto de deveres e obrigações, estes sim com lastro na hierarquia e disciplina.

<sup>39</sup> MAGGIORE, Renato. **Diritto e processo nell'ordinamento militare: contributo allo studio del processo penale militare**. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1967. p. 138-139.

<sup>40</sup> DUARTE, Antônio Pereira. **Direito administrativo militar**. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 45.

<sup>41</sup> Nunca é demais recordar que, a despeito da existência secular de regramentos próprios de acatamento às leis por parte das forças militares, estes não se mostraram suficientes a evitar a existência de Golpes de Estado, como os ocorridos em 1937 e 1964.

integral das leis, em sentido lato, também incluído o dever de obediência às ordens, desde que não manifestamente criminosas, do superior.<sup>42</sup>

O escritor búlgaro Elias Canetti, prêmio Nobel de literatura de 1981, descreveu, com o brilhantismo que lhe é peculiar, alguns desdobramentos acerca da submissão do soldado à *ordem*. No cumprimento do dever, assinalava o autor, o soldado age somente sob ordens. O militar pode até ter uma vontade que outra, mas, por ser soldado, deve renunciá-la.<sup>43</sup> Conforme sabiamente referido por Canetti:

É possível que o caráter definitivo e indiscutível atrelado à ordem seja a causa da pouca reflexão a seu respeito. Aceita-se a ordem como algo que sempre existiu; ela parece tão natural quanto imprescindível. Desde pequeno o homem acostuma-se às ordens; nelas consiste, em boa parte, aquilo a que se chama educação; e mesmo a totalidade da vida adulta encontra-se impregnada delas, seja na esfera do trabalho, da luta ou da fé. Pouquíssimas vezes o homem se perguntou o que, de fato, é a ordem: se ela é tão simples quanto parece; se, a despeito da prontidão e facilidade com a qual produz o efeito esperado, ela não deixaria outras marcas, mais profundas e talvez até mais hostis, naquele que obedece a ela.<sup>44</sup>

Se toda a ação do militar é precedida por uma ordem, o bom soldado é aquele que encontra-se sempre num “estado consciente de *expectativa da ordem*”. O momento vital na vida do soldado é quando está na posição de sentido diante do seu superior, num estado máximo de tensão e receptividade. Ocasão em que se repete a tradicional fórmula: às ordens! (Zu Befehl!)<sup>45</sup> Esse modo de vida – de expectativa de ordem - se expressa em sua postura e figura.

<sup>42</sup> Estatuto dos Militares: “Art. 14. A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico. §1º A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antiguidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à seqüência de autoridade. § 2º Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo. §3º A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformados.” Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6880.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6880.htm)>. Acesso em 20 de maior de 2014.

<sup>43</sup> CANETTI, Elias. **Massa e poder**. Trad. Sérgio Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 312.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 303.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 312.

Incorpora-se ao próprio ser do sujeito submetido à ordem. O não cumprimento desse estado de ser significa, acima de tudo, o descumprimento de seu dever.

No interessante conto de Machado de Assis intitulado “O espelho”, há uma distinta passagem em que a personagem principal narra uma história por si vivida, em que sustenta a existência de duas almas, uma interior e outra exterior. No caso relatado na estória, a alma exterior do narrador, por conta de sua aprovação num concurso para ingressar no Exército como *alferes* (à época, o primeiro posto do oficialato), tornara-se o próprio posto militar:

-O alferes eliminou o homem. Durante alguns dias as duas naturezas equilibraram-se; mas não tardou que a primitiva cedesse à outra; ficou-me uma parte mínima de humanidade. Aconteceu então que a alma exterior, que era dantes o sol, o ar, o campo, os olhos das moças, mudou de natureza, e passou a ser a cortesia e os rapapés de casa, tudo o que me falava do posto, nada do que me falava do homem. A única parte do cidadão que ficou comigo foi aquela que entendia com o exercício da patente; a outra dispersou-se no ar e no passado. Custa-lhes acreditar, não?<sup>46</sup>

Após um evento traumático, consistente na fuga de escravos da propriedade de sua tia e tendo ficado sozinho na casa por semanas, Jacobina, o narrador do feito, encontrava-se à beira de um colapso de nervos. Por vários e vários dias sequer olhou ao espelho. Um dia, conforme narra: “Olhei e recuei. O próprio vidro parecia conjurado com o resto do universo; não me estampo a figura nítida e inteira, mas vaga, esfumada, difusa, sombra de sombra”.<sup>47</sup> Parecia ter perdido a sua “alma externa”. Subitamente, por impulso inexplicável, Jacobina teve a ideia de vestir-se de alferes. Tal qual foi a sua surpresa que o vidro então reproduziu a figura integral. “Não era mais um autômato, era um ente animado. Daí em diante fui outro. Cada dia, a uma certa hora, vestia-me de alferes, e sentava-me diante do espelho, lendo, olhando, meditando; no fim de duas, três horas, despia-me outra vez”.<sup>48</sup>

Esse conto é trazido apenas para ilustrar o poder subjacente à farda, a qual pode implicar, de fato, importantes modificações nas formas de ser, pensar

<sup>46</sup> ASSIS, Machado de. O espelho. Esboço de uma nova teoria da alma humana. In: **Contos escolhidos**. Porto Alegre: Klick Editora, 1998. p. 24-25.

<sup>47</sup> *Ibid.*, p. 28.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 29.

e experienciar do indivíduo. Uma expressão correntemente utilizada na caserna é a de que “a farda é a segunda pele do militar”. Sem qualquer dúvida, os militares seguem à risca essa expressão, que culmina numa inevitável mudança de comportamento e respeito a um *código de conduta militar*.

O dever de obediência supracitado, a repressão de seus próprios impulsos, é o que lhe exige a disciplina.<sup>49</sup> Não por acaso, os códigos penais militares de inúmeros países contêm sempre disposições relativas à desobediência – no caso do Código Penal Militar, previsto no art. 301, consistente em “desobedecer a ordem legal de autoridade militar”.<sup>50</sup>

<sup>49</sup> A obediência está vinculada aos pressupostos da culpabilidade na estruturação do ilícito-típico e tem sido objeto de argumento de defesa há bastante tempo. Vejamos três casos paradigmáticos: (a) o caso *Leinenfänger*, no qual o empregador ordenou ao cocheiro que colocasse um cavalo de corrida na carruagem. Ante à resistência do cocheiro, dado o risco que isto implicaria, o empregador o ameaçou de demissão. Isso fez com que o cocheiro atendesse à ordem e, com a carruagem à rua, o cavalo descontrolou-se gerando lesões corporais em terceiro. O Reichsgericht absolveu, em maio de 1897, o cocheiro sob o argumento de inexibibilidade de outra conduta. (conforme MEZGER, Edmund. **Tratado de Derecho Penal**. Tomo II. Madrid: Editorial Revista del Derecho Privado, 1949. p. 207. E JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal**. Tomo VI. 3. ed. Buenos Aires: Losada, 1982-1985. p. 934-935); (b) o caso *Adolf Eichmann*, acusado de ser o principal responsável pela “solução final” judaica, o oficial nazista sustentou em sua defesa a obediência a ordens superiores. Restou condenado. (ver ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. Trad. Sonia Orieta Heinrich. São Paulo: Diagrama & Texto, 1983.); (c) o caso *dos sentinelas do muro de Berlim*, situação em que os soldados sentinelas do Muro de Berlim abatiam os cidadãos que tentavam transpor o muro da República Democrática Alemã para a República Federal Alemã, respectivamente Alemanha Oriental e Alemanha Ocidental. Tantos os atiradores quanto os líderes políticos restaram condenados. (ver ALEXY, Robert. *Mauerschützen: acerca de la relación entre derecho, moral e punibilidad*. Trad. Eduardo Roberto Soderó. In: VIGO, Rodolfo Luis. *La injusticia extremada es derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2006.)

<sup>50</sup> No Código Penal Militar Italiano temos: “**Art. 173. Nozione del reato e circostanza aggravante.** Il militare, che rifiuta, omette o ritarda di obbedire a un ordine attinente al servizio o alla disciplina, intimatogli da un superiore, è punito con la reclusione militare fino a un anno. Se il fatto è commesso in servizio, ovvero a bordo di una nave o di un aeromobile, la reclusione militare è da sei mesi a un anno; e può estendersi fino a cinque anni, se il fatto è commesso in occasione d’incendio o epidemia o in altra circostanza di grave pericolo.” Disponível em: <[http://www.difesa.it/SMD\\_/CASD/IM/ISSMI/Corsi/Corso\\_Consigliere\\_Giuridico/Documents/4040\\_7\\_CPMP.pdf](http://www.difesa.it/SMD_/CASD/IM/ISSMI/Corsi/Corso_Consigliere_Giuridico/Documents/4040_7_CPMP.pdf)>. Acesso em 12 de junho de 2014. No Código Penal Espanhol consta: “**Artículo ciento dos.** El militar que se negare a obedecer o no cumpliere las órdenes legítimas de sus superiores relativas al servicio que le corresponde será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión. Si se tratare de órdenes relativas al servicio de armas, se impondrá la pena de seis meses a seis años de prisión. Estos hechos, cometidos en tiempo de guerra, estado de sitio, frente a rebeldes o sediciosos o en situación peligrosa para la situación del buque o aeronave, serán castigados con la pena de diez a veinticinco años de prisión. Si la desobediencia consistiera en rehusar permanentemente el cumplimiento de las obligaciones militares, se impondrá la pena de dos años y cuatro meses a seis años de prisión y la de pérdida de empleo”. Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-25779>>. Acesso em 12 de junho de 2014. No Código de Justiça Militar português: “**Artigo 87º. Insubordinação por desobediência.** 1 - O militar que, sem motivo justificado, recusar ou deixar de cumprir qualquer ordem que, no uso de atribuições legítimas, lhe tenha sido dada por algum superior

No plano da obediência hierárquica, são distinguidos três distintos tipos: (a) *sistema da obediência cega ou absoluta* – nega-se ao subordinado a possibilidade de indagar sobre a legalidade da ordem recebida. Implica necessariamente na impossibilidade de responsabilização do subordinado pelo ato mediante ordem executado; (b) *o sistema das baionetas inteligentes* – o subordinado tem o direito de discutir a legalidade das ordens e recusar-lhe obediência se ilegal a ordem. Nesse sistema o subordinado responde com o superior pelo ato praticado; (c) *sistema misto* – a ordem deve ser cumprida, se com aparência de legal. Apenas a ordem manifestamente criminosa poderia ser desobedecida. No sistema misto, a circunstância de ter sido executada em razão de obediência poderá servir como atenuante da pena.<sup>51</sup> No prosseguimento desse escrito será a questão da obediência hierárquica, em especial no direito brasileiro, explorada com maior vagar.

O caminho até aqui percorrido nos faz desembocar nesse ponto, onde se apresenta, com clareza, uma compreensão de um direito penal militar predeterminado à consecução de objetivos atinentes à manutenção da coesão interna, ao acatamento às ordens e ao respeito à autoridade. Nossa inquietação, talvez, tenha aí origem. O direito penal, em sentido *sui generis*, pode ser de tal modo instrumentalizado? Há, pois, suporte constitucional a esse modo de ver as coisas e a esse apropriar-se que se depreende como um tanto *inato* ao direito penal militar?

A resposta a tais indagações passa, dentro de um horizonte crítico compreensivo, pelas noções de fundamento, função e sentido no Direito Penal.

---

é punido: a) Com pena de prisão de 15 a 25 anos, em tempo de guerra, se a desobediência consistir na recusa de entrar em combate; b) Com pena de prisão de 8 a 16 anos, em tempo de guerra e na área de operações, fora do caso referido na alínea anterior; c) Com pena de prisão de 5 a 12 anos, em tempo de guerra, em ocasião a bordo de veículo, navio ou aeronave, que afete a segurança dos mesmos; d) Com pena de prisão de 2 a 8 anos, em tempo de guerra, fora dos casos referidos na alínea anterior; e) Com pena de prisão de 2 a 8 anos, em tempo de paz, se for na ocasião referida na alínea c); f) Na pena de 1 a 4 anos de prisão, em tempo de paz e em presença de militares reunidos; g) Com pena de prisão de 1 mês a 1 ano, em todos os demais casos 2 — Quando a recusa ou incumprimento forem cometidos por dois ou mais militares a quem a ordem tenha sido dada, as penas são agravadas de um quarto do seu limite máximo. 3 — Havendo recusa, seguida de cumprimento voluntário da ordem, as penas são reduzidas a metade na sua duração máxima e mínima. Disponível em: <<http://www.dre.pt/pdf1s/2003/11/265A00/78007821.pdf>>. Acesso em 12 de junho de 2014.

<sup>51</sup> SILVA, Alexandre Luiz Pereira da. A obediência hierárquica como causa de exclusão da culpabilidade no direito penal brasileiro e no direito internacional penal. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, Recife, n. 2. p. 23-24, 2009.

Muitas vezes propositalmente esquecidas e negligenciadas nesses tempos de *liminaridade*.<sup>52</sup>

#### 1.4 FUNDAMENTO, FUNÇÃO E SENTIDO NO DIREITO PENAL

A perquirição da problemática relativa ao fundamento, função e sentido do direito penal mostra-se improtelável, na medida em que estes constituem o alicerce para qualquer tentativa de construção que se pretenda *argumento forte*<sup>53</sup>. Aninha-se, é de se dizer, a uma inarredável cientificidade requerida pelo Direito Penal Militar, na exata medida em que este desperta, o que é natural em se tratando de normativa regulando crimes, paixões dos mais variados matizes.<sup>54</sup>

Para esse mister, buscaremos amparo na cátedra de Castanheira Neves,<sup>55</sup> para quem temos que por *fundamento* há de se entender a razão de ser ou o motivo fundante que sustenta e legitima a existência de algo.<sup>56</sup> Por *função* há de se compreender a finalidade e/ou objetivos a que algo ou alguém se

<sup>52</sup> Liminaridade é expressão utilizada pela antropologia para “designar espaços e tempos de passagem em que uma determinada situação ou condição ascende ou descende para um novo momento, assumindo-se, assim, como um período de passagem ou de transição”. Em termos de ciências jurídico-penais, a liminaridade pode ser apreendida como o momento de indeterminação que na atualidade toca essa ciência, e que, por isso, gera uma exigência de maior cautela no desenvolvimento de categorias e soluções que necessitam um mínimo de maturação. Maiores detalhes sobre o conceito de liminaridade, ver D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios. Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 35, nota 52. Ver liminaridade também em TURNER, Victor W. **O processo ritual: estrutura e antiestrutura**. Trad. Nancy Campi de Castro. Petrópolis: Vozes, 1974. p. 116-159 e 201 e ss.

<sup>53</sup> A expressão “argumento forte” é aqui utilizada como o contrário de argumento raso, entendendo-se este - argumento raso - como o argumento que refuta, *ex ante*, qualquer possibilidade de diálogo e reflexão acerca do que é colocado como algo *apriorístico*.

<sup>54</sup> Lançamos mão, nesse momento, das ponderadas palavras de Fabio Roberto D’Avila, quando afirma: “A busca pelo sentido, fundamento e função do direito penal implica, irremediavelmente, um voltar de olhos a antigas questões do direito e da filosofia, a arrastar consigo as pré-compreensões daquele que sobre elas se debruça. Há, por certo, muitas formas de ver, compreender e explicar o direito, mas cada uma delas terá um preciso ponto de partida, um determinado percurso e um derradeiro ponto de chegada.” (D’AVILA, Fabio Roberto. Prefácio. In: SCALCON, Raquel Lima. **Ilícito e pena: modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013. p. xxi.)

<sup>55</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. **Metodologia Jurídica**. Problemas Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora. p.12.

<sup>56</sup> Martin Heidegger afirmara que o “movimento” próprio das ciências se desenvolve através da revisão mais ou menos radical e invisível para elas próprias dos conceitos fundamentais. O nível de uma ciência seria determinado pela sua capacidade em sofrer uma crise em seus conceitos fundamentais. (HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Parte I. Trad. por Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 1988. p. 35.)

propõe a buscar. Dito de outro modo, se o *fundamento* é o “porque”, a *função* é o “para quê”.<sup>57</sup>

A distinção entre fundamento e função não é, para todos os efeitos, um preciosismo acadêmico de nenhuma ou pouca aplicabilidade prática. Pelo contrário, mais do que distinção categorial, esses conceitos estimulam o emprego de intenções, planos e racionalidades diferentes.<sup>58</sup> A título de ilustração comparativa, equivaleria, numa perspectiva axiológica, à distinção entre valor e fim; na perspectiva epistemológica, entre sentido-fundamento e causa-efeito, entre significação e técnica; na perspectiva sociológica, entre relação-a-valor e relação meio-fim.<sup>59</sup>

Evidenciam-se nos conceitos de fundamento e função, consoante Castanheira Neves, a dicotomização intenção axiológica *versus* intenção tecnológica; plano da compreensão dos sentidos *versus* plano dos esquemas e modelos operatórios; e por fim, a racionalidade hermenêutica-dialéctica *versus* a racionalidade empírico-analítica.<sup>60</sup>

Martin Heidegger, numa fórmula vulgar e abreviada afirmara “*nihil est sine ratione* (nada é sem razão/fundamento)”, o que, numa leitura dirigida a um comando compreensivo, teria o seguinte significado: *omne ens habet rationem* (todo ente tem uma razão/fundamento).<sup>61</sup> Daí a afirmar-se que o ser “é” essencialmente fundamento.<sup>62</sup>

<sup>57</sup> Comungamos das inquietações do autor, quando este critica o funcionalismo jurídico. Para Castanheira Neves, o que especifica e caracteriza o funcionalismo jurídico é a sua particular atitude perante o direito, sintetizada na pergunta básica: “O direito para que serve? Não o preocupa saber o que é o direito e determiná-lo pelo seu conceito ou pelo seu princípio”. (ver CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” – Modelos actualmente alternativos de realização do direito. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, Separata v. LXXXIV, p. 25, 1998.)

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 42.

<sup>59</sup> *Ibid.*, p. 42.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 42.

<sup>61</sup> HEIDEGGER, Martin. **Sobre a essência do fundamento. A determinação do ser do ente segundo Leibniz. Hegel e os gregos.** Trad. e notas de Ernildo Stein. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1971. p. 34.

<sup>62</sup> Martin Heidegger se debruçou sobre o ser e o fundamento em “Der Satz vom Grund”, do que Ernildo Stein, em nota de rodapé, assim o interpretou: “Ser e fundamento pertencem à unidade. Do fato de fazer parte do ser o fundamento recebe sua essência. A vice-versa, da essência do fundamento surge o domínio do ser enquanto ser. Fundamento e ser (“são”) o mesmo, não o igual, o que já indica a diversidade dos nomes “ser” e “fundamento”. Ser “é” essencialmente: fundamento.

Mesmo Heidegger assume, tanto quanto já se via em Aristóteles e Platão, que o conceito de “ser” é o mais universal e também o mais vazio dos conceitos, pois resiste a toda a tentativa de definição. Isso torna o conceito do “ser” talvez o mais obscuro. A essa impossibilidade de delinear uma definição para o conceito de “ser”, conforme Heidegger, “não dispensa a questão de seu sentido, ao contrário, justamente por isso a exige”.<sup>63</sup>

Heidegger ilustra a sua assertiva com a seguinte reflexão. Todas as pessoas compreendem que “o céu é azul” ou “eu sou feliz”. Essa compreensão comum, entretanto, demonstraria incompreensão, pois é reveladora de que um enigma está sempre inserido a *priori* em todo o ater-se e ser para o ente.<sup>64</sup> Assim posto, na medida em que estamos sempre num estado de compreensão do ser e o sentido do ser se mostra sempre envolto em obscuridades, resta demonstrada a necessidade de se perquirir ainda mais a questão do sentido do ser.<sup>65</sup>

É a partir desses pressupostos que Raquel Lima Scalcon sustenta que “não importa tanto pensar o que é o Direito Penal, mas qual (*deve ser*) o seu sentido. Sentido, este, que *deve ser* (que é normativo), porque demanda construção e escolha”.<sup>66</sup>

O direito há de ser compreendido, já dizia Castanheira Neves, no seu sentido autêntico. Não como mero imperativo do poder ou como simples meio de exercício de estratégias, mas enquanto “validade em que a axiologia e a

---

Assim, o ser nunca pode primeiro ter um fundamento que o fundamente. O fundamento fica, desta maneira, afastado do ser. O fundamento fica ausente do ser. No sentido de uma tal ausência de fundamento do ser, o ser “é” sem-fundamento (*ab-grund*), abismo. Na medida em que o ser enquanto tal é fundamento em si mesmo, permanece ele mesmo sem-fundamento”. (HEIDEGGER, Martin. **Que é isto – a filosofia? Identidade e diferença**. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1971. p. 58-59. Nota nº 3.)

<sup>63</sup> HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Parte I. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005. p. 27-30. Heidegger afirma que não pode se confundir ser e ente. “o ser não pode ser concebido como ente (...) o ser não pode ser determinado, acrescentando-lhe um ente. Não se pode derivar o ser no sentido de uma definição a partir de conceitos superiores nem explicá-lo através de conceitos inferiores.” Isso o leva a afirmar que, não obstante a impossibilidade de definição do ser, persiste a busca pelo sentido do ser.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>65</sup> *Ibid.*, p. 29-30.

<sup>66</sup> SCALCON, Raquel Lima. **Ilícito e pena: modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013. p. 12-13.

responsabilidade do homem se manifestem”.<sup>67</sup> Em escrito com fortíssima crítica ao funcionalismo jurídico, Castanheira Neves coloca que a crise do direito é tal que chegou ao ponto de atingir sua própria subsistência, onde já não se coloca em causa tão somente o atingir do seu verdadeiro sentido, mas a possibilidade mesma de existência de um sentido.<sup>68</sup>

A angústia do filósofo português é direcionada, evidentemente, às concepções de direito em que o homem deixa de ser um sujeito de direito (onde compreende-se também sujeito de deveres e responsabilidades) para tornar-se objeto de programação ou de benefícios planificáveis.<sup>69</sup> Nos parece que um único sentido possível ao pensamento jurídico-penal contemporâneo é o alavancar da dimensão humana ao *topos* da cadeia reflexiva.<sup>70</sup>

#### 1.4.1 *Linguistic turn*: a obtenção do sentido pela linguagem

Tendo sido o subtítulo antecedente um esforço de sublinhar a necessidade de repetir a questão do sentido do ser, neste que agora principia traçaremos uma abordagem acerca da relação entre o sujeito, o objeto e o papel da linguagem na obtenção do sentido das coisas. Lançaremos algumas notas acerca do *Linguistic Turn*, abalizada construção filosófica que coloca a linguagem como único meio viabilizador da obtenção do sentido das coisas.

Para melhor exposição didática, tomaremos como ponto inicial o desenvolvimento que teve seu nascedouro na metafísica clássica, perpassando os paradigmas objetivistas e subjetivistas para, então, desembocar no giro linguístico de matriz heideggeriano.

<sup>67</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” – Modelos actualmente alternativos de realização do direito. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, Separata v. LXXXIV, p. 43, 1998.

<sup>68</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. **O direito hoje e com que sentido?**. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. p. 9-10.

<sup>69</sup> *Ibid.*, p. 50.

<sup>70</sup> Em ensaio introdutório a uma edição traduzida da clássica obra “*Dei Delitti e Delle Pene*”, José de Faria Costa lança uma ode a Cesare Beccaria, pois sua obra teria inaugurado um modelo de fundamentação que, pela primeira vez, assentava raízes na dimensão humana. Compreensão de base antropológica, em cujo centro está o homem. (FARIA COSTA, José de. *Ler Beccaria hoje*. In: BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998. p.11.)

Para a metafísica clássica, “os sentidos estavam nas coisas – as coisas tem sentido porque há nelas uma essência”.<sup>71</sup> Assim a metafísica foi alçada por Aristóteles à ciência primeira, pois forneceria a todas as outras ciências um fundamento comum. A metafísica aqui é entendida como ontologia, responsável pelo estudo dos caracteres fundamentais do ser. Tratar-se-ia de um saber que precede todos ou outros, daí por que o seu princípio condicionaria a validade de todos os outros princípios.<sup>72</sup>

A superação dessa pretensa universalidade das essências se torna perceptível em Duns Scotus e em Guilherme de Ockham. Para estes, não existiriam o universal nas coisas, não existiriam essências. Trabalha-se com nomes e palavras, o que não significa, de todo o modo, afirmar a sua relação com esses objetos (nominalismo).<sup>73</sup>

Com efeito, até Kant e a invenção do “*cogito*” de Descartes, pensava-se que havia uma relação real entre ser e essência. Isso tornava o sentido sempre dependente dos objetos, já que estes tinham uma essência que era possível ser revelada (objetivismo – realismo filosófico).<sup>74</sup>

A superação do objetivismo se deu na modernidade, com a busca da explicação dos fundamentos do homem, já na era do iluminismo. O fundamento deixa de ser o essencialismo. O homem se liberta das estruturas que o aprisionam. É o nascimento da subjetividade. O “sujeito” passa a “assujeitar” as coisas. Sob os influxos do esquema sujeito-objeto, o mundo passa a ser explicado tão-só pela razão. O paradigma filosófico desse modo de ser do mundo é a filosofia da consciência.<sup>75</sup>

A ruptura com a filosofia da consciência deu-se ainda no séc. XX, a partir do denominado *linguistic turn* (giro linguístico). Pelo giro linguístico houve o ingresso do mundo prático na filosofia, é dizer, pressupõe-se sempre uma

<sup>71</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 13.

<sup>72</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>73</sup> *Ibid.*, p. 13.

<sup>74</sup> *Ibid.*, p. 13. Ver DAMÁSIO. Antônio Rosa. **O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano**. Trad. Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 13-14.

dimensão de caráter prático-pragmático para além da racionalidade lógico-analítica. Em Heidegger, por exemplo, o compreender é uma estrutura prévia ao modo de ser no mundo.<sup>76</sup> A linguagem é que propicia a compreensão.<sup>77</sup>

Esse novo modo de conceber a filosofia levou a linguagem a uma posição de convergência, na medida em que o conhecimento é transferido para o campo da linguagem, “é na linguagem que se dá a ação, é na linguagem que se dá o sentido (e não na consciência em si do pensamento pensante)”. O sujeito surge na linguagem e pela linguagem, morrendo a subjetividade assujeitadora própria da filosofia da consciência.<sup>78</sup>

A linguagem passa a ser entendida não mais como algo que se coloca entre o sujeito e o objeto, mas como uma condição de possibilidade. A linguagem é o que está dado, não podendo ser produto de um sujeito solipsista – isto é, que constrói o seu próprio objeto de conhecimento. Possível dizer que não há mais um sujeito solitário, mas uma comunidade que antecipa qualquer constituição de sujeito. Desse modo, a tarefa primeira da chamada “Crítica Hermenêutica do Direito”, é o reconhecimento de que a universalidade da compreensão comunitária é condição de possibilidade da racionalização.<sup>79</sup>

Daí por que a afirmativa de que superados os paradigmas objetivistas (aristotélicos-tomistas) e subjetivistas (filosofia da consciência), o acesso às coisas não se dará de forma direta e objetivante, mas somente pela mediação do significado e sentido.<sup>80</sup> Não se pode compreender as coisas sem que se tenha um modo de compreender que acompanha qualquer tipo de proposição.<sup>81</sup>

Isso nos leva a considerar, na esteira de Ernildo Stein, que o acesso aos objetos é tornado possível somente a partir de uma clivagem. E o significado, para ser mais claro, não é objeto, ou melhor, não pode ser objetificado. O

<sup>76</sup> A essa conclusão Heidegger chega na obra “*Sein und Zeit*”. (HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. v. 1 e 2. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. Rio de Janeiro: Petrópolis, 1988 e 1989.)

<sup>77</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* – 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 14.

<sup>78</sup> *Ibid.*, p. 14-15.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 17.

<sup>80</sup> STEIN, Ernildo. *A caminho de uma fundamentação pós-metafísica*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997. p. 86.

<sup>81</sup> STRECK, op. cit., p. 17.

significado está inserto em uma ordem de universalidade e transcendentalidade com a qual operamos, articuladas, em suma, nas expressões linguísticas.<sup>82</sup>

O giro ontológico-hermenêutico demonstra que se somos seres-no-mundo, isso implica dizer que estamos muito além de nós mesmos ao nos relacionarmos com as coisas e com o mundo. Sendo o mundo um ambiente de significâncias no qual o sentido não é livremente disposto pelo “eu” individualmente considerado. O sentido - ou o acesso ao mundo - tem cariz comunitário e somente é apreensível pela linguagem.<sup>83</sup>

#### 1.4.2 *Der hermeneutische Zirkel* e o experienciar comunitário de Heidegger

A problematização presente no dualismo teoria e prática assume a necessidade de delimitarmos a diferença entre “razão prática” e “mundo prático”, à luz da hermenêutica filosófica. Isso se mostra importante na medida em que veremos nesse fator a pedra de toque do surgimento do sujeito solipsista e de como o círculo hermenêutico (*Der hermeneutische Zirkel*) proposto por Martin Heidegger o superou.

A razão prática, afirma-se, remonta à filosofia grega, a partir do momento em que Aristóteles distinguiu uma filosofia teórica (que trata sobre a verdade e a falsidade) da filosofia prática (versante no certo e errado). Como se pode inferir, na filosofia teórica o *prius* está na observação, ao passo que na filosofia prática são perquiridas as ações concretas.<sup>84</sup>

Kant retomou, já na modernidade, o debate entre razão teórica e razão prática, respectivamente, nas obras “Crítica da Razão Pura” e “Crítica da Razão Prática”. O problema que se aponta é que nem Kant nem Aristóteles teriam obtido sucesso na explicação de como se intercomunicam essas duas “filosofias”, como uma influencia a outra. Ocorre que Kant, não limitando-se a

<sup>82</sup> STEIN, Ernildo. **A caminho de uma fundamentação pós-metafísica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997. p.85-86.

<sup>83</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 61-62.

<sup>84</sup> Id. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 455.

essa problematização, acresceu ao debate a questão da transcendentalidade do sujeito – podendo-se ler subjetividade solipsista.<sup>85</sup>

A filosofia Heideggeriana surge justamente para reconciliar a teoria e a prática, descrevendo um ambiente no qual o conhecimento teórico e o conhecimento prático se interrelacionam a partir da circularidade hermenêutica. Heidegger privilegia o experienciar, a vivência, afirmando o contexto intersubjetivo de fundamentação (consistente no pré-compreender),<sup>86</sup> que é anterior à teoria e à prática. Na esteira de Ernildo Stein, temos que:

O sentido do ser acompanha o ser-no-mundo, não tanto como a questão a ser resolvida, mas como forma (por que não apriori?) que é condição de possibilidade da compreensão que o estar-aí tem de si, dos utensílios que maneja e dos entes simplesmente intramundanos. Os existenciais como modos de ser do estar-aí são cooriginários com a compreensão que o Dasein tem de si em seu ter-que-ser: a compreensão de seu ser é já sempre tarefa. E antes que o Dasein teorize ou exponha no discurso o mundo, ele já possui uma compreensão de si, dos utensílios com que lida. Esta estrutura que Heidegger chama de ‘como hermenêutico’ que é mais originária que o ‘como apofântico’ do dizer, compromete o Dasein com o mundo, numa relação anterior à teoria e práxis.<sup>87</sup>

A teorização expressa por Martin Heidegger principia, por suposto, um modo-de-ser no mundo entabulado no experienciar comunitário (cujo pressuposto é o relacionamento com o outro) e, de qualquer modo, um *Dasein* estritamente comprometido com o mundo.

<sup>85</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 455.

<sup>86</sup> *Ibid.*, p. 456.

<sup>87</sup> STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre ser e tempo**. Rio de Janeiro: Petrópolis, 1988. p 14.

## 2 TENTATIVAS TEÓRICAS CONTEMPORÂNEAS DE LEGITIMAÇÃO DO DIREITO PENAL

As teorias contemporâneas que intentam legitimar o direito penal podem ser divididas entre as que partem das consequências da norma penal (da sanção) e as que partem do objeto da norma (do ilícito).<sup>88</sup> Os modos de pensar e o uso que se fez do direito penal, ao longo da história, estão estritamente ligados ao maior ou menor grau que se conferiu ao fundamento ou a função enquanto critério de legitimação. Dita constatação, por tudo o que se expôs, não deve descurar-se do sentido, comunitariamente construído, com que se quer pensar o Direito Penal.

Há, pois, *distintos pontos de partida*<sup>89</sup> que só poderiam ter como resultado também distintos pontos de chegada, cada qual com consequências que passam, desde logo, a serem desveladas. Lancemos mão, portanto, das duas teorias críticas que estão em evidência na moderna teoria do delito e que, inelutavelmente, se antagonizam em sua compreensão lógico-racionalizante, quais sejam: o funcionalismo penal (na sua forma moderada e radical) e a teoria onto-antropológica.

### 2.1 O FUNCIONALISMO JURÍDICO-PENAL

Das teorias que nos propomos a explicitar – teorias funcionalistas e teoria onto-antropológica – optamos por iniciar pelas funcionalistas por uma simples razão, iniciando por aquela que se quer tecer as mais contundentes críticas torna facilitado o trabalho de valorizar a teoria que se opõe como melhor acabada. De fato, embora as teorias funcionalistas venham arregimentando mais e mais seguidores no mundo ocidental-penalístico, há um conjunto de reflexões que colocam em xeque os fundamentos de sua construção e denunciam os

<sup>88</sup> D'AVILA, Fabio Roberto. Filosofia e direito penal. Sobre o contributo crítico de um direito penal de base onto-antropológica. In: **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 45.

<sup>89</sup> Quando falamos em distintos pontos de partida, estamos a falar, seguindo Castanheira Neves, em duas perspectivas contrárias para a compreensão do direito: (i) *a perspectiva da sociedade* – segundo a qual o direito é apreendido na intencionalidade global e prévia da sociedade, e; (ii) *a perspectiva do homem* – na qual o direito é problematizado e exigido pelo homem concreto, que existe e convive humanamente, que assume os acontecimentos práticos e interage histórico-socialmente. (CASTANHEIRA NEVES, António. **O direito hoje e com que sentido?**. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. p. 19-20.)

perigos a que a dogmática penal fica sujeita. Eis as razões elementares de nossa escolha.

### 2.1.1 Origens do funcionalismo jurídico: a superação do normativismo

Ao nos acercarmos sobre as origens do funcionalismo jurídico, culminaremos por tratar de modo transversal do problema da *autonomia do direito* – podendo-se entender autonomia como “autosubsistência de sentido” e de fundamentos.<sup>90</sup> Na verdade, poder-se-ia sustentar que o funcionalismo jurídico veio a ocupar um espaço precariamente ocupado pelo normativismo. A insuficiência e incapacidade do normativismo em atender às expectativas sociais levou o funcionalismo à dianteira no âmbito das ciências jurídicas e sociais.

Importantes apontamentos são feitos por Castanheira Neves, fundamentalmente a partir do capítulo terceiro do escrito “*o direito hoje e com que sentido?*”, oportunidade em que o autor elucida as lacunas que permitiram o florescer do funcionalismo no direito. Tratem, pois, disso.

A autonomia do direito teria se revelado pela primeira vez, de modo fecundo em Roma – o holismo ético-político grego não teria permitido. Teria essa autonomia se reafirmado ainda na reelaboração hermenêutico-dogmática do pensamento jurídico medieval e também no *ius commune*.<sup>91</sup> Teve ainda a sua última expressão no normativismo moderno (moderno-iluminista, num primeiro momento; e depois legalista).<sup>92</sup>

Dentre as principais características do normativismo, citam-se: (a) o modo textual da juridicidade medieval e o seu entendimento da *Lex*; (b) o jusracionalismo moderno e a sua sistematicidade axiomática; (c) o

<sup>90</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *O direito hoje e com que sentido?*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. p. 21.

<sup>91</sup> Para um maior detalhamento do *ius commune*, remeto o leitor aos seguintes artigos: SALGADO, Karine. O direito tardo medieval: entre o *ius commune* e o *ius proprium*. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 56. p. 243-264, jan./jun. 2010. E a MASSAÚ, Guilherme Camargo. *Ius Commune: uma manifestação pluralista na idade média?* *Revista Sociologia Jurídica*, n. 6, jan./jun. 2008. Disponível em: <<http://www.sociologiajuridica.net.br/numero-6/248-ius-commune-uma-manifestacao-pluralista-na-idade-media-guilherme-camargo-massau>>. Acesso em 19 jun 2014.

