VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

ENOQUE FEITOSA SOBREIRA FILHO

PATRÍCIA JERÓNIMO

ALEXANDRA MARIA RODRIGUES ARAUJO

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Alexandra Maria Rodrigues Araujo; Enoque Feitosa Sobreira Filho; Patrícia Jerónimo – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-504-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Inspiração realista. 3. Processo Judicial. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Minho
Escola de Direito
Centro de Estudos em Direito da União Europeia

Cento de Estudos em Direito da
União Europeia
Braga – Portugal
www.uminho.pt

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

Os artigos aqui publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho subordinado ao tema "Teorias do Direito, da Decisão e Realismo Jurídico", inserido no VII Encontro Internacional do CONPEDI, que teve lugar nos dias 7 e 8 de setembro de 2017, em Braga (Portugal), em parceria com a Universidade do Minho (UMinho), através do Centro de Estudos em Direito da União Europeia (CEDU).

Enoque Feitosa analisa criticamente o modo como a matriz liberal individualista dos direitos humanos – que marca, desde a formação inicial, os operadores do Direito – condiciona a interpretação e a aplicação que os juízes fazem das normas constitucionais em vigor, não raro com prejuízo para a plena realização daqueles direitos. É assim – observa – com a interpretação do direito de propriedade, que é feita pelos juízes brasileiros com completa desconsideração pela função social da propriedade, o que, no entender do autor, muito contribui para que a questão do acesso à terra seja um problema secular no Brasil. Da análise da prática judicial brasileira, o autor conclui que prevalece um entendimento eminentemente privatista do direito de propriedade, "que desconsidera sua interpretação a luz da Constituição" e que deve ser ultrapassado para que se possa finalmente resolver a questão agrária, indispensável a uma democracia plena no Brasil.

Germano Henrique Roewer analisa o modo como o Supremo Tribunal Federal brasileiro tem vindo a transmutar-se no seu papel de protagonista na efetivação dos direitos fundamentais, perante a frequente (e, não raro, deliberada) inércia do legislador. Convocando os argumentos esgrimidos pela doutrina brasileira e estrangeira sobre a tensão entre separação de poderes e ativismo judicial, o autor observa que a Constituição brasileira de 1988 dotou o poder judiciário de uma série de mecanismos processuais de controlo sobre as políticas públicas e que foi essa assunção de responsabilidade pela resposta aos anseios sociais que fez com que o poder judiciário assumisse um protagonismo mais político do que jurídico na construção das suas decisões, sem estar para isso habilitado. O autor procura encontrar limites negativos à atividade jurisdicional, de modo a que as interpretações extratexto não ofendam direitos fundamentais e não retroajam os avanços alcançados pelo Estado Social, uma preocupação motivada pela recente jurisprudência do Supremo em matéria de acesso a medicamentos.

João Bernardo Antunes de Azevedo Guedes discute a importância da "consideração do contexto" na interpretação da lei a partir da análise de alguns tipos penais castrenses fixados pelo Código Penal Militar brasileiro, de 1970. Ao autor interessam particularmente as "ambiguidades" decorrentes, para a aplicação do Código nos dias de hoje, do decurso de 47 anos desde a sua entrada em vigor; ambiguidades que, segundo o autor, são potenciadas pelo facto de o Direito fazer uso de uma linguagem natural, comum a todos os membros da sociedade. Alertando para os riscos associados a um literalismo positivista por parte dos juízes, o autor defende uma "interpretação extensiva" – também dita atualista – do Código Penal Militar, em que o intérprete atente nos princípios vigentes e na realidade social existente ao tempo da aplicação das normas. Partindo da obra de Ronald Dworkin e de José Juan Moreso, o autor analisa alguns casos que podem gerar ambiguidades na aplicação do Código Penal Militar nos dias de hoje, como o ingresso clandestino, o ato libidinoso e o fruto praticado durante a noite.

Carla Maria Peixoto Pereira e Jean Carlos Dias discutem os entendimentos distintos de Herbert Hart e Joseph Raz sobre a "regra de reconhecimento" – fundamento da autoridade do sistema jurídico, para o primeiro, e critério de pertinência de identidade do sistema jurídico, para o segundo. Partindo do conceito de sistema jurídico, os autores apresentam o pensamento de Hart e de Raz na sua evolução ao longo do tempo. Apesar de sublinharem o inestimável contributo teórico de Hart para a Teoria do Direito, os autores reconhecem que a teoria hartiana é inaplicável aos Estados de Direito do século XXI, questão esta que - o enriquecedor debate propiciado no Grupo de Trabalho – pode (e deve) implicar em aprofundamentos futuros por parte dos autores do artigo em tela.