<sup>92</sup> CASTANHEIRA NEVES, op. cit., p. 23.

contratualismo jusnaturalista com o seu legalismo e a sua codificação, e; (d) o positivismo já exegético e seu conceitualismo sistemático-abstrato.<sup>93</sup>

Mas o que parece de fundamental relevo é que no normativismo o direito é concebido sob a “autonomia objetiva de um sistema de normas, subsistente numa autorracional normatividade, abstratamente determinável e prévia à sua realização concreta”.<sup>94</sup> O normativismo é assim traduzido a uma mera redução dogmática e conceitual do jurídico. Trata-se de um tipo de pensamento jurídico que se sincronizou com a dimensão predominantemente teórica e sistemático-especulativa do pensamento europeu da baixa Idade Média. Sob o normativismo, a racionalidade do prático e prudencial cedeu lugar a um pensamento de índole teórico-sistemático.<sup>95</sup>

No normativismo, a solução dos problemas se obtém de forma lógico-dedutiva. Há uma redução sistemático-conceitual que concebe os problemas individuais como meros casos particulares de aplicação de um abstrato geral. Sua autonomia, no normativismo, tem uma índole muito particular. A autonomia reside na verdade na sua particular estrutura lógica, na sua coerência conceitual e sistemática.<sup>96</sup>

Entretanto, essa conformação do normativismo gerou inúmeros problemas, visto que culminou numa sistematicidade simplesmente formal, que “fica intencionalmente indiferente aos conteúdos normativos materiais”. Indiferente, pode-se dizer, à “problematicidade e historicidade concreta”. Noutras palavras, houve uma redução da ética social a axiomas vazios de significados. Isto ficou caracterizado, conforme Castanheira Neves, na teoria pura do direito e no neopositivismo jurídico contemporâneo. O direito ficou voltado somente a si e ao seu sistema de normas.<sup>97</sup>

Nisso se configurou o chamado *dualismo normativista*, haja vista que o ser do direito estava localizado nas normas e o conhecimento do direito era

<sup>93</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *O direito hoje e com que sentido?*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. p. 23.

<sup>94</sup> *Ibid.*, p. 23-24.

<sup>95</sup> *Ibid.*, p. 24-25.

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 25-26.

<sup>97</sup> *Ibid.*, p. 26.

alcançado nestas (num primeiro momento), e *a posteriori* na sua aplicação. A solução jurídica concreta era conseguida, em dito sistema, por *mera aplicação*. Ou seja, por aplicação lógico-dedutiva, através do silogismo e da subsunção.<sup>98</sup>

O sistema estava fechado em si mesmo e isso o levou ao insucesso. O direito se encontrava alienado de uma realidade social que não cessava de evoluir e “assim se furtou não só aos compromissos políticos, sociais, econômicos, etc., mas sobretudo aos problemas que essa nova realidade exigia”. O normativismo, da forma como posto, potencializou a crise do sentido do direito.<sup>99</sup>

O longo catálogo de problemas suprarreferidos deu combustível ao surgimento e desenvolvimento do funcionalismo, como irrefreável superação do normativismo e do seu insuficiente formalismo lógico-sistemático. A autonomia do direito, e este é o ponto nodal, se veria sacrificada. Pois é no funcionalismo que “o direito deixa de ser autossubsistente de sentido e de normatividade para se tornar instrumento de teleologias que de fora o convocam, o condicionam e o submetem”.<sup>100</sup>

O funcionalismo, conforme Castanheira Neves, “é uma consequência particular de uma certa atitude da cultura europeia que se começou a forjar também no pensamento moderno, em ruptura com o paradigma cultural clássico, e que se radicalizou nesse século”.<sup>101</sup> Para o homem moderno, o ser torna-se um “ser de energia dinâmica e evolutiva, que se desenvolve com a novidade, com irreversibilidade e historicidade”.<sup>102</sup>

Essa energia criadora exclui a referência do “ser enquanto ser”. O ser passa a ser determinado, sobretudo, pelos resultados produzidos, de modo que a compreensão do ser adquire um sentido funcionalizante, naquilo que Horkheimer denominou “razão instrumental”.<sup>103</sup>

<sup>98</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *O direito hoje e com que sentido?*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. p. 27-28.

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 29-30.

<sup>100</sup> *Ibid.*, p. 30-31.

<sup>101</sup> *Ibid.*, p. 31.

<sup>102</sup> *Ibid.*, p. 32.

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 33. O autor cita a 2ª edição da obra “Zur Kritik instrumentellen Venunft”

A substância (aqui disciplinada como identidade material do ser) acaba cedendo à função em todos os âmbitos do pensamento. O funcionalismo transforma-se numa filosofia social.<sup>104</sup> A racionalidade assumida pelo funcionalismo é uma racionalidade finalística - voltada sempre a um propósito. Na ótica funcionalista os valores são substituídos pelos fins. Os fundamentos pelos efeitos - consequencialismo.<sup>105</sup>

No direito, a pergunta que reverbera é: o direito para que serve? Não há espaço para se saber o que é o direito ou determiná-lo pelo seu conceito ou seu princípio. O direito torna-se relativizável de acordo com os fins que o submete. Sua autonomia constitutiva é sacrificada à otimização.<sup>106</sup> Eis o excursus crítico-introdutório do funcionalismo jurídico. É chegado o momento de realizarmos uma interessada leitura do funcionalismo jurídico no plano específico do direito penal.

### 2.1.2 O funcionalismo moderado (Claus Roxin)

O desenvolvimento do sistema racional-final, teleológico ou funcional do direito penal remonta à década de 70.<sup>107</sup> Esse sistema foi gestado com a clara finalidade de contrapor a teoria finalista, então hegemônica, de Hans Welzel – que partia de vinculações ontológicas prévias (ação, causalidade, estruturas lógico-reais etc).<sup>108</sup> Para a doutrina funcionalista, a formação do sistema jurídico-

<sup>104</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. **O direito hoje e com que sentido?**. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. p. 37.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 38-40.

<sup>106</sup> *Ibid.*, p. 40-41.

<sup>107</sup> Um primeiro esboço do desenvolvimento da teoria funcionalista foi oferecido por Roxin na obra *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, em 1970. Esses escritos precederam o posterior desenvolvimento que seria desencadeado por Schönemann em 1984, com a obra "El sistema moderno del DP". (ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general: fundamentos: la estructura de la teoría do delito**. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 203. Nota de rodapé 30)

<sup>108</sup> Houve no finalismo penal, enquanto sistematização que visava superar a concepção neoclássica de delito, o resgate do conceito de ação como eixo central da teoria do delito. Mas a principal inovação trazida pelo finalismo foi o acréscimo do conceito de finalidade à ação. O indivíduo, com a ajuda de seu saber causal prévio, pode dominar os acontecimentos e dirigir o seu atuar conforme um plano para alcançar a sua meta. (WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina finalista da ação**. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 27.) No finalismo, o dolo deixou de ser normativo e integrante da culpabilidade para juntar-se ao tipo. Houve então o incremento do elemento subjetivo dolo à tipicidade, o que, sob certo aspecto, contribuiu para que o dolo se confundisse com a "ação finalisticamente orientada a determinado fim".

penal deve nortear-se única e exclusivamente pelas finalidades do Direito Penal.<sup>109</sup>

Há por parte da doutrina funcionalista uma verdadeira renúncia à tentativa de compreensão acerca do que é o direito penal ou o seu fundamento, sua *força motriz* está direcionada justamente para a sua função ou para a utilidade social do direito penal. Sob inspiração das teorias sociológicas<sup>110</sup> de Niklas Luhmann<sup>111</sup> e Jürgen Habermas<sup>112</sup>, o funcionalismo estabelece uma

<sup>109</sup> ROXIN. Claus. **Derecho penal: parte general: fundamentos: la estructura de la teoría del delito.** Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006. p. 203.

<sup>110</sup> Ver SOUZA JÚNIOR, Carlos Miguel Villar de. Funcionalismo Penal: Aportes sobre uma teoria axiológica do direito penal. **Sistema Penal e Violência**, Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais PUCRS, Porto Alegre, v. 3, n. 1. p. 62-63, jan./jun. 2011. JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa.** Trad. por Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003. p. 3 e ss. PESCE LAVAGGI, Eduardo A. Evolución de la moderna teoría del delito. **Revista de Derecho Penal**, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, n. 16, p. 525 e ss., nov. 2006.

<sup>111</sup> Não é objeto deste trabalho a exposição aprofundada da *complexa* teoria de sistemas de Niklas Luhmann, mas tão só aportar ao leitor uma ideia geral de algumas de suas conclusões. Nos anos de 1960 e 1961, Niklas Luhmann trabalhou com Talcott Parsons na Universidade de Harvard, autor que muito o inspirou. Parsons é um dos autores mais representativos que tentou elaborar uma teoria geral da sociedade com base em uma proposta funcionalista. Luhmann assumiu o desafio, mas de um modo crítico, com algumas diferenças com relação a Parsons. A teoria de Luhmann tem como ponto de partida o reconhecimento da complexidade, de modo que a sua teoria consistiria numa arma para reduzi-la. Somente o aumento da complexidade teórica levaria à redução da complexidade na compreensão da sociedade. Luhmann parte da admissão do conceito de *sistema autorreferente*, o que significa dizer que o sistema se define precisamente por sua diferença com relação ao seu entorno, é uma diferença que se inclui mesma no conceito de sistema (ao contrário do conceito clássico de sistema, segundo o qual *sistema* era um conjunto de elementos que se relacionam entre si e que se encontram separados de um entorno determinado). Nesse ínterim, o sistema que contém em si mesmo a diferença com seu entorno é um sistema autorreferente e autopoietico. Luhmann chegou à teoria da autopoiese por conta dos biólogos chilenos H. Maturana e F. Valera e, conforme essa teoria, um sistema é autopoietico quando pode criar a sua própria estrutura e os elementos de que se compõe. O autor distingue três tipos fundamentais de sistemas autorreferentes: os sistemas vivos, os sistemas psíquicos ou pessoais e os sistemas sociais. Os sistemas vivos tem suas operações voltadas para a vida e suas funções vitais; a consciência é o modo de operação dos sistemas psíquicos ou pessoais; e por último, os sistemas sociais são operados pela via comunicacional. Em resumo, afirma Luhmann que a sociedade é um sistema autorreferente e autopoietico que é composto por comunicações – a própria teoria das comunicações abriria um capítulo à parte. Para o autor, a sociedade não é composta por pessoas individualmente consideradas, se não de comunicações. Os seres humanos são seres autorreferentes que tem na consciência e na linguagem a sua operatriz, e constituem o entorno da sociedade, isto é, não a compõe. (IZUZQUIZA, Ignacio. Introducción: La urgencia de una nueva lógica. In: LUHMANN, Niklas. **Sociedad y sistema: la ambición de la teoría.** Trad. Santiago López Petit y Dorothee Schmitz. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1984. p. 9-39.) No que se refere à função do direito, Luhmann afirma que ao direito cabe assegurar expectativas, sob o viés da sociedade e não de indivíduos (Luhmann afirma que a perspectiva individualista é utilitarista). Essa função se relaciona, conforme o autor, com comunicação de expectativas e de levá-las ao reconhecimento na comunicação. (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad.** 2. ed. Trad. Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder, Universidad Iberoamericana, 2005. p. 182.) O direito, por essa perspectiva, o contar com mecanismos que o permitam fazer mais provável o cumprimento dessas expectativas, o que se dá por meio da sanção. (RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío. Invitación a la sociología de Niklas



sustenta a exigência de que o condenado não seja expulso da sociedade, de modo a manter intacta a possibilidade de sua reintegração social.<sup>116</sup> O direito penal exercita, por força constitucional, um papel social frente ao delinquente. Essa é a vertente, sustentada por Roxin, ligada à *prevenção especial socializadora e ressocializadora*.<sup>117</sup>

Eis, portanto, explicitada a tríade da política criminal funcionalista escolhida pelo autor alemão como baluarte de sua teoria sistemática funcional, consistente em “conciliar a melhor forma possível a prevenção geral, a prevenção especial orientada à integração social e a limitação da pena em um estado de direito”.<sup>118</sup>

Ao propor um direito penal assumidamente *focado* pela política-criminal, Claus Roxin resgata a obra de Franz von Liszt com o propósito de confrontá-la. Liszt, desde o início do séc. XX, denunciava um flagrante tensionamento entre o direito penal (dito dogmático) e a política criminal. Para o autor, ao direito penal competia a função liberal de assegurar a uniformidade na aplicação da lei penal, bem como proteger a liberdade individual da “voracidade do Estado Leviatã”. À política criminal, pelo contrário, cabia o combate à criminalidade.<sup>119</sup>

<sup>116</sup> Luigi Ferrajoli, em sua obra “*Diritto e ragione*”, no capítulo em que desenvolve os fundamentos do direito penal e sua tese da separação entre o direito e a moral, elabora uma consistente crítica às teorias da pena que propagam ideais ressocializatórios e pedagógicos ao apenado. Diz o autor italiano: “Infine, riferito alla giustificazione della *pena* e dei suoi modi di esecuzione, il principio comporta che anche la sanzione penale non deve avere né contenuti né scopi morali. Nello stesso modo in cui la previsione legale e l'applicazione giudiziaria della pena non devono servire né a sanzionare né ad accertare l'immoralità, così la esecuzione non deve tendere alla trasformazione morale del condannato. Lo Stato, come non ha il diritto di costringere i cittadini a non essere malvagi, ma solo d'impedire che essi si nuocciano tra loro, non ha neppure il diritto di alterare – rieducare, redimere, recuperare, risocializzare o simili – la personalità dei rei. E il cittadino, se ha il dovere giuridico di non commettere fatti delittuosi, ha il *diritto di essere* interiormente malvagio e di rimanere quello che è. Le pene, conseguentemente, non devono perseguire finalità pedagogiche o correzionali, ma devono consistere in sanzioni tassativamente prestabilite e non aggravabili con trattamenti differenziati e personalizzati di tipo ético o terapêutico.” (FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione: teoria del garantismo penale**. 7. ed. Roma: Laterza, 2002. p. 208.)

<sup>117</sup> ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal**. Trad. Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 33-34. Dentro do que se compreende por ressocialização, incluem-se inúmeras limitações aos meios de comunicação na exploração da situação do apenado. Para maior detalhamento, ver ROXIN, Claus. El proceso penal y los medios de comunicación. **Revista del Poder Judicial**, Madrid, a. 3, n. 55, p. 73-93, 1999.

<sup>118</sup> Id. **La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal**. Trad. Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 34.

<sup>119</sup> LISZT, Franz von. **Tratado de derecho penal**. Tomo II. 4. ed. Trad. Luis Jimenez de Asúa. Madrid: Editorial Reus, 1999. p. 19-20.

Um tal modo de pensar levou Franz von Liszt às clássicas afirmações de que o Código Penal é a “Magna Carta do delinquente”, visto que não tem por finalidade a proteção da sociedade, mas ao indivíduo contra o qual aquela se levantou. O direito penal se consolidava, em tal ideário, como uma “barreira intransponível da política criminal”.<sup>120</sup> Mesmo Welzel chegou a afirmar a dogmática como um espaço neutral, possuidor de lastro para neutralizar o âmbito jurídico – direito penal - mais suscetível de sofrer com as manipulações políticas e com as ideologizações.<sup>121</sup>

Para Claus Roxin tais premissas estão equivocadas, não havendo de se falar, na realidade dos tempos atuais, em um direito penal apartado de orientações político-criminais. Esboça insofismável crítica a Liszt ao afirmar que uma teoria que exclui os pontos de vista da política criminal (e isso seria uma característica das teorias positivistas ou *normativistas*) só pode ser salva por “correções valorativas”.<sup>122</sup> Cita exemplos que configuram situações que, em que pese dogmaticamente corretas, são inaceitáveis político-criminalmente e vice-versa. Dicotomias dessa monta importariam, segundo o autor, na desvalorização do sistema.<sup>123</sup>

A única solução para a manutenção do sistema seria a abertura do direito penal aos vetores valorativos da política-criminal. Identifica-se em Claus Roxin um ferrenho defensor da inserção da política criminal como mola mestra do direito penal, como fica claro em sua palavras:

<sup>120</sup> ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2000. p. 1-3.

<sup>121</sup> “A dogmática não foi cultivada na Alemanha unicamente ‘l’art pour l’art’, senão como um forte bastião contra as intromissões políticas e assim se manteve precisamente no Terceiro Reich. Então se produziram graves ataques contra a Dogmática como “pensamento analítico liberal”, mas, se produziu a tormenta política, que a ciência, praticamente intacta depois da queda do Terceiro Reich, pudesse reiniciar-se e continuar, tem seu fundamento em que havia criado um espaço neutral. A Dogmática pode, em ótima medida, neutralizar o âmbito jurídico mais suscetível de ser ideologizado, especialmente o Direito Penal”. WELZEL, Hans. Zur Dogmatik im Strafrecht, In: **Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag**, Karlsruhe, 1972. p. 4-5. Apud MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo. Estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo**. 4. ed. rev. ampl. Trad. Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 49.

<sup>122</sup> ROXIN, op. cit., p. 16.

<sup>123</sup> Um dos exemplos trazidos trata sobre a legítima defesa contra ataques de uma criança, haja vista que crianças também podem praticar atos antijurídicos. Entretanto, incontroverso que não se aceita violência grave contra a criança, a não ser que inapelavelmente necessária. Dever-se-ia exigir, nesses casos, a fuga do agredido pelo menor. (Ibid., p. 16-17.)

De todo o exposto, fica claro que o caminho correto só pode ser deixar as decisões valorativas político criminais introduzirem-se no sistema penal (...). Submissão ao direito e adequação a fins político-criminais (Kriminalpolitische Zweckmäßigkeit) não podem contradizer-se, mas devem ser unidas numa síntese, da mesma forma que o Estado de Direito e Estado Social não são opostos inconciliáveis (...).<sup>124</sup>

Na estruturação analítica do crime não há marcantes inovações formais, isto é, mantém-se a clássica divisão do fato punível, mas há importantes mudanças conteudísticas. O fato punível passa a ser dividido em ação, tipo (*Tatbestand*), injusto (*Unrecht*) e responsabilidade (*Verantwortlichkeit*). Outro acréscimo que se pode citar é o desenvolvimento da teoria da imputação ao tipo objetivo. A teoria da imputação ao tipo objetivo veio justamente para superar as construções ontológicas do sistema jurídico-penal, em que a imputação ao tipo objetivo, nos delitos de resultado naturalístico, reduziam-se à mera verificação da causalidade física.<sup>125</sup> À causalidade física, a teoria da imputação objetiva agregou o critério de valor segundo o qual o resultado desvalioso é dependente da aferição do tipo objetivo da “realização de um perigo não permitido dentro do fim de proteção da norma”.<sup>126</sup>

Por tudo que vimos até aqui, é possível adiantar que cada categoria do delito terá na sua função político-criminal uma pedra de toque, o que importa dizer, nas palavras de Roxin, que será “observada, desenvolvida e sistematizada sob o ângulo de sua função político-criminal”.<sup>127</sup>

O atuar humano – a ação – no funcionalismo roxiniano abdica das definições empíricas preexistentes ao direito (causalidade, conduta voluntária,

<sup>124</sup> ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2000. p. 20.

<sup>125</sup> SCALCON, Raquel Lima. **Ilícito e pena: modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013. p. 70-71.

<sup>126</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general: fundamentos: la estructura de la teoria do delito**. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006. p. 204. Sobre essa temática. Roxin afirma que enquanto no sistema clássico o tipo objetivo esgotava o conteúdo do tipo, no sistema neoclássico se acrescentaram elementos subjetivos ao tipo e no finalismo o dolo passou a integrar o elemento subjetivo do tipo, somente após o sistema teleológico é que foi substituída a categoria científico-natural ou lógica da causalidade por um conjunto de regras orientadas a valorações jurídicas.

<sup>127</sup> Id. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2000. p. 29.

finalidade) para assentar-se em repertório de natureza valorativa. Isso faz surgir na doutrina de Claus Roxin o denominado conceito pessoal da ação:

um homem terá atuado se determinados efeitos procedentes ou não do mesmo podem lhe ser atribuídos como pessoa, ou seja, como centro espiritual de ação, podendo-se falar em um fazer ou deixar de fazer e com isto de uma manifestação da personalidade.<sup>128</sup>

Tendo a manifestação da personalidade lugar central na construção do conceito pessoal de ação, Roxin complementa sua definição sustentando que todas as manifestações que não são dominadas ou domináveis pela vontade e consciência não podem ser consideradas pelo rótulo de ação.<sup>129</sup> Ainda assim, consigna que as ações dolosas e *negligentes*<sup>130</sup>, assim como as omissivas (incluídas as omissivas por imprudência inconsciente) são manifestações da personalidade imputáveis ao sujeito como infração à norma.<sup>131</sup>

Com relação ao tipo (*Tatbestand*), Roxin o coloca sob a influência do *nullum crimen sine lege* – exsurge com essa compreensão uma sempre indispensável busca de precisão e clareza na lei. Daí a se ponderar que o tipo encontra-se no campo de tensão entre o fim e a precisão da lei.<sup>132</sup> Nunca é demais lembrar que a elaboração dos tipos penais é o espaço, por excelência, de decisões político-criminais.<sup>133</sup> Nota-se que em escritos mais recentes o autor expandiu sua compreensão do *Tatbestand* agregando a ele uma estrita

<sup>128</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general: fundamentos: la estructura de la teoria do delito.** Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006. p. 218.

<sup>129</sup> *Ibid.*, p. 252.  
<sup>130</sup> Ao longo do trabalho, adotamos o qualificativo negligente e crimes negligentes quando estivermos a falar sobre ações e crimes usualmente determinados pela doutrina pátria como culposos, seguindo a terminologia adotada por TAVARES, Juarez. **Direito penal da negligência.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 128.

<sup>131</sup> ROXIN, op. cit., p. 255.  
<sup>132</sup> ROXIN, op. cit., p. 218. No *tipo* teleológico-funcional de Roxin, a ação passa a ser valorada a partir da necessidade abstrata de pena, ou seja, deixa de ser objeto de análise a pessoa do sujeito e a concreta situação da atuação. O fim político-criminal da cominação legal abstrata é preventivo-geral, o que significa dizer quando se acolhe determinada conduta a um tipo isso ocorre porque se pretende motivar o indivíduo a se abster de realizar a conduta descrita (ou, nos casos dos delitos omissivos, se quer que o indivíduo realize a conduta ordenada).

<sup>133</sup> Aliás, Winfried Hassemer (in: *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausende. Rückbesinnung und Ausblick*, org. por Eser/Hassemer/Burkhardt, 2000, p. 41.) denuncia a impenetrabilidade do discurso jurídico-científico germânico na elaboração das leis penais, *apud* D'AVILA, Fabio Roberto. Os limites normativos da política criminal no âmbito da "ciência conjunta do direito penal". Algumas considerações críticas ao pensamento funcional de *Claus Roxin*. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Gießen, v. 10, p. 486, 2008.

vinculação com a finalidade preventivo-geral, isto é, trouxe ao tipo a *ratio* da pena.<sup>134</sup>

No plano do injusto (*Unrecht*) - Roxin rechaça o *nomen iuris* antijuridicidade<sup>135</sup> -, há a reunião das categorias *ação* e *tipicidade*. É na categoria do injusto que a ação típica concretamente produzida será avaliada conforme os critérios da autorização e da proibição.<sup>136</sup> No aspecto político-criminal, o juízo do injusto contém três funções primordiais: (i).solução de interesses relevantes para a punibilidade de um ou vários intervenientes; (ii) justificação para aplicação de medidas de segurança; e (iii) integração do Direito Penal e de sua valorações com todo o ordenamento jurídico.<sup>137</sup>

Merece ainda destaque o alargamento da *culpabilidade* à categoria de *responsabilidade* (*Verantwortlichkeit*), pela qual à culpabilidade (enquanto condição sem a qual não há se falar em pena) foi acrescida a noção de necessidade preventiva – geral ou especial – da sanção penal. O conjunto *culpabilidade* (+) *necessidade* compõe, nesse desiderato, a responsabilidade penal pessoal que desencadeia a pena criminal.<sup>138</sup> A análise da responsabilidade é o momento/lugar no qual será procedido o acertamento acerca do merecimento de punição do autor pelo injusto praticado. Na responsabilidade, o interesse político-criminal deixa de ter por objeto o fato para vocacionar-se para o autor, uma vez que o questionamento passa a ser a respeito da “necessidade individual de pena”.<sup>139</sup>

<sup>134</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general: fundamentos: la estructura de la teoria do delito.** Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006. p. 218-219.

<sup>135</sup> Roxin afirma que a antijuridicidade não é uma categoria especial do direito penal, senão de todo o ordenamento jurídico. Há condutas que podem ser antijurídicas no campo do direito civil ou do direito administrativo e ainda assim serem irrelevantes no campo criminal. Refere ainda que também as causas de justificação são procedentes de todos os campos do direito. (ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general: fundamentos: la estructura de la teoria do delito.** Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. p. 219.)

<sup>136</sup> Id. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal.** Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2002. p. 235.

<sup>137</sup> Id. **Derecho penal: parte general: fundamentos: la estructura de la teoria do delito.** Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006. p. 220.

<sup>138</sup> Ibid., p. 204.

<sup>139</sup> Id. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal.** Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2002. p. 241-242.

Haveria ainda outros pressupostos de punibilidade, encontrados em alguns dispositivos do Código Penal Alemão (Strafgesetzbuch – StGB), os quais Roxin ilustra com dois exemplos: (i) agressão ou vilipêndio a representantes ou símbolos estrangeiros – tal conduta somente encontra punição na Alemanha se for contra país que mantenha relação diplomática e reciprocidade. Isso decorreria fundamentalmente de interesses de política externa da Alemanha em ver seus interesses também respeitados. (ii) imunidade de injúrias no âmbito do Parlamento – a imunidade decorria justamente do interesse do país em não perturbar o trabalho legislativo “por numerosos processos por injúrias, ou pelo temor a eles”.<sup>140</sup>

Frise-se que o direito penal detém, para Roxin, a incumbência de assegurar as condições para uma coexistência pacífica no âmbito da comunidade. O faz, entretanto, na exata medida em que falhem outras soluções político-sociais menos graves.<sup>141</sup> Conclusão lógica disso é a de que somente se pode cominar-se com pena determinada conduta quando não for possível a obtenção desse resultado (coexistência pacífica) com medidas menos incisivas.<sup>142</sup> Daí por que o Direito Penal é chamado à “proteção subsidiária de bens jurídicos”, entendidos estes como todas as circunstâncias que viabilizam a pacífica convivência entre as pessoas, tendo como base os pressupostos da liberdade e da igualdade.<sup>143</sup>

Esse nos parece ser o fundamento do direito penal de base funcionalista moderada: o asseguramento da coexistência pacífica da comunidade organizada

<sup>140</sup> ROXIN, Claus. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2002. p. 242-243. Jorge de Figueiredo Dias propõe ainda outra categoria, denominada *punibilidade*. A punibilidade, conforme o autor português, seria preenchida pelo conteúdo emprestado pela dignidade penal, permitindo que situações em que há a realização integral do tipo de ilícito e do tipo de culpa (o autor utiliza essas expressões como sinônimo de ilícito-típico e culpabilidade, respectivamente) deixem de ser punidas exatamente em razão da ausência de dignidade penal, tal como ocorre nos casos de “desistência da tentativa, fatos bagatelares, auxílio ao suicídio ou dos crimes falimentares quando o suicídio ou a falência não vêm a ter lugar”. Consultar FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais. a doutrina geral do crime. Tomo I**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 280.

<sup>141</sup> ROXIN, Claus. El legislador no lo puede todo. *Iter Criminis. Revista de Derecho y Ciencias Penales - INACIPE*, México, n. 12, p. 322, out/mar. 2004/2005.

<sup>142</sup> *Ibid.*, p. 323.

<sup>143</sup> *Ibid.*, p. 325. No seguimento do artigo, dada a natureza de proteção *subsidiária* do direito penal, Roxin aponta ao menos quatro alternativas à punibilidade estatal, quais sejam: (i) compensações civis; (ii) medidas de direito público; (iii) estabelecimento de multas no lugar de penas, para condutas de efeito social reduzido; (iiii) pagamento de indenizações à vítima, independentemente do dano causado. (*Ibid.*, p. 342-342.)

(proteção subsidiária de bens jurídicos) por meio da promoção dos fins político-criminais da moderna teoria dos fins da pena,<sup>144</sup> já adrede explorado.

Eis os pressupostos fundamentais do funcionalismo moderado de Claus Roxin, o qual encontrou boa aceitação no direito penal alemão e se irradiou a doutrinadores dos mais variados lugares. Passa-se, de pronto, a outra ramificação do funcionalismo, considerado de cariz radical e que tem Günther Jakobs como mentor.

### 2.1.3 O funcionalismo sistêmico radical (Günther Jakobs)

O funcionalismo radical desenvolvido por Günther Jakobs, em que pese guarde fundadas semelhanças com o funcionalismo moderado, especialmente por colocar sua *prima ratio* na função do direito penal, tem substanciais diferenças com relação à construção *roxiniana*.

De se ressaltar, de início, que para Jakobs a finalidade da pena é a manutenção ou confirmação da vigência da norma.<sup>145</sup> A ação delituosa perpetrada pelo indivíduo tem um significado de desautorização da norma enquanto ataque a sua vigência. A pena é então distribuída como um comunicado à coletividade (mais ou menos como se fizesse a seguinte afirmação: “atenção! a afirmação do autor do delito é equivocada, a norma segue vigente!”).<sup>146</sup> Há aqui, inegavelmente, o contributo hegeliano de “negação da negação do Direito”.<sup>147</sup> Noutras palavras, o autor de um crime estaria na verdade afirmando a “não-validade da norma no caso concreto”, enquanto a pena atuaria no sentido de afirmar a “incompetência do autor para tal afirmação”.<sup>148</sup>

<sup>144</sup> ROXIN, Claus. **Derecho penal: parte general: fundamentos: la estructura de la teoria do delito**. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006. p. 203.

<sup>145</sup> Ver JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**. Trad. por Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003. p. 3. E também ROXIN, Claus. Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 82. p. 33, jan./fev. 2010.

<sup>146</sup> JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 4. ed. Trad. por André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 22.

<sup>147</sup> ROXIN, Claus. Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 82. p. 33, jan./fev. 2010.

<sup>148</sup> *Ibid.*, p. 33.

A radicalização de sua teoria chegou ao ápice com o seu direito penal do inimigo, onde Jakobs sustenta a existência de duas espécies de direito penal – do cidadão e do inimigo. Incrivelmente, o autor sustenta que determinadas pessoas – ao se afastarem da norma social – poderiam perder o *status de cidadão* e mesmo de *ser humano*.<sup>149</sup> O direito penal do cidadão seria dirigido, conforme o autor, ao criminoso que não delinque “de modo persistente por princípio”, mantendo, nesse caso, o *status* de pessoa; ao passo que o direito penal do inimigo seria aplicado aos criminosos por princípio. Em tal configuração, incumbiria ao direito penal do cidadão a manutenção da vigência da norma e ao direito penal do inimigo o combate a perigos.<sup>150</sup>

A proposição bem assentada na lógica dos direitos humanos dando conta de que “no Direito, todo o ser humano tem o direito de ser tratado como pessoa” é refutada por Günther Jakobs. Para ele, os cuidados para com a conduta futura, em sintonia com a norma, constituem premissa básica para os cidadãos, sob pena de tornar-se impossível um tratado livre e “sem medo mútuo entre os cidadãos”. A personalidade real conferida pelo *status* de pessoa seria assim

<sup>149</sup> Para embasar a perda do status de cidadão, Günther Jakobs cita Niklas Luhmann, num primeiro momento: “quando Luhmann afirma que não existe ‘exclusão de pessoas da sociedade’ (Gesellschaftsstruktur, p. 367), isso é correto, mas não significa que todos os seres humanos sejam pessoas; neste sentido, acertadamente, idem, Die Wissenschaft der Gesellschaft, 1990, p.34, (...)” (JAKOBS, Günther. **Sociedade, norma e pessoa**. Trad. por Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003. p. 21. Nota de rodapé ‘34’). Jakobs se refere a Rosseau, quando este afirma em seu “*Contrat Social*”, que qualquer malfeitor que ataque o direito social deixa de ser membro do Estado, já que se encontra em guerra com este. A morte do criminoso lhe seria ocasionada mais como inimigo do que como cidadão. Depois remete-se ainda a Fichte, na medida em que este afirma que “quem abandona o contrato cidadão em um ponto em que no contrato se contava com a sua prudência, seja de modo voluntário ou por imprevisão, em sentido estrito perde os seus direitos como cidadão e como ser humano, e passa a um estado de ausência completa de direitos”. No entanto Jakobs não firma posição com estes autores, afirma que o criminoso deve ser mantido dentro do Direito, pois ele teria o direito a ressocializar-se e, tanto quanto, o dever de reparar os seus danos, o que só seria possível com a manutenção de sua personalidade. Jakobs segue, ao que parece, algumas exposições de Hobbes e Kant. O primeiro justifica a perda do status de cidadão em crimes de alta traição e rebelião quando se cai a um estado de natureza. Já Immanuel Kant (em *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*. t. 8. p. 349. nota 18), ao afirmar que quem ameaça contantemente a ordem social e não se deixa obrigar a entrar no estado comunitário, deve-se retirar (ou ser expelido), podendo ser tratado como um inimigo. (JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 4. ed. Trad. por André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 24 e ss.)

<sup>150</sup> JAKOBS; CANCIO MELIÁ, op. cit., p. 28-29.

dependente do atendimento de determinadas condições<sup>151</sup> e é dever da própria pessoa demonstrar, de uma forma confiável, a sua fidelidade à norma.

Por tudo isso, para o doutrinador alemão, a proposição correta, com relação à determinação se alguém merece ser considerado ser humano, é a que diz: "Todo aquele que é fiel ao ordenamento jurídico com certa confiabilidade tem direito a ser tratado como pessoa".<sup>152</sup>

É uma lógica que inverte frontalmente a lógica das inúmeras convenções internacionais que versam sobre os direitos humanos – conquistadas, diga-se, a um alto custo de vidas humanas. O ser humano, na perspectiva de Jakobs, já não é ser humano pelo simples fato de nascer ser humano, o ser humano que nasce ser humano passa a ter que provar que é merecedor dessa qualidade, numa lógica perversa e, para nós, sem sentido.

No funcionalismo sistêmico de Jakobs, desaparece a separação sistemática entre injusto e culpabilidade. É dizer: todo o injusto penal, isto é, toda a ação jurídico-penalmente relevante passa a pressupor a culpabilidade do agente. A culpabilidade perde, com isso, a sua capacidade de limitar a punibilidade.<sup>153</sup> A culpabilidade deixa de ser avaliada segundo as condições pessoais do autor, para ser submetida a um juízo estatal de *ordenação social da norma*,<sup>154</sup> ou se o castigo parecer necessário sob o aspecto da prevenção geral.<sup>155</sup>

Por derradeiro, já ultimando as linhas mestras da sistematização dessa teoria, destaca-se como o autor tratou o bem jurídico penal - esta, sem dúvida, também uma corajosa e malfadada inovação. Para Günther Jakobs o bem

<sup>151</sup> Apenas para ilustrar, remetemos o leitor ao Artigo 2, inciso I, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, pelo qual temos: "Todo o homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou **qualquer outra condição**". Já é perceptível ao leitor, a essa altura, o quão afrontador à cultura humanística é a teoria do direito penal do inimigo.

<sup>152</sup> JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 4. ed. Trad. por André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 58.

<sup>153</sup> ROXIN, Claus. Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 82. p. 33-35, jan./fev. 2010.

<sup>154</sup> *Ibid.*, p. 37.

<sup>155</sup> *Id.* **La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal**. Trad. Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 51.

jurídico objeto de proteção passa a ser a própria norma, não os interesses individuais e coletivos nela acolhidos. O bem jurídico merecedor de proteção do direito penal torna-se então “a solidez das expectativas normativas essenciais”.<sup>156</sup>

Jakobs justifica a sua argumentação baseado no seguinte questionamento: se a vida é um bem jurídico penalmente relevante, por que por alguns tipos de evento-morte (mortes por enfermidade, por eventos da natureza) o direito penal não se interessa?<sup>157</sup> Isso demonstraria, nas palavras do autor, a insuficiência teórica de que o direito penal é voltado ao asseguramento de bens jurídico-penais relevantes. Daí a sua proposição inovadora.

#### 2.1.4 Observações críticas

A despeito de o funcionalismo figurar hoje como uma doutrina hegemônica no plano das ciências jurídico-penais, consistentes fragilidades tem sido apontadas a esse tipo de pensamento com *ratio calculatrix*, para ficarmos em uma expressão de Faria Costa.<sup>158</sup> Como foi possível observar, embora contenham similaridades fundantes (toda uma teoria lastreada na pena), não há de se colocar em pé de igualdade o funcionalismo moderado de Roxin com o funcionalismo sistêmico de Jakobs, pois se a sistematização de ambas é, na origem, influenciada pelo tom da funcionalização das coisas, o posterior desenvolvimento faz surgir um irremediável distanciamento em conceitos-chave.

O pensamento funcional de Claus Roxin acertou, inequivocamente, ao sustentar um direito penal aberto a decisões de valor orientadas por determinados princípios reitores. Nessa quadra da história não se há de aceitar um direito penal desprovido de vetores axiológicos que sirvam ao revigoreamento de um status civilizacional ainda carente de reconhecimento. Pende ainda de

<sup>156</sup> JAKOBS, Günther. **Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade**. Coord. por Luiz Moreira. Trad. por Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 61 e ss. Também em JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general. Fundamentos e teoría de la imputación**. 2. ed. corrigida. Trad. por Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Juridicas, 1997. p. 44 e ss.

<sup>157</sup> Id. **Derecho penal: parte general. Fundamentos e teoría de la imputación**. 2. ed. corrigida. Trad. por Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Juridicas, 1997. p. 45.

<sup>158</sup> FARIA COSTA, José de. **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 9.

*accertamento*<sup>159</sup> a definição sobre os critérios axiológicos da normatividade penal. Podem estes, afinal, advir *exclusivamente* da política criminal? Se negativa a resposta, e essa é a nossa inclinação, quais seriam, afinal, os níveis toleráveis de interferência da política criminal nos valores da normatividade penal?<sup>160</sup>

Uma primeira dificuldade identificada está em delimitar precisamente o que Roxin entende por política criminal. Essa dificuldade é potencializada justamente porque Roxin direciona a política criminal para o centro da estruturação analítica do crime. Isso o leva, já no exame da tipicidade, a valorar o fato a partir dos pressupostos da prevenção geral. O leva a sustentar que os conflitos de valor ligados à ilicitude (legítima defesa, estado de necessidade, erro de proibição, desistência voluntária e arrependimento eficaz) tratar-se-iam de questões puramente de política-criminal.<sup>161</sup> E também à responsabilidade (*Verantwortlichkeit*) foi implantado um raciocínio de necessidade preventiva.<sup>162</sup> Inquestionável é a posição de Roxin claramente desfavorável à clássica distinção de Liszt entre a política criminal e o direito penal dito dogmático, o que se cristaliza quando declara como inerente à política criminal a contraposição de interesses de persecução penal e de liberdade.<sup>163</sup>

A proposta de Roxin, conforme supracitado, desloca o centro de gravidade do sistema jurídico-penal do ilícito penal, propriamente considerado, para a pena criminal. A nosso entender, a sanção criminal nada mais é do que a consequência pelo cometimento do ilícito e, assim sendo, parece implausível e

<sup>159</sup> Utilizamos o verbo latino *accertare* justamente para alcançar o seu signo próprio, consistente em "stabilire com certezza". (ver **Parole chiave: dizionario di italiano per brasiliani**. Trad. Carlo Alberto Dastoli, [et. al.]. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 6.)

<sup>160</sup> D'AVILA, Fabio Roberto. Funcionalismo versus normativismo no direito penal contemporâneo. In: **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 22.

<sup>161</sup> Essas críticas são encontradas em D'AVILA, op. cit., p. 23 e ss. Também em SCALCON, Raquel Lima. **Ilícito e pena: modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013. p. 78 e ss.

<sup>162</sup> O que levou Günter Stratenwerth a contrapor-se a essa conclusão, afirmando que o recurso às expectativas de prevenção na análise da culpabilidade (responsabilidade, para Roxin) é reducionista, pois ignora toda uma complexidade que envolve o tema. Ver STRATENWERTH, Günter. "Buchbesprechungen – Roxin, Claus. Kriminalpolitik und Strafrechtssystem. Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft e. VV. Berlin, Heft 39. Walter de Gruyter & Co. Berlin 1970", Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, 4 (1972), p. 196 e ss. Apud: D'AVILA, op. cit., p. 23.

<sup>163</sup> ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2000. p. 90.

metodologicamente equivocado propugnar como mola mestra da teoria do delito as finalidades da pena.<sup>164</sup> Um tal modo de teorizar pode resultar, se levado às últimas consequências, em verdadeira traição do sistema, pois, por esses parâmetros, fica o reconhecimento do ilícito penal atrelado à sua consequência jurídica, o que se mostra metodologicamente equivocado.<sup>165</sup>

A consequência jurídica ou a pena deve(ria) exercitar justamente o papel de consequência, isto é, somente encontrar espaço de aplicação após consumado e reconhecido judicialmente o ilícito. Isso significa refutar qualquer interferência da pena no reconhecimento do ilícito criminal.

Há uma irreparável perda da autonomia constitutiva, em termos de conteúdo próprio, do crime enquanto evento deletério a determinado bem jurídico penalmente relevante. O conceito material de crime perde em termos de nitidez conceitual quando fica entregue ao sabor de influxos político-criminais - reconhecidamente variáveis de acordo com o ambiente comunitário - também por isso facilmente manipuláveis. A prevenção geral, por si só, é incapaz de constituir-se em seguro limitador na elaboração de tipos penais, pelo contrário, sob esse título dá-se um poderoso instrumento de regulação social que, em más mãos, pode ser fonte geradora de irreversíveis danos. A funcionalização do conceito de crime - ocorrido pelo implemento de considerações de cunho sancionatório já como pressuposto para a sua existência - é, aos nossos olhos, a imorredoura e perniciosa pedra de toque do pensamento funcionalista.<sup>166</sup>

Ademais, em se reconhecendo a posição de prevalência da política criminal na ciência conjunta do direito penal, há uma fundada preocupação com a relativização dos princípios e regras reitoras do direito penal. Uma vez que recepcionados e trabalhados em um espaço de discursividade assumidamente político e, portanto, não neutro. Não é de se estranhar, nesse contexto, a habitual "derroga de princípios fundamentais, ou mesmo regras de direito penal,

<sup>164</sup> SCALCON, Raquel Lima. **Ilícito e pena: modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013. p. 78.

<sup>165</sup> D'AVILA, Fabio Roberto. Funcionalismo versus normativismo no direito penal contemporâneo. In: **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 28.

<sup>166</sup> *Ibid.*, p. 26 e ss.

em prol do bom atendimento de objetivos preventivistas",<sup>167</sup> ainda mais em se tratando de países de *modernidade tardia*.<sup>168</sup>

Nas linhas antecedentes já adiantamos algumas considerações ao funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs. Não merece prosperar, no nosso entender, qualquer teoria que sustente a derroga da consideração de outrem, quem quer que seja, como pessoa digna de direitos fundamentais. Também é motivo de preocupação o entendimento, por parte dessa teoria penal, de que o bem jurídico merecedor de proteção é a própria norma penal. Uma tal compreensão assemelha-se em muito ao ordenamento jurídico-penal do nacional-socialismo que, conduzido por Friedrich Schaffstein e Georg Dahm, afastou-se da noção do bem jurídico e erigiu-se na violação do dever e da obediência ao Estado.<sup>169</sup> Os resultados disso, todos sabemos.

É imposição de uma compreensão que coloque no homem a razão de ser a afirmativa de que o direito não é uma *técnica*<sup>170</sup> e muito menos o direito penal, porquanto se assim o fosse, seria, sem qualquer dúvida, "a mais perversa e a mais letal técnica de destruição do *outro*".<sup>171</sup> A crítica de Faria Costa, nesse

<sup>167</sup> D'AVILA, Fabio Roberto. Funcionalismo versus normativismo no direito penal contemporâneo. In: **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 29-30. Como exemplo de autor que admite a derroga do princípio da ofensividade a interesses político criminais citamos MANTOVANI, Ferrando. Il principio di offensività nello Schema di Delega Legislativa per un Nuovo Codice Penale. Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale, Milano, v. 40 n. 2, p. 323 e ss, 1997. Igualmente MANTOVANI, Ferrando. Principi di diritto penale. Padova: Cedam, 2002. p. 83 e ss. Nesta última obra, afirma o autor: "del valore costituzionalmente relativo del principio di offensività, essendo questo principio regolare, que può subire, però, deroghe, <<necessary>> per la prevenzione delle offese a beni primari, individuali, collettivi, istituzionali."

<sup>168</sup> Utilizamos o conceito de modernidade tardia para sustentar que no Brasil, tanto quanto em outros países em desenvolvimento, as promessas da modernidade e do Estado social nunca se realizaram. O que não deixa de soar paradoxal quando a solução apresentada pelo "establishment" seja o de retorno a um Estado neoliberal, já no interregno da pós-modernidade. Ver STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**.

Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 23.

<sup>169</sup> D'AVILA, Fabio Roberto. Filosofia e direito penal. Sobre o contributo crítico de um direito penal de base onto-antropológica. In: **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 51-52.

<sup>170</sup> Obras fundamentais versando sobre o homem e a técnica são GALIMBERTI, Umberto. **Psiche e techne. L'uomo nell'età della tecnica**. Milano: Feltrinelli, 1999; e GALIMBERTI, Umberto. **La morte dell'agire e il primato del fare nell'età della tecnica**. Milano: Albo Versorio, 2008. Também em Martin Heidegger vemos importantes críticas aos tempos de técnica na humanidade, conforme HEIDEGGER, Martin. **Serenidade**. Lisboa: Instituto Piaget, 2000. p. 23 e ss.

<sup>171</sup> José de Faria Costa sustenta que o direito penal, para além de não ser uma mera técnica, configura "uma manifestação do nosso mais profundo modo-de-ser com os outros, simultaneamente limite e fundamento do "eu" com o "outro". (FARIA COSTA, José de. Um olhar doloroso sobre o direito penal (ou o encontro inescapável do homo dolens, enquanto corpo-próprio, com o direito

ponto, encontra a curiosa reflexão quando refere que, em alguns momentos da história da humanidade, muito já se quis fazer do Direito uma técnica. Como paradigmas assinala a coisificação (funcionalização) do direito seja a serviço da vontade do Führer seja da classe operária.

Na primeira, verificou-se uma degradação do homem que de sujeito transformou-se em coisa, mero brinquedo ao sabor da vontade da tirania. Na segunda, restou o pensamento jurídico aviltado pela “pura maquinação de propósitos e finalidades refractárias a qualquer, ainda que tênue, envolvimento axiológico.” Numa tal concepção, o direito se reduzia a “uma arma, uma peça, um utensílio, uma roda dentada de uma engrenagem que o transcendia e que ele deveria, sem resto, servir”. Um pensar degenerado em que se quis retirar do direito toda a sua autonomia. O pensamento jurídico, bom é que se diga, a isso tudo resistiu.<sup>172</sup>

Denunciados alguns dos nódulos problemáticos da construção funcionalista, há que se referir que por certo existem inúmeros outros que por ora escapam a esta investigação. Não são nem poderiam ser, a rigor, exaustivos. Partamos, pois, para a teoria que refuta esse *modo de ver/compreender* o direito penal. Numa tentativa de “reposicionamento do ilícito (Unrecht) para o centro da proposição normativa e do debate penalístico acerca da validade das leis penais”.<sup>173</sup> A saber, à teoria onto-antropológica de Faria Costa.

## 2.2 A FUNDAMENTAÇÃO ONTO-ANTROPOLÓGICA DE CUIDADO-DE-PERIGO (FARIA COSTA)

Ao apresentar a teoria desenvolvida por José de Faria Costa, mostra-se relevante, *ex ante*, compreender a visão do autor a respeito do Direito, tomando-se isto como um necessário ponto de partida. O Direito, para o jurista português,

---

penal). In: **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 75-76.)

<sup>172</sup> FARIA COSTA, José de. Um olhar doloroso sobre o direito penal (ou o encontro inescapável do homo dolens, enquanto corpo-próprio, com o direito penal). In: **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 75-76. Nota de rodapé 16.

<sup>173</sup> *Ibid.*, p. 36.

seria uma *estrutura de valoração* cujo eixo central está assentado “no pressuposto de que a manifestação objetiva e relevante, comunitariamente relevante, de um ato de vontade corresponde a uma das mais importantes facetas do autodesenvolvimento e expansão da própria pessoa humana”.<sup>174</sup>

Possível, a partir de uma tal compreensão, tecer ao menos três considerações: Faria Costa dá ênfase na sua obra à dimensão humana (esse é um caractere cristalino de sua obra) e à manifestação autônoma da vontade – podendo-se traduzir por responsabilidade. Mas o principal está no entendimento de que o direito é uma estrutura de valoração, sujeita, portanto, a toda carga axiológica fundada no seio comunitário.<sup>175</sup> Essa estrita relação do direito com os valores comunitários nos conduz, guiados pelo *pensamento que reflete*<sup>176</sup>, a inúmeros influxos filosóficos, culminando na *Sorge*<sup>177</sup> de Heidegger.

Aliás, clara está a influência de “*Sein und Zeit*” sobre José de Faria Costa. Sobre a obra fundamental de Martin Heidegger, é possível dividi-la em seis pontos nodais, o que fazemos apenas para melhor compreensão do leitor:

<sup>174</sup> FARIA COSTA, José de. O direito, a fragmentaridade e o nosso tempo. In: **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 20.

<sup>175</sup> Tomando-se como certa a expressão de que o homem é ser-pensado fundamentalmente porque é ser-falado, e diante do fato de que somente nos afirmamos e somos ser-pessoa se nos mantivermos em constante relação ôntica com o “outro”, torna-se fácil, conforme Faria Costa, a determinação de que o direito, na medida em que constituído numa “forma e conteúdo que nos pertence enquanto seres individuais e coletivos, não pode trair, sob pena de trair a si mesmo, a intencionalidade e a estrutura de valores historicamente situados da qual ele é elemento co-essencial.” (FARIA COSTA, José de. O direito, a fragmentaridade e o nosso tempo. In: **Linhas de direito penal e de filosofia**: Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 23.)

<sup>176</sup> **alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 23.)  
 Martin Heidegger, no texto intitulado “Serenidade”, distingue o pensamento que calcula do pensamento que medita. O filósofo diagnostica que o homem está num estado de “fuga do pensamento”. Isso o leva à situação de ausência de pensamento ou pobreza de pensamento. A fuga do pensamento deriva justamente do fato de o homem não reconhecer essa fuga. O homem até negará essa fuga, afirmando o contrário. Dir-se-á que nunca antes o homem realizou tão avançados planos nem realizou tantas pesquisas e investigações. Esse tipo de pensamento Heidegger reputa como indispensável e de um tipo especial. Explica o filósofo a especialidade desse tipo de pensamento: “quando concebemos um plano, investigamos ou organizamos uma empresa, contamos sempre com condições prévias que consideramos em função do objetivo que pretendemos atingir. Contamos, antecipadamente, com determinados resultados. Este cálculo caracteriza todo o pensamento planificador e investigador. Este pensamento continua a ser um cálculo, mesmo que não opere com números, nem recorra à máquina de calcular, nem a um dispositivo para grandes cálculos. O pensamento que calcula (das rechnende Denken) faz cálculos com possibilidades continuamente novas, sempre com maiores perspectivas e simultaneamente mais econômicas. O pensamento que calcula corre de oportunidade em oportunidade. O pensamento que calcula nunca pára, nunca chega a meditar. O pensamento que calcula não é um pensamento que medita (ein besinnliches Denken), não é um pensamento que reflete (nachdenkt) sobre o sentido que reina em tudo o que existe”. (HEIDEGGER, Martin. **Serenidade**. Lisboa: Instituto Piaget, 2000. p. 12-13.)

<sup>177</sup> *Die Sorge* é expressão da língua alemã que pode significar cuidado, preocupação ou inquietação. Em Heidegger e Faria Costa é, aparentemente, utilizada no primeiro sentido.

(1) inauguração da obra com a questão da ontologia fundamental, do *sentido do ser*; (2) A clarificação da questão do sentido do ser somente pode resultar do recurso ao único ente capaz de compreender o ser – o homem (Dasein), o estar-aí. Isto porque somente o homem é capaz de perguntar pelo sentido de algo; (3) O estar-aí é ser-no-mundo; (4) O ser-no-mundo é cuidado (Sorge), todas as relações da vida são caracterizadas pelo cuidado consigo mesmo e com o mundo; (5) o cuidado é temporal (zeitlich), intrinsecamente relacionado com a morte e; (6) A temporalidade do cuidado é temporalidade estática que se distingue do tempo linear.<sup>178</sup>

### 2.2.1 *Die Sorge* (o cuidado originário) em Martin Heidegger

A fundamentação do direito penal com base na relação matricial onto-antropológica de cuidado-de-perigo receberá o seu substrato material do sentido do ser e de sua relação com o cuidado.<sup>179</sup> Martin Heidegger sustenta um modo-de-ser do homem em que o Cuidado, para além de figurar como a origem do seu ser, o domina enquanto mantiver o seu percurso temporal no mundo. Heidegger ser, o domina enquanto mantiver o seu percurso temporal no mundo. Heidegger vale-se da *alegoria da cura* - que consta como sendo a de número 220 das Fábulas de Higino – para inaugurar, ao nível simbólico, seu novo paradigma filosófico:

Quando um dia o Cuidado atravessou um rio, viu ele terra em forma de barro: meditando, tomou uma parte dela e começou a dar-lhe forma. Enquanto medita sobre o que havia criado, aproxima-se Júpiter, O Cuidado lhe pede que dê espírito a esta figura esculpida com barro. Isto Júpiter lhe concede com prazer. Quando, no entanto, o Cuidado quis dar seu nome a sua figura, Júpiter o proibiu e exigiu que lhe fosse dado o seu nome. Enquanto Cuidado e Júpiter discutiam sobre os nomes, levantou-se também a Terra e desejou que à figura fosse dado o seu nome, já que ela tinha-lhe oferecido uma parte do seu corpo. Os conflitantes tomaram Saturno para juiz. Saturno pronunciou-lhes a seguinte sentença, aparentemente justa: Tu, Júpiter, porque deste o espírito, receberás na sua morte o espírito; tu, Terra, porque lhe presenteaste o corpo, receberás o corpo. Mas porque o Cuidado por primeiro formou esta criatura, irá o Cuidado possuí-

<sup>178</sup> STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre ser e tempo**. Rio de Janeiro: Petrópolis, 1988. p 11-12.  
<sup>179</sup> D'AVILA, Fabio Roberto. Filosofia e direito penal. Sobre o contributo crítico de um direito penal de base onto-antropológica. In: **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 47.

la enquanto ela viver. Como, porém, há discordância sobre o nome, irá chamar-se *homo* já que é feita de *húmus*.<sup>180</sup>

O estar-no-mundo possui, pois, a indelével marca do Cuidado. A nomeação do ser-homem (*homo*) foi resultado não do sentido do seu ser, mas da matéria que o constitui (*humus*).<sup>181</sup> O julgador Saturno – que não por caso é o tempo - impõe ao Ser a vinculação ao Cuidado por toda a vida (“*irá o Cuidado possuí-la enquanto ela viver*”). Essa construção, ao fim e ao cabo, leva a um corolário lógico: O homem, em vida, seguramente, é Cuidado.<sup>182</sup>

O Cuidado originário supradesenvolvido necessita ainda de um adensamento que o faça passar de um ontologismo originário para um ontologismo social. Isso é tornado possível, conforme José de Faria Costa, com a evocação da noção de responsabilidade, despertada pelo cuidado:

Aquele que se cura, que se cuida, é necessariamente *responsável* perante o cuidar-se de si mesmo, como também o é perante o cuidar dos outros e o cuidar-se para com os outros.<sup>183</sup>  
(grifo nosso)

Uma tal consideração nos leva a rememorar a filosofia de Enrique Dussel. Para o autor a dimensão humana somente encontra existência a partir do reconhecimento do outro, do diferente. De acordo com suas palavras, para o reconhecimento do outro é necessário, antes, poder refletir, aceitar-se como um valor e descobrir-se como pessoa.<sup>184</sup>

<sup>180</sup> Transcrição feita de STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre ser e tempo**. Rio de Janeiro: Petrópolis, 1988. p. 87-88. Também conferir em <sup>180</sup> D'AVILA, Fabio Roberto. Filosofia e direito penal. Sobre o contributo crítico de um direito penal de base onto-antropológica. In: **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 47-48. E em HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Parte I. Trad. por Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 1988. p. 263-264.

<sup>181</sup> STEIN, Ernildo. **Seis estudos sobre ser e tempo**. Rio de Janeiro: Petrópolis, 1988. p. 88.

<sup>182</sup> <sup>182</sup> D'AVILA, op. cit., p. 48.

<sup>183</sup> FARIA COSTA, José de. **O perigo em direito penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 251.

<sup>184</sup> Enrique Dussel, em sua “Filosofia da Libertação”, afirma que na América Latina encontramos-nos bem antes disso, num estágio de *interpelação primitiva*: “Estamos na presença do escravo que nasceu escravo e que nem sabe que é uma pessoa. Ele simplesmente grita. O grito – enquanto ruído, rugido, clamor, protopalavra ainda não articulada, interpretada de acordo com o seu sentido apenas por quem “tem ouvidos para ouvir” – indica simplesmente que alguém está sofrendo e que do íntimo de sua dor nos lança um grito, um pranto, uma súplica.” (DUSSEL, Enrique. **Filosofia da libertação: crítica à ideologia da exclusão**. Trad. Georges I. Maissiat. São Paulo: Paulus, 1995. p. 19.)

É imperativo que alguém dê “uma resposta *responsável*”<sup>185</sup> ao apelo do outro”. Tratar-se-ia, pois, de uma questão de *consciência ética* – Dussel distingue a *consciência ética* da *consciência moral*: enquanto esta aplica os princípios do sistema vigente, aquela pressupõe uma abertura ao que é exterior a ela, com outros critérios de discernimento – e por isso o ouvinte-responsável terá de afirmar-se a si mesmo.<sup>186</sup>

O “eu-próprio” do “ouvinte-responsável”, para o filósofo, só se afirma como um valor na medida em que sente o impacto da súplica do outro, com anterioridade a qualquer *reflexão*<sup>187</sup> possível. É dizer que só respondemos com responsabilidade à súplica do outro quando este já nos “comoveu”. Seguindo a lógica de Lévinas, situa-se no outro a origem e a raiz da afirmação do “eu próprio”.<sup>188</sup>

O que está no âmago da teoria onto-antropológica de Jose de Faria Costa é a sua radiografia social, condizente na fina observação de que “a comunidade humana realiza-se e forma-se por meio de uma teia de cuidados (...), em que o cuidado do eu sobre si mesmo, só tem sentido se se abrir aos cuidados para com os outros, porque também unicamente desse jeito, unicamente nessa reciprocidade, se encontra a segurança (...)”<sup>189</sup> Obviamente, o cuidado de que aqui nos temos ocupado apresenta-se ainda como um cuidado originário ou, v.g., de primeiro nível.

<sup>185</sup> Enrique Dussel, ao tratar de responsabilidade, faz uso do significado dado por Lévinas: “Em seu emprego cotidiano, responsabilidade é assumir alguém a seus cuidados (vem do verbo latino *spondere*: assumir alguém a seus cuidados. Com o sentido que lhe dá Lévinas, ‘re-sponsabilidade’ é assumir a seus cuidados o Outro, o pobre, o que se encontra sem proteção nem segurança por parte das instituições vigentes”. (DUSSEL, Enrique. **Filosofia da libertação: crítica à ideologia da exclusão**. Trad. Georges I. Maissiat. São Paulo: Paulus, 1995. p. 57. Nota de rodapé 39.)

<sup>186</sup> *Ibid.*, p. 19.

<sup>187</sup> Sobre o sentido e a gênese da reflexão filosófica, sobretudo sob a perspectiva da mitologia grega, ver COLLI, Giorgio. **El nacimiento de la filosofía**. 3 ed. Barcelona: Tusquets Editores, 1983.

<sup>188</sup> DUSSEL, op. cit., p. 19-20.

<sup>189</sup> FARIA COSTA, José de. **O perigo em direito penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 319. Já em escrito publicado em 2005, encontraremos a mesma ideia, cada vez mais aperfeiçoada pelo autor, acerca dos fundamentos de sua teoria onto-antropológica: “corresponde, no patamar da dimensão fenomênica, pura e dura, a relação ético-existencial de um “eu” concreto, de carne e osso, que, precisamente, pela sua condição, só pode ser se tiver o “outro”, cuidar do outro, cuidar de si cuidando o “outro” e cuidando este cuidar de si.” (FARIA COSTA, José de. Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena. In: **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 223-224.)

O passo seguinte consiste no interrogar acerca do que se deve cuidar, passa por uma definição mesma acerca disso. Eis o ponto de valoração de segundo nível - em que embora não configure a dimensão originária, está a ela umbilicalmente ligada - no qual reside o direito penal. As normas de proibição penal encontram o seu referencial no cuidado e este se revela seja "na própria definição dos comportamentos proibidos", seja no "evitar cuidadoso desses mesmos comportamentos".<sup>190</sup> O cuidado, é de se dizer, objetiva-se, seguindo Faria Costa, "na formulação dos valores que a ordem penal consagra".<sup>191</sup>

### 2.2.2 O cuidado e o perigo no direito penal

As comunidades humanas encontraram, desde sempre, o seu desenvolvimento no seio de perigos. Tendo como lugar de fala, logicamente, o contexto europeu, sustenta-se, de um modo reconhecidamente redutor, que até a 1ª Revolução Industrial o perigo possuía características bastante particulares. O perigo era sentido e experienciado como algo sempre externo à própria comunidade. O perigo vinha sempre de fora (ou decorrente dos inimigos militares ou de forças da natureza) e por isso tinha por resultado a não formação de uma consciência comunitária que valorasse as situações de perigo nascidas no seio da própria comunidade.<sup>192</sup>

Os grandes dramas coletivos consistiam, naquele tempo, em defender e consolidar determinados espaços geográficos, povoados em razão da existência de terras férteis, cujo perigo advinha da cobiça de outras comunidades. Em ditas sociedades, as atividades internas (naturalmente trabalhos braçais) que envolvessem perigo eram executadas invariavelmente por mão-de-obra escrava. O perigo imposto a pessoa sujeita a um tal regime nada significava para a comunidade, v.g., a morte de um escravo não importava em efetiva perda de um membro da comunidade, mas tão-só encampava a *ratio calculatrix* consistente num cálculo de custo-benefício.<sup>193</sup>

<sup>190</sup> FARIA COSTA, José de. **O perigo em direito penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 251.

<sup>191</sup> Ibid., p. 251.

<sup>192</sup> Ibid., p. 321.

<sup>193</sup> Ibid., p. 322.

O perigo não possuía suficiente envergadura para receber do direito um juízo de desvalor. Para o direito penal o que relevava era a produção de efetivo dano, devia ser um fato - modificação do mundo exterior - apreensível aos sentidos e, por isso, passível de ser apreendido por toda a comunidade como algo ético-juridicamente desvalioso.<sup>194</sup>

Para todos os efeitos, o perigo e o cuidado seriam “duas projeções de uma mesma realidade”, de modo que é possível descrever uma relação de mútua dependência, isto é, não se concebe o perigo sem cuidado nem é possível falar em cuidado sem que a ele se associe um perigo.<sup>195</sup> Se a comunidade jurídica é uma comunidade de cuidados porque o ser-aí cuida, originariamente, de si e dos outros reciprocamente, impõe-se destacar que é comunidade de cuidados também porque é uma comunidade de perigos. Tanto o ser-aí quanto a comunidade jurídica assumem-se, nessa seara, como “estruturas ontológicas de cuidado-de-perigo”.<sup>196</sup>

O desenvolvimento da técnica e da máquina, inexoráveis fontes de perigo, fez com que o homem tivesse de criar formas de evitar que esses perigos se concretizassem em danos. O direito então cria normas de segurança visando a evitar o dano. O principal e que merece ser sublinhado é que as fontes geradoras de perigo passaram a ser, diversamente das sociedades pré-industriais, “fruto do desenvolvimento interno da própria comunidade”.<sup>197</sup> A partir daí, é aberto o campo para o desenvolvimento, mesmo que tímido, do perigo enquanto categoria de relevância jurídico-penal com ressonância comunitária.<sup>198</sup>

### 2.2.3 A pena na teoria onto-antropológica

<sup>194</sup> FARIA COSTA, José de. **O perigo em direito penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 326. Nota de rodapé (91).

<sup>195</sup> *Ibid.*, p. 327.

<sup>196</sup> *Ibid.*, p. 327.

<sup>197</sup> *Ibid.*, p. 343-345.

<sup>198</sup> Destaque-se que o perigo, conforme José de Faria Costa, figura, em termos dogmáticos, como um conceito normativo. Isto é, “como conceito de elaboração através da dimensão axiológica que perpassa o direito penal”. Dita constatação não invalida, por certo, que o perigo, tal qual o cuidado, “se apresente como matriz ontológica de todo o viver comunitário”. (FARIA COSTA, José de. **O perigo em direito penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992. p. 346)

Se em Immanuel Kant o dever é considerado como um radical essencial para a compreensão do direito, Faria Costa, com base na teoria onto-antropológica, sustenta, para além do *"Du sollst weil ich soll"*, uma conformação que afirme:

Tu deves não só porque eu devo, mas tu deves, sobretudo, porque eu, enquanto outro, também devo. E devo perante ti que és, sem remédio, sem redenção, outro. E mais. Devemos porque em todos há a firme convicção de que os actos de quem quer que seja – meus ou do outro, praticados por mim contra ele ou por ele contra mim – serão sempre valorados pelas mesmas regras e pelos mesmos princípios.<sup>199</sup>

Não pairam controvérsias de que no âmbito das sociedades organizadas a distribuição das penas se dá pela via do direito penal.<sup>200</sup> A pena, na visão de Faria Costa, mais não é do que a exteriorização de um mal. Constatação desse jaez leva ao estranho paradoxo de se querer evitar o mal do crime com a engendração do mal da pena.<sup>201</sup> Paradoxo que faz de nós, enquanto sociedade que se quer enxergar evoluída, realizadores do mal (da pena) que vem de outro mal (do crime), compreendendo que assim se estaria a fazer o bem.<sup>202</sup> Eis as coisas como, com sutileza, se apresentam.

<sup>199</sup> FARIA COSTA, José de. Um olhar doloroso sobre o direito penal (ou o encontro inescapável do homo dolens, enquanto corpo-próprio, com o direito penal). In: *Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 77.

<sup>200</sup> Desde Cesare Beccaria já se encontra o importante referencial iluminista sobre a pena, segundo o qual: "para que toda a pena não seja uma violência de um ou de muitos contra um cidadão particular, deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a mais pequena possível nas circunstâncias dadas, proporcional aos delitos, fixada pelas leis". (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998. p.163.)

<sup>201</sup> FARIA COSTA, op. cit., p. 78-79. O autor, nesse trecho, considera a análise sociológica do mal do crime não anteposta como a pura violação de um bem jurídico, mas, sobretudo, enquanto "manifestação vivencial de alguém (no caso o infrator) que, de modo voluntário, provoca no 'outro' dor, sofrimento ou mesmo aniquilação da vida", isto é, "provoca na vítima um mal existencialmente vivido, porque existencialmente sofrido".

<sup>202</sup> FARIA COSTA, op.cit., p. 79-80. Utilizando-se da obra de Kurt Naumann, em "Sanktion und Hilfe. Zur rechtsetischen Legitimation von Strafrecht und Strafvollzug im sozialen Rechtsstaat, In: *Ethik und Lebenswirklichkeit. Festschrift für Heinz-Horst Schrey, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1982, p. 111.*", Faria Costa questiona: é possível educar para a liberdade através da privação da própria liberdade? Se o condenado não tem a liberdade como é feita a aprendizagem? Mas não paremos por aqui, Faria Costa refere a obra de Platão, "Éutifron, Apologia de Sócrates, Críton", a qual traz um interessante diálogo entre Sócrates e Críton, enquanto este tentava convencer aquele a empreender fuga, às vésperas da execução de sua pena de morte: "**Sócrates** – É, então, preciso nunca cometer injustiça? **Críton** – Certamente. **Sócrates** – Nem pagar o mal com o mal, como diz a multidão, uma vez que há que não ser injusto de nenhuma maneira. **Críton** – Parece que não. **Sócrates** – Então, não devemos fazer o

Sendo a pena, portanto, reconhecidamente um mal<sup>203</sup>, mostra-se imperioso que esse mal não se torne unicamente a continuação do mal do crime, daí o surgimento de todo um arcabouço doutrinário e filosófico dando conta dos *fins da pena*. Noutras palavras, tratar-se-ia de cristalina tentativa de dar coloração de *bem* às penas.<sup>204</sup> É sob essa discursividade, na valoração do mal da pena como um bem, que as doutrinas da retribuição e da prevenção encontram lugar.

Em diametral oposição à corrente funcionalista, impõe-se adiantar que José de Faria Costa rechaça o caráter preventivo da pena, sustentando uma posição *neo-retributiva de fundamento onto-antropológico* como escopo da sanção.<sup>205</sup> *A priori*, afirma que o caráter retributivo da pena está fundado e justificado numa racionalização de matriz, como não poderia deixar de ser, onto-antropológica.<sup>206</sup> Refuta, de pronto, a apreensão do direito penal como um mero instrumento potencializador do mal.<sup>207</sup>

A existência da conflituosidade e da ruptura violadora no seio da comunidade são resultado de uma perversão sempre presente no nosso primevo *modo-de-ser*.<sup>208</sup> Se é o nosso *modo-de-ser* com os outros um vetor fundamental

---

mal? **Crítón** – Com certeza que não, Sócrates. **Sócrates** – E é justo ou injusto que aquele que sofre retribua o mal, como dizem as gentes? **Crítón** – É injusto. **Sócrates** – Pois, fazendo mal aos homens que são injustos, em nada diferimos deles. **Crítón** – Dizes a verdade. **Sócrates** – É então preciso não pagar o mal com o mal, nem fazer o mal a qualquer homem de quem nos venha mal. (...) Decidamos aqui, fundados naquele princípio segundo o qual de modo nenhum é correcto praticar o mal ou retribuir o mal, repelindo-o e devolvendo-o, quando se o sofre.” (PLATÃO. **Éutifron, Apologia de Sócrates, Crítón**. 4. ed. Tradução, Introdução e notas de José Trindade Santos. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1985. p. 120-121.)

<sup>203</sup> O *Mal* é aqui trabalhado pelo autor português num sentido totalmente secularizado, enquanto legítima restrição/limitação dos direitos e liberdades fundamentais, imposta coativamente pelo Estado e subjetivamente não desejada nem aceite pelo punido. FARIA COSTA, José de. Um olhar doloroso e sobre o direito penal (ou o encontro inescapável do homo dolens, enquanto corpo-próprio, com o direito penal). In: **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 83. Nota de rodapé (40).

<sup>204</sup> FARIA COSTA, op. cit., p. 82-83.

<sup>205</sup> Id. Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena. In: **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 208.

<sup>206</sup> Ibid., p. 209.

<sup>207</sup> Ibid., p. 218.

<sup>208</sup> Ibid., p. 223. É sempre oportuno lembrar que Faria Costa sofreu influência da obra de Lévi-Strauss, segundo o qual a norma proibitiva do incesto representaria em certo sentido a própria cultura, isto é, significaria o rito de passagem do homem natural ao homem social. (LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. Tradução de Mariano Ferreira. Petrópolis: Vozes, 1982. p. 50.) Tal assertiva nos levaria à conclusão de que o homem somente atingiu a qualificação de comunidade através de uma norma de proibição: a proibição do incesto. Isso permite

da relação de *cuidado-de-perigo* de fundamento onto-antropológico, também é preciso considerar que essa relação pode se romper. A rigor, só tem sentido a relação de cuidado-de-perigo se admitir a ruptura. A aplicação da pena, dessa forma, teria o condão de recompor o sentido da relação de cuidado-de-perigo. Sem a pena, não haveria condições de restabelecer essa relação primeva. Assume a pena, portanto, na construção onto-antropológica um matiz positivo, de reposição, de reprimenda; para todos os efeitos, de um bem.<sup>209</sup>

A pena voltar-se-á para o delito praticado no passado – resgatando o momento de ruptura da relação primeva de cuidado-de-perigo. Não há que se falar – Faria Costa fala em ilogicidade e incompreensibilidade – em aplicação de pena com a finalidade de prevenir crimes de outros ou com o escopo de repor a validade da norma violada:

É, pois, no lugar passado do rompimento da primeva relação de cuidado-de-perigo que está a causa, o cerne de tudo. É, por, conseguinte, a partir deste enquadramento, que é ilógico ou incompreensível aplicar-se uma pena dizendo que se o faz na mira de que outros não pratiquem crimes ou com o fito de repor a validade contra-fáctica da norma. Uma tal projeção teórica admite a possibilidade da punição de inocentes e admite, mesmo que se ponha como limite a prática de um facto censurável (punível com culpa), uma medida concreta da pena que ultrapasse, efectivamente, o limite da culpa.<sup>210</sup>

É com base nos pressupostos desenvolvidos nesse reduzido espaço, e obviamente sem pretensões de esgotamento, que deitam raízes as linhas-mestras da teoria onto-antropológica de José de Faria Costa. Teoria que, assentando seu fundamento na relação comunitária-matricial de cuidado-de-perigo, nega valor à finalidade prevencionista da pena e resgata a noção de (neo)retributividade – que se volta senão ao ilícito, à ruptura do *cuidado-de-perigo* inato ao ser comunitário.