Matheus Meott Silvestre e Carina de Castro Quirino partem da constatação de que todos os direitos fundamentais têm custos para os cofres públicos para discutirem as implicações práticas da evolução verificada no Direito Constitucional brasileiro no sentido de alargar o rol de direitos consagrados na Constituição através da defesa da normatividade dos princípios e do papel do poder judiciário na proteção dos direitos fundamentais. Segundo os autores, estes desenvolvimentos – especialmente notórios no que vem a designar-se por "judicialização da saúde" – têm constrangido o Estado a arcar com custos elevados e obrigações "desarrazoadas". Entre as metateorias da decisão judicial, os autores preferem o pragmatismo jurídico (com as suas dimensões do consequencialismo, contextualismo e antifundacionalismo), por oposição à visão principiológica e garantista da decisão, já que aquele é uma "visão mais atenta às consequências das decisões judiciais" e, por isso, mais adequada ao exercício da função judicial em tempos de crise económica.

Já Celso Luiz Braga de Castro e Flora Augusta Varela Aranha partem da observação de que o conceito de sanção continua a ser prevalecente na teoria da norma, mau grado todos esforços no sentido de repensar o positivismo jurídico, para discutirem qual a função social do caráter punitivo da sanção para a teoria da norma jurídica na atualidade, em vista do reconhecido papel das sanções premiais, e qual a influência que a teoria dos sistemas poderá ter sobre a releitura da sanção no estudo do Direito, o que – como evidenciaram – implicou e implica em uma nova e diferenciada abordagem do problema.

Matheus Pelegrino da Silva discute as críticas feitas por Luhmann à teoria do Direito de Kelsen, concluindo que estas críticas não são válidas, já que têm subjacente a rejeição da natureza normativa do Direito e – segundo o autor – não é possível elaborar uma apresentação teórica do Direito sem que se observe a normatividade enquanto característica essencial do Direito, ainda mais como instrumento garantidor de uma sociabilidade jurídica de carater democrático, o que se evidenciaria de per si no Direito moderno, dogmaticamente organizado.

Rafael Lazzarotto Simioni e João Paulo Salles Pinto analisam as propostas decisionistas da obra de Carl Schmitt à luz do seu contexto histórico-político, chamando a atenção para o facto de estas terem representado, ao tempo, uma das críticas mais contundentes ao positivismo jurídico então ascendente. Ao criticar a redução do Direito à lei, Schmitt havia chamado a atenção para a contingência da realidade empírica, o que, juntamente com o seu conceito de soberano como aquele que decide em situação de exceção, passou a estribar a sua construção teórica. Segundo os autores, apesar de terem sido para o contexto específico da crítica contra o positivismo na Alemanha de Weimar, as visões schmittianas de soberano e contingência podem servir de referencial teórico para explicitar ecos de decisionismo (baseados, sobretudo, na ideia de exceção) na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro, o que ilustram através da análise de várias decisões recentes.

Diego de Paiva Vasconcelos discute a construção concetual apresentada como nova modalidade de tutela dos direitos fundamentais e de controlo da constitucionalidade – o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) –, analisando a sua evolução, os termos em tem vindo a ser apresentada e o modo como encaminha o Direito em direção a outros sistemas e abordagens no que concerne ao trato dessa problemática central que é aquela que se refere a uma das questões mais relevantes de uma sociedade democrática, qual seja o controle democrático e popular da vivência social sob a égide do Estado de Direito.

A fase conclusiva das apresentações do Grupo de Trabalho foi deixada aberta à avaliação dos participantes, os quais destacaram a relevância científica das produções apresentadas ao

Encontro e o enriquecedor debate e contribuições acadêmicas havidas no âmbito da relevante atividade intelectual desenvolvida no Grupo de Trabalho por professores, estudantes e pesquisadores presentes, oriundos de instituições brasileiras e estrangeiras da maior relevância, no centro sediado na Universidade do Minho.

Prof.ª Doutora Patrícia Jerónimo – UMinho

Prof. Doutor Enoque Feitosa Sobreira Filho – UFPB

Doutora Alexandra Rodrigues Araújo – UMinho

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

OS DESACORDOS NO DIREITO CASTRENSE E A POSSIBILIDADE DE UMA INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DO CÓDIGO PENAL MILITAR NOS CASOS DIFÍCEIS.