---

pensar que o crime, sob tal prisma, consistiria em uma realidade “conatural” ao nosso modo-de-ser. Noutras palavras, e consoante Faria Costa, “toda a sociedade está sempre ligada a um determinado tipo de criminalidade”, de sorte que onde há sociedade, há crime - *ubi societas, ibi crimen*. (FARIA COSTA, José de. **Noções fundamentais de direito penal (fragmenta iuris poenalis)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 15.)

<sup>209</sup> Id. Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena. In: **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 224.

<sup>210</sup> *Ibid.*, p. 227.

### 3 CRIME MILITAR: UM OLHAR PARA ALÉM DA HIERARQUIA E DISCIPLINA

No capítulo que ora iniciamos, mergulharemos, enfim, nas especificidades do Direito Penal Militar, cotejando desde o funcionamento da Justiça Militar à noção de crime militar e de seus elementos constitutivos, perpassando ainda a necessidade de delimitação de um espaço próprio do ilícito criminal e do ilícito administrativo. Para ao final do escrito, voltarmos ao ponto de partida delineado pelas teorias desenvolvidas no capítulo anterior, apontando os acertos e desacertos do estágio evolutivo atual desse ramo especializado (ou autônomo) das ciências criminais.

#### 3.1 INTRÓITO: A HIERARQUIA E DISCIPLINA JÁ NA COMPOSIÇÃO DAS CORTES MILITARES

Qualquer que seja a investigação que tenha por objeto o direito penal militar, não há como prescindir do estudo, ainda que não deveras aprofundado, da composição dos tribunais militares, já que é ali que são gestadas e proferidas as decisões que ajudam a conformar e delinear importantes aspectos do ilícito penal militar. É nesse espaço que a interpretação dos dispositivos legais e a consolidação de entendimentos jurisprudenciais ganham vida e repercussão na vida do acusado em sede de jurisdição militar.

De pronto, já é possível adiantar que os tribunais militares da Justiça Militar da União, tanto em primeira (Conselhos de Justiça) quanto em segunda instância (Superior Tribunal Militar), tem em sua composição uma maioria de militares da ativa. A atividade militar, em si considerada, é uma atividade vocacionada, sabemos, à coisa muito diversa do estudo e da prática do direito. Uma primeira indagação consistiria em saber se não seria uma incongruência deixar nas mãos de colegiados formados por maioria militar o julgamento dos crimes militares. Outra, é admissível que membros do Poder Executivo imiscuam-se na função de deliberar e julgar situações que, pela ordem natural do direito, incumbiria ao Poder Judiciário?

Partindo dessas precursoras divagações, é possível extrair no mínimo três outros questionamentos que necessariamente as acompanham: (i) os

militares alçados à condição de julgadores possuem capacidade técnico-jurídica para o ato de julgar? (ii) A existência de militares integrantes das Forças Armadas compondo os colegiados de julgadores não implicaria prejuízos à imparcialidade do julgamento? (iii) o julgamento de civis por tribunais militares, em tempos de paz, não configuraria um autêntico resquício de legalidade autoritária?

Eis apenas alguns pontos que merecem acalentados aprofundamentos e que, na medida do possível, tentaremos nos debruçar.

### 3.1.1 A composição dos tribunais militares

A composição dos tribunais militares castrenses é regulada atualmente pela Constituição Federal, no caso do Superior Tribunal Militar; e pela Lei nº 8.457/92, no caso dos demais órgãos da Justiça Militar. Interessante notar que o constituinte de 1988 abriu mão de regular importantes aspectos da Justiça Militar, deixando a organização, funcionamento, competência e mesmo a definição de crime militar à legislação ordinária - art. 124 da Constituição Federal.<sup>211</sup>

São órgãos da Justiça Militar, consoante o art. 1º da lei de organização da Justiça Militar da União (Lei nº 8.457/92): (i) o Superior Tribunal Militar, (ii) a Auditoria de Correição; (iii) os Conselhos de Justiça; (iiii) os Juízes-Auditores e os Juízes-Auditores substitutos.

O Superior Tribunal Militar tem a sua competência estatuída no art. 6º da Lei nº 8.457/92. Dentre o seu extenso rol, destacam-se a de processar e julgar originariamente os oficiais gerais das Forças Armadas, nos crimes militares definidos em lei; e a de julgar as apelações e recursos de decisões de juízes de primeiro grau (art. 6º, II, "c", da Lei nº 8.457/92).

A composição do STM está prevista no art. 123, da Constituição Federal, sendo da ordem de quinze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, dos quais três dentre oficiais-gerais da Marinha, quatro dentre

<sup>211</sup> "Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar."

oficiais-generais do Exército, três dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis.<sup>212</sup> Dois terços das cadeiras do STM, visualiza-se, são ocupadas por militares.

Ao Juiz-Auditor Corregedor compete, junto à Auditoria de Correição proceder às correições, instaurar procedimentos administrativos para a apuração de faltas cometidas por servidores que lhe são subordinados e aplicar as penas disciplinares, dentre outros. Não nos ocuparemos, nesse escrito, sobre a Auditoria de Correição.

Os Conselhos de Justiça são os órgãos julgadores de primeira instância e são divididos em duas espécies: Conselho Especial de Justiça e Conselho Permanente de Justiça, funcionando ambos na sede das Auditorias Militares. Os Conselhos Especiais tem por competência o processamento e julgamento dos oficiais, exceto os oficiais generais (cuja competência é do STM), por delitos militares previstos em lei. Compete aos Conselhos Permanentes de Justiça o processamento e julgamento dos delitos militares cometidos pelas praças.

Em termos de composição dos Conselhos, temos que o Conselho Especial é constituído pelo Juiz-Auditor e quatro Juízes militares, todos oficiais, sob a presidência de um oficial-general ou oficial superior de posto mais elevado que o dos demais juízes, ou de maior antigüidade, no caso de igualdade de posto. Já o Conselho Permanente é constituído pelo Juiz-Auditor, por um oficial superior, que será o presidente, e três oficiais de posto até capitão-tenente ou capitão (art. 16, "a" e "b", da Lei nº 8.457/92).

Os julgadores terão sempre posto superior aos acusados ou no caso de igualdade de posto, terão maior antigüidade. Diferença importante entre as duas espécies de Conselhos é que o Conselho Especial é constituído especificamente para um determinado processo, sendo dissolvido logo após a conclusão deste

---

<sup>212</sup> "Art. 123. O Superior Tribunal Militar compor-se-á de quinze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo três dentre oficiais-generais da Marinha, quatro dentre oficiais-generais do Exército, três dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis. Parágrafo único. Os Ministros civis serão escolhidos pelo Presidente da República dentre brasileiros maiores de trinta e cinco anos, sendo: I - três dentre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional; II - dois, por escolha paritária, dentre juízes auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar."

(art. 23, §1º). Já o Conselho Permanente, após constituído, funciona por 3 (três) meses consecutivos (art. 24).<sup>213</sup> Esta particularidade dos Conselhos Permanentes dão lugar a problema de difícil solução. Comumente, os juizes militares sorteados julgam processos instruídos por outros juizes e, de igual forma, participam da instrução de processos que serão julgados por juizes de outra relação trimestral.

A Justiça Militar Estadual, destinada a julgar os delitos militares definidos em lei cometidos pelos membros das Forças Auxiliares, foi contemplada no art. 125, §3º, 4º e 5º da Constituição Federal, de modo que ficou assentada a possibilidade de a lei estadual criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a possibilidade de a lei estadual criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual. Em primeiro grau é constituída pelos juizes de direito e pelos Conselhos de Justiça (nos mesmos moldes da Justiça Militar da União) e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes – atualmente existe apenas três Tribunais de Justiça Militares: sediados no Rio Grande do Sul, Minas Gerais e São Paulo.

Diferentemente dos órgãos da Justiça Militar da União, a Justiça Militar Estadual é competente para o julgamento de ações judiciais contra atos disciplinares militares. Entretanto, em boa medida, não possui competência para o processamento e julgamento de civis – mas apenas de militares dos Estados.

Tramita no Congresso Nacional a Proposta de Emenda à Constituição nº 358/2005, a qual prevê, além da diminuição do número de integrantes do Superior Tribunal Militar - dos atuais 15 (quinze) para 11 (onze) ministros -, a ampliação da competência da Justiça Militar da União para abarcar também o exercício do controle jurisdicional sobre as punições disciplinares aplicadas aos membros das Forças Armadas.<sup>214</sup>

<sup>213</sup> Os comandantes de Distrito ou Comando Naval, Região Militar e Comando Aéreo Regional organizam, trimestralmente, relação de todos os oficiais em serviço ativo e remetem ao Juiz-Auditor competente (art. 19). A constituição dos Conselhos se dá por meio de sorteio feito pelo Juiz-Auditor, em audiência pública (art. 21 e 22).

<sup>214</sup> Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=274765>>. Acesso em 17 de agosto de 2014. Segue a proposta de alteração: "Art. 123. O Superior Tribunal Militar empor-se-á de onze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de

Na atualidade, o controle jurisdicional sobre as punições disciplinares de militares das Forças Armadas compete à Justiça Federal, isto é, a análise de legalidade é feita por juízes e tribunais civis. Se procedida a reforma nos moldes do projeto, essa análise recairá sobre os tribunais militares, constituído, em sua maioria, como observamos, por militares da ativa. Dita mudança de competência é defendida, inclusive, por desembargadores civis, sob o argumento de que, além de o julgamento ocorrer em menor espaço de tempo, “a hierarquia e a disciplina são valores bem mais conhecidos dos juízes militares”, pois estes teriam uma visão muito mais próxima da realidade castrense.<sup>215</sup>

A prosperar essa iniciativa, no que diz respeito ao direito disciplinar, estará o servidor militar sujeito totalmente a seus superiores, sem qualquer controle jurisdicional civil de legalidade do ato, tal como já ocorre no âmbito dos crimes militares. Poderá ser um retrocesso.

Por tudo o que foi até aqui apresentado, observa-se que, pela própria composição dos tribunais militares brasileiros, com a maciça e predominante presença de militares da ativa entre os julgadores, há um considerável espaço para o manejo de considerações afetas mais à hierarquia e disciplina do que propriamente a questões de direito.

Reitere-se que não é exigido dos julgadores militares *formação jurídica*<sup>216</sup> e estes estão inseridos em um sistema de organização fortemente baseado nos

---

aprovada a indicação pela maioria absoluta do Senado Federal, sendo dois dentre oficiais-generais da Marinha, três dentre oficiais-generais do Exército, dois dentre oficiais-generais da Aeronáutica, e quatro dentre civis. Parágrafo único. Os Ministros civis serão escolhidos pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, sendo: I – dois dentre juízes-audidores; II – um dentre advogados de notório saber jurídico e reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional; III – um dentre membros do Ministério Público Militar.” (NR) “Art. 124. À Justiça Militar da União compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei, bem como exercer o controle jurisdicional sobre as punições disciplinares aplicadas aos membros das Forças Armadas.”

<sup>215</sup> Ver TESSLER, Marga Barth. A Reforma do Judiciário e a competência da Justiça Militar com a provável aprovação da PEC nº 358/2005. *Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*, Porto Alegre, a. 19, n. 67. p. 43, 2008.

<sup>216</sup> Desde o início do século XX, Esmeraldino Bandeira já se irrequieta com os julgadores militares sem formação jurídica: “Compostos de homens cujo preparo científico e cuja atividade profissional foram sempre dirigidos a coisa muito diversa do estudo e da prática do direito, não é possível acreditá-los competentes para a missão de julgadores, missão que só pode ser convenientemente desempenhada por quem tenha sérios estudos jurídicos e longo tirocinio judiciário”. (conforme BANDEIRA, Esmeraldino Olympio de Torres. *Curso de Direito Penal Militar*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915. p. 474.)

pressupostos da hierarquia e disciplina, onde a tendência é notadamente pela preponderância desta quando houver colisão com algum direito ou garantia fundamental.

É lugar-comum a afirmativa de que “o bom magistrado militar não é aquele que necessariamente conhece bem o ordenamento jurídico pátrio, mas aquele que além de conhecer bem o direito militar, conhece o funcionamento e o cotidiano dos quartéis (...)”.<sup>217</sup>

Intenta-se justificar a existência do escabinato no Superior Tribunal Militar sob o pretexto de que com isso é possível “aliar a experiência dos comandantes que atingiram o ápice das carreiras, acumulando mais de quarenta anos de vida na caserna, com o inegável conhecimento jurídico dos ministros civis,” o que garantiria, segundo essa óptica, uma aplicação mais justa e humana do direito militar.<sup>218</sup>

Por óbvio, e não poderia ser diferente pelo o que até aqui apresentamos, o argumento que acompanha a defesa da existência de militares-magistrados na Justiça castrense é o que indica a imperiosa necessidade de “preservação da autoridade militar na vigilância e subordinação às ordens no interior da corporação”.<sup>219</sup>

Um tal modo de pensar coloca problemas de duas ordens. Primeiro porque corrobora a existência de um ramo especializado do direito penal com a atribuição específica de preservação da hierarquia e disciplina, o que parece uma sobreposição do direito administrativo-disciplinar. Segundo porque parece nos, por consequência natural da formação militar, que os preceitos da

<sup>217</sup> Conforme CARVALHO JÚNIOR, Astor Nina de. A segunda etapa da reforma do judiciário e o novo perfil do Superior Tribunal Militar. **Direito Militar**: Revista da Associação dos Magistrados das Justças Militares Estaduais – AMAJME, Florianópolis, v.10, n. 61, p.18, set./out. 2006.

<sup>218</sup> ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. A Justiça Militar da União na Constituição Brasileira de 1988. **Âmbito Jurídico - Revista Jurídica Eletrônica**, Rio Grande, nº 84, ano XIV, jan./2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8796](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8796)>.

<sup>219</sup> ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. A Justiça Militar da União na Constituição Brasileira de 1988. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 45, n. 179, p. 393, jul./set. 2008.

hierarquia e disciplina preponderarão sempre sobre os argumentos de direito, o que abre um campo fértil à proliferação de injustiças.

Conhecendo-se as especificidades da profissão militar e do elevado espírito de corpo que é peculiar às turmas de formação, é previsível a existência de casos em que a coesão interna falará mais alto, de modo que mesmo fatos gravíssimos poderiam vir a ser relevados. Não se esqueça que o regime de formação de um oficial de carreira, potencial julgador, dura de quatro a cinco anos em regime de internato, período de tempo em que o jovem é *isolado* da sociedade para submeter-se e assujeitar-se ao modelo disciplinar castrense.

Não há de se esquecer que os julgadores integrantes dos Conselhos de Justiça Militares, excetuando-se o Juiz-Auditor, continuam imbricados aos rigorosos vínculos "de subordinação exatamente com a Administração Pública Militar da Força Armada diretamente interessada na causa, fato que os tornam vulneráveis a interferências indevidas na sua atividade de julgador."<sup>220</sup>

Ademais, nunca é demais referir que, consoante excerto extraído do Caso Palamara Iribarne *versus* Chile, a Corte Interamericana de Direitos Humanos assentou que "a imparcialidade do tribunal implica que seus integrantes não tenham um interesse direto, uma posição tomada, uma preferência por alguma das partes e que não se encontrem envolvidos na controvérsia".<sup>221</sup> O que parece faltar justamente aos julgadores militares.

Poder-se-iam enumerar inúmeros outros argumentos que nos fazem colocar sob suspeição os julgamentos proferidos por juízes militares, todos ligados a quebra de sua imparcialidade,<sup>222</sup> mas um dos nódulos mais

<sup>220</sup> Argumento da Defensoria Pública da União, no HC nº 112.848-RJ (STF), em que postula a inconstitucionalidade do julgamento de civis pelos Tribunais Militares, mas também aqui aplicável. Outro argumento interessante aduzido é o fato de o militar exercer a função de juiz, ainda que por três meses, de modo concomitante às atividades na caserna, o que afrontaria "o artigo 95, parágrafo único, inciso I, da Constituição Federal, segundo o qual aos Juízes é vedado 'exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério'".

<sup>221</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Palamara Iribarne versus Chile**. Sentença de 22 de novembro de 2005. p. 77, nº 146. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_135\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf)>. Acesso em 25 ago. 2014.

<sup>222</sup> À constatação semelhante chegou a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ainda no Caso Palamara Iribarne *versus* Chile, como segue: "155. La Corte estima que la estructura orgánica y composición de los tribunales militares descrita en los párrafos precedentes supone que, en general, sus integrantes sean militares em servicio activo, estén subordinados jerárquicamente a los

problemáticos, dentre todos, é a possibilidade de civis serem julgados por Tribunais Militares.

### 3.1.2 Uma dupla face problemática: civis como acusados e como ofendidos nos Tribunais Militares

Se o julgamento de militares por militares pode dar azo a problemas da ordem dos acima destacados, o julgamento de civis por militares, em tempos de paz, é uma idiosincrasia de difícil explicação. O art. 124 da Constituição Federal dispõe que cabe à Justiça Militar processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Transcorridos mais de 25 anos de transcurso de tempos democráticos, é justamente o Decreto-Lei nº 1.001/1969 (CPM), gestado no regime militar brasileiro, que regula e normatiza o Direito Penal e Processual militar. Não surpreende, pois, a previsão contida no art. 9º, incisos I e III, do Código Penal Militar,<sup>223</sup> que possibilita o julgamento de civis em tribunais militares.

No Superior Tribunal Militar a questão é pacificada no sentido de admitir o julgamento de civis nas hipóteses previstas no Código Penal Militar.<sup>224</sup> No

---

superiores a través de la cadena de mando, su nombramiento no depende de su competencia profesional e idoneidad para ejercer las funciones judiciales, no cuentan con garantías suficientes de inamovilidad y no posean una formación jurídica exigible para desempeñar el cargo de juez o fiscales. Todo ello conlleva a que dichos tribunales carezcan de independencia e imparcialidad.”  
<sup>223</sup> “Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz: I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, **qualquer que seja o agente**, salvo disposição especial; II - (...); III - **os crimes praticados** por militar da reserva, ou reformado, ou **por civil, contra as instituições militares**, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos: a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar; b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério Militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo; c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras; d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior. Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil serão da competência da justiça comum, salvo quando praticados no contexto de ação militar realizada na forma do art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica. (Redação dada pela Lei nº 12.432, de 2011)”

<sup>224</sup> Seguem as ementas de dois julgados recentes: “APELAÇÃO. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. PRELIMINAR DE NULIDADE PELA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR PARA JULGAMENTO DE RÉU CIVIL. REJEIÇÃO. UNANIMIDADE. PRELIMINAR DE EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO. ACOLHIMENTO. UNANIMIDADE. A competência da Justiça Militar da União para processar e julgar civis que cometem crimes capitulados no Código Penal Militar decorre da dicção da norma inculpada no art. 124 da Constituição Federal. A conduta praticada pelo Agente amolda-se ao tipo penal militar descrito no artigo 251 do CPM,

âmbito do Supremo Tribunal Federal a questão está em vias de ser novamente discutida. O HC nº 112.848-RJ foi afetado ao Plenário, em situação que trata de civil preso e denunciado pela suposta prática dos crimes previstos nos arts. 177, §2º (resistência mediante ameaça ou violência), 209 (lesão leve) e 233 (ameaça), parágrafo único, do Código Penal Militar, fatos que teriam ocorrido durante atividade de patrulhamento ostensivo de grupamento do Exército no Complexo do Alemão, no Rio de Janeiro.

O principal argumento de defesa é o de que o Supremo Tribunal Federal decidiu em reiteradas vezes que “não há de se falar em crime militar no caso de conduta praticada por civil em face de militar que não está no exercício de função *tipicamente castrense*”. As atividades de policiamento ostensivo por militares do Exército, de acordo com a tese defensiva, não se enquadrariam em atividades tipicamente militares.<sup>225</sup>

---

**em consequência do que, conforme a dicção do artigo 9º, inciso III, alínea "a", do referido Código, compete à Justiça Militar da União processar e julgar o feito, ainda que se trate de Ré Civil.** Consoante a redação do inciso VI do artigo 125 do CPM, se verificado que, entre a data do fato, anterior à edição da Lei nº 12.234/2010, e a do recebimento da Denúncia, transcorreu o lapso temporal descrito na norma, deve ser declarada a extinção da punibilidade.” (Apelação nº 0000142-46.2012.7.01.0201 – RJ, Decisão de 11/06/2014). Disponível em: <<http://www.stm.gov.br/pesquisa/acordao/2014/50/10017699/10017699.pdf>>. Acesso em 24 ago. 2014. E a segunda: “Ementa: APELAÇÃO. DESACATO A MILITAR. RESISTÊNCIA MEDIANTE AMEAÇA OU VIOLÊNCIA. PRELIMINARES: INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. APLICABILIDADE DA LEI 9.099/95. NÃO RECEPÇÃO OU REVOGAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988 DO ART. 299 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. REJEIÇÃO. MÉRITO: ATIPICIDADE DAS CONDUTAS DOS APELANTES. ABSOLVIÇÃO. NÃO PROVIMENTO. A Justiça Militar da União é competente para julgar o feito em decorrência da sua especialidade prevista no art. 124 da CF/88. A Lei nº 9.099/95 não se aplica à JMU, em virtude da natureza do bem juridicamente tutelado por ela e dos princípios constitucionais pelos quais são organizadas as Forças Armadas: a hierarquia e disciplina militares (art. 142, caput, da CF/88). A CF/88 não revogou o Código Penal Militar, permanecendo vigente o art. 299. Preliminares rejeitadas. As provas dos autos são suficientes e aptas a demonstrarem a tipicidade da conduta dos Apelantes. A veracidade dos fatos deve ser aferida diante do conjunto probatório, confrontando os depoimentos do ofendido, das testemunhas e o exame pericial, sendo bastante a comprovação da materialidade e autoria do delito por esse meio. Negado provimento.” (Apelação nº 0000064-86.2011.7.01.0201 – RJ, Decisão de 12/03/2014) Disponível em: <<http://www.stm.gov.br/pesquisa/acordao/2013/50/10015505/10015505.pdf>>. Acesso em 24 ago. 2014.

<sup>225</sup> É de se recordar que, tivessem os crimes sido perpetrados contra policiais militares, a competência seria da Justiça Comum, pois a Justiça Militar Estadual, por disposição constitucional, não tem competência para o julgamento de civis. Destaca-se, ainda, que as medidas despenalizantes (transação penal e suspensão condicional do processo) dos Juizados Especiais Criminais, não se aplicam à Justiça Militar, por força do art. 90-A da lei nº 9099/95, acrescentado pela lei nº 9.839/1999. Mesmo a vedação da suspensão condicional da pena (*sursis*) em determinados tipos de crimes – art. 617, inciso II, do CPPM e art. 88, inciso II, do CPM – foi considerada recepcionada pela Constituição Federal, conforme decisão do Pleno do STF, no HC nº 119.567/RJ, em 22/05/2014. Recentemente, a 3ª Seção do Superior Tribunal de

O julgamento que promete dar um ponto final ao tema é o julgamento da ADPF nº 289<sup>226</sup>, ajuizada pela Procuradoria Geral da República, em que se questiona justamente a competência da Justiça Militar para julgar civis em tempos de paz.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos já se pronunciou sobre a necessidade de limitação da jurisdição castrense no Caso Palamara Iribarne *versus* Chile, cujos alguns trechos já reproduzimos alhures. Dada a relevância ao debate que estamos a propor, segue a transcrição dos excertos abaixo:

124. La Corte ha establecido que toda persona tiene el derecho de ser juzgada por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial. En un Estado democrático de derecho la jurisdicción penal militar ha de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con las funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. **Por ello, sólo se debe juzgar a militares por la comisión de**

Justiça, no julgamento de conflito de competência proveniente de Belém-PA, definiu, por maioria, a competência da justiça castrense mesmo em atividades não tipicamente militares, conforme ementa que segue: **“DIREITO PROCESSUAL PENAL MILITAR. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DE CRIME DE DESACATO CONTRA MILITAR QUE ESTEJA REALIZANDO POLICIAMENTO NAVAL. Compete à Justiça Militar da União processar e julgar ação penal promovida contra civil que tenha cometido crime de desacato contra militar da Marinha do Brasil em atividade de patrulhamento naval.** Nos termos do art. 9º, III, “d”, do CPM, considera-se crime militar, em tempo de paz, os delitos praticados por civil, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior. A função militar é atribuição específica conferida por lei ao militar, como integrante das forças armadas, exercitadas com características próprias da instituição militar, sobrelevando-se o poder legal conferido à autoridade militar. Vale destacar que, segundo a doutrina, a CF e a legislação infraconstitucional não fazem distinção entre as funções que primárias e subsidiárias na definição da competência da justiça militar. Nesse contexto, deve-se reconhecer como militar o crime praticado por civil contra militar no exercício das funções que lhe foram legalmente atribuídas, seja ela de caráter subsidiário ou não. **CC 130.996-PA, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 12/2/2014.**” Esta decisão do Superior Tribunal de Justiça contrariou precedentes do Supremo Tribunal Federal que vem reconhecendo, por exemplo, a incompetência da Justiça Militar para julgar o **delito de falsificação de documento ou de uso de documento falso, como a Caderneta de Inscrição e Registro (CIR), emitida pela Capitania dos Portos e demais órgãos que integram a estrutura administrativa da Marinha do Brasil, conforme se depreende do HC 110237-PA, Rel. Min. Celso de Mello; HC 96.083/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie; HC 96.561/PA, Rel. Min. Cezar Peluso; HC 103.318/PA, Rel. Min. Joaquim Barbosa. Não configurar-se-ia o crime militar, ainda, se o delito praticado por civil contra militar ocorresse quando este se encontrasse no exercício de função não tipicamente militar, como no emprego subsidiário de segurança pública, conforme HC nº 90.451, com relatoria do Ministro Marco Aurélio; HC nº 96.561, com relatoria do Ministro Cezar Peluso.**

<sup>226</sup> Acompanhamento no sítio do Supremo Tribunal Federal, disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=289&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em 24 ago. 2014.

delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar.

132. La Corte estima que en las normas que definen la jurisdicción penal militar en Chile no se limita el conocimiento de los tribunales militares a los delitos que por la naturaleza de los bienes jurídicos penales castrenses protegidos son estrictamente militares y constituyen conductas graves cometidas por militares que atentan contra dichos bienes jurídicos. El Tribunal destaca que esos delitos sólo pueden ser cometidos por los miembros de las instituciones castrenses en ocasión de las particulares funciones de defensa y seguridad exterior de un Estado. **La jurisdicción penal militar en los Estados democráticos, en tiempos de paz, ha tendido a reducirse e incluso a desaparecer, por lo cual, en caso de que un Estado lo conserve, éste debe ser mínimo y encontrarse inspirado en los principios y garantías que rigen el derecho penal moderno.**<sup>227</sup> (grifo nosso)

A referida decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos demonstra a necessidade de que o debate, no âmbito das Cortes Superiores, avance para além da questão relativa ao desempenho de função tipicamente ou subsidiariamente militar. Trata-se, com efeito, sobre a possibilidade mesma de subsidiariamente militar. Trata-se, com efeito, sobre a possibilidade mesma de civis serem levados a julgamento em Tribunais Militares por conta da natureza dos delitos que deve(ria) o direito penal militar cuidar.

Nunca é demais lembrar que as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos possuem eficácia de coisa julgada formal e material, cabendo afirmar que suas decisões não limitam-se às partes, senão que irradiam "um efeito hermenêutico especial a todos os aderentes ao sistema interamericano, com eficácia *erga omnes* e *standard* interpretativo da convencionalidade e dos ordenamentos internos dos Estados-membros".<sup>228</sup>

No Brasil, a jurisdição de Justiça Militar sobre civis advém de uma legalidade autoritária muito anterior a 1964. As Constituições de 1934, 1937, 1946, e 1967, que perpassaram tanto períodos autoritários quanto de relativa

<sup>227</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Palamara Iribarne versus Chile*. Sentença de 22 de novembro de 2005. p. 74, nº 124; p. 75, nº 132. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_135\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf)>. Acesso em 25 ago. 2014.

<sup>228</sup> GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição federal e o Pacto de São José da Costa Rica*. São Paulo: Atlas, 2014. p. 35.

democracia formal, contemplaram, todas, explicitamente, o julgamento de civis por tribunais militares.<sup>229</sup>

Destaque-se que, até o Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1945, a competência do foro militar para civis podia ser estendida somente para a repressão de crimes contra a *segurança externa ou contra as instituições militares*. O referido Ato Institucional declarou a sujeição dos civis aos tribunais militares nos crimes contra a segurança nacional, excluindo a exigência de que a segurança fosse "externa".<sup>230</sup>

A Constituição de 1988, em que pese tenha suprimido essa autorização explícita, deixou à lei ordinária a regulação da competência. Daí os embates até hoje não superados, com o Código Penal Militar de 1969 condicionando, até os dias atuais, a Constituição de 1988. Um infeliz e teratológico paradoxo.

A tendência dos países de matiz democrático tem sido justamente extinguir os tribunais militares em tempos de paz ou, ao menos, excluir os civis da jurisdição penal militar. Jorge Mera Figueroa, em acentuada crítica ao sistema de justiça militar de seu país, bem destaca:

Todos estos progresos – que, como veremos, no han llegado a nuestro país – han llevado a que actualmente en el derecho comparado de los países democráticos occidentales se hayan impuesto dos modelos en relación con la justicia militar: uno – vigente en países de gran tradición militar, como Alemania y Francia – que la ha suprimido para el tiempo de paz (conociendo de los delitos militares los tribunales civiles), y otro, que es el mayoritario, que la

<sup>229</sup> **Constituição de 1934:** "Art 84 - Os militares e as pessoas que lhes são assemelhadas terão foro especial nos delitos militares. Este foro poderá ser estendido aos civis, nos casos expressos em lei, para a repressão de crimes contra a segurança externa do país, ou contra as instituições militares." **Constituição de 1937:** "Art 111 - Os militares e as pessoas a eles assemelhadas terão foro especial nos delitos militares. Esse foro poderá estender-se aos civis, nos casos definidos em lei, para os crimes contra a segurança externa do País ou contra as instituições militares." **Constituição de 1946:** "Art 108 - A Justiça Militar compete processar e julgar, nos crimes militares definidos em lei, os militares e as pessoas que lhes são, assemelhadas. § 1º - Esse foro especial poderá estender-se aos civis, nos casos expressos em lei, para a repressão de crimes contra a segurança externa do País ou as instituições militares. § 1º - Esse foro especial poderá estender-se aos civis, nos casos expressos em lei para repressão de crimes contra a segurança nacional ou as instituições militares. (Redação dada pelo Ato Institucional nº 2)" **Constituição de 1967:** "Art. 122 - À Justiça Militar compete processar e julgar, nos crimes militares definidos em lei, os militares e as pessoas que lhes são assemelhadas. (Redação dada pelo Ato Institucional nº 6, de 1969) § 1º - Esse foro especial poderá estender-se aos civis, nos casos expressos em lei para repressão de crimes contra a segurança nacional, ou às instituições militares. (Redação dada pelo Ato Institucional nº 6, de 1969)" **Revista de Informação Legislativa.** Brasília, v. 7, n. 27, p. 100, jul./set. 1970.

conserva - pero sólo para los delitos propiamente militares, esto es, los más graves atentados en contra de los intereses castrenses, cometidos por uniformados en servicio activo, como una manera de mantener la disciplina de las instituciones armadas y en atención también a la especialidad y complejidad que revistirían estas infracciones.<sup>231</sup>

Somando-se à Alemanha e França, Portugal suprimiu os Tribunais Militares em tempos de paz, mantendo a sua competência, em tempos de guerra, apenas para os delitos de natureza estritamente militares.<sup>232</sup>

O rechaço ao julgamento de civis na Justiça Militar se dá justamente porque ditos Tribunais são compostos por maioria de membros de instituição diretamente interessada no deslinde do feito, razão pela qual se coloca o inquestionável problema de imparcialidade nesses julgados. No Brasil, por força de disposição Constitucional, os civis somente podem figurar na posição de réu no âmbito da Justiça Militar da União.<sup>233</sup>

De outro lado, chamam a atenção as situações em que o crime é praticado por militar contra civil. Nesses casos, ao invés de processados e julgados no âmbito da justiça comum, os militares, salvo em caso de crimes dolosos contra a vida (cuja competência é do Tribunal do Júri)<sup>234</sup>, são julgados por militares integrantes da mesma instituição a que pertencem.

Problemáticos são os dois contextos – civis na condição de denunciados e civis na condição de vítimas. Na hipótese primeira (civis na condição de

<sup>231</sup> MERA FIGUEROA, Jorge. *La justicia militar en Chile*. Santiago: Flacso-Chile, 2000. p. 9.  
<sup>232</sup> **Artigo 213.º Tribunais militares.** Durante a vigência do estado de guerra serão constituídos tribunais militares com competência para o julgamento de crimes de natureza estritamente militar.

<sup>233</sup> Há um caso que evidencia toda essa problemática. Em 21/06/2010, por volta das 9 horas, a civil Barbara Dias de Goes conduzia seu veículo Prisma, a 110 Km/h, na Rodovia Presidente Castelo Branco, próximo ao município de Jandira-SP. Em dado momento, distraiu-se tentando pegar sua bolsa que estava no banco traseiro e colidiu contra uma viatura Land Rover do Exército Brasileiro, em missão oficial, causando lesões leves no 3º Sgt Wesley Resende e no Cb Vanderlei Vieira dos Santos. Em sessão de julgamento de 24/03/2011, o Conselho Permanente de Justiça da 2ª Auditoria da 2º CJM, absolveu a denunciada. O Ministério Público Militar apelou e restou reformada a decisão no Superior Tribunal Militar. A civil Barbara Dias de Goes foi condenada à pena de 2 meses e 10 dias de detenção, como incurso no art. 2010, §2º, do CPM (lesão corporal culposa), beneficiada pelo "sursis" pelo prazo de 2 anos. (Apelação nº 0000083-96.2010.7.02.0202-SP-STM) O mais interessante é a ginástica argumentativa levada a cabo para fazer considerar este acidente culposo de trânsito um crime militar. Demonstração cabal das profundas incompreensões que rondam ainda a Justiça Militar brasileira.

<sup>234</sup> Um dado que talvez mereça pesquisas de campo, é o panorama comparativo de condenações de policiais por mortes de civis. Qual o percentual de condenações quando a competência era da Justiça Militar e qual o percentual após a competência do Tribunal do Júri.

denunciados), o ofendido(a) será necessariamente outro militar ou a instituição militar. Assim, veremos julgadores que são militares da ativa julgando um civil que ofendeu um companheiro de farda ou mesmo a instituição a que serve.

Na hipótese segunda, em que o civil é a vítima de um crime perpetrado por militar, teremos militares da ativa julgando a conduta de um companheiro de farda. Não é preciso divagar muito além disso para perceber o quão deletérias podem ser tais situações para a legitimidade do Poder Judiciário.<sup>235</sup>

Nunca é demais rememorar os passos que nos fizeram chegar ao atual estágio evolutivo. Na sessão plenária de 13 de dezembro de 1963, o Supremo Tribunal Federal editou a súmula nº 297, assim ementada: "Oficiais e praças das milícias dos estados, no exercício de função policial civil, não são considerados militares para efeitos penais, sendo competente a justiça comum para julgar os crimes cometidos por ou contra eles."

A atividade de policiamento era para o Supremo Tribunal Federal uma função civil, daí a competência à justiça comum. Em 1977, por meio da Emenda Constitucional nº 7 do presidente Ernesto Geisel, definiu-se a competência da justiça militar para o processamento e julgamento dos crimes militares cometidos

<sup>235</sup> Constatando justamente os problemas que tratamos de alertar, Anthony W. Pereira destaca: "Durante a transição brasileira, a prática de processar civis em tribunais militares, pelo menos em larga escala, terminou em 1979, quando o AI-5 foi abolido. No entanto, numa manobra que passou praticamente despercebida à época, o governo Geisel, em 1977, alterou a jurisdição dos crimes cometidos por policiais militares, que passaram da alçada da justiça civil para a da justiça militar (...). É extremamente difícil conseguir a condenação por crimes cometidos contra civis nos tribunais militares estaduais, em parte porque a maioria dos juízes é formada por oficiais da polícia militar." (PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina**. Trad. Patricia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 241.) Também a psicanálise pode dar um importante contributo nesse quesito. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho sintetiza por que – por meio da projeção – um magistrado pode, sob a ação de um inconsciente influenciado pelas suas experiências de vida, "tomar atitudes estranhas ao senso comum na condução do processo", comprometendo, evidentemente, sua imparcialidade: "[...] a remoção pode significar uma tranquilidade ao réu de um processo penal ao qual a decisão não vem informada por impulsos que lhe podem ser prejudiciais [...]. Mas a projeção pode ser um desastre. Antecedentes desagradáveis (acidentes de trânsito onde não se tem culpa e se sai ferido, portando cicatrizes para o resto da vida ou perdendo pessoa íntima, querida, casa arrombada por ladrão; sequestro para fins de extorsão; violências sexuais; experiência com familiar toxicômano, fatos externos os mais variados), levam ao inconsciente um traço negativo que, de retorno ao consciente tende a involuntariamente ser projetado às outras pessoas." (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 1998. p. 143.)

por policiais militares.<sup>236</sup> A mudança de competência teria ocorrido com o intuito de regulamentar e legitimar a repressão política, muito em razão da participação ativa das polícias militares na contenção política durante período ditatorial.<sup>237</sup>

Um tal estado de coisas permite inúmeras distorções. Jorge Zaverucha cita, como exemplo, uma greve onde um manifestante é agredido por policiais civis ou federais. A competência seria da justiça comum. Sendo os agressores policiais militares ou militares do Exército, a competência é da justiça militar do Estado ou da União, respectivamente.<sup>238</sup>

Se, durante um desfile comemorativo à Independência do país, por exemplo, um manifestante invade e pratica violência contra policiais civis ou contra policial militar, a competência será da justiça comum. Se a violência é perpetrada contra militares do Exército, o processamento e julgamento caberia à justiça militar, com todas as consequências inerentes à composição do Conselho de Justiça.

Por tudo o que se disse, concordamos com Jorge Mera Figueroa quando este afirma que a normal e fluida relação entre a polícia e a cidadania, tanto quanto a confiança que aquela deve despertar nesta, pode se ver de algum modo entrecrocada nos delitos em que os civis aparecem ou como imputados ou como vítimas. Isso porque, no lugar de serem julgados por tribunais ordinários, são julgados por tribunais integrados por membros da mesma instituição a que pertencem os infratores ou os ofendidos, conforme for a situação.<sup>239</sup>

Há muito se sustenta a incompatibilidade entre a rigorosa disciplina - salutar à existência de um Exército - e a imparcialidade requerida ao ato de julgar, reflexão que se visualiza, desde o início do século passado, em Fabio Galdames Lastra, segundo o qual:

<sup>236</sup> "Art. 144. (...) §1º (...) d) justiça militar estadual, constituída em primeira instância pelos Conselhos de Justiça, e, em segunda, pelo próprio Tribunal de Justiça, com competência para processar e julgar, nos crimes militares definidos em lei, os integrantes das polícias militares."

<sup>237</sup> ZAVERUCHA, Jorge. A justiça militar no estado de pernambuco: um enclave autoritário dentro do aparato de estado revisitado, **XX Encontro Anual da ANPOCS**, Caxambu (MG), p. 2-3, 1996. Disponível em:

<[http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_view&gid=5381&Itemid=361](http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=5381&Itemid=361)>. Acesso em 6 set. 2014.

<sup>238</sup> Ibid., p. 14.

<sup>239</sup> MERA FIGUEROA, Jorge. **La justicia militar en Chile**. Santiago: Flacso-Chile, 2000. p. 14-15.

La subordinación incondicional que exige el Ejército para su subsistencia es el obstáculo más grande que impide a los miembros de los tribunales militares despojarse, como debieran hacerlo, de esa capa disciplinaria que pesa sobre el militar en todos los actos de su vida como tal, ya sea dentro o fuera del cuartel.<sup>240</sup>

As vinculações especiais entre os membros de uma força militar (seja da polícia militar ou de um exército regular), baseadas numa lógica de submissão ao comando, faz com que, muitas vezes, o subordinado não perceba em si mesmo uma pessoa sujeita de direitos. Mas apenas como parte integrante de um sistema disciplinar no qual o seu dever é o cumprimento de ordens. Essa lógica própria da subordinação especial dos militares obstacularizaria, conforme Jorge Mera Figueroa, a conciliação entre a disciplina institucionalizada e os direitos humanos.<sup>241</sup>

Isso se daria pelo risco de o militar, em sua relação com os civis, projetar a sua própria situação com respeito aos superiores, fazendo com que desconsidere em relação àqueles a própria qualidade de sujeitos titulares de inalienáveis direitos humanos em detrimento dos objetivos institucionais. O maior risco seria, com efeito, de uma possível desvalorização sociocultural da dimensão dos direitos das pessoas.<sup>242</sup>

Face a todos os problemas levantados, concordamos que talvez a única maneira de evitar a contaminação da jurisdição penal militar por motes próprios do braço armado militar é “reduzindo-a ao âmbito estritamente castrense e aplicando-a – por tribunais independentes e imparciais – exclusivamente aos militares que infringem gravemente os mais importantes dos deveres que lhes correspondem enquanto membros da instituição”.<sup>243</sup>

### 3.1.3 Um general na biblioteca

“Um general na biblioteca” é um conto do escritor ítalo-cubano Ítalo Calvino, incluída na obra “Prima che tu dica ‘pronto’”.<sup>244</sup> Para além de uma

<sup>240</sup> GALDAMES LASTRA, Fabio. Estudio sobre la reforma de los tribunales militares. Santiago: imprenta ilustración militar, 1910. Apud MERA FIGUEROA, Jorge. *La justicia militar en Chile*. Santiago: Flacso-Chile, 2000. p. 17.

<sup>241</sup> MERA FIGUEROA, Jorge. *La justicia militar en Chile*. Santiago: Flacso-Chile, 2000. p. 15.

<sup>242</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>243</sup> *Ibid.*, p. 13-14.

<sup>244</sup> CALVINO, Ítalo. *Um general na biblioteca*. Trad. Rosa Freire D'Aguiar. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 74-79.

singela homenagem que ofertamos ao escritor, esse conto desenvolve uma ideia que nos convida a refletir sobre o “refletir” no âmbito das Forças Armadas e, assim, auxilia-nos a tecer uma relação com o fato de militares desempenharem o papel de julgadores.

Admitindo-se que o militar é um agente treinado para o cumprimento de ordens, como vimos, próprio da relação especial de subordinação que permite e coesão da tropa no combate e tendo como pressuposto que o militar, de certo modo, é mais *vulnerável* à incorporação da ideologia dos chefes militares, Ítalo Calvino provoca o leitor ao deixar subentendido no texto a pouca afeição da classe militar às letras, o que decorreria, em uma livre interpretação, da própria atividade militar de fazer ou exercitar-se para a guerra.<sup>245</sup>

A narrativa do autor ocorre em Panduria, nação fictícia, no momento em que insinuou-se na mente dos oficiais superiores a suspeita de que os livros continham opiniões contrárias ao prestígio militar. O Estado-Maior de Panduria então reuniu-se e nomeou uma comissão de inquérito com a atribuição de examinar todos os livros da maior biblioteca de Panduria.<sup>246</sup>

Um general e quatro tenentes eram os encarregados. Puseram sentinelas às portas proibindo a entrada de terceiros: “por causa das grandes manobras, até que as mesmas se concluem”. As ordens, claras, diziam que a comissão não devia sair da biblioteca até que se houvesse por concluída a investigação.<sup>247</sup>

Procedendo-se à divisão de tarefas, ficou acertado que cada tenente seria o responsável por determinado ramo do saber e determinado século da história. O general seria o responsável pela classificação dos volumes, aplicando carimbos diversos, podendo a obra ser declarada adequada para ser lida por oficiais e suboficiais da tropa ou ainda ser denunciada ao tribunal militar.<sup>248</sup>

<sup>245</sup> Reitere-se que não se trata caracterizar a classe militar como avessa à inteligência, o que seria um erro. Mas trata-se de explicitar o posicionamento que a constituição conferiu à instituição, uma posição precipuamente executiva.

<sup>246</sup> CALVINO, Ítalo. **Um general na biblioteca**. Trad. Rosa Freire D'Aguiar. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 74.

<sup>247</sup> *Ibid.*, p. 75.

<sup>248</sup> *Ibid.*, p. 75.

Iniciados os trabalhos, todos os dias o general Fedina, chefe da missão, emitia o seu relatório: "Examinados um total de tantos volumes. Retidos como suspeitos tantos. Declarados adequados para oficiais e tropa tantos". Em meio aos trabalhos, os tenentes não acreditavam no que liam: "-Mas é inacreditável, um livro sobre as guerras púnicas que fala bem dos cartagineses e critica os romanos! -Essa não! Aqui eles têm a coragem de expressar dúvidas sobre a pureza dos ideais das Cruzadas!". Por uma semana se viu o tenente Luccheti, compenetrado, a folhar e folhar páginas de livros. Por vezes murmurava: "-Mas essas Cruzadas, quem diria!"<sup>249</sup>

Os relatórios remetidos ao Comando informavam o exame de número cada vez maior de livros, mas já sem as classificações positivas ou negativas. Em dado momento, estando ociosos, os soldados solicitaram e foram autorizados a auxiliar na leitura das obras. Sobre o prosseguimento dos trabalhos pouco se sabe dos detalhes, apenas que os relatórios começaram a rarear até pararem de vez. Alarmado, o Comando ordenou que fossem concluídas as investigações o quanto antes e que fosse redigido um minucioso relatório.<sup>250</sup>

Naturalmente, em cumprimento à ordem, o general Fedina dirigiu-se ao Comando e diante do Estado-Maior reuniu expôs os resultados da investigação. Expôs uma espécie de compêndio da história da humanidade no qual colocava em dúvida e criticava "todas as ideias mais indiscutíveis" dos pensadores de Panduria. O general sequer pode terminar sua exposição. "Falou-se de degradação, de processo". O general e os quatro tenentes foram mandados para a reserva por razões de saúde. À paisana, frequentemente eram vistos adentrando na velha biblioteca.<sup>251</sup>

Este interessante conto bem ilustra o quanto os interesses institucionais podem tornar-se um óbice ao livre desenvolvimento do pensamento. Podemos, como corolário lógico, secundar que os interesses institucionais também serão sempre um óbice ao livre ato de julgar.

<sup>249</sup> CALVINO, Ítalo. **Um general na biblioteca**. Trad. Rosa Freire D'Aguiar. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 76-77.

<sup>250</sup> *Ibid.*, p. 77-78.

<sup>251</sup> *Ibid.*, p. 78-79.

### 3.2 CRIME MILITAR E O MODELO DE CRIME COMO OFENSA A BENS JURÍDICOS

A partir deste subtítulo adentraremos já na noção de crime como ofensa a bens jurídicos, enquanto modelo de crime mais apropriado à limitação da potestade punitiva estatal, bem como traçaremos a interligação desse modelo de crime à noção de crime militar.

Na medida em que aprofundávamos os estudos sobre o direito penal militar, foi possível observar um déficit criterial na identificação dos contornos materiais do crime militar. Sobre isso, trazemos um interessante excerto trabalhado por Michel Foucault. Foucault lecionou no Collège de France de janeiro de 1971 a junho de 1984,<sup>252</sup> na cátedra de “História dos Sistemas de Pensamento”. Na aula de 21 de março de 1979, o autor trabalhou justamente com a definição de crime:

É G. Becker (*La Théorie économique du crime...*), em seu artigo “Crime e Castigo”, [sic] que dá esta definição do crime: chamo de crime toda ação que faz um indivíduo correr o risco de ser condenado a uma pena. [alguns risos.] Fico surpreso com o riso de vocês, porque é afinal, com uma diferença bem pequena, a definição que o código penal francês e, por conseguinte, todos os códigos nele inspirados dão do crime, pois vocês sabem como o código penal define um delito: o delito é o que é punido por penas correcionais. O que é um crime?, diz o código penal, esse código penal que é o de vocês, é o que é punido por penas aflitivas e infamantes. Em outras palavras, o código penal não dá nenhuma definição substancial, nenhuma definição qualitativa, nenhuma definição moral do crime. Crime é o que é punido por lei, e ponto final.”<sup>253</sup>

A doutrina penal francesa, no plano da dogmática, não teve penetração nem possui relevância na ciência criminal contemporânea. Isso não impede que atentemos à citação supra, na qual resta claro o quão frágil é falar em definição de crime abdicando de seus contornos substanciais. A esse desiderato são dedicadas as próximas linhas.

<sup>252</sup> FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France**. Edição de Michel Senellart. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. XV.

<sup>253</sup> Ibid., p. 344.

### 3.2.1 O modelo de crime como ofensa a bens jurídicos

A leitura do ilícito criminal em termos tão somente formais, o que se mostra totalmente insuficiente em sede de um direito criminal conforme ao Estado de Direito, leva-nos ao excurso e intransigente defesa do modelo de crime como ofensa a bens jurídicos. A compreensão do ilícito como ofensa a bens jurídicos penais tem no seu bojo a necessidade de verificação, *in concreto*, de dano ou perigo a bens jurídicos dotados de dignidade penal. Ausente a lesão ou o perigo de lesão, não há de se falar em crime.

O direito penal contemporâneo, não de hoje, vem cedendo, e isso em escala mundial, a meros interesses de política criminal. O vigor dessa afirmação é constatado pela própria perda de densidade do bem jurídico, o que faz com que deixe de se impor como um freio a generalizada criminalização de condutas.

Ainda que estejamos vivendo um período de exacerbada inflação penal, noticia-se que a concepção de crime como ofensa a bens jurídicos encontra guarida na doutrina penal de países com larga tradição no pensamento científico-criminal.<sup>254</sup> A ideia central, pode-se afirmar, está na refutação a um direito penal que persiga fins transcendentais ou éticos. Um direito penal que degrade o homem a “mero objeto de tratamento pelas suas presumíveis tendências anti-sociais”. Sobretudo rechaça-se um direito penal que assente o crime em atitudes interiores ou na mera manifestação de vontade de desobedecer as leis.<sup>255</sup>

<sup>254</sup> Entre nós, com consistente defesa ao modelo de crime como ofensa ao bem jurídico, ver D'AVILA, Fabio Roberto. Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. In: **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 57 e ss. Encontra-se, de igual modo, lastro para esse modelo na doutrina abalizada da Alemanha, Itália e Portugal. Como MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. **Corso de diritto penale. Le norme penali: Fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica**. 3. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2001. p. 449 e ss. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais. a doutrina geral do crime. Tomo I**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 308 e ss. ROXIN, Claus. **Derecho penal. parte general**. Tomo I. Trad. e notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 1997. p. 52 e ss. JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal: parte general**. Granada: Editorial Comares, 1993. p. 210-211. MANTOVANI, Ferrando. **Principi di diritto penale**. Padova: Cedam, 2002. p. 81 e ss.

<sup>255</sup> DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos. Trad. José de Faria Costa. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Porto Alegre, fasc. 2, ano 4. p. 152, abr./jun. 1994.

O repúdio, se vê, está dirigido à visão subjetivista do direito penal, encarnada naquilo que o homem “é” ou “quer”. Nesse sentido, o que se vislumbra é o acolhimento da visão objetivista de direito penal, que interaciona somente com o homem que “faz”. O fato jurídico-penal há de ser, seguindo essa lógica, somente aquele que ofende a bens jurídicos, o que nos leva à conclusão de que essa construção necessariamente vinculará tanto o legislador quanto o intérprete.<sup>256</sup>

Pelo o que até aqui discorremos, fácil constatar que o *modelo de crime como ofensa a bens jurídicos* opõe-se flagrantemente a modelos não-liberais, tais como o direito penal da vontade, o autoritário direito penal baseado na infidelidade ao Estado ou na mera infração do dever.<sup>257</sup> No raciocínio em torno do ilícito penal, afirmam-se dois fatores sem os quais não há de se reconhecer a existência de um ilícito-típico, quais sejam: (a) a existência de um bem jurídico dotado de dignidade penal como objeto de proteção da norma, e (b) a efetiva ofensa, no caso concreto, ao bem jurídico tutelado.<sup>258</sup> Alinhamos nossos escritos, portanto, à proposição segundo a qual “não há crime (legítimo) sem ofensa a um bem jurídico-penal”.<sup>259</sup>

A intervenção penal é um fenômeno que contraria a condição natural de liberdade das pessoas, por isso necessita de construção que a legitime e a justifique. O problema primeiro do direito penal é, indubitavelmente, o questionamento acerca do que pode ser considerado materialmente como

<sup>256</sup> DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos. Trad. José de Faria Costa. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Porto Alegre, fasc. 2, ano 4. p. 152-153, abr./jun. 1994.

<sup>257</sup> *Ibid.*, p. 154. Também D'AVILA, Fabio Roberto. Filosofia e direito penal. Sobre o contributo crítico de um direito penal de base onto-antropológica. In: **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 51.

<sup>258</sup> D'AVILA, Fabio Roberto. Ofensividade e ilícito penal ambiental. In: **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 106.

<sup>259</sup> D'AVILA, Fabio Roberto. Filosofia e direito penal. Sobre o contributo crítico de um direito penal de base onto-antropológica. In: **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 51. No mesmo sentido MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. **Corso de diritto penale. Le norme penali: Fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica**. 3. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2001. p. 449.

conduta criminosa<sup>260</sup> O paradigma jurídico-penal iluminista parece ser aquele que mais convincente resposta deu. A proibição de comportamentos desvinculados da tutela de bens jurídico-criminais consubstancia, na visão de Hassemer: o terror de Estado. Notadamente por impor uma restrição na liberdade de agir despida de seguro fundamento.<sup>261</sup>

A questão que envolve o bem jurídico ofendido pelo crime, não é senão o problema que envolve a própria legitimação do direito penal.<sup>262</sup> Daí por que as normas penais contenham a função de proteção de bens jurídicos. De forma, a nosso ver, acertada, propondo uma ainda maior limitação, sustenta Jorge de Figueiredo Dias que incumbe ao direito penal a proteção *subsidiária* de bens jurídicos<sup>263</sup>, isto é, somente os bens jurídicos que revelassem proteção jurídica insuficiente de outros ramos do direito mereceriam a proteção penal. Posição largamente reconhecida na doutrina penalística que reafirma, sobretudo, a natureza de *ultima ratio* do direito penal.

A conceituação de bem jurídico perpassou inúmeras correntes do pensamento na teoria do delito (positivista, neokantiana, ontológica, funcionalista), mas a verdade é que a ciência criminal não logrou êxito na obtenção de uma conceituação fechada, senão o estabelecimento de linhas gerais para a operação no âmbito dogmático e político-criminal.<sup>264</sup>

Não escapou a Juarez Tavares que a conceituação de bem jurídico "não pode deixar de ser o resultado de uma escolha política, ingênua ou comprometida, acerca do que se pretende com a sua proteção".<sup>265</sup> O que

<sup>260</sup> D'AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. In: **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II**. 2. ed. Org. por Ruth Maria Chittó Gauer. Porto Alegre: Edipucrs, 2011. p. 213.

<sup>261</sup> Ver HASSEMER, Winfried. Darf es Straftaten geben, die ein strafrechtliches Rechtsgut nicht in Mitleidenschaft ziehen?. In: Die Rechtsgutstheorie. Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel?. Org. Hefendehl, v. Hirsch e Wohlers, Baden-Baden: Nomos, 2003, p. 64. Apud D'AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. In: **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II**. Org. por Ruth Maria Chittó Gauer. Porto Alegre: Edipucrs, 2010. nota de rodapé nº 16, p. 202.

<sup>262</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione: Teoria del garantismo penale**. 7. ed. Roma: Laterza, 2002. p. 469.

<sup>263</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Tema básicos da doutrina penal. Sobre os fundamentos da doutrina penal. Sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 42.

<sup>264</sup> Ver D'AVILA, op. cit., p. 219.

<sup>265</sup> TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 181.

demonstra, de todo modo, a importância de se chegar num consenso na sua conceituação, alinhada a parâmetros constitucionais, de forma a reduzir as chances de manipulação de seu emprego.<sup>266</sup>

Assim colocado, temos que a função do direito penal de proteção ao bem jurídico dotado de dignidade penal, mais do que servir como elemento fundante, tem real importância na limitação da intervenção penal. O conceito de bem jurídico, voltamos a repetir, impõe limites às escolhas do legislador e guiam e vinculam o intérprete, haja vista que “entre os múltiplos significados que se pode atribuir à letra da lei, deverá ser preferido o significado que melhor se harmonize com o bem jurídico tutelado”.<sup>267</sup>

Disso se extrai a assertiva de que sua função de limite ou garantia consiste precisamente no fato de que a lesão ou o perigo de lesão a um bem deve ser condição necessária, mas nunca condição suficiente para que seja justificada a proibição de uma conduta ou a punição de um crime.<sup>268</sup> E também há de ser considerada a concepção de que o emprego do poder punitivo requer a completa satisfação do princípio da ofensividade (*nullum crimen sine iniuria*), reconhecidamente um dos mais preciosos legados do pensamento jurídico-penal liberal.<sup>269</sup>

Sob uma perspectiva dogmática, o princípio da ofensividade explicita um modelo de crime que se fundamenta e se legitima na ofensa a interesses objetivos, traduzidos na própria lesão ou exposição a perigo de bens jurídicos protegidos. Contrapondo-se, portanto, “à simples violação objetiva do dever”.

<sup>266</sup> Sobre a manipulação no emprego do bem jurídico, nunca é demais repetir que mesmo no Estado Nacional-Socialista havia quem (Schwinge e Zimmerl) sustentasse um direito penal “nazi” com função de proteção de bens jurídicos supraindividuais, preenchidos obviamente com o conteúdo representativo dos valores da Alemanha nazista. Claro está que a existência, por si só, de bens jurídicos não nos livram da possibilidade de excessos e de subversão de um direito penal mínimo para um direito penal máximo. O fundamental é, inequivocamente, atentar para o conteúdo que será emprestado a estes bens jurídicos.

<sup>267</sup> MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. **Corso de diritto penale. Le norme penali: Fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica**. 3. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2001. p. 435.

<sup>268</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione: Teoria del garantismo penale**. 7. ed. Roma: Laterza, 2002. p. 473. Também MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. **Corso de diritto penale. Le norme penali: Fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica**. 3. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2001. p. 449.

<sup>269</sup> D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios. Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 39-40.

Trata-se de um modelo de crime que carrega consigo o conteúdo do desvalor da infração (ilicitude). A ilicitude aproxima-se (imiscui-se, talvez seja a expressão mais correta) do *Tatbestand*, conferindo a este a expressão de verdadeiro “portador da valoração jurídico-criminal que o juízo de ilicitude exprime”.<sup>270</sup>

Inegavelmente superado se mostra o *Tatbestand* inicialmente proposto por Beling, na medida em que o sustentava como uma categoria desprovida de conteúdo, com função de mera descrição formal da conduta criminosa.<sup>271</sup> Daí a falar-se não de uma divisão categorial entre tipicidade e ilicitude, mas já de um ilícito-típico, construção albergada no fato de que “o tipo é só uma emanção concretizada de uma ilicitude que o precede e o fundamenta”, onde assenta-se a paradigmática expressão de Hardwig, segundo a qual “*sem ilicitude não há tipo*”.<sup>272</sup>

Desta forma, o ilícito-típico deve ser entendido como uma “categoria dogmática materialmente informada por um juízo de ilicitude centrado na ofensa a bens jurídicos”. O que é o mesmo que afirmar a total insuficiência do mero preenchimento formal da tipicidade. É na necessidade do atendimento dos requisitos substanciais da tipicidade que desnuda-se a *ofensividade* como condição de legitimidade do direito penal.<sup>273</sup>

### 3.2.2 O conteúdo das normas incriminadoras

Neste subtítulo verificaremos se o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos consegue se firmar como porto seguro no enfrentamento da questão do conteúdo das normas incriminadoras. Aparentemente, o legislador, com base nesse modelo, não encontra seguro suporte e tampouco qualquer vínculo para a

<sup>270</sup> D'AVILA, Fabio Roberto. *Ofensividade e crimes omissivos próprios. Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 40-41.

<sup>271</sup> Ver BELING, Ernst Ludwig von. *El rector de los tipos de delito (Die Lehre vom Tatbestand)*. Trad. L. Prieto Castro e J. Aguirre Cárdenas. Madrid: Editorial Reus, 1936. p. 14 e ss.

<sup>272</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *O problema da consciência da ilicitude em direito penal*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 95.

<sup>273</sup> D'AVILA, op. cit., p. 41.

eleição dos objetos ou das relações que serão concedidas a dignidade de bens jurídicos-penais.<sup>274</sup>

A corroborar o que explicitamos supra, Emilio Dolcini e Giorgio Marinucci informam que a experiência italiana sob o jugo do fascismo demonstrou a possibilidade de as normas incriminadoras serem construídas em conformidade com a forma liberal da ofensa a bens jurídicos e, concomitantemente, "ter os conteúdos mais iliberais".<sup>275</sup> No case italiano foram elevados à dignidade de bens jurídicos, por exemplo, o monopólio da atividade política ao partido fascista, o monopólio da atividade sindical de acordo com as diretrizes do partido único, a integridade da *raça itálica*, a expansão demográfica etc.<sup>276</sup>

Esse estado de coisas levou à criminalização de condutas como a manifestação de atividades políticas discordantes, criminalização da greve, da convivência conjugal entre italianos e pessoas das colônias da Abissínia, Eritreia e Somália Italiana (antigamente denominada África Oriental Italiana) e também a criminalização da propaganda de meios contraceptivos.<sup>277</sup>

Mesmo no Estado Nacional-Socialista alemão, a noção de bem jurídico não foi de todo expurgada. Embora os fundadores da Escola de Kiel enxergassem no bem jurídico um legado liberal-individualista<sup>278</sup>, autores como Schwinge e Zimmerl defendiam a concepção de um bem jurídico supraindividual,

<sup>274</sup> DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos. Trad. José de Faria Costa. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Porto Alegre, fasc. 2, ano 4. p. 154, abr./jun. 1994.

<sup>275</sup> DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos. Trad. José de Faria Costa. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Porto Alegre, fasc. 2, ano 4. p. 154-155, abr./jun. 1994.

<sup>276</sup> MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale*. 3. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2001. p. 488.

<sup>277</sup> *Ibid.*, p. 488.

<sup>278</sup> Georg Dahm e Friedrich Schaffstein, fundadores da escola de kiel, sustentaram uma nova essência do crime, não mais assentada na ofensa a um bem jurídico, mas vinculada à violação de um vínculo ético que ligava e subordinava o indivíduo à comunidade e ao Estado. Tratava-se de uma vinculação à subjetivação do delito. A consequência dessa nova configuração trouxe repercussões ao direito penal. Gallas (em *Zur kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung*, in *Festschrift für Gleispach*, 1936, p. 51) cita como exemplo o caso da testemunha que havia dito a verdade mas convicta de ter prestado depoimento falso. Em um caso desses, pela teoria do bem jurídico, a conduta seria atípica, justamente por não ter afetado de qualquer modo a administração da justiça. Uma leitura feita com base no vínculo ético levaria à configuração do crime, pois ainda que não tenha existido afetação à administração da justiça, houve a violação dos deveres éticos, na medida em que convencido de estar depondo falsamente. (MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale*. 3. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2001. p. 438-439)

logicamente representativa dos valores da Alemanha nazista,<sup>279</sup> o que, ao fim, pouco alterava o panorama penal daqueles tempos sombrios.

Recentemente, mais propriamente em 2008, a Corte Constitucional Federal da Alemanha (Bundesverfassungsgericht - BverfG), no processo 2 BvR 392/07, se debruçou<sup>280</sup> sobre a constitucionalidade da norma penal que incrimina o incesto (§ 173 StGB).<sup>281</sup> Do peculiar caso dos irmãos que praticaram o incesto, exsurgiram fundadas discussões acerca do que se está a tutelar com esse tipo penal. De acordo com a decisão do Tribunal Constitucional, a conjunção carnal entre irmãos extrapolaria a esfera nuclear da vida privada dos mesmos, uma vez que geraria consequências para a família, para a sociedade de um modo geral e mesmo para as crianças gestadas da relação incestuosa.

<sup>279</sup> D'AVILA, Fabio Roberto. Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. In: **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 67.

<sup>280</sup> Resumo da decisão disponível em: <<http://www.bundesverfassungsgericht.de/en/press/bvg08-029en.html>>. Acesso em 7 set. 2014. Segue a síntese do caso: "O casal de irmãos que apresentou a reclamação constitucional descende de uma relação familiar extremamente precária e disfuncional. O Reclamante nasceu em 1976 e sua irmã em 1984. Pouco depois do nascimento desta, o casamento dos pais foi desfeito. O Reclamante, a partir da idade de três (3) anos, e depois de ter sofrido abusos por parte de seu pai alcoólatra, foi colocado em orfanatos, e passou por diferentes famílias que tiveram sua guarda. Com a idade de sete (7) anos ele foi adotado definitivamente por uma dessas famílias, cujo sobrenome ele ainda carrega. A irmã permaneceu inicialmente com a mãe, junto com os outros irmãos. Com a idade de cinco (5) anos, ela foi encaminhada a um orfanato e, mais tarde, voltou a viver com o pai do meio-irmão. Entre o Reclamante e sua família biológica não houve mais nenhum contato. No ano de 2000, o Reclamante retomou o contato com sua mãe, que faleceu pouco tempo depois. Neste momento os irmãos se conheceram. Até então, um e outro não tinham conhecimento de suas respectivas existências. Na sequência eles desenvolveram uma relação mais estreita, da qual, nos anos de 2001, 2003, 2004 e 2005, resultaram respectivamente os filhos Eric, Sahra, Nancy e Sophia. O Reclamante foi por isso condenado por infração ao § 173 do Código Penal Alemão. As três primeiras condenações foram transformadas em livramento condicional; no quarto processo ele foi condenado – também com base em condenações anteriores – a uma pena de reclusão de dezesseis (16) meses. (...)" (KNUDSEN, Holger. Incesto entre irmãos e os interesses da constitucional: a decisão de 26.2.2008 nos limites entre dignidade humana e os interesses da dogmática jurídica e da sociedade. Trad. Débora Gozzo. **Revista Mestrado em Direito**, Osasco, a. 9, n. 1. p. 175, jan./jun. 2009.)

<sup>281</sup> Diz o § 173 StGB: "Conjunção carnal entre parentes. (1) Aquele que mantiver conjunção carnal (Beischlaf) com descendente consanguíneo, será punido com pena privativa de liberdade de até três anos ou pena de multa. (2) Aquele que mantiver conjunção carnal com parente consanguíneo em linha ascendente, será punido com pena privativa de liberdade de até dois anos ou pena de multa; o disposto permanece válido ainda que a relação de parentesco esteja extinta. Da mesma forma serão punidos os irmãos consanguíneos que mantiverem conjunção carnal entre si. (3) Descendentes e irmãos não serão punidos de acordo com esse dispositivo se, no momento do fato, ainda não possuírem 18 anos". (GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). **Revista Brasileira de Ciências Criminais** – IBCCRIM, São Paulo, a. 18, n. 82, p. 166, jan./fev. 2010.)

Estar-se-ia a tutelar, portanto, de acordo com os argumentos vencedores, o casamento e a família (pois o comportamento incestuoso conduziria a uma “perturbação das atribuições de papel que dão estrutura a uma família”), a autodeterminação sexual (pois a família representaria uma relação institucional de dependência, cujos efeitos se fazem presentes mesmo após os 18 anos) e também a prevenção de doenças genéticas nas gerações vindouras (pois pesquisas afirmam uma maior probabilidade de a prole possuir deficiências físicas ou mentais).<sup>282</sup>

O único voto divergente foi da lavra Winfried Hassemer, com o que cada um dos argumentos restou rebatido. Para Hassemer, convicções sociais não são capazes de legitimar constitucionalmente normas penais. A suposta proteção da autodeterminação sexual não se sustentaria, pois nem a vítima atua de forma irresponsável, nem encontra-se sob coação. Argumentos eugênicos seriam também inapropriados e insuficientes.<sup>283</sup> O dispositivo penal estaria, na verdade, a proteger meras convicções morais e, para tal, existiriam, conforme Hassemer, instrumentos outros mais idôneos do que o direito penal.<sup>284</sup>

Para não ficarmos apenas em exemplos alienígenas, vejamos o crime de manter casa de prostituição. Até o advento da lei nº 12.015/2009, vigorava o seguinte dispositivo: “Art. 229 - Manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente.”

<sup>282</sup> GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). *Revista Brasileira de Ciências Criminais* – IBCCRIM, São Paulo, a. 18, n. 82, p. 167, jan./fev. 2010.

<sup>283</sup> Hassemer afirma que o recurso a critérios eugênicos seria altamente perigoso, pois, seguindo esse critério, também teriam de ser passíveis de punição todas as relações sexuais nas quais a probabilidade de os filhos nascerem com alguma deficiência sejam maiores que o incesto. Mas um argumento interessante diz respeito à negação do direito à vida (potencial) de crianças deficientes. Essa negação *ex ante* violaria princípios constitucionais fundamentais sob o ponto de vista da família e da sociedade. (KNUDSEN, Holger. Incesto entre irmãos e o tribunal federal constitucional: a decisão de 26.2.2008 nos limites entre dignidade humana e os interesses da dogmática jurídica e da sociedade. Trad. Débora Gozzo. *Revista Mestrado em Direito*, Osasco, a. 9, n. 1. p. 180, jan./jun. 2009)

<sup>284</sup> GRECO, op. cit., p. 167-168.

Decisão da 1ª Turma do STF (HC nº 104.467/RS<sup>285</sup>), da lavra da Ministra Cármen Lúcia, chegou a sustentar, em situação tratando do art. 229 do Código Penal, que “os bens jurídicos protegidos em benefício de toda a coletividade são a moralidade sexual e os bons costumes (...)”.

Em boa hora, o tipo penal foi modificado, ficando assim configurado: “Art. 229. Manter, por conta própria ou de terceiro, **estabelecimento em que ocorra exploração sexual**, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente:” (grifo nosso). Dita modificação trouxe um elemento normativo imprescindível à configuração do ilícito-típico: a existência efetiva de exploração sexual. Uma leitura técnica desse dispositivo identificaria como bem jurídico tutelado não mais a moral sexual ou os costumes, mas a dignidade sexual das pessoas que são exploradas sexualmente.

Perceba-se que, se no dispositivo revogado bastava o simples ato de manter local destinado a encontros para fins libidinosos para configurar-se o ilícito-típico, agora o ponto central do tipo é manter estabelecimento em que ocorra exploração sexual. Por óbvio, manter local destinado à prática de atos libidinosos não significa dizer que há necessariamente exploração sexual. A exploração sexual, entendemos, estaria implicada ao uso de alguma forma de violência, ou mesmo coação, para tirar proveito sexual da pessoa. Há, nesses casos, a instrumentalização da pessoa, afetando negativamente justamente a sua dignidade sexual.

Parece-nos não existir mais espaço, dado o atual estágio civilizacional alcançado pelo direito penal brasileiro, para a tutela da moral (sexual, social ou familiar) – embora essa não seja a sinalização de nossa mais alta corte.<sup>286</sup>

Por tudo o que se expôs, demonstrou-se que mesmo a noção de crime alicerçada na ofensividade a bens jurídicos não é, por si só, uma baliza

<sup>285</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 104.467/RS**. Pacientes: Arionildo Felix de Menezes e Janete da Silva. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Cármen Lúcia, 8 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620230>>. Acesso em 8 out. 2014.