THE DISAGREEMENTS IN THE MILITARY LAW AND THE POSSIBILITY OF AN EXTENSIVE INTERPRETATION OF MILITARY CRIMINAL CODE IN THE HARD CASES.

João Bernardo Antunes de Azevedo Guedes

Resumo

Este artigo almeja desvelar se é viável realizar uma interpretação extensiva, no enfrentamento de casos difíceis na seara penal militar. Desde uma análise do Código Penal Militar, buscar-se-á identificar se uma interpretação de hard cases dessa matéria, de maneira literal poderá ferir direitos fundamentais e carregar traços de desproporcionalidade, causando retrocesso e obstruindo o alcance da resposta correta. Uma alternativa apresentada será a aplicação da tese de Ronald Dworkin na interpretação desses casos difíceis (no que tange aos princípios), bem como a utilização do método fenomenológico para atingir uma decisão mais justa nas hipóteses de desacordo no direito.

Palavras-chave: Desacordos no direito, Interpretação extensiva, Direito penal castrense

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to unveil the possibility to make an extensive interpretation when dealing with hard cases in military criminal law. From a brief analysis of the Military Criminal Code, this text will try to identify that a literally interpretation of the hard cases envolving military matters could violate fundamental rights, be unreasonable and also mean a regress. This article will also present as answers to the question: the Ronald Dworkin's theory of the hard cases interpretation (and the phenomenological method to help to reach a fair decision in the law disagreements' cases.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Law disagreements, Extensive interpretation, Military criminal law

1 INTRODUÇÃO

A Justiça Militar é competente para processar e julgar os crimes militares definidos em lei, conforme previsão expressa do artigo 124 da Constituição Federal. Já o parágrafo único do mesmo dispositivo preceitua que a lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência dessa Justiça.

Assim, nos termos supracitados, pelo princípio da reserva legal deve haver uma norma infraconstitucional prevendo quais condutas são crimes militares e definindo os respectivos tipos. Sublinha-se que no ordenamento jurídico pátrio desde 1º de janeiro de 1970, o Decreto-Lei nº. 1001 - Código Penal Militar (dezoito anos mais antigo que a Constituição Federal que o recepcionou) ocupa esse papel.

A problemática central deste trabalho reside no fato de que em sendo o contexto histórico, social, político e econômico vivido pelo país no ano de 1970 distinto daquele enfrentado em 1988 (que por sua vez, também é diverso do que vive-se atualmente, no final do ano de 2016), alguns tipos penais previstos, certas qualificadoras neles descritas e determinadas práticas elencadas, não possuem hoje no tempo e no espaço, a mesma repercussão que causavam na sociedade à época. Ou seja, os quarenta e sete anos que distanciam os dias atuais da inauguração no mundo jurídico do Código Penal Militar acabam por trazer algumas ambiguidades, como as que serão aqui enfrentadas.

Portanto, há certas situações fáticas vivenciadas em pleno ano de 2016 que não causam o mesmo impacto que em décadas passadas. O fenômeno da mutação constitucional é um exemplo de como o texto deve ser lido em conformidade com o contexto, afinal, os seus sentidos acabam por sofrer alterações com o passar dos anos, com a evolução da sociedade e com um mundo cada vez mais compartilhado. Por isso, no presente artigo, buscar-se-á com base na análise de alguns tipos penais castrenses específicos e hipóteses lançadas, demonstrar que o intérprete hoje pode enfrentar dificuldade na busca pela resposta correta em casos castrenses difíceis, uma vez que a norma foi escrita em uma conjuntura pretérita consideravelmente distinta da presentemente no país.

Salienta-se que pelo fato de o direito fazer uso de uma linguagem natural, que é comum a todos os membros da sociedade, diferentemente das ciências "duras" (como matemática e química) que utilizam-se de símbolos próprios, isso pode significar um paradoxo, pois ao mesmo tempo que tem um viés benéfico, pois a linguagem por ser natural e comum é acessível a todos, tem um lado negativo, já que traz em alguns casos vícios, ambiguidades e zonas cinzentas (sendo estes últimos os aspectos estudados neste artigo). Isso também se aplica na seara penal militar.