<sup>286</sup> Com ideias no mesmo sentido, consultar BEM, Leonardo Schmitt de. O perigo da moralidade como bem jurídico penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 19, n. 224. p. 8, jul. 2011.

asseguradora do conteúdo das normas incriminadoras. Em primeiro lugar em razão da (in)definição do que deve se entender por bem jurídico. Outra arguição estaria em saber de onde a teoria do bem jurídico retira a sua pretensa autoridade.<sup>287</sup> Uma terceira via problemática é desvelada com a crítica ao caráter consequencialista do argumento do bem jurídico.

No dizer de Luís Greco, ao afirmar-se que determinado comportamento não deve ser punido porque não afeta qualquer bem jurídico, estar-se ia afirmando que a punição deste comportamento é inútil, ou, dito de outro modo, da punição a este comportamento não se extrai nenhum benefício.<sup>288</sup> Esta forma de enxergar o bem jurídico, segundo critérios de utilidade, caracterizaria uma visão de tipo consequencialista.

Construção desse jaez conferiria ao legislador uma liberdade tal que, ainda que não pudesse apelar para a imoralidade de dado comportamento, seria possível formular com liberdade prognoses a respeito das consequências do comportamento para os mais diversos bens. Havendo de se considerar ainda que em praticamente todo o comportamento imoral é possível vislumbrar algum nível de afetação, mesmo que indireta, a algum bem jurídico.<sup>289</sup>

A questão da insuficiência da teoria do bem jurídico em condicionar o conteúdo das normas incriminadoras é um fenômeno complexo, por certo inviável de esgotar nos limites dessa investigação. No entanto, não se pode negar - em que pese a apontada carência - o papel de referência e de contenção assumido, desde o seu surgimento no direito penal, pela teoria do bem jurídico.

<sup>287</sup> GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). *Revista Brasileira de Ciências Criminais* - IBCCRIM, São Paulo, a. 18, n. 82, p. 174-175, jan./fev. 2010.

<sup>288</sup> GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). *Revista Brasileira de Ciências Criminais* - IBCCRIM, São Paulo, a. 18, n. 82, p. 175, jan./fev. 2010.

<sup>289</sup> *Ibid.*, p. 176-180. O autor propõe uma leitura que coloque o argumento forte não na ineficácia da proteção da moral pelo direito penal, ou na *ratio* de que essa proteção produz poucos benefícios, mas sim na incompatibilidade com o respeito da autonomia dos cidadãos - aqui tratando a questão do crime de incesto. A ideia regente é a de que o indivíduo possui uma esfera intocável de autonomia, traduzida na esfera nuclear da vida privada, e o respeito a essa autonomia impõe-se na medida em que o ser humano deve ser levado a sério pela simples razão de ser um ser humano, não porque isso pode ser de algum modo conveniente.

Seguindo, pois, essa linha de logicidade, igualmente importante é apreender se a Constituição impõe ao legislador vínculos à escolha dos bens jurídicos que devem ser tutelados penalmente. Marinucci e Dolcini examinaram essa questão respondendo aos seguintes pontos: (i) da Constituição decorrem proibições de incriminação?; (ii) apenas os bens constitucionais relevantes são suscetíveis de tutela penal? e; (iii) a Constituição impõe obrigações de tutela penal?

Avançando sobre o primeiro questionamento (**proibições constitucionais de incriminação**), ao autores italianos adiantam que o reconhecimento de uma série de *direitos de liberdade*<sup>290</sup> na Constituição implicam proibições de incriminações mais ou menos extensas.<sup>291</sup> Aos inúmeros direitos de liberdade, o legislador disciplinou os pressupostos para seu exercício. Isso significa dizer que o legislador ordinário está impedido de subordinar o exercício de um direito a pressupostos que superem a previsão constitucional.<sup>292</sup>

No caso do direito de reunião, v.g., seria inconstitucional uma norma que imponha a obrigação de prévia autorização para reuniões pacíficas em locais abertos ao público. De igual modo, uma norma que colocasse algum embaraço a reuniões pacíficas em lugar privado. A Corte Constitucional italiana declarou, em 1967 e em 1970, a inconstitucionalidade de normas que previam a autorização da autoridade municipal para os entretenimentos e bailes em lugares abertos ou expostos ao público.<sup>293</sup>

Outra interessante situação está relacionada ao direito à livre manifestação do pensamento. No caso italiano, podem ser proibidas as manifestações do pensamento "contrárias aos bons costumes" e a Corte Constitucional deixou o legislador ordinário livre para proceder ulteriores

<sup>290</sup> Como por exemplo: a livre manifestação do pensamento; liberdade de consciência e de crença; liberdade religiosa; inviolabilidade da intimidade, da vida privada; liberdade de locomoção no território nacional em tempos de paz etc.

<sup>291</sup> MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale*. 3. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2001. p. 488-489.

<sup>292</sup> *Ibid.*, p. 489.

<sup>293</sup> *Ibid.*, p. 489. No entanto, o Tribunal Constitucional italiano declarou constitucional, em 1989, a norma que incrimina a realização de reuniões arbitrárias por militares (art. 184, n. 2, do CPPM), especialmente para as hipóteses em que o juiz verifique, na reunião dos militares, um perigo concreto de sedição ou revolta.

proibições, desde que com a finalidade de tutelar bens constitucionalmente relevantes.<sup>294</sup>

O Tribunal Constitucional oportunamente declarou inconstitucional uma norma do Código Penal Militar italiano que incriminava a apresentação coletiva, de dez ou mais militares, de uma reclamação. A decisão fundamentou-se em dois pontos: (a) a previsão incriminadora atentaria contra uma pacífica manifestação coletiva de discordância nos confrontos contra a autoridade militar, o que é o mesmo que limitar uma mera manifestação coletiva do pensamento; (b) a referida limitação reprimiria o próprio direito fundamental, tornando difícil ou mesmo impossível o seu livre exercício.<sup>295</sup>

Existiriam ainda outras limitações ao legislador ordinário. A proibição de incriminação dos princípios fundamentais enunciados pela Constituição são ilustrativos. O princípio da igualdade dos cidadãos perante a lei veda ao legislador ordinário a imposição de ordens ou proibições baseadas em discriminações entre cidadãos por razões de sexo, raça, etc.<sup>296</sup> À liberdade de locomoção em território nacional em tempos de paz igualmente impõe ao legislador restrições no que pertine à imposição de requisitos especiais ao exercício desse direito.

Ao primeiro questionamento elaborado a resposta é positiva. Evidenciado está que da Constituição emanam proibições de incriminação dirigidas ao legislador. No que tange ao segundo questionamento (**somente os bens**

<sup>294</sup> Ibid., p. 491.

<sup>295</sup> MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di diritto penale*. 3. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2001. p. 491-492.

<sup>296</sup> Normas penais que tivessem por objeto a proibição de relações sexuais com pessoas pertencentes a outras raças/etnias; normas em defesa da "pureza" e "superioridade" ou a obrigatoriedade em professar determinada religião, por exemplo, seriam flagrantemente inconstitucionais. Interessante uma norma penal do regime fascista, a qual atribuía uma tutela desigual ao dever de fidelidade entre os cônjuges. Enquanto qualquer relação adúltera da mulher era já passível de punição (art. 559, CP), o homem só respondia se mantivesse "uma concubina na casa conjugal ou em outro lugar", isto é, exigia-se para a configuração do crime um *plus* não exigido para o crime de autoria feminina, a manutenção da concubina em determinado lugar. Segue a íntegra dos tipos penais: "Articolo 559. Adulterio. La moglie adultera è punita con la reclusione fino a un anno. Con la stessa pena è punito il correo dell'adultera. La pena è della reclusione fino a due anni nel caso di relazione adúltera. Il delitto è punibile a querela del marito. Articolo 560. Concubinato. Il marito che tiene una concubina nella casa coniugale, o notoriamente altrove, è punito con la reclusione fino a due anni. La concubina è punita con la stessa pena. Il delitto è punibile a querela della moglie." Disponível em: <<http://www.davite.it/leggi%20per%20sito/Codici/Codice%20penale.pdf>>. Acesso em 10 set. 2014.

constitucionais relevantes são suscetíveis de tutela penal?), os autores italianos entendem que não há um limite geral ao legislador ordinário na escolha dos bens a serem tutelados com a insígnia penal.

A argumentação está essencialmente assentada no condicionamento histórico das Constituições, pois normalmente estas conferem relevo e inúmeras garantias aos direitos que foram violados no momento histórico imediatamente precedente. Projetando-se para o futuro, as constituições mencionam os bens e princípios que estarão no centro da ação dos Poderes do Estado. Por seu próprio condicionamento histórico, muitas vezes aquilo que não foi violado ou privado de proteção não será expressamente tutelado na Constituição.<sup>297</sup>

Também poderá ocorrer o surgimento de bens transindividuais. Expressão disso é a dignidade constitucional do meio ambiente como bem a ser tutelado. Na Constituição italiana de 1948 não há qualquer menção a este bem, ao passo que, após a eclosão da "questão ecológica", todas as Constituições (Constituição portuguesa de 1976, espanhola de 1978 e brasileira de 1988) o referendaram como um bem constitucional.<sup>298</sup>

Com relação ao derradeiro questionamento (a **Constituição impõe obrigações de tutela penal?**), parece-nos indubitoso que as Constituições previram hipóteses de obrigação de tutela penal. A própria Constituição brasileira é farta nesse sentido.

Dentre os dispositivos de incriminação explícitos, figuram: art. 5º, inciso XLI - "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;" art. 5º, inciso XLII - "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;" art. 5º, inciso XLIII - "a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;" art. 5º, inciso XLIV - "constitui

<sup>297</sup> DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos. Trad. José de Faria Costa. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Porto Alegre, fasc. 2, ano 4. p. 168-169, abr./jun. 1994.

<sup>298</sup> *Ibid.*, p. 169.

crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;" entre outras normas.

Normalmente as normas constitucionais incriminadoras estão voltadas para os trágicos acontecimentos do passado. Daí o relevo constitucional dado a esses comandos proibitórios, pois o que se quer é justamente impedir a repetição dessas experiências civilizatórias negativas. O grau de importância que é atribuído ao bem e a necessidade de utilização da pena como instrumento de tutela jogam um importante papel no atuar incriminatório-legislativo.<sup>299</sup>

Questão diversa está em saber se as obrigações constitucionais vinculam o legislador ordinário. No direito brasileiro, omissão desse tipo torna cabível a interposição da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – cuja finalidade é provocar o judiciário a fim de que seja reconhecida a demora na produção da norma regulamentadora. O Poder responsável pela regulamentação é então cientificado de que a norma precisa ser elaborada, no caso de órgão administrativo, podendo o Supremo Tribunal determinar a produção da norma em até 30 dias (art. 103, §2º, CF). Agora, no caso de não provocação do judiciário, pode-se afirmar que trata-se de uma omissão desprovida de consequências jurídicas.

Já no caso de haver a descriminalização de delito expresso na lei ordinária, possível seria a Ação Direta de Inconstitucionalidade por desconformidade com a obrigação constitucional incriminadora. Declarada inconstitucional acarretaria o revigoramento da conduta ilegitimamente descriminalizada.<sup>300</sup>

A análise feita a partir do critério constitucional e do nível valorativo do bem jurídico bem demonstra que, a despeito de advogarmos o modelo de crime como ofensa a bens jurídicos, é preciso ficar deveras atento ao conteúdo das normas incriminadoras, visto a existência de margem para manobras – legislativas e judiciais - em descompasso com a principiologia constitucional e/ou com a teoria do delito.

Adentremos, pois, às especificidades do crime militar.

<sup>299</sup> DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos. Trad. José de Faria Costa. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Porto Alegre, fasc. 2, ano 4. p. 172-173, abr./jun. 1994.

<sup>300</sup> *Ibid.*, p. 175-177.

### 3.2.3 O crime militar

A despeito de o Código Penal Militar e o Código Processual Penal Militar serem remanescentes de um período autoritário da história brasileira, o crime militar encontrou previsão explícita na Constituição Federal Brasileira de 1988. É o que se depreende do art. 5º, inciso LXI,<sup>301</sup> ao excepcionar a transgressão disciplinar e o *crime propriamente militar* do direito fundamental a não ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada exarada por autoridade judiciária competente.

O art. 124 da Constituição brasileira define a competência da Justiça Militar em processar e julgar "os crimes militares definidos em lei".<sup>302</sup> Não há, no entanto, na Constituição qualquer outro elemento que nos auxilie na definição de crime militar. Há um inconciliável silêncio nessa matéria, remetendo tudo à "definição legal", o que, no caso brasileiro, é o mesmo que remeter aos famigerados Decretos-Lei dos governos militares.

No Código Penal comum há apenas uma referência aos crimes militares e esta se dá justamente para excluir os *crimes militares próprios* e os crimes políticos dos efeitos da reincidência, conforme se extrai do art. 64, inc. II, já com a redação dada pela lei nº 7.209/84.<sup>303</sup>

Aliás, abre-se um parênteses aqui para referir que o legislador constituinte de 1988 encampou a tradição, há muito consagrada na doutrina

<sup>301</sup> "art. 5º, inciso LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de *transgressão militar ou crime propriamente militar*, definidos em lei;" (grifo nosso)

<sup>302</sup> "Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei." No art. 125, § 3º da Constituição Federal há a autorização ao Poder Legislativo estadual de criação, mediante proposta do Tribunal de Justiça, da justiça militar estadual. E nos Estados onde houver efetivo militar superior a 20 mil integrantes, à criação do Tribunal de Justiça Militar estadual, com competência para julgar exclusivamente os militares dos Estados.

<sup>303</sup> "Art. 64 - Para efeito de reincidência: I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação; II - *não se consideram os crimes militares próprios e políticos.*" Interessante destacar que os crimes propriamente militares, tal como os crimes políticos, teriam sido excluídos dos efeitos da reincidência juntamente porque seriam crimes "que não ofendem os direitos naturais do homem, não lesam o interesse geral da humanidade, como fazem os crimes comuns, mas o particular de determinado Estado".

penal militar, de dividir os delitos militares em "crimes propriamente militares"<sup>304</sup> e "crimes impropriamente militares". A lei nunca definiu essas espécies de crimes. Segundo a doutrina clássica, crime propriamente militar é aquele que alguém comete na qualidade de militar, sendo aquilo que se denomina como delito funcional do militar, consistente na infração de deveres militares. Em contrapartida, os crimes impropriamente militares seriam na essência crimes comuns, podendo ser praticados por qualquer pessoa, mas que por particularidades factuais previstas na lei (condições de tempo, lugar e pessoa), a lei considera crimes militares.<sup>305</sup>

Outra parte da doutrina considera crime propriamente militar aquele que não encontra correspondência na lei penal comum, ou seja, sua tipificação é exclusividade da lei penal militar.<sup>306</sup> A definição acerca do que é ou não um crime propriamente militar encontra ressonância justamente na exigência de ordem fundamentada da autoridade judiciária competente para efetuar a prisão e nos efeitos da reincidência, os quais não se aplicam ao crimes propriamente militares.

Tomemos como paradigma o crime de insubmissão (art. 183. Deixar de apresentar-se o convocado à incorporação, dentro do prazo que lhe foi marcado, ou, apresentando-se, ausentar-se antes do ato oficial de incorporação). Pela teoria clássica, o insubmisso comete um crime impropriamente militar, pois não detém a qualidade de militar quando o consuma. Isso significaria a perda da primariedade, caso transitada em julgado a condenação. De outro lado, se seguirmos a doutrina que sustenta que basta a não correspondência do delito nas leis penais comuns, estaríamos diante de um delito propriamente militar. Só que praticado por um agente que não é integrante das fileiras militares e, portanto, não possuidor de deveres militares. Fecha-se o parênteses.

<sup>304</sup> Jorge Alberto Romeiro refere que anteriormente à disposição inscrita no art. 5º, inciso LXI, da Constituição, apenas o Decreto Legislativo nº 3.351, de 03.10.1917, havia utilizado a expressão "delitos propriamente militares". O comum era a utilização do nomen juris "crimes puramente militares". (ROMEIRO, Jorge Alberto. Crime propriamente militar. *Ajuris* – Revista da associação dos juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 61, ano XXI, p. 183, jul. 1994.)

<sup>305</sup> ROMEIRO, Jorge Alberto. Crime propriamente militar. *Ajuris* – Revista da associação dos juizes do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 61, ano XXI, p. 184, jul. 1994.

<sup>306</sup> *Ibid.*, p. 184.

Um dos autores do anteprojeto do Código Penal Militar já informava, em publicação datada de 1970, que para conceituar o crime militar o legislador adotou o critério *ratione legis*. Isto é, crime militar é aquilo que a lei considera como tal. A lei não o define, limitando-se a enumerar no art. 9º inúmeros outros critérios, como: *ratione materiae*, *ratione personae*, *ratione loci* e *rationi muneris*.<sup>307</sup>

Um primeiro grupo de crimes se consubstanciaria no art. 9º, inciso I, pelo que são considerados crimes militares todos os que estão no Código Penal Militar, quando definidos de modo diverso na lei penal comum ou nela não previstos, qualquer que seja o agente. Como exemplos estariam certos crimes contra a administração militar, como o peculato e a falsidade (definidos de modo diverso no CP comum); e também os crimes sem previsão no código repressivo comum, como a insubordinação, deserção, motim e revolta etc. (critério *ratione materiae*)

No art. 9º, inciso II, estaria o segundo grupo de crimes, os quais possuem correspondência na lei penal comum (homicídio, lesão corporal, calúnia, difamação etc). Nesse caso, configurar-se-iam os crimes militares quando praticados por militar em situação de atividade ou assemelhado contra militar ou assemelhado, na mesma situação (critério *ratione personae*); em local sujeito à administração militar contra militar ou assemelhado, militar da reserva, reformado ou civil (critério *ratione loci*); ou em serviço, comissão de natureza militar ou em formatura (critério *ratione muneris*), ainda que fora de local sujeito à administração militar.<sup>308</sup>

Há referência ainda, no inciso III do art. 9º, aos crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, os quais, sendo praticados em uma das situações previstas nos incisos, configurar-se-á o crime militar.<sup>309</sup>

<sup>307</sup> D'AQUINO, Ivo. O novo Código Penal Militar. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 7, n. 27, p. 100, jul./set. 1970.

<sup>308</sup> *Ibid.*, p. 100.

<sup>309</sup> Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz: I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial; II - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam

Para aferir se estamos diante de um delito militar bastaria, conforme certa doutrina, verificar se existe previsão típica na parte especial do Código Penal Militar para a conduta praticada, complementando então com a "análise sistemática" do art. 9º para a perfeita caracterização do ilícito militar,<sup>310</sup> num juízo de tipicidade meramente formal.

Evidentemente que essa formulação se mostra totalmente insuficiente, uma vez que restringe a análise da existência ou não do crime militar à mera previsão legal (conceito puramente formal). Com efeito, a legislação penal militar brasileira se ressentia de uma formulação que dê contornos materiais ao crime militar, tal como se mostrava presente, ainda que de um modo ainda tímido, no Código Militar de 1891 (Código Penal Militar da Armada), que dispunha no seu art. 5º que crime militar é "toda ação ou omissão contrária ao dever marítimo e militar, prevista por este código, e será punido com as penas nele estabelecidas".<sup>311</sup>

com igual definição na lei penal comum, quando praticados: a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado; b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996) d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar; f) revogada. (Vide Lei nº 9.299, de 8.8.1996) III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos: a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar; b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo; c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras; d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior. Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil serão da competência da justiça comum, salvo quando praticados no contexto de ação militar realizada na forma do art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica. (Redação dada pela Lei nº 12.432, de 2011)

<sup>310</sup> NEVES, Cícero Robson Coimbra. Artigo 9º do CPM: uma nova proposta de interpretação. *Revista de Estudos e Informações: Justiça Militar do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, n. 27, p. 35, mar. 2010.

<sup>311</sup> LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito penal militar*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 33. Veja-se que com esta formulação, tal qual a expressada no Código Penal Militar da Armada (1891), teríamos de excluir, de pronto, a possibilidade de não militares cometerem crimes militares, na medida em que somente militares podem de fato atuar em violação a deveres militares.

A omissão do legislador na definição do que seria materialmente o crime militar é um problema que, de alguma maneira, é parte integrante da cultura do legislador brasileiro, o qual também não trouxe uma definição material de crime no código penal comum. Papel que naturalmente foi ocupado pela doutrina.

De qualquer modo, é preciso aclarar a definição de crime militar para além de sua conceituação formal. Para Álvaro Mayrink da Costa, por exemplo, como o direito penal militar tem em vista tutelar “os interesses jurídicos da ordem militar”, o crime será militar sempre que “atentar contra os bens ou interesses jurídicos de ordem militar, sejam quais forem os seus agentes (militares ou civis).”<sup>312</sup>

Já Jorge Cesar de Assis, em antigo trabalho, afirmara que o crime militar “é toda violação acentuada ao dever militar e aos valores das instituições militares, distinguindo-se da transgressão disciplinar porque esta é a mesma violação, porém na sua manifestação elementar e simples.” O crime militar estaria, segundo o autor, para a transgressão disciplinar assim como o crime está para a contravenção penal.<sup>313</sup>

Esta última definição aproxima-se, nos parece, da definição disposta no Código Penal da Armada, com o que ao se falar em dever militar necessariamente teríamos de excluir os não-militares. Em recente escrito, o autor sustentou, entretanto, que considera a efetiva ofensa à instituição militar o elemento determinante para a caracterização do crime militar.<sup>314</sup> Isso faz com que retornemos ao estágio inicial, na doutrina nacional, já que este conceito elástico legitima que qualquer pessoa, mesmo civil, ofenda de alguma maneira a instituição militar.

O caminho parece agora sedimentado para que iniciemos o debate a respeito do bem jurídico que as leis penais militares intentam proteger, assim

<sup>312</sup> COSTA, Álvaro Mayrink da. **Crime militar**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978. p. 131.

<sup>313</sup> ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao Código Penal Militar**. Curitiba: Juruá, 1998. p. 35. A partir daqui começa a tomar corpo a confusão posta quanto à distinção entre ilícito penal e administrativo, na medida em que em ambos podemos encontrar a realização de ações essencialmente violadoras do dever militar.

<sup>314</sup> Id. Art. 9º do CPM: a ofensa às instituições militares como elemento determinante na caracterização do crime militar. **Direito Militar**: Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME, Florianópolis, v. 14, n. 87, p. 25, jan./fev. 2011.

como para discorrer acerca de elementos-chave da teoria do delito, integrantes na parte geral do Código Penal Militar.

### 3.3 O BEM JURÍDICO PROTEGIDO PELO DIREITO PENAL MILITAR E ASPECTOS DA PARTE GERAL

Neste subtítulo discorreremos sobre a fundamental questão que envolve o bem jurídico protegido nas leis penais militares, adentrando, na sequência, em algumas especificidades da parte geral do Código Penal Militar.

No que se refere aos bens jurídicos penais dispostos no Código Penal Militar brasileiro, cumpre destacar que, nos crimes em tempos de paz, tutela-se a **segurança externa do país** - com os crimes de hostilidade e provocação a país estrangeiro, violação de território estrangeiro, espionagem, etc. **A autoridade e disciplina militar**, com os crimes de motim e revolta, violência contra superior ou militar em serviço, desrespeito ao superior ou a símbolo nacional, uso indevido do uniforme, violência e ofensas contra inferior, evasão de preso, amotinamento, etc;

**O serviço militar e o dever militar** figuram também na topografia dos bens jurídicos objeto de tutela, com os crimes de insubmissão, criação ou simulação de incapacidade física, deserção, abandono de posto, descumprimento de missão, omissão de socorro, embriaguez em serviço, dormir em serviço, etc.

Seguindo a mesma lógica da lei penal comum, o CPM tutela **a pessoa**, com os crimes de homicídio, genocídio, lesões corporais, abandono de pessoa, maus tratos, etc; **a honra**, com os crimes de calúnia, injúria e difamação; e **a liberdade**, consoante a expressão dos crimes de constrangimento ilegal, ameaça, sequestro ou cárcere privado, violação de domicílio, estupro, corrupção de menores, atos de libidinagem, ato obsceno, etc. O **patrimônio** (crimes de furto, roubo, extorsão, latrocínio, apropriação indébita, estelionato, dano, usura, etc) e a **incolumidade pública** (crime de incêndio, explosão, inundação, embriaguez ao volante, fuga após acidente de trânsito, tráfico e uso de drogas, etc) não foram esquecidas.

Por último, encerrando o livro primeiro do CPM - dos crimes militares em tempos de paz -, a **administração militar** (com os crimes de desacato a superior, desacato a militar, desobediência, ingresso clandestino, peculato, concussão, corrupção, falsidade, prevaricação, violação do sigilo, abandono do cargo, etc) e a **administração da justiça militar** (recusa de função na justiça militar, denúncia caluniosa, comunicação falsa de crime, auto-acusação falsa, falso testemunho, desobediência à decisão judicial, etc) figuram como os bens jurídicos eleitos.

Como se visualiza, o Código Penal Militar brasileiro, à exceção de alguns tipos penais peculiares à caserna, tutela em muitos casos os mesmos bens jurídicos do Código comum. Talvez ao CPM falte a existência de um bem jurídico-penal genuinamente militar que seja a força motriz do sistema, ou mesmo um valor ou interesse que verdadeiramente distinga o ilícito penal militar do ilícito penal comum - assim como o ilícito penal militar do ilícito disciplinar. Parte da doutrina debruça-se justamente sobre esses pontos.

Partamos, de pronto, à investigação acerca da possibilidade de existência de um bem jurídico penal genuinamente militar, questão de extrema importância quando da análise dos contornos materiais do ilícito-típico.

### 3.3.1 O bem jurídico penal militar

O debate a respeito do bem jurídico tutelado pelo direito penal militar é talvez o mais importante contributo que a ciência criminal pode oferecer ao legislador e ao intérprete. Afirmar, *verbi gratia*, que o direito penal militar é o ramo da ciência do direito penal que estuda as violações da lei penal militar e suas correspondentes sanções é referir-se a uma noção tão somente formal e até mesmo caricata do sistema penal, como foi possível apreender da aula de Foucault, retrorreferida.<sup>315</sup>

É desnecessário tornar a repetir todos os problemas ainda não resolvidos pela teoria do bem jurídico (já explorado, minimamente, nos subtítulos "O modelo de crime como ofensa a bens jurídicos" e "o conteúdo das normas

<sup>315</sup> MAGGIORE, Renato. *Diritto e processo nell'ordinamento militare: contributo allo studio del processo penale militare*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1967. p. 33.

*incriminadoras*”), entretanto não se pode perder de vista que a proteção do bem jurídico é um elemento tanto fundante quanto limitador da intervenção penal.

Partindo dessa premissa, ao se trabalhar com o direito penal militar, medida que se impõe é a identificação de um bem jurídico geral que o direito penal militar pretende resguardar, para a partir daí equacionar os inúmeros problemas de legitimação que envolvem essa temática. É unívoca, na doutrina estrangeira e nacional, a afirmativa de que são tipificados como delitos militares as condutas que lesionam ou colocam em perigo um interesse essencial para as Forças Armadas.<sup>316</sup> Até aqui, não há muito avanço.

Normalmente esse interesse essencial é traduzido na disciplina militar, emergindo esta como bem jurídico capital e principal razão de ser do direito penal militar.<sup>317</sup> Francisco Jiménez y Jiménez melhor delimita, assentando que o bem jurídico protegido nos delitos militares é a eficácia das instituições armadas enquanto organismos de combate técnico-profissionais especializados na proteção da segurança exterior.<sup>318</sup> A defesa da hierarquia e disciplina como vigas mestras da “sociedade” militar é sempre destacada, conforme bem ilustra o Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal Carlos Velloso:

Hierarquia e disciplina, portanto, constituem as vigas mestras do estamento militar. E os militares, sejam das Forças Armadas, sejam das forças auxiliares, estão sujeitos a normas e preceitos diversos dos do pessoal civil (Constituição Federal, arts. 142, §§ 2º e 3º, art. 42, § 1º), o que se justifica. É que os militares portam armas e são treinados para a guerra ou para o enfrentamento nas mais variadas espécies de conflitos. Não submetidos à hierarquia e rígida disciplina, poderiam transformar-se em bandos armados. “A vida castrense tem peculiaridades”, assinalou o desembargador Muiños Piñeiro, membro da comissão elaboradora do anteprojeto do Código Penal, que a “legislação comum não deve tocar, sob pena de se criar situações

<sup>316</sup> JUANES PECES, Angel. Relaciones entre el código penal común y el código de justicia militar. *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciário*, Madrid, v. 1, n. 7, p. 7, jul./ago. 2004.

<sup>317</sup> CALDERÓN SUSÍN, Eduardo. La ley penal militar alemana de 1974. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 38, n. 1, p. 94, jan./abr. 1985. Renato Maggiore, por exemplo, afirmou que “Quanto al reato militare, il servizio militare e la disciplina militare sono, nelle specificazioni molteplici, i beni che determinano la oggettività giuridica (...)”. Não obstante isso, o autor descreve ainda os crimes contra a fidelidade e defesa militar, contra a administração militar, fé pública, pessoa, patrimônio, etc. Ver MAGGIORE, Renato. *Diritto e processo nell’ordinamento militare: contributo allo studio del processo penale militare*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1967. p. 34.

<sup>318</sup> JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, Francisco. *Introducción al Derecho Penal Militar*. Madrid: Civitas, 1987. p. 27.

complicadas". Por isso, "a Justiça Militar tem que ter um tratamento diferenciado".<sup>319</sup>

De modo geral, concordamos com a essencialidade da manutenção da hierarquia e disciplina no meio militar, tal a natureza específica da missão constitucional das Forças Armadas, sintetizadas no seguinte: (i) em via normal e primária: a defesa externa do Estado; (ii) em via eventualíssima: a tutela da ordem pública;<sup>320</sup> (iii) como regra, em tempos de paz: a preparação para a guerra. Uma tropa indisciplinada, pela força das armas, sempre poderá colocar em risco o Estado de Direito.<sup>321</sup>

Em boa medida, Jorge Mera Figueroa restringe a definição material do crime militar a dois elementos que o integram, caracterizam e distinguem dos delitos comuns: **(i) a natureza militar do bem jurídico**, e; **(ii) a qualidade do autor que infringe seus deveres militares enquanto membro das Forças Armadas.**<sup>322</sup> Vejamos que, de partida, pode-se afirmar que o direito penal brasileiro está longe de ter incorporado esses elementos. Em primeiro lugar porque há no Código Penal Militar brasileiro uma infinidade de bens jurídicos tutelados idênticos aos do Código Penal comum, como a vida, a honra, a liberdade, o patrimônio, etc. Em segundo lugar, a possibilidade de civis cometerem crimes militares é cabal demonstrativo de que a infração de um dever militar não é um dos requisitos fundantes do delito militar.

O bem jurídico protegido nos delitos militares deve cumprir com as exigências requeridas pelos demais bens jurídicos em todo e qualquer delito. Deve tratar-se, de acordo com Jorge Mera Figueroa de um "valor verdadeiramente vital, de caráter universal, em cuja preservação se encontre interessada toda a sociedade e que não corresponda somente aos interesses

<sup>319</sup> VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A Justiça Militar deve ser tratada com Justiça. *Revista de Estudos e Informações: Justiça Militar de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 35, p. 8, dez. 2013.

<sup>320</sup> MAGGIORE, Renato. *Diritto e processo nell'ordinamento militare: contributo allo studio del processo penale militare*. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1967. p. 31.

<sup>321</sup> Nesse ponto chama a atenção o fato de que o direito penal militar, em especial na história latinoamericana, nunca foi capaz de evitar golpes militares. De se destacar ainda que o CPM/69 conviveu pacificamente com a prática de tortura e desaparecimentos forçados de dissidentes políticos, práticas perpetradas por militares das Forças Armadas e por agentes da segurança pública, o que coloca em xeque que tipo de disciplina se pretende manter com o direito penal militar.

<sup>322</sup> MERA FIGUEROA, Jorge. Bases Programáticas para la reforma integral del derecho penal militar chileno. *Colección Informes de Investigación - Centro de Investigaciones Jurídicas: Facultad de Derecho da Universidad Diego Portales*, Santiago, a. 5, n. 16, p.13-14, ago. 2013.

institucionais das Forças Armadas, suscetíveis de proteger-se eficazmente mediante as correspondentes sanções disciplinares.<sup>323</sup>

A identificação do bem jurídico militar não deve se apartar da função primária que corresponde às Forças Armadas enquanto entidade técnica especializada dirigida à segurança externa do Estado. Daí o relevo dado à eficiência/eficácia das instituições armadas, figurando a disciplina e a hierarquia como condições necessárias. Reconhece-se, pois, um interesse não apenas limitado às Forças Armadas na preservação das plenas condições de combate, mas, igualmente, capitula-se como um interesse de toda a sociedade ver instituições militares capazes de cumprir com a missão de defesa externa.<sup>324</sup>

Na obra *Derecho Penal Militar* de Eugenio Raúl Zaffaroni e Ricardo Juan Cavallero, os autores seguem na mesma linha:

La *ratio essendi* del derecho penal militar ordinario es la necesidad de erigir y sostener un cuerpo técnico, que en tiempo de paz tiene carácter preventivo, frente a la amenaza de una situación de necesidad enorme – la guerra – y en tiempo de guerra asume carácter defensivo frente a la actualización de esa necesidad – (de) esas mismas características se deriva la necesidad de que ese cuerpo responda a una organización disciplinada y ordenada, donde surgen deberes cuya violación es delictiva, debido al detrimento que es susceptible de sufrir la eficacia del cuerpo.<sup>325</sup>

Com uma visão restritiva do Direito Penal Militar, Jorge de Figueiredo Dias também se pronunciou sobre a especificidade do bem jurídico tutelado pelo direito penal militar:

O direito penal militar só pode ser um direito de tutela dos bens jurídicos militares, isto é, daquele conjunto de interesses socialmente valiosos que se ligam à função militar específica: a defesa da Pátria, e sem cuja tutela as condições de livre

<sup>323</sup> MERA FIGUEROA, Jorge. Bases Programáticas para la reforma integral del derecho penal militar chileno. *Colección Informes de Investigación* – Centro de Investigaciones Jurídicas: Facultad de Derecho da Universidad Diego Portales, Santiago, a. 5, n. 16, p. 14, ago. 2013.

<sup>324</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>325</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; CAVALLERO, Ricardo Juan. *Derecho penal militar: lineamientos de la parte general*. Buenos Aires: Ariel, 1980. p. 46-47.

desenvolvimento da comunidade seriam pesadamente postas em questão.<sup>326</sup>

Diante dessas considerações, é já possível delinear alguns pontos balizatórios que podem servir de guia à crítica do direito penal militar, quais sejam:

**Ponto primeiro.** Mais do que à disciplina propriamente dita, o direito penal militar intenta resguardar a eficácia das Forças Armadas, enquanto integrante de um interesse não apenas dos dirigentes militares, mas da sociedade com um todo. A disciplina militar é parte fundamental para a existência de um corpo técnico armado qualificado, no entanto é um meio para se chegar à excelência e não um fim em si mesmo.

**Ponto segundo.** Há a necessidade de se avaliar quais os deveres congregados nos tipos penais cuja infração afeta de maneira significativa a eficácia da Força, sem desconsiderar os princípios penais da necessidade da intervenção penal e da *ultima ratio*.<sup>327</sup>

**Ponto terceiro.** Não basta a mera infração do dever militar para a configuração do crime militar, senão que é necessário demonstrar a efetiva ofensa ou o perigo de lesão à eficácia das instituições armadas enquanto instituição que se prepara para conflitos armados. Desse modo, quando a infração do dever militar afetar tão somente aos interesses institucionais de natureza castrense – e não a um valor de caráter universal – deve(ria) prevalecer a responsabilidade disciplinar.<sup>328</sup>

### 3.3.2 A autonomia ou especialidade do Direito Penal Militar: há necessidade de uma parte geral?

<sup>326</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Justiça Militar. Justiça militar - Colóquio Parlamentar*, ed. da Assembleia da República, Comissão de Defesa Nacional, Lisboa, 1995, págs. 25-27. Citado no Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República portuguesa. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/pgrp.nsf/0/65b529d57187319b80256cb5005c8767?>>. Acesso em 10 nov. 2014.

<sup>327</sup> MERA FIGUEROA, Jorge. *Bases Programáticas para la reforma integral del derecho penal militar chileno. Colección Informes de Investigación* – Centro de Investigaciones Jurídicas: Facultad de Derecho da Universidad Diego Portales, Santiago, a. 5, n. 16, p. 15, ago. 2013.