Para solucionar questões atreladas ao direito penal militar, o Juiz poderá em seu múnus decisório, fazer uso de algumas ferramentas (de certas lentes especiais para enxergar o direito), entre elas a aplicação fria e seca da lei, realizando uma interpretação literal, considerando o sistema jurídico como um sistema de regras. Agindo dessa forma, o julgador corre o risco de não se ater para o cenário externo, para o contexto, usos e costumes atuais, dinamismo social e para a efetiva cotidianidade daquela comunidade. Esta prática adotada sob um viés positivista pode até funcionar para os casos mais simples, todavia, nos *hard cases* o panorama começa a alterar-se, pois a adoção dessa prática diante de zonas cinzentas e de conflitos normativos por parte do intérprete nos casos lacunosos, credenciar-lhe-á a agir com discricionariedade. Tal prática, em ocorrendo, há de ser considerada como um ato na contramão do que se espera de um Estado Democrático.

Diante disso, em uma "ousada" proposta de tentativa de transformação de entendimentos, de modo gradual (e não radical), sem ignorar o passado e atendo-se ao presente, almeja-se por ora apontar que uma resposta correta para os casos difíceis na seara penal militar, partiria de uma interpretação extensiva do Código Penal Militar, levando em conta que quando da tomada de decisões, o intérprete deve atentar-se aos princípios vigentes no ordenamento jurídico, ao tempo, ao contexto e à realidade social enfrentada em sua época.

Aponta-se, então, outra possibilidade de interpretação para o Juiz quando do enfrentamento de tais situações: a de se analisar o fenômeno tal como ele se apresenta no mundo da vida, podendo ainda, o Juiz, valer-se da máxima dworkiana de que o sistema jurídico compreende os princípios para além das regras, identificando este fato na busca pela resposta correta para uma comunidade de livres e iguais. Assim, o julgador não ficaria "engessado" e "amarrado" ao texto legal, facultando-lhe escrever novas páginas do direito para o futuro, entendendo que há direito para além do texto (algo a mais que os conceitos fechados), sentidos outros que não

somente os símbolos expressos na norma e então, a partir daí, agir em total consonância com as premissas democráticas e garantistas previstas em nossa Constituição Federal.

Nesta linha, em um primeiro momento serão trazidos breves apontamentos sobre o Direito Penal Militar, buscando-se delimitar os aspectos principais do Código Penal Militar no que pertine ao conceito de crime militar; diferenciando o crime militar próprio do impróprio; bem como qual o bem jurídico tutelado por essa justiça e quem poderá ser por ela processado e julgado.

Em um segundo momento serão trazidos aspectos acerca da temática dos desacordos no direito, tendo como ponto de partida, os textos firmados por José Juan Moreso na obra *Los desacuerdos en el Derecho* que o mesmo elaborou na companhia de Luis Prieto Sanchís e Jordi Ferrer, para indicar três tipos penais militares que serão abordados como casos difíceis na seara castrense.

Na etapa seguinte do trabalho, apresentar-se-ão breves traços da tese dworkiana (com o recorte na força atribuída aos princípios) e alguns apontamentos sobre a fenomenologia no sentido de buscar apontar alternativas dessa filosofia para a tomada de decisões que envolvam os casos difíceis militares, de modo a tentar conjugar a legislação específica de 1970 com a nossa Lei Maior de 1988 e aos usos e costumes enfrentados em nossa cotidianidade. O objetivo, então, nessa etapa será a de demonstrar que uma decisão consubstanciada na aplicação seca da legislação sem a utilização de princípios na sua resolução, sem uma análise do fenômeno tal como ele se mostra, sem enxergar o direito à luz do contexto contemporâneo em determinados casos, pode culminar no ferimento de direitos fundamentais, ser desproporcional e desarrazoada e, assim, violar até preceitos constitucionais.

Frisa-se, por oportuno, que não há - por óbvio - nesta singela obra, a intenção de esvaziar os tão importantes pilares das Forças Armadas: hierarquia e disciplina, muito menos a de se almejar que o Código Penal Militar, recepcionado pela Constituição Federal de 1988 e que tanto protege as fortalezas militares do Oiapoque ao Chuí e a vida dos militares venha a ser menosprezado ou criticar qualquer decisão tomada pelas cortes especializadas na matéria. Visa-se sim, por ora, indicar que uma interpretação extensiva pode vir a ser mais eficaz e salutar, alinhando-se de uma melhor maneira com o Estado Democrático sem o risco de ofender qualquer dos valores militares sempre muito respeitados pelo autor.

2 O CÓDIGO PENAL MILITAR E O CONTEXTO CONTEMPORÂNEO

O Código Penal Militar passou a vigorar em primeiro de janeiro de 1970 e elenca as condutas tipificadas como crimes militares. A título ilustrativo, aponta-se que muitos de seus dispositivos guardam similaridade com o Código Penal Comum (como por exemplo, as matérias afetas às premissas basilares da anterioridade, legalidade, lei penal no tempo e no espaço), sendo que o principal traço que os diferencia reside em seus artigos nove e dez, quando há uma definição do conceito de crime militar, em tempo de guerra e em tempo de paz, respectivamente. Merece ser destacado que a órbita do presente estudo resumir-se-á aos crimes militares em tempos de paz, por ser –felizmente- o cenário atualmente vivido no país. Nesse sentido, vale transcrever o dispositivo que os define:

> Art.9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:
>
> I - os crimes de que trata êste 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 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 aquêle 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) .

O citado texto evidencia que a tutela do direito penal militar recai sobre a proteção da própria administração militar, das organizações militares (quartéis), do patrimônio das Forças, do serviço militar, dos militares em faina e, em síntese, da ordem militar. Para Miguel; Amim (2011, p. 31) a legislação penal militar tem por escopo a proteção das instituições militares e o delito somente será considerado militar se a conduta do agente ajustar-se a uma daquelas previstas no artigo nono. Quanto aos agentes, nota-se que qualquer cidadão pode cometer o crime militar, não sendo assim, um requisito para ser processado e julgado perante a corte militar, o agente estar vinculado na ativa ou na reserva a alguma das três Forças militares[1].

Loureiro Neto (2010, p. 114) observa que mesmo o Código Penal Militar definindo o que seja crime militar, ainda assim a sua identificação passa a ser em determinados casos, questão de divergência e infindáveis discussões, ocupando bom espaço na doutrina e na jurisprudência[2]. Outro tópico dos mais delicados enfrentados por autoridades militares e pela corte castrense surge quando civis (pessoas estranhas ao meio) são submetidos a procedimentos e julgamentos perante uma justiça especializada cuja matéria afeta e princípios norteadores desse ramo na grande maioria das vezes lhes são desconhecidos. Cabe aqui uma breve observação que no sistema jurídico brasileiro, a Justiça Militar se divide entre a Justiça Militar da União, que trata dos crimes militares atrelados às Forças Armadas, e a Justiça Militar Estadual, que julga os crimes militares relacionados aos Bombeiros e Policiais Militares (ROSA, 2009, p. 162).

Ultrapassada essa sucinta narrativa sobre o Código Penal Militar e, em que consiste o crime militar em tempo de paz, a proposta agora passa a ser delimitar o lapso temporal decorrido entre seu ingresso no mundo jurídico e os dias atuais. Como é sabido, o direito (tal como a sociedade, que é dinâmica) passa por transformações, evoluções, alterações e adequações, ou seja, ele não é estanque. Exemplificativamente, cita-se o caso estadunidense da escravatura, quando a mesma Constituição que aceitava essa prática nefasta, hoje a repugna. Tudo, então

[1] No Brasil, a Marinha, o Exército e Aeronáutica constituem as Forças Armadas consoante disposto no artigo 142 da Constituição Federal, que hoje estão subordinadas ao Ministério da Defesa, cujo papel é o de proteger os interesses nacionais, os cidadãos, os bens e os recursos brasileiros. Disponível em < http://www.defesa.gov.br/estado-e-defesa/papel-da-defesa-nacional>. Acesso em 04 dez. 2016.

[2] Tal assertiva do ilustre autor converge para o tópico principal trabalhado neste artigo, que objetiva demonstrar a complexidade dos desacordos na seara castrense.

passa por uma questão de hermenêutica, de atenção do intérprete às transformações sociais e de sob qual visada este fará a leitura do texto.

Em sendo o Código Penal Militar um diploma elaborado em outro momento histórico do país, em um horizonte[3] consideravelmente diverso do vivido hoje, alguns costumes daquela época não são mais assimilados pela sociedade. Os tempos eram outros, a nossa Lei Maior não havia sido promulgada, determinadas condutas eram tidas como verdadeiros ultrajes, valores eram graduados de maneiras distintas, alguns fatos que restariam como práticas reprováveis naquele tempo hoje não mais o são. Em suma, os tempos e as práticas mudaram. Se a própria Constituição sofre o fenômeno da mutação, acompanhando a evolução da sociedade e segue atenta às transformações sociais, sendo, portanto "viva"[4], porque não mudar a maneira de interpretar o dispositivo penal militar –infraconstitucional- quando do enfrentamento de casos difíceis e tentar realizar uma leitura mais articulada com o contexto garantista vivido no constitucionalismo pós 1988? Este será o assunto a ser tratado a seguir.