<sup>328</sup> *Ibid.*, p. 15.

A maior parte dos países contam com um Código Penal Militar autônomo para a regulação dos delitos militares. Entretanto há os Estados que, a par de não possuírem um código penal específico, regulam os delitos militares no próprio Código Penal comum (inexistindo, nesses casos, tribunais militares).

Com relação aos Estados que possuem um Código Penal Militar autônomo, podem existir uma série de variantes, como as que seguem, conforme a classificação de Angel Juanes Peces:<sup>329</sup>

**(a) Códigos integrais:** possuem uma parte geral totalmente à margem da contida nos códigos penais comuns e uma parte especial onde se tipificam delitos comuns com o deliberado propósito de atrair a competência aos tribunais militares e agravar a penalidade. É o modelo atual do direito penal brasileiro.

**(b) Códigos complementares, mistos ou parcialmente complementares:** são aqueles que regulam tão-só uma série de especificidades tipicamente castrenses, mas não contém uma fórmula de remissão geral ao Código Penal comum. Tipificam *delitos comuns militarizados*<sup>330</sup> em sua parte especial.

**(c) Códigos complementares de tipo geral:** Na parte geral regulam somente as especificidades militares com cláusula de remissão ao disposto no Código Penal comum. Na parte especial, somente são sancionados os delitos estritamente militares, *verbi gratia*, aqueles que lesionam ou põe em perigo bens jurídicos estritamente militares.

A partir disso é possível distinguir *especialidade e autonomia* no plano do direito penal militar. Por especialidade, temos, substancialmente, a adoção de uma série de particularismos ou regulações particulares distintas em diversas matérias, porém atendendo fielmente aos princípios e instituições previstas no

<sup>329</sup> JUANES PECES, Angel. Relaciones entre el código penal común y el código de justicia militar. *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciário*, Madrid, v. 1, n. 7, p. 8, jul./ago. 2004.

<sup>330</sup> Delitos comuns militarizados seriam os delitos comuns que adquirem caráter castrense porque ao legislador pareceu insuficiente a descrição feita pelo legislador comum. Criam-se, assim, critérios legais que conferem ao delito comum uma característica especial ou parcialmente distinta que o converte em delito militar. (JUANES PECES, Angel. Relaciones entre el código penal común y el código de justicia militar. *La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciário*, Madrid, v. 1, n. 7, p. 7, jul./ago. 2004.)

Código Penal comum.<sup>331</sup> A autonomia, de outro lado, estaria ligada à criação de uma *específica ilicitude penal*,<sup>332</sup> contemplando ainda uma regulação integral e exaustiva, paralela ao Código Penal comum, de toda a parte geral.<sup>333</sup>

É o que parece ocorrer com o direito penal militar brasileiro, um ramo que parece ser mais do que especializado, pois criador de uma específica ilicitude penal com um regramento todo específico, inclusive com uma parte geral própria. Isso o torna um ramo autônomo do Direito Penal comum, onde mesmo clássicos institutos do Direito Penal ou não encontram penetração ou são regulados de um modo diverso, o que será tratado no próximo subtítulo.

De se ressaltar que o tratamento normalmente mais severo, na maior parte dos institutos, aproveitam inclusive aos civis porventura atraídos à jurisdição penal castrense – o julgamento de civis em tribunais militares é uma sensível pedra de toque do direito penal militar brasileiro. Numa perspectiva de redução de danos, Ronaldo João Roth vem sustentando a necessidade de criação de artigo na parte geral do CPM, de forma a conferir aos crimes impropriamente militares a incidência do mesmo tratamento legislativo previsto na legislação comum.<sup>334</sup>

Importante ressaltar o movimento legislativo que acompanha o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 236 de 2012, que versa sobre a reforma do Código Penal brasileiro. No referido projeto estava inicialmente previsto, na parte geral, o seguinte: “Art. 13. As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, incluindo o Código Penal Militar e o Código Eleitoral.”

Pressões políticas originárias de diversos setores fizeram com que fosse aprovado um substitutivo com o seguinte conteúdo: “Regras gerais. Art. 13. As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se

<sup>331</sup> CALDERÓN SUSÍN, Eduardo. La ley penal militar alemana de 1974. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 38, n. 1, p. 92, jan./abr. 1985.

<sup>332</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais. a doutrina geral do crime. Tomo I.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 16.

<sup>333</sup> CALDERÓN SUSÍN, op. cit., p. 92.

<sup>334</sup> ROTH, Ronaldo João. Propostas de alterações do código penal militar. *Direito Militar: Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME*, Florianópolis, v. 8, n. 44, p. 34, nov./dez. 2003.

esta não dispuser de modo diverso". E assim foi sepultada qualquer possibilidade de se conferir uniformidade à parte geral dos Códigos.

Continua o Direito Penal Militar, portanto, a ser um verdadeiro direito autônomo, o que parece-nos, não se reveste de amparo constitucional. A parca justificativa para a alteração, apresentada pelo relator do PLS,<sup>335</sup> demonstra o quão irrefletido é o direito penal militar no país, onde cristaliza-se uma clara confusão entre o respeito da hierarquia e disciplina, interesse institucional legítimo das Forças Armadas e o uso obrigatório do direito penal militar para assegurá-las.

É preciso indagar-se se os delitos militares possuem singularidades de tal monta que justifiquem normas excepcionais na parte geral do Código. Por certo existem particularidades nos delitos militares, tanto quanto existem em qualquer outra classe de infrações penais, como os delitos econômicos, ecológicos, sexuais etc. Entretanto, todas essas classes de delitos, incluso os militares, não diferem substancialmente das demais formas de criminalidade.<sup>336</sup>

O que diferencia os delitos militares dos demais é - ou deveria ser - a qualidade do sujeito ativo, isto é, o militar que infringe os deveres que como tal lhe correspondem (não qualquer pessoa, portanto) e a especificidade do bem jurídico protegido. Ademais, parece injustificável a manutenção de uma parte geral autônoma para os delitos militares. Mais apropriado seria, caso se justificasse uma regulação especial para determinado delito, a adequação no próprio tipo penal, como ocorre, por exemplo, na Lei Penal Militar Alemã, que altera no delito de motim as regras gerais que regulam a tentativa.<sup>337</sup>

<sup>335</sup> Eis as razões que embasaram a modificação do art. 13, no PLS nº 236/2012: "Não parece haver dúvidas de que a junção das regras da codificação penal militar junto ao sistema do CP pode causar graves conflitos, dada a peculiaridade do sistema militar. Com efeito, para o militar, as regras gerais do CP colidem com o art. 142 da CF, que determina para o integrante das Forças Armadas o cumprimento da hierarquia e da disciplina, embora inegável que seus direitos fundamentais sejam respeitados incondicionalmente, inclusive mediante uma revisão, o quanto antes, do próprio Código Penal Militar." Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/noticias/Arquivos/2013/12/leia-a-integra-do-relatorio-final-sobre-a-reforma-do-codigo-penal>>. Acesso em 20 Out. 2014.

<sup>336</sup> MERA FIGUEROA, Jorge. Bases Programáticas para la reforma integral del derecho penal militar chileno. *Colección Informes de Investigación* - Centro de Investigaciones Jurídicas: Facultad de Derecho da Universidad Diego Portales, Santiago, a. 5, n. 16, p.4-5, ago. 2013.

<sup>337</sup> § 27 *Meuterei* (1) Wenn Soldaten sich zusammenrotten und mit vereinten Kriiften eine Gehorsamsverweigerung (§ 20), eine Bedrohung (§ 23), eine Nötigung (§ 24) oder einen tiitlichen Angriff (§ 25) begehen, so wird jeder, der sich an der Zusammenrottung beteiligt, mit Freiheitsstrafe

Por derradeiro, seguindo Jorge Mera Figueroa, entendemos que as garantias penais refletidas na parte geral do direito penal comum, resultante de movimentos centenários de avanço em direção ao respeito dos direitos fundamentais das pessoas – avanços ainda insuficientes e, às vezes, carentes de efetivação, poderiam também ser irradiadas ao direito penal militar.

O ideal iluminista reza a necessidade de aplicação uniforme das garantias fundamentais, sem consideração a interesses corporativos de grupos determinados.<sup>338</sup> O argumento de que é preciso preservar a disciplina militar não parece ser uma razão suficiente para a derroga de garantias penais e de uma parte geral autônoma, pois isso é perfeitamente alcançável, em tese, com a própria tipificação dos delitos na parte especial.

### 3.3.3 Apontamentos à parte geral do Código Penal Militar brasileiro

Neste subtítulo discorreremos sobre alguns aspectos específicos da parte geral do Código Penal Militar brasileiro de 1969. Há, com efeito, notáveis diferenças entre as partes gerais do Código Penal militar e do Código Penal comum. Tratemos, pois, delas.

A punibilidade da tentativa, por exemplo, é regulada de distinto modo nos códigos penais militar e comum. Neste, adotou-se a teoria objetiva, punindo a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado **com diminuição de um a dois terços** (art. 14, Parágrafo único, CP). Já no Código Penal militar, adotou-se a teoria subjetiva, isto é, há autorização expressa ao juiz, nos casos de excepcional gravidade, **à aplicação da pena do crime consumado** (art. 30, Parágrafo único, do CPM).

As teorias objetivas definem a tentativa como “uma ação externa dirigida intencionalmente à realização do crime” e que deve ser “objetivamente

von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. (2) Der Versuch ist strafbar. (a tentativa é punível) (3) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter Riidelsführer ist oder durch die Tat eine schwerwiegende Folge (§ 2 Nr. 3) herbeiführt. (4) Wer sich nur an der Zusammenrottung beteiligt, jedoch freiwillig zur Ordnung zurückkehrt, bevor eine der in Absatz 1 bezeichneten Taten begangen wird, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft.

<sup>338</sup> MERA FIGUEROA, Jorge. Bases Programáticas para la reforma integral del derecho penal militar chileno. **Colección Informes de Investigación** – Centro de Investigaciones Jurídicas: Facultad de Derecho da Universidad Diego Portales, Santiago, a. 5, n. 16, p.5-6, ago. 2013.

perigosa". O fundamento da punibilidade da tentativa, sabemos, reside no "perigo próximo de consumação da realização típica."<sup>339</sup> Por definição, tem-se que a tentativa não pode conter mais do que uma parte do ilícito do crime consumado. Explicita-se que, em que pese o desvalor da ação possa ser o mesmo na tentativa e no crime consumado, o desvalor do resultado "será sempre menor na tentativa". Eis a razão de ser das regras de atenuação da punibilidade.<sup>340</sup>

De outro lado, as teorias subjetivas da tentativa colocam o fundamento da punibilidade na vontade delituosa. Nestas, nas palavras de Jorge de Figueiredo Dias, o ilícito-típico penal considera-se constituído pela mera violação da norma como tal ou, dito de outro modo, pelo comportamento através do qual o agente viola uma norma proibitiva ou impositiva.

Pouco importa, para as teorias subjetivas, se houve ou não perigo concreto de lesão a um bem jurídico.<sup>341</sup> Como o *prius* está no desvalor da ação, normalmente o tratamento para o delito tentado é o mesmo dispensado ao consumado. Aqui está situado o direito penal militar brasileiro, por força de disposição da parte geral de seu *codex*.

Outro elemento da teoria do delito que também encontra regulação distinta é o **erro sobre a ilicitude do fato**. No Código Penal comum, se inevitável, o erro sobre a ilicitude do fato isenta de pena. Se evitável, é causa de diminuição de um sexto a um terço (art. 21). No Código Penal militar conferiu-se o *nomen iuris* "erro de direito" (art. 35, do CPM), que, se inevitável (ou escusável), é passível de atenuação ou substituição por outra pena menos grave (podendo ser de um quinto a um terço, conforme o art. 73, do CPM). Se o erro for evitável (ou inescusável), não existe a previsão de qualquer diminuição. O instituto não é aplicável aos crimes contra o dever militar. O tratamento é, portanto, mais severo no Código Penal militar.

<sup>339</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais. a doutrina geral do crime. Tomo I.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 688-689.

<sup>340</sup> *Ibid.*, p. 711-712.

<sup>341</sup> *Ibid.*, p. 689-690.

O estado de necessidade é mais um instituto a receber tratamento diferenciado no direito penal militar brasileiro. Temos por estado de necessidade “o estado de perigo atual para interesses legítimos que somente pode ser conjurado mediante a lesão de interesses legítimos de outro”, podendo a necessidade tomar as mais variadas formas.<sup>342</sup>

Preliminarmente, cumpre referenciar a existência da teoria diferenciadora do estado de necessidade, segundo a qual o estado de necessidade surge como justificante sempre que tratar-se de fato típico praticado para salvar bem ou interesse jurídico de maior valor do que o sacrificado. Nesses casos, o fato está justificado pelo direito de necessidade, com o que não há de falar-se em ilícito. Distinto é o caso do estado de necessidade exculpante (ou desculpante), que ocorre quando o bem ou interesse jurídico não fosse de maior valor do que o sacrificado. Nesses casos, mantém-se a ilicitude do fato típico, mas poderá haver a exculpação ou desculpa se atendidos certos pressupostos. A exculpação não advém da hierarquia dos bens em conflito, mas da “coação que a situação conflitual exerceria sobre o agente e as suas decisões”.<sup>343</sup>

O direito penal brasileiro ordinário recepcionou apenas a teoria unitária, consistente na previsão apenas do estado de necessidade justificante. Na medida em que o art. 24 do Código Penal expressa o critério da razoabilidade, admite-se o estado de necessidade justificante para as situações em que o fato típico é praticado para salvar bem jurídico de maior ou igual valor do que o sacrificado.

O direito penal militar previu o estado de necessidade justificante (art. 43, do CPM) e o estado de necessidade exculpante (art. 39, do CPM). O estado de necessidade justificante está dirigido às situações em que “o mal causado é

<sup>342</sup> JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. Granada: Editorial Comares, 1993. p. 316-317. Como exemplos, cita-se a pessoa que mata, em defesa própria, um cão raivoso. A causação de danos na propriedade vizinha para apagar um incêndio. O médico que excede o limite de velocidade com seu veículo para atender o quanto antes pessoa gravemente ferida. O alpinista que, para salvar a sua vida, corta a corda que o une ao companheiro culminando com a queda deste.

<sup>343</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais. a doutrina geral do crime. Tomo I*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 438-439.

consideravelmente inferior ao mal evitado”, é dizer, cabível apenas às situações em que o bem salvaguardado é de maior valor do que o sacrificado.

Já o estado de necessidade exculpante, expressamente previsto no Código Penal militar, está reservado às situações em que o bem jurídico salvaguardado é de *igual ou menor valor do que o sacrificado*, com vistas a *proteger direito próprio ou de pessoa a quem o agente está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição* – este um requisito especial previsto na lei.

O Código Penal Militar prevê em seu art. 42, Parágrafo único, o estado de necessidade justificante específico do Comandante. Na iminência de perigo ou grave calamidade, o comandante de navio, aeronave ou praça de guerra pode compelir seus subalternos, mesmo por meios violentos, “a executar serviços e manobras urgentes, para salvar a unidade ou vidas, ou evitar o desânimo, o terror, a desordem, a rendição, a revolta ou o saque”. Essa hipótese está inserida no contexto do dever militar do comandante em atuar para manter a eficiência da tropa. A iminência de perigo ou grave calamidade é o critério reitor que, caso presente, autoriza que a prática de atos violentos não revistam-se de ilicitude.

A (in)aplicabilidade do **princípio da insignificância** aos delitos militares é questão que merece passar por minuciosa apreciação. O princípio da insignificância é aplicado a situações em que é mínima a ofensa ou o perigo de lesão ao bem jurídico tutelado e o seu reconhecimento implica a exclusão da própria tipicidade. No plano dos delitos militares, a aplicação do referido princípio encontra barreiras entre inúmeros julgadores.

O Superior Tribunal Militar normalmente não reconhece o princípio da insignificância nos delitos do art. 290 do CPM (Tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar), sob o argumento de que é necessário para a manutenção da ordem e preservação da hierarquia e disciplina.

Ainda que topologicamente o tipo penal tutele a saúde pública, a norma penal teria ainda a finalidade de salvaguardar a segurança das instituições

militares.<sup>344</sup> Em um caso em que houve um furto no interior de aquartelamento, o princípio da insignificância foi afastado em razão da ofensa aos princípios da hierarquia e disciplina e pela quebra da confiança no âmbito da caserna.<sup>345</sup>

O plenário do Superior Tribunal Federal, no HC 103.684 (DF),<sup>346</sup> mostrou-se dividido quanto à aplicação do princípio da insignificância em situação em que um soldado foi flagrado com a posse de irrisória quantidade de maconha em local sujeito à administração militar. O Ministro Ayres Britto, então relator, assim consignou:

Seja como for, o problema, aqui, não é de quantidade, nem mesmo do tipo de entorpecente que se conseguiu apreender. O problema é de qualidade da relação jurídica entre o particularizado portador da substância entorpecente e a instituição castrense de que ele fazia parte, no instante mesmo em que foi flagrado com a posse da droga em pleno recinto sob administração militar. **Isso porque essa tipologia de relação jurídica é que me parece incompatível com a figura própria da insignificância penal (...).** E se, diante de tal relação jurídica, não cabe fazer essa distinção hermenêutica, **é porque o instituto da irrelevância ou da insignificância penal não tem como operar nas relações jurídico-militares.** (grifo nosso)

Observa-se que, prosperando a peroração do Ministro, a insignificância penal estaria excluída *ex ante* de todos os delitos militares. Foi, ao fim, a tese vencedora, tendo como acompanhantes os Ministros Marco Aurélio, Ellen Gracie, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli.

De modo diverso, questionando o efetivo risco ao bem jurídico tutelado pela norma (no caso, a saúde) e afirmando que o reconhecimento da insignificância, naquele caso, de modo algum colocaria em xeque os valores,

<sup>344</sup> BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Apelação nº 108-28.2013.7.11.0211/DF**. Apelante: Orestes Nogueira Neto. Apelada: Sentença do Conselho Permanente da 2ª Auditoria da 11ª CJM. Relator: Min. Fernando Sérgio Galvão, 1º de outubro de 2014.

<sup>345</sup> BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Apelação nº 20-45.2013.7.03.0103/RS**. Apelantes: Éverton dos Santos e Diego Artielis Dal Ross Batista. Apelada: Sentença do Conselho Permanente da 1ª Auditoria da 3ª CJM. Relator: Min. Alte Esq Alvaro Luiz Pinto, 7 de outubro de 2014.

<sup>346</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 103.684/DF**. Paciente: Evanildo Costa do Nascimento. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator: Min. Ayres Britto, 21 de outubro de 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621935>>. Acesso em 25 out. 2014.

Princípios e a eficiência das Forças Armadas, votaram vencidos os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Gilmar Mendes e Joaquim Barbosa.

A análise dessas decisões demonstram de modo categórico que existe uma incompreensão quanto às especificidades do ilícito penal militar, a começar pelas próprias (in)definições do CPM. Em uma análise fria deste, o art. 290 estaria a tutelar a saúde. Entretanto não nos parece que a saúde configure um bem jurídico genuinamente militar, é dizer, possivelmente sequer deveria constar como objeto de tutela do direito penal militar.

Esse é um dos principais pilares problemáticos do atual CPM, no afã de controlar ao máximo a tropa, o legislador de 1969 acabou por inflacionar o código com tipos penais que tutelam bens jurídicos não-militares.

Nossa derradeira análise dar-se-á no âmbito da **obediência hierárquica**. Em matéria de obediência hierárquica o que está em jogo é saber em que medida e em que condições o inferior hierárquico que cumpre uma ordem ilegal dada por seu superior, praticando, portanto, um ilícito-típico, poderia ver o seu ato justificado.<sup>347</sup>

No primeiro capítulo distinguimos a existência de três tipos de obediência hierárquica. No *sistema da obediência cega*, vimos que é negada ao subordinado a possibilidade de indagar sobre a legalidade da ordem recebida, de modo que a obediência seria então sempre devida. Na obediência cega teríamos sempre uma causa de justificação ao ato do subordinado, com a responsabilidade sendo atribuída, sempre que for o caso, ao superior hierárquico.

No *sistema das baionetas inteligentes*, o subordinado tem o direito de discutir a legalidade das ordens e recusar-lhe obediência se ilegal a ordem. Nesse caso não haveria espaço para justificação da conduta, de modo que o subordinado responderia juntamente com o superior hierárquico pelo ato praticado.

<sup>347</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais. a doutrina geral do crime**. Tomo I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 497.

PUCRS/BIBLIOTECA GERAL - COPIA NOS TERMOS DA LEI 9.610/1998 E LEI 10.695/2003.

No *sistema misto*, a ordem deve ser cumprida sempre que tiver ao menos a aparência de legal. Somente a ordem manifestamente criminosa poderia ser desobedecida.

A todos esses casos em que ocorre a prática de um fato típico em decorrência do cumprimento de uma ordem de superior hierárquico, o primeiro questionamento que deve ser feito é se o cumprimento dessa ordem é obrigatório. Não sendo obrigatório, o executor e o superior hierárquico responderão pelo fato. Quando defronte aos sistemas em que há obrigatoriedade no cumprimento para o subordinado, a doutrina divide-se entre a solução de justificação do fato praticado pelo subordinado e a solução de exclusão da culpa. A solução de justificação está assentada na ideia do cumprimento de um dever, já a solução da exclusão da culpa compreende o princípio de que uma ordem, por si só, "não tem o condão de transformar em lícita uma conduta ilícita".<sup>348</sup>

Para Günter Stratenwerth, a contradição entre o dever de obediência e o dever de não praticar um fato típico constituiria um conflito de deveres, só podendo ser decidido após a verificação de qual dos deveres seria superior. Em uma situação concreta, caso se verificasse que o dever de obediência fosse superior, a ordem ilegítima seria uma causa de justificação, isto é, não haveria de se falar sequer em ilícito-típico.<sup>349</sup> Hodiernamente reconhece-se, entretanto, que o dever de obediência sempre cede perante a lei penal, independentemente da gravidade do crime cometido.<sup>350</sup> Jorge de Figueiredo Dias chega a sustentar que:

uma ordem da autoridade ou de serviço que conduza à realização de um facto criminalmente ilícito não constitui nunca, em si e por si mesma, uma causa justificativa daquele: tudo o que pode ficar

<sup>348</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais. a doutrina geral do crime. Tomo I.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 498.

<sup>349</sup> STRATENWERTH, Günter. *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Staftat.* 4. ed. 2000. p. 7, 182 e 204. Apud FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais. a doutrina geral do crime. Tomo I.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 500. Com base nesse raciocínio, Stratenwerth considerava que haveria casos em que o dever de obediência poderia se impor à lei penal em caso de infrações de pequena gravidade.

<sup>350</sup> FARIA COSTA, José de. **Noções fundamentais de direito penal (fragmenta iuris poenalis).** Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 308-311.

em aberto é uma causa de exclusão da culpa do subordinado que a cumpre.<sup>351</sup>

No Código Penal brasileiro, a obediência hierárquica está regulada no art. 22,<sup>352</sup> figurando na classe de condutas passíveis de *exclusão da culpabilidade*,<sup>353</sup> desde que a ordem não seja manifestamente ilegal. Daí exsurge a necessidade de aferir o que seria uma ordem manifestamente ilegal. Para Aníbal Bruno, por exemplo, seria manifestamente ilegal uma ordem que “emana de autoridade não competente para dá-la, ou aquela cujo cumprimento não esteja dentro das atribuições do subordinado, ou que não venha revestida de forma legal, ou cujo conteúdo constitua evidentemente um fato punível”.<sup>354</sup> De qualquer sorte, somente as ordens manifestamente ilegais são capazes de levar à responsabilização do executor, de acordo com a análise do caso concreto.

No Código Penal Militar há uma peculiar diferença com relação ao *codex* comum, conforme se explicita na previsão do art. 38, alínea “b”.<sup>355</sup> Não causa estranhamento que o CPM seja mais restrito do que o CP com relação à possibilidade de descumprimento de uma ordem.<sup>356</sup> Em homenagem à hierarquia e disciplina, somente a ordem que tem por objeto o ato *manifestamente criminoso* ou quando há excessos nos atos ou na forma de execução da ordem fica aquele que a cumpriu sujeito à responsabilização.

Isso significa dizer que quando o superior emana uma ordem ao subordinado, este deve rigorosamente obedecê-la, exceção feita à conduta manifestamente criminosa. Como se observou, a diferença entre o CPM e o CP

<sup>351</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais. a doutrina geral do crime. Tomo I.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 501.

<sup>352</sup> “Art. 22 - Se o fato é cometido sob coação irresistível ou em estrita obediência a ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico, só é punível o autor da coação ou da ordem”

<sup>353</sup> Não é o que ocorre com a coação irresistível, onde a falta de voluntariedade faz com que inexista sequer a ação, ou seja, por não existir ação sequer há de se falar em ilicitude da conduta.

<sup>354</sup> BRUNO, Aníbal. **Direito Penal: parte geral.** Tomo II. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 174-175.

<sup>355</sup> “Art. 38. Não é culpado quem comete o crime: (...) b) em estrita obediência a ordem direta de superior hierárquico, em matéria de serviços. 1º Responde pelo crime o autor da coação ou da ordem. 2º Se a ordem do superior tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso, ou há excesso nos atos ou na forma da execução, é punível também o inferior.” “Art. 41. Nos casos do art. 38, letras a e b, se era possível resistir à coação, ou se a ordem não era manifestamente ilegal; ou, no caso do art. 39, se era razoavelmente exigível o sacrifício do direito ameaçado, o juiz, tendo em vista as condições pessoais do réu, pode atenuar a pena.”

<sup>356</sup> ROMEIRO, Jorge Alberto. **Curso de Direito Penal Militar: parte geral.** São Paulo: Saraiva, 1994. p. 127. Ademais, é válida a assertiva segundo a qual o ato manifestamente criminoso será sempre ilícito, mas o ato manifestamente ilícito nem sempre será criminoso.

reside no fato de que neste (CP) o ponto de toque é a ordem manifestamente ilegal, enquanto que naquele (CPM) somente a ordem que tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso levaria ao dever do descumprimento. Há no CPM uma acomodação entre os deveres ínsitos de obediência nas Forças Armadas e o perigo de serem emanadas ordens manifestamente criminosas.<sup>357</sup>

Existem inúmeras outras diferenças entre a parte geral do código penal comum e militar. Optamos, entretanto, por trabalhar apenas com as que estão relacionadas de um modo mais íntimo com os elementos analíticos do crime - tipicidade, ilicitude e culpabilidade.

Partamos, pois, para o deslinde de um problema que o Direito Militar em geral não foi capaz de dar, até o momento, adequada resposta: a necessidade de uma segura delimitação da esfera penal e administrativa, situação em que tem reinado confusão e perigosa *discricionariedade*.<sup>358</sup>

### 3.4 ILÍCITO PENAL OU DISCIPLINAR? A NECESSIDADE DE DELIMITAÇÃO DA ESFERAS PUNITIVAS

Otto Mayer, um dos fundadores do direito administrativo moderno na Alemanha, em 1924, no prefácio da terceira edição de sua obra "Deutsches Verwaltungsrecht", ao discorrer sobre a permanência das estruturas administrativas autoritárias mesmo sob a égide de novas Constituições (agora

<sup>357</sup> A Lei Pena Militar Alemã de 1974, em matéria de obediência hierárquica, prevê uma norma que se volta à consciência da ilicitude por parte do subordinado, conforme segue: § 5 *Handeln auf Befehl* (1) Begeht ein Untergebener eine rechtswidrige Tat, die den Tatbestand eines Strafgesetzes verwirklicht, auf Befehl, so trifft ihn eine Schuld nur, wenn er erkennt, daß es sich um eine rechtswidrige Tat handelt oder dies nach den ihm bekannten Umständen offensichtlich ist. (2) Ist die Schuld des Untergebenen mit Rücksicht auf die besondere Lage, in der er sich bei der Ausführung des Befehls befand, gering, so kann das Gericht die Strafe nach § 49 Abs. 1 des Strafgesetzbuches mildern, bei Vergehen auch von Strafe absehen. (§ 5 *Actuación en cumplimiento de una orden* (1) A un inferior que, cumpliendo órdenes recibidas, realice un hecho antijurídico que cumple el tipo de una ley penal se reputará culpable sólo cuando sea consciente de que se trata de un hecho antijurídico o que esto es evidente atendidas las circunstancias por él conocidas. (2) Cuando, dada la especial situación en que el inferior se encontraba al ejecutar la orden, su culpabilidad es mínima, el Tribunal puede atenuar la pena conforme al § 49, parr. 1 del StGB o, en caso de falta, no imponerla.) Ver CALDERÓN SUSÍN, Eduardo. La ley penal militar alemana de 1974. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 38, n. 1, p. 100, jan./abr. 1985.

<sup>358</sup> O poder discricionário presentifica-se quando a autoridade, na existência de um tipo legal, pode escolher entre distintas consequências jurídicas, eclodindo uma situação em que há um espaço de atuação à autoridade. (MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. p. 48.)

democráticas), afirmou: "Verfassungsrecht vergeht, Verwaltungsrecht besteht", ou seja, "o direito constitucional passa, o direito administrativo permanece".<sup>359</sup>

No artigo "O direito constitucional passa, o direito administrativo permanece: a persistência da estrutura administrativa de 1967", Gilberto Bercovici denuncia que a Constituição democrática de 1988 recebeu um Estado estruturado sob a ditadura militar e, mesmo diante disso, não o reformou. A despeito de pretensas reformas procedidas na década de 90, a administração pública brasileira estaria ainda conformada pelo Decreto-Lei nº 200/1967.<sup>360</sup>

Ao voltarmos o olhar ao direito penal militar e, em especial, nesse momento, ao direito administrativo militar, torna-se clara a percepção de que essas áreas do direito devem passar por um processo de adequação aos parâmetros constitucionais.

A confusão existente entre o ilícito penal e o ilícito administrativo passa inexoravelmente pela tormentosa definição e conceituação de crime militar no direito pátrio, cuja insuficiência de seus contornos materiais são ocupados por uma leitura interessada e tão somente formal do delito militar, em total desprezo ao estágio evolutivo do direito penal de países democráticos.

Giorgio Marinucci e Emilio Dolcini referiam que uma das fundamentais funções da "parte geral" das codificações penais modernas seria a de conceituar os crimes, inserindo seguros critérios de identificação, o que possibilitaria a devida distinção com relação a outras categorias de ilícitos (disciplinares, administrativos, civis, etc.).<sup>361</sup>

Em comum entre o ilícito criminal militar e o ilícito disciplinar militar está o fato de que em ambos pode haver a realização de ações essencialmente

<sup>359</sup> BERCOVICI, Gilberto. "O direito constitucional passa, o direito administrativo permanece": a persistência da estrutura administrativa de 1967. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Orgs.). **O que resta da ditadura: a exceção brasileira**. São Paulo: Boitempo, 2010. p. 77. Otto Mayer, já no final do séc. XIX, denunciara que "o direito atual está todavia repleto de restos das épocas precedentes, restos que estão em franco contraste com os princípios fundamentais do direito moderno e que devem desaparecer ou transformar-se." (MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán**. Parte general. Tomo I. Trad. Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1949. p. 23.

<sup>360</sup> BERCOVICI, op. cit., p. 77-90.

<sup>361</sup> MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. **Corso di diritto penale**. 3. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2001. p. 389.

violadoras do dever militar – embora aqui se advirta que o CPM, em sua atual configuração, admite a existência de delitos sem a violação de deveres militares. Os regulamentos disciplinares das três Forças (Exército, Marinha e Aeronáutica), ao conceituar a transgressão disciplinar, são claros nesse sentido.<sup>362</sup> De igual modo, o art. 3º do Regulamento de Disciplina Militar português estatui que “infração de disciplina punível (...) é toda a omissão ou acção contrária ao dever militar que pelo CJM [Código de Justiça Militar] não seja qualificada crime”.

O Regulamento Disciplinar da Aeronáutica brasileira (Decreto nº 76.322 - de 22 de setembro de 1975) chega a ensaiar uma tentativa de distinção entre transgressões e crimes militares, ao preconizar que a transgressão distingue-se do crime militar apenas na medida em que este seria uma ofensa “mais grave” ao dever militar.

O direito disciplinar e suas respectivas sanções disciplinares compreendem uma classe do direito que, de um ponto de vista teórico, conforme Jorge de Figueiredo Dias, muito se aproximam do direito penal e das penas. Os comportamentos do ilícito disciplinar, diferentemente do que ocorre com os ilícitos contra-ordenacionais, não podem afirmar-se axiologicamente neutros.<sup>363</sup>

Max Ernst Mayer, *verbi gratia*, ao tratar dos delitos administrativos (não confundir com ilícito disciplinar), afirmara que reconhecia nas normas de direito penal administrativo normas em cujos mandatos ou proibições são culturalmente indiferentes. Para o autor alemão, o ilícito administrativo se caracterizaria tão somente pela contrariedade à norma jurídica e não por uma norma de cultura (ou ético social). Enquanto o injusto criminal assim o era por força da lei e da

<sup>362</sup> **Regulamento Disciplinar da Marinha** (Decreto nº 88.545, de 26 de julho de 1983): “Art. 6º - Contravenção Disciplinar é toda ação ou omissão contrária às obrigações ou aos deveres militares estatuidos nas leis, nos regulamentos, nas normas e nas disposições em vigor que fundamentam a Organização Militar, desde que não incidindo no que é capitulado pelo Código Penal Militar como crime.” **Regulamento Disciplinar do Exército** (Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002): “Art. 14. Transgressão disciplinar é toda ação praticada pelo militar contrária aos preceitos estatuidos no ordenamento jurídico pátrio ofensiva à ética, aos deveres e às obrigações militares, mesmo na sua manifestação elementar e simples, ou, ainda, que afete a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe.” **Regulamento Disciplinar da Aeronáutica** (Decreto nº 76.322 - de 22 de setembro de 1975): “Art. 8º. Transgressão disciplinar é toda ação ou omissão contrária ao dever militar, e como tal classificada nos termos do presente Regulamento. Distingue-se do crime militar que é ofensa mais grave a esse mesmo dever, segundo o preceituado na legislação penal militar.”

<sup>363</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais. a doutrina geral do crime. Tomo I.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 168-169.

nocividade social, o injusto administrativo assim o era apenas em virtude da lei.<sup>364</sup>

Por faltar ao ilícito administrativo justamente a significação ética própria do injusto criminal - considerado o valor (liberdade) do bem que este sacrifica -, Eduardo Correa sustentara que as medidas privativas de liberdade, como a prisão, não devem ser utilizadas à classe dos ilícitos administrativos.<sup>365</sup> Construção teórica que não é válida, tornamos a repetir, ao injusto disciplinar.

A essência do ilícito disciplinar, consoante Jorge de Figueiredo Dias, situa-se no especial significado e função que o serviço público assumiu no âmbito do Estado Democrático de Direito. Não há de se falar mais, tal qual antigamente sustentado, em um "puro dever de obediência do agente relativamente ao seu superior hierárquico". A perspectiva conferida pelo princípio da legalidade da Administração subordina a atuação do agente investido no serviço público, implicando afirmar que, para além de uma série de direitos assegurados àquele que desempenha a função pública, impõe-se também inúmeros deveres especiais no interesse da comunidade jurídica.<sup>366</sup>

Antes de tudo, o que está em jogo é uma relação de dever que tem por objeto o asseguramento da integridade e confiança das instituições, pautadas sobretudo no interesse público. O funcionário que por sua conduta viola essa relação de dever - e com isso, a integridade e confiança de que o serviço deve gozar - culmina por cometer uma infração disciplinar, caso atendidos alguns pressupostos. O ilícito disciplinar é caracterizado por ser um ilícito interno, isto é, voltado exclusivamente para o serviço, podendo constituir-se ainda que não tenha havido um abalo à Administração.<sup>367</sup>

<sup>364</sup> MAYER, Max Ernst. **Normas jurídicas y normas de cultura**. Trad. José Luis Guzmán Dálbora. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2000. p. 153-154.

<sup>365</sup> CORREIA, Eduardo. Direito penal e direito de mera ordenação social. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. XLIX, p. 272, 1973.

<sup>366</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais. a doutrina geral do crime. Tomo I**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 169.

<sup>367</sup> *Ibid.*, p. 169. Discorrendo sobre as dificuldades em distinguir os ilícitos disciplinares dos "crimes cometidos no exercício das funções públicas", o autor afirma que os crimes constituem-se apenas quando se verifica uma lesão ou perigo de lesão da autoridade administrativa ou da própria Administração, ao passo que isso não se mostra necessário no ilícito disciplinar.

De toda a maneira, é indiscutível que, enquanto algumas violações dos deveres do serviço não assumem gravidade suficiente para a assunção do direito penal, outras demonstram a necessidade de imposição de penas. Daí por que é possível que razões de quantidade possam tornar-se susceptíveis de tornar-se razões de qualidade e assim figurarem como expedientes legítimos de distinção entre os dois ilícitos.<sup>368</sup>

Por consolidar-se, o ilícito disciplinar, em um direito evidentemente sancionatório, demonstra-se mais do que fundamental o respeito dos princípios garantísticos próprios do direito penal.<sup>369</sup> No plano do direito disciplinar militar, considerando a existência da prisão disciplinar como explícita penalidade administrativa, cresce a importância de respeito aos direitos e garantias adequados a evitar a indevida restrição da liberdade.

Não por casualidade, reforçando o que estamos a afirmar, o próprio código penal militar prevê hipóteses em que o juiz pode "desclassificar" a infração de criminosa para disciplinar.<sup>370</sup> As hipóteses de desclassificação de crime para transgressão disciplinar, previstas no Código Penal Militar, bem demonstram a tênue linha que separa o ilícito penal do ilícito disciplinar.

Em apertado raciocínio, não é absurdo considerar que existe um elevado risco de indevido emprego do direito penal para o atendimento de finalidades de natureza meramente administrativa, tal como a preservação pura e simples da

<sup>368</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais. a doutrina geral do crime. Tomo I.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 170. Para exemplificar os critérios quantitativos e qualitativos, o autor utiliza a questão da alcoolemia ao volante: "Se um condutor circula com um grau de alcoolemia entre 0,5 e 0,8 g/l, isso constitui juridicamente uma contra-ordenação grave; se o grau se situa entre 0,8 e 1,2 g/l a contra-ordenação é muito grave; se a alcoolemia é igual ou superior a 1,2 g/l a conduta respectiva constitui crime. Não teria razão quem pensasse que nestas diferenciações está em causa um critério puramente formal-quantitativo. O que está presente é sim a consideração decisiva de que perante 1,2 g/l ou valor superior de álcool no sangue a conduta torna-se ético-socialmente relevante e passa a constituir substrato susceptível de a ele se ligar a respectiva criminalização, atento o 'salto qualitativo' que naquele limite sofre a perigosidade social da conduta e a sua censurabilidade ética (...)". (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais. a doutrina geral do crime. Tomo I.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p. 163.)

<sup>369</sup> Ibid., p. 171.

<sup>370</sup> Tal como o disposto nos art. 209, § 6º (lesão levíssima); art. 240, § 1º e 2º (furto praticado por agente primário e de pequeno valor a coisa furtada); art. 250 (casos de apropriação indébita, presentes as condições do art. 240, § 1º e 2º); art. 253 (estelionato, presentes as condições do art. 240, § 1º e 2º); art. 254, parágrafo único (receptação, presentes as condições do art. 240, § 1º e 2º); art. 260, parágrafo único (dano simples), e; art. 313, § 2º (emissão de cheque sem fundos, presentes as condições do art. 240, § 1º e 2º).

higidez disciplinar, sem sequer se falar na efetiva perda ou perigo de perda da eficácia real das Forças Armadas.

### 3.5 DO "PORQUE" AO "PARA QUÊ", QUAL O SENTIDO DO DIREITO PENAL MILITAR BRASILEIRO?

Aqui chegando, revolvidos alguns pontos do arenoso terreno do Direito Penal Militar, parece-nos que é tempo de retomarmos a reflexão, apenas esboçada, no capítulo primeiro, no que trata da perquirição do fundamento, função e sentido do Direito Penal Militar. Discussão sempre presente e pertinente no plano das ciências criminais.

Para não perder o fio argumentativo, rememoremos os conceitos-chave desenvolvidos por António Castanheira Neves, em quem temos por fundamento a razão de ser ou o motivo fundante que sustenta e legitima a existência de algo, enquanto que por *função* há de se compreender a finalidade e/ou objetivos a que algo ou alguém se propõe a buscar. Daí a compreensão de que o *fundamento* é o "porque" e a *função* é o "para quê".<sup>371</sup>

Não poderíamos deixar também de reafirmar a crítica de Martin Heidegger, no sentido de que é próprio do movimento das ciências a revisão, mais ou menos radical, de seus conceitos fundamentais. E o nível de uma ciência seria determinado pela sua capacidade em sofrer uma crise em seus conceitos fundamentais.<sup>372</sup>

Se "*nihil est sine ratione* (nada é sem razão/fundamento)" e se "*omne ens habet rationem* (todo ente tem uma razão/fundamento)",<sup>373</sup> cristaliza-se como condição necessária para prosseguir, a tentativa de identificação do fundamento do Direito Penal Militar. Mas não apenas, sua função e o seu sentido estão na

<sup>371</sup> Comungamos das inquietações do autor, quando este critica o funcionalismo jurídico. Para Castanheira Neves, o que especifica e caracteriza o funcionalismo jurídico é a sua particular atitude perante o direito, sintetizada na pergunta básica: "O direito para que serve? Não o preocupa saber o que é o direito e determiná-lo pelo seu conceito ou pelo seu princípio". (ver CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o "legislador", a "sociedade" e o "juiz" ou entre "sistema", "função" e "problema" – Modelos actualmente alternativos de realização do direito. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, Separata v. LXXXIV, p. 25, 1998.)

<sup>372</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Parte I. Trad. por Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 1988. p. 35.

<sup>373</sup> *Id.*, *Sobre a essência do fundamento. A determinação do ser do ente segundo Leibniz*. Hegel e os gregos. Trad. e notas de Ernildo Stein. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1971. p. 34.

ordem do dia, pois o desvelar de seus conceitos fundamentais são *conditio sine qua non* para a aproximação de seus contornos legitimantes.

A crise que identificamos no Direito Penal Militar brasileiro é de duas ordens. A primeira situa-se no desinteresse de revisão dos conceitos fundamentais dessa insondada área do direito penal, em que apreende-se uma forte influência institucional na manutenção do "*statu quo res erant ante bellum*", o que restou definitivamente identificado a partir do substitutivo apresentado ao PLS 236, que suplantou a possibilidade de a parte geral do Código Penal aplicar-se também ao Código Penal Militar. A inderrogabilidade de um Código Penal nascido no malfadado período de ditadura militar brasileira, sobrevivendo à Constituição Cidadã de 1988 é também indicativo de que forças político-institucionais vem impedindo a construção de novas configurações nesse âmbito.

Outro ponto crítico está no acentuado desinteresse dos pesquisadores em debruçar-se sobre o direito penal militar, o que contribui com a imunidade e impermeabilidade do sistema penal militar aos avanços da teoria do delito. As vozes que ressoam na área são, em larga medida, as oriundas de operadores do sistema (juízes militares e membros do Ministério Público Militar), o que pode contribuir com um discurso reduzido à porta-voz dos interesses institucionais.

Retomando a argumentação inicial, é possível verificar a ausência de fundadas reflexões acerca do fundamento e função do direito penal militar. Há, dentro do vazio compreensivo, a proeminência de um discurso que coloca a razão do direito penal militar na preservação da hierarquia e disciplina, dada a indissociabilidade que o respeito destes guardam com a existência de uma Força Armada realmente preparada. É tempo de se colocar em relevo essa discussão.

### **3.5.1 A funcionalização dos crimes militares para a manutenção da hierarquia e disciplina**

O funcionalismo jurídico penal, de acordo com o que observamos, coloca sua máxima ênfase no questionamento: o direito para que serve? O espaço para se saber o que é o direito ou determiná-lo pelo seu conceito ou seu princípio é

fortemente reduzido e o direito torna-se relativizável de acordo com os fins que o submete. Não há de se falar ainda em uma autonomia, pois ela é normalmente sacrificada à otimização.<sup>374</sup>

Essa descrição demonstra-se um rótulo que bem se coaduna ao estágio atual do Direito Penal Militar. A manutenção da hierarquia e disciplina, para além de um interesse de organização administrativa, tornou-se uma função declarada do Direito Penal Militar. Daí a não se estranhar quando relativiza-se institutos da teoria do delito justamente para resguardar esse objetivo – tal como se visualiza quando os tribunais negam a aplicabilidade do princípio da insignificância justamente para evitar prejuízos de ordem disciplinar.

Como podemos já discorrer, para a doutrina funcionalista a formação do sistema jurídico-penal deve nortear-se única e exclusivamente pelas finalidades do Direito Penal,<sup>375</sup> havendo, por parte dessa doutrina, uma verdadeira renúncia à tentativa de compreensão acerca do que é o direito penal ou qual o seu fundamento, ficando a *força motriz* direcionada justamente para a sua função ou para a utilidade social do direito penal. Isto implica dizer que o direito penal deve orientar-se de um modo a impedir a comissão de delitos por meio da prevenção geral.<sup>376</sup> De modo bastante particular, ao estabelecer esse pensamento institucionalista na base do direito penal militar, ao fim e ao cabo, culmina esse setor do direito por ser guiado por um raciocínio funcionalista que, afastando-se da noção de crime como ofensa a bens jurídicos, sobreleva interesses outros.

O passo que se segue é a habitual derroga de princípios fundamentais ou de regras do direito penal, justamente para atender a esses objetivos de feição prevencionista.<sup>377</sup> Urge uma nova forma de pensar o direito penal militar,

<sup>374</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. *O direito hoje e com que sentido?*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002. p. 40-41.

<sup>375</sup> ROXIN. *Claus. Derecho penal: parte general: fundamentos: la estructura de la teoria do delito*. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006. p. 203.

<sup>376</sup> Id. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal*. Trad. Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 31.

<sup>377</sup> D'AVILA, Fabio Roberto. *Funcionalismo versus normativismo no direito penal contemporâneo*. In: *Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 30.

sob pena de continuar-se a instrumentalizar o homem por meros objetivos e interesses administrativo-organizacionais.

### 3.5.2 O resgate à concepção onto-antropológica como tentativa de legitimação do direito penal militar

Existem ao menos duas formas de pensar o direito penal, uma de lógica funcionalista (partindo-se das consequências) e outra de base ontológica (partindo-se do ilícito em si considerado). Das teorias que partem da perspectiva do ilícito (*Unrecht*), desenvolvemos no capítulo segundo as linhas gerais da elaboração onto-antropológica, que se traduz “na ofensa a interesses objetivos, no desvalor que expressa a lesão ou o pôr-em-perigo de bens juridicamente protegidos”.<sup>378</sup>

Muito mais do que à *ratio calculatrix*, onde o pensamento jurídico é aviltado pela “pura maquinação de propósitos e finalidades refractárias a qualquer, ainda que tênue, envolvimento axiológico”,<sup>379</sup> é indispensável o reposicionamento da racionalidade em uma dimensão mais profunda. O ilícito penal militar, do modo como construído no CPM e interpretado na justiça militar, tem se firmado como fragoroso exemplo de ausência de conteúdo materialmente informado.

O direito penal militar, assinalamos, só pode ser um direito de tutela dos bens jurídicos militares.<sup>380</sup> Nesse sentido, há de se identificar bens jurídicos genuinamente militares que justifiquem a existência de um sistema especialmente erigido para esse fim, pois do contrário, suficiente seria o próprio Código Penal comum. Parece-nos que um bem jurídico militar não deve se apartar da função primária que corresponde às Forças Armadas enquanto

<sup>378</sup> D'AVILA, Fabio Roberto. Filosofia e direito penal. Sobre o contributo crítico de um direito penal de base onto-antropológica. In: **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 46.

<sup>379</sup> FARIA COSTA, José de. Um olhar doloroso sobre o direito penal (ou o encontro inescapável do homo dolens, enquanto corpo-próprio, com o direito penal). In: **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 75-76. Nota de rodapé 16.

<sup>380</sup> FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Justiça Militar. Justiça militar - Colóquio Parlamentar, ed. da Assembleia da República, Comissão de Defesa Nacional, Lisboa, 1995, págs. 25-27. Citado no Parecer do Conselho Consultivo da Procuradoria Geral da República portuguesa. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/pggrp.nsf/0/65b529d57187319b80256cb5005c8767?>>. Acesso em 10 nov. 2014.

entidade técnica especializada dirigida à segurança externa do Estado. Reconhece-se o interesse geral da sociedade em ver instituições militares capazes de cumprir com a missão de defesa externa.<sup>381</sup>

A natureza militar do bem jurídico e a qualidade do autor que infringe seus deveres militares são critérios materiais que dariam maior legitimidade ao direito penal militar<sup>382</sup> e estariam em conformidade com recente decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos que firmou posição no sentido de que esse ramo do direito deve estar encaminhado à proteção de interesses jurídicos especiais, somente podendo julgar a militares que atentem contra bens jurídicos próprios da ordem militar.<sup>383</sup>

Com base nessas assertivas, não se mostra demasiado denunciar a crise de sentido que atualmente implica o direito penal militar brasileiro, crise que nos conduz a destacar novamente os escritos de António de Castanheira Neves, segundo o qual o direito há de ser compreendido não como mero imperativo de poder ou como simples meio de exercício de estratégias, mas enquanto “validade em que a axiologia e a responsabilidade do homem se manifeste”.<sup>384</sup>

---

<sup>381</sup> MERA FIGUEROA, Jorge. Bases Programáticas para la reforma integral del derecho penal militar chileno. **Colección Informes de Investigación** – Centro de Investigaciones Jurídicas: Facultad de Derecho da Universidad Diego Portales, Santiago, a. 5, n. 16, p. 15, ago. 2013.

<sup>382</sup> *Ibid.*, p.13-14.

<sup>383</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Caso Palamara Iribarne *versus* Chile. Sentença de 22 de novembro de 2005. p. 74, nº 124. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_135\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf)>. Acesso em 25 ago. 2014.

<sup>384</sup> CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” – Modelos actualmente alternativos de realização do direito. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, Separata v. LXXXIV, p. 43, 1998.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de considerações finais, cumpre-nos traçar, ainda que de modo sucinto, algumas das proposições a que chegamos pela via investigativa. Por certo, embora travestido de ponto de chegada, o aprofundamento dos estudos levou-nos à certeza de que trata-se tão só de um ponto de partida. O direito penal militar e o necessário desenvolvimento e sistematização do ilícito penal militar, em estado de *quase abandono* pela academia, possuem muitos e inadiáveis desafios a superar. Seguem-se, pois, algumas das proposições por nós alcançadas, no percurso dessa pesquisa:

I. Existem, ao menos, dois modos de pensar o direito penal. Um deles voltado, sob os pressupostos das teorias sociológicas e com uma lógica eficientista, às consequências (lógica do funcionalismo jurídico-penal); o outro modo voltado ao ilícito (*Unrecht*), no qual encontram-se as teorias ontológicas (explicitamos, na pesquisa, a teoria onto-antropológica desenvolvida por José de Faria Costa).

Desses modos de pensar, é possível afirmar que a lógica funcionalista possui uma *ratio calculatrix*, na qual há sempre o risco de colocar o homem em uma posição de mero instrumento à perenização da engrenagem social. De outro lado, a lógica onto-antropológica, partindo do conceito de responsabilidade, coloca o homem como o centro gravitacional da construção do direito. Refuta-se a ideia de que direito é uma técnica, assentando ainda que o direito penal, em especial, configura uma manifestação do nosso mais profundo modo-de-ser com os outros, é dizer, simultaneamente limite e fundamento do “eu” com o “outro”.

II. O direito penal contemporâneo, seja qual for a sua ramificação ou especialização, tem no princípio da ofensividade um critério material indispensável. O princípio da ofensividade explicita um modelo de crime que se fundamenta e se legitima na ofensa a interesses objetivos, traduzidos na própria lesão ou exposição a perigo de bens jurídicos protegidos. Contrapõe-se, portanto, “à simples violação objetiva do dever”. Trata-se de um modelo de crime

que carrega consigo o conteúdo do desvalor da infração (ilicitude). A ilicitude imiscui-se ao *Tatbestand*, conferindo a este a expressão de verdadeiro “portador da valoração jurídico-criminal que o juízo de ilicitude exprime”.

III. O direito penal militar brasileiro ressen-te-se de contornos materiais seguros à definição do ilícito penal militar. Não por outra razão, tutelam-se idênticos bens jurídicos tanto no Código Penal Militar quanto no Código Penal comum (vida, liberdade, patrimônio, honra, etc). Parece-nos necessária a solidificação de, no mínimo, dois critérios materiais aos delitos militares, seguindo Jorge Mera Figueroa: (a) a natureza militar do bem jurídico; (b) a qualidade do autor que infringe seus deveres militares enquanto membro das Forças Armadas. A ofensa ou perigo de ofensa aos bens jurídicos de natureza militar devem ser interpretados numa rigorosa lógica de afetação à eficácia das Forças Armadas, enquanto instituição destinada à segurança externa.

IV. O déficit criterial identificado na definição de crime militar é uma das razões que colocam, nos dias atuais, civis sob a jurisdição militar, com todas as consequências advindas da própria composição dos tribunais militares – integrados por maioria de militares da ativa – invariavelmente inclinados a considerações mais afetas à hierarquia e disciplina do que de direito. Essa insuficiência criterial é geradora de problemas também no plano da diferenciação entre o ilícito penal e o ilícito disciplinar militar.

V. Ainda que reconheçamos seja a manutenção da hierarquia e disciplina um interesse legítimo da administração militar, *a priori* sob o auspício de uma lógica organizacional-administrativa, isso não implica dizer que deve esse interesse interacionar com o direito de modo a legitimar a derroga de princípios e regras do direito penal - lógica do funcionalismo jurídico-penal. Demonstra-se necessária uma maior reflexão quanto à necessidade de se ter uma parte geral autônoma e independente do direito penal ordinário.

## REFERÊNCIAS

- ALEXANDER, Robert. **Mauerschützen: acerca de la relación entre derecho, moral e punibilidad**. Trad. Eduardo Roberto Soderó. In: VIGO, Rodolfo Luis. *La injusticia extremo es derecho*. Buenos Aires: La Ley, 2006.
- ARENDS, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. Trad. Sonia Orieta Heinrich. São Paulo: Diagrama & Texto, 1983.
- ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao Código Penal Militar**. Curitiba: Juruá, 1998.
- ASSIS, Machado de. O espelho. Esboço de uma nova teoria da alma humana. In: **Contos escolhidos**. Porto Alegre: Klick Editora, 1998.
- BANDEIRA, Esmeraldino Olympio de Torres. **Curso de Direito Penal Militar**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.
- BELING, Ernst Ludwig von. **El rector de los tipos de delito (Die Lehre vom Tatbestand)**. Trad. L. Prieto Castro e J. Aguirre Cárdenas. Madrid: Editorial Reus, 1936.
- BEM, Leonardo Schmitt de. O perigo da moralidade como bem jurídico penal. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 19, n. 224. p. 8-8, jul. 2011.
- BERCOVICI, Gilberto. "O direito constitucional passa, o direito administrativo permanece": a persistência da estrutura administrativa de 1967. In: TELES, Edson; SAFATLE, Vladimir (Orgs.). **O que resta da ditadura: a exceção brasileira**. São Paulo: Boitempo, 2010.
- BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Apelação nº 108-28.2013.7.11.0211/DF**. Apelante: Orestes Nogueira Neto. Apelada: Sentença do Conselho Permanente da 2ª Auditoria da 11ª CJM. Relator: Min. Fernando Sérgio Galvão, 1º de outubro de 2014.
- \_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. **Apelação nº 20-45.2013.7.03.0103/RS**. Apelantes: Éverton dos Santos e Diego Artielis Dal Ross Batista. Apelada: Sentença do Conselho Permanente da 1ª Auditoria da 3ª CJM. Relator: Min. Alte Esq Alvaro Luiz Pinto, 7 de outubro de 2014.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 103.684/DF**. Paciente: Evanildo Costa do Nascimento. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator: Min. Ayres Britto, 21 de outubro de 2010. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=621935>>. Acesso em 25 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 104.467/RS**. Pacientes: Arionildo Felix de Menezes e Janete da Silva. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Cármen Lúcia, 8 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=620230>>. Acesso em 8 out. 2014.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**: parte geral. Tomo II. 4. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

CALDERÓN SUSÍN, Eduardo. La ley penal militar alemana de 1974. **Anuario de derecho penal y ciências penales**, Madrid, v. 38, n. 1, p. 87-110, jan./abr. 1985.

CALVINO, Ítalo. **Um general na biblioteca**. Trad. Rosa Freire D'Aguiar. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

CANETTI, Elias. **Massa e poder**. Trad. Sérgio Tellaroli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

CARVALHO JÚNIOR, Astor Nina de. A segunda etapa da reforma do judiciário e o novo perfil do Superior Tribunal Militar. **Direito Militar**: Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME, Florianópolis, v.10, n. 61, p.18, set./out. 2006.

CASTANHEIRA NEVES, António. Entre o “legislador”, a “sociedade” e o “juiz” ou entre “sistema”, “função” e “problema” – Modelos actualmente alternativos de realização do direito. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, Separata v. LXXXIV, p. 1-44, 1998.)

\_\_\_\_\_. **Metodologia Jurídica**. Problemas Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora. p.12.

\_\_\_\_\_. **O direito hoje e com que sentido?**. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

COLLI, Giorgio. **El nacimiento de la filosofia**. 3 ed. Barcelona: Tusquets Editores, 1983.

CORREIA, Eduardo. A evolução histórica das penas. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. LIII, p. 51-150, 1977.

\_\_\_\_\_. Direito penal e direito de mera ordenação social. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. XLIX, p. 257-281, 1973.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Palamara Iribarne versus Chile**. Sentença de 22 de novembro de 2005. p. 77, nº 146. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_135\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf)>. Acesso em 25 ago. 2014.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Crime militar**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1978.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 1998.

D'AQUINO, Ivo. O novo Código Penal Militar. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 7, n. 27, p. 95-104, jul./set. 1970.

D'AVILA, Fabio Roberto. Aproximações à teoria da exclusiva proteção de bens jurídicos no direito penal contemporâneo. In: **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos II**. 2. ed. Org. por Ruth Maria Chittó Gauer. Porto Alegre: Edipucrs, 2011.

\_\_\_\_\_. Filosofia e direito penal. Sobre o contributo crítico de um direito penal de base onto-antropológica. In: **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

\_\_\_\_\_. Funcionalismo versus normativismo no direito penal contemporâneo. In: **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

\_\_\_\_\_. **Ofensividade e crimes omissivos próprios. Contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

\_\_\_\_\_. Ofensividade e ilícito penal ambiental. In: **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

\_\_\_\_\_. Os limites normativos da política criminal no âmbito da "ciência conjunta do direito penal". Algumas considerações críticas ao pensamento funcional de *Claus Roxin*. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, Gießen, v. 10, p. 485-495, 2008.

\_\_\_\_\_. Prefácio. In: SCALCON, Raquel Lima. **Ilícito e pena: modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013.

\_\_\_\_\_. Teoria do crime e ofensividade. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. In: **Ofensividade em direito penal: escritos sobre a teoria do crime como ofensa a bens jurídicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

DAMÁSIO, António Rosa. **O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano**. Trad. Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

DOLCINI, Emilio; MARINUCCI, Giorgio. Constituição e escolha dos bens jurídicos. Trad. José de Faria Costa. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Porto Alegre, fasc. 2, ano 4. p. 151-198, abr./jun. 1994.

DUARTE, António Pereira. **Direito administrativo militar**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

DUSSEL, Enrique. **Filosofia da libertação: crítica à ideologia da exclusão**. Trad. Georges I. Maissiat. São Paulo: Paulus, 1995.

FAGUNDES, João Batista da Silva. Prazo para a consumação do crime de deserção da legislação penal militar brasileira. **Revista de Direito Militar do Ministério Público da União**. Brasília, n. 2, p. 68-85, 1974.

FARIA COSTA, José Francisco de. Ler Beccaria hoje. In: BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. José de Faria Costa. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

\_\_\_\_\_. **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

\_\_\_\_\_. **Noções fundamentais de direito penal (fragmenta iuris poenalis)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

\_\_\_\_\_. O direito, a fragmentaridade e o nosso tempo. In: **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

\_\_\_\_\_. O fim da vida e o direito penal. In: **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

\_\_\_\_\_. **O perigo em direito penal (contributo para a sua fundamentação e compreensão dogmáticas)**. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

\_\_\_\_\_. Um olhar doloroso sobre o direito penal (ou o encontro inescapável do homo dolens, enquanto corpo-próprio, com o direito penal). In: **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

\_\_\_\_\_. Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena. In: **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione: teoria del garantismo penale**. 7. ed. Roma: Laterza, 2002.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal: parte geral: tomo I: questões fundamentais. a doutrina geral do crime. Tomo I**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **O problema da consciência da ilicitude em direito penal**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

\_\_\_\_\_. **Tema básicos da doutrina penal**. Sobre os fundamentos da doutrina penal. Sobre a doutrina geral do crime. Coimbra: Coimbra, 2001.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica: curso dado no Collège de France**. Edição de Michel Senellart. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Subsídios para a história do novo código penal. **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro, n. 3. p. 7-12, jul./set. 1971. Disponível em: <[http://www.fragoso.com.br/eng/arq\\_pdf/heleno\\_artigos/arquivo67.pdf](http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo67.pdf)>. Acesso em 20 jul. 2013.

GALIMBERTI, Umberto. **La morte dell'agire e il primato del fare nell'età della tecnica**. Milano: Albo Versorio, 2008.

\_\_\_\_\_. **Psiche e techne. L'uomo nell'età della técnica**. Milano: Feltrinelli, 1999.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014.

GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173 Strafgesetzbuch). **Revista Brasileira de Ciências Criminais – IBCCRIM**, São Paulo, a. 18, n. 82, p. 165-185, jan./fev. 2010.

GUSMÃO, Chrysolito de. **Direito Penal Militar**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1915.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**. Trad. Ana Maria Bernardo e outros. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1990.

\_\_\_\_\_. **Teoria do agir comunicativo**. v. 1 e 2. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2012.

HEIDEGGER, Martin. **Que é isto – a filosofia? Identidade e diferença**. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1971.

\_\_\_\_\_. **Ser e tempo**. Parte I. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. 15. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2005.

\_\_\_\_\_. **Ser e tempo**. Parte I. Trad. por Marcia Sá Cavalcante Schuback. Petrópolis: Vozes, 1988.

\_\_\_\_\_. **Ser e tempo**. v. 1 e 2. Trad. Márcia de Sá Cavalcante. Rio de Janeiro: Petrópolis, 1988 e 1989

\_\_\_\_\_. **Serenidade**. Lisboa: Instituto Piaget, 2000.

\_\_\_\_\_. **Sobre a essência do fundamento. A determinação do ser do ente segundo Leibniz. Hegel e os gregos**. Trad. e notas de Ernildo Stein. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1971.

IZUZQUIZA, Ignacio. Introduccion: La urgencia de una nueva logica. In: LUHMANN, Niklas. **Sociedad y sistema: la ambición de la teoría**. Trad. Santiago López Petit y Dorothee Schmitz. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, 1984.

JAKOBS, Günther. **Derecho penal: parte general. Fundamentos e teoria de la imputación**. 2. ed. corrigida. Trad. por Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Juridicas, 1997.

\_\_\_\_\_. **Sociedade, norma e pessoa**. Trad. por Mauricio Antonio Ribeiro Lopes. Barueri: Manole, 2003.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade**. Coord. por Luiz Moreira. Trad. por Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

\_\_\_\_\_; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 4. ed. Trad. por André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal: parte general**. Granada: Editorial Comares, 1993.

JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ, Francisco. **Introducción al Derecho Penal Militar**. Madrid: Civitas, 1987.

JUANES PECES, Angel. Relaciones entre el código penal común y el código de justicia militar. **La Ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciário**, Madrid, v. 1, n. 7, p. 5-13, jul./ago. 2004.

KNUDSEN, Holger. Incesto entre irmãos e o tribunal federal constitucional: a decisão de 26.2.2008 nos limites entre dignidade humana e os interesses da dogmática jurídica e da sociedade. Trad. Débora Gozzo. **Revista Mestrado em Direito**, Osasco, a. 9, n. 1. p. 171-185, jan./jun. 2009

LÉVI-STRAUSS, Claude. **As estruturas elementares do parentesco**. Tradução de Mariano Ferreira. Petrópolis: Vozes, 1982.

LISZT, Franz von. **Tratado de derecho penal**. Tomo II. 4. ed. Trad. Luis Jimenez de Asúa. Madrid: Editorial Reus, 1999.

LOUREIRO NETO, José da Silva. **Direito penal militar**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. 2. ed. Trad. Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder, Universidad Iberoamericana, 2005.

MAGGIORE, Renato. **Diritto e processo nell'ordinamento militare: contributo allo studio del processo penale militare**. Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1967.

MANTOVANI, Ferrando. Il principio di offensività nello Schema di Delega Legislativa per um Nuovo Codice Penale. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, v. 40, n. 2, p. 313-337, 1997.

\_\_\_\_\_. **Principi di diritto penale**. Padova: Cedam, 2002.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. **Curso de direito penal. Le norme penali: Fonti e limiti di applicabilità. Il reato: nozione, struttura e sistematica.** 3. ed. Milano: Giuffrè Editore, 2001.

MASSAÚ, Guilherme Camargo. Ius Commune: uma manifestação pluralista na idade média? **Revista Sociologia Jurídica**, n. 6, jan./jun. 2008. Disponível em: <<http://www.sociologiajuridica.net.br/numero-6/248-ius-commune-uma-manifestacao-pluralista-na-idade-media-guilherme-camargo-massau>>. Acesso em 19 jun 2014.

MAURER, Hartmut. **Elementos de direito administrativo alemão.** Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

MAYER, Max Ernst. **Normas jurídicas y normas de cultura.** Trad. José Luis Guzmán Dálbora. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2000.

MAYER, Otto. **Derecho administrativo alemán.** Parte general. Tomo I. Trad. Horacio H. Heredia e Ernesto Krotoschin. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1949.

MERA FIGUEROA, Jorge. Bases Programáticas para la reforma integral del derecho penal militar chileno. **Colección Informes de Investigación – Centro de Investigaciones Jurídicas: Facultad de Derecho da Universidad Diego Portales, Santiago**, a. 5, n. 16, p. 3-31, ago. 2013.

\_\_\_\_\_. **La justicia militar en Chile.** Santiago: Flacso-Chile, 2000.

MEZGER, Edmund. **Tratado de Derecho Penal.** Tomo II. Madrid: Editorial Revista del Derecho Privado, 1949.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. **Tratado de derecho penal.** Tomo VI. 3. ed. Buenos Aires: Losada, 1982-1985.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n. 1, de 1969.** Tomo I. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970.

MIRANDA, Reinaldo Moreira de. A autonomia do direito penal militar e seus princípios exclusivos. **Direito Militar: Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME, Florianópolis**, v. 8, n. 47, p. 11, maio/jun. 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo. Estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo.** 4. ed. rev. ampl. Trad. Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. Artigo 9º do CPM: uma nova proposta de interpretação. **Revista de Estudos e Informações: Justiça Militar do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte**, n. 27, p. 35-40, mar. 2010.

OLIVEIRA, Farlei Martins Riccio de. A relação de especial sujeição dos militares e a constitucionalidade do regulamento disciplinar do exército (decreto nº 4.346/2002). **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 27, p. 57-77, 2010.

**Parole chiave: dizionario di italiano per brasiliani.** Trad. Carlo Alberto Dastoli, [et. al.]. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

PEDROSA, José Júlio. Código penal militar: proposta de alteração. **Direito Militar: Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME**, Florianópolis, v. 8, n. 45, p. 27-33, jan./fev. 2004.

PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina.** Trad. Patricia de Queiroz Carvalho Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

PESCE LAVAGGI, Eduardo A. Evolución de la moderna teoría del delito. **Revista de Derecho Penal**, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, n. 16, p. 521-527, nov. 2006.

PIERANGELI, José Henrique. **Códigos penais do Brasil: evolução histórica.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PLATÃO. **Éutifron, Apologia de Sócrates, Críton.** 4. ed. Tradução, Introdução e notas de José Trindade Santos. Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 1985.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. A Justiça Militar da União na Constituição Brasileira de 1988. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 45, n. 179, p. 385-397, jul./set. 2008.

\_\_\_\_\_. A Justiça Militar da União na Constituição Brasileira de 1988. **Âmbito Jurídico - Revista Jurídica Eletrônica**, Rio Grande, nº 84, ano XIV, jan./2011. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=8796](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8796)>. Acesso em 23 ago. 2014.

RODRIGUES DEVESA, José Maria. La obediencia debida en el código penal militar español de 1985. **Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. 3, p. 373-396, 1984.

RODRÍGUEZ MANSILLA, Darío. Invitación a la sociología de Niklas Luhmann. In: LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad.** 2. ed. Trad. Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México: Herder, Universidad Iberoamericana, 2005.

ROMEIRO, Jorge Alberto. Antinomias inconcebíveis entre os Códigos Penais comum e militar. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 297, ano 83. p. 51-56, jan./mar. 1987.

\_\_\_\_\_. Crime propriamente militar. **Ajuris – Revista da associação dos juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 61, ano XXI. p. 183-191, jul. 1994.

ROTH, Ronaldo João. Propostas de alterações do código penal militar. **Direito Militar: Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME**, Florianópolis, v. 8, n. 44, p. 32-35, nov./dez. 2003.

ROXIN, Claus. **Derecho penal. parte general**. Tomo I. Trad. e notas de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas Ediciones, 1997.

\_\_\_\_\_. **Derecho penal: parte general: fundamentos: la estructura de la teoría do delito**. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña; Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 2006.

\_\_\_\_\_. El legislador no lo puede todo. **Iter Criminis. Revista de Derecho y Ciencias Penales - INACIPE**, México, n. 12, p. 321-347, out/mar. 2004/2005.

\_\_\_\_\_. El processo penal y los medios de comunicación. **Revista del Poder Judicial**, Madrid, a. 3, n. 55, p. 73-93, 1999.

\_\_\_\_\_. **Funcionalismo e imputação objetiva no direito penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 18, n. 82. p. 24-47, jan./fev. 2010.

\_\_\_\_\_. **La evolución de la política criminal, el derecho penal y el processo penal**. Trad. Carmen Gómez Rivero e María del Carmen García Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

SALGADO, Karine. O direito tardo medieval: entre o ius commune e o ius proprium. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 56. p. 243-264, jan./jun. 2010.

SCALCON, Raquel Lima. **Ilícito e pena: modelos opostos de fundamentação do direito penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2013.

SILVA, Alexandre Luiz Pereira da. A obediência hierárquica como causa de exclusão da culpabilidade no direito penal brasileiro e no direito internacional penal. **Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco**, Recife, n. 2. p. 15-46, 2009.

SOUZA JÚNIOR, Carlos Miguel Villar de. Funcionalismo Penal: Aportes sobre uma teoria axiológica do direito penal. **Sistema Penal e Violência**, Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais PUCRS, Porto Alegre, v. 3, n. 1. p. 62-73, jan./jun. 2011.

STEIN, Ernildo. **A caminho de uma fundamentação pós-metafísica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 1997.

\_\_\_\_\_. **Seis estudos sobre ser e tempo**. Rio de Janeiro: Petrópolis, 1988.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

\_\_\_\_\_. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** – 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TAVARES, Juarez. **Direito penal da negligência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Injusto Penal**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TESSLER, Marga Barth. A Reforma do Judiciário e a competência da Justiça Militar com a provável aprovação da PEC nº 358/2005. **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, Porto Alegre, a. 19, n. 67. p. 39-47, 2008.

TURNER, Victor W. **O processo ritual: estrutura e antiestrutura**. Trad. Nancy Campi de Castro. Petrópolis: Vozes, 1974.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. A Justiça Militar deve ser tratada com Justiça. **Revista de Estudos e Informações: Justiça Militar de Minas Gerais**. Belo Horizonte, n. 35, p. 8-9, dez. 2013.

WELZEL, Hans. **O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina finalista da ação**. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; CAVALLERO, Ricardo Juan. **Derecho penal militar: lineamientos de la parte general**. Buenos Aires: Ariel, 1980.

ZAVERUCHA, Jorge. A justiça militar no estado de pernambuco: um enclave autoritário dentro do aparato de estado revisitado, **XX Encontro Anual da ANPOCS**, Caxambu (MG), p. 1-40, 1996. Disponível em: <[http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_view&gid=5381&Itemid=361](http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=5381&Itemid=361)>. Acesso em 6 set. 2014.