3 A TEORIA DWORKIANA E A FENOMENOLOGIA COMO ALTERNATIVAS

Um dos principais filósofos jurídicos dos Estados Unidos é Ronald Dworkin, sendo uma de suas mais relevantes construções jurídicas, a de atribuir enorme peso aos princípios. Na sua concepção, estes são gêneros da espécie normas jurídicas. Foi aí que Dworkin ultrapassou a visão dos positivistas que entendiam o sistema como sendo apenas composto por regras e que quando do enfrentamento de situações difíceis, o Juiz teria a chancela de decidir conforme sua discricionariedade. Reside nesse ponto a sua principal crítica à linha de pensamento positivista.

---

[3] A terminologia aqui utilizada está relacionada à continuidade da linguagem, referente ao entendimento Gadameriano acerca de fusão de horizontes.

[4] O Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória Adriano Sant´ana Pedra sobre o tema escreveu a obra Constituição Viva, na qual em síntese sustenta que a Constituição é viva, porque a sociedade é viva. Deve assim, a Constituição, ser dinâmica para acompanhar a mutação da sociedade e a sua evolução, de modo a evitar um eventual hiato entre sociedade e Constituição.

Nessa toada, para Dworkin (2016. p. 127):

> [...] O positivismo jurídico fornece uma teoria dos casos difíceis. Quando uma ação judicial específica não pode ser submetida a uma regra de direito clara, estabelecida de antemão por alguma instituição, o juiz tem, segundo tal teoria o "poder discricionário" para decidir o caso de uma maneira ou de outra[...].

Ou seja, nessas áreas de zonas cinzentas, lacunas, ambiguidades, obscuridade ou contradições, em uma visão positivista, caberia ao Juiz decidir como melhor lhe conviesse, sendo-lhe facultado decidir ao seu livre arbítrio. Dworkin vai discordar de tal posição, pois há como solucionar as questões sob outra ótica. Afinal, sob seu entendimento, os positivistas enxergam o direito como um sistema de regras e separam o direito da moral. Para este autor o positivismo jurídico representa uma leitura do direito incompatível com os pressupostos de uma sociedade que se quer democrática. (BAHIA; NUNES; PEDRON, 2015).

Neste trabalho, interessa tratar da ênfase que Dworkin confere aos princípios como instrumento para auxiliar o Juiz na tomada de decisões e evitar que o Direito fique a mercê do que "o Juiz tomou no café da manhã"[5]. A utilização da metáfora por Dworkin não se resume a esse "combate" à discricionariedade positivista, destacando-se, ainda as conhecidas expressões do "Juiz Hércules"[6] e do "romance em cadeia"[7], enfatizando a necessidade de atenção ao uso da igualdade e integridade nas tomadas de decisão. Acerca da integridade, Lages (2001, p. 37), assinala que os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade.

A integridade aqui não significará um salto, ou um rompimento com o passado, pelo contrário, o Juiz vai ater-se aos precedentes (embora não totalmente vinculado a eles), mas deve ter coerência ao julgar. Entretanto, poderá adequar o capítulo que for escrever, ao contexto contemporâneo e, mesmo que de forma gradual e sem a necessidade de mudanças radicais, reescrever o direito na busca pela resposta correta.

---

[5] Dworkin utiliza-se da expressão para combater a tese do positivismo que possibilita a discricionariedade dos Juízes nos casos difíceis.

[6] Um Juiz de capacidade, sabedoria, paciência e sagacidade sobrehumanas (DWORKIN, 2016, p. 165).

[7] Atento aos precedentes, o Juiz deveria ao emanar sua decisão atentar-se em cada julgamento dos casos já decididos. Embora sem vincular-se a elas, deve manter uma coerência com o passado, estando ciente do entendimento de como a matéria vem sendo julgada e a partir de então, emanar sua decisão, buscando a resposta correta sem dar grandes saltos e quebrar paradigmas. Nas palavras de Ommati (2004, p. 157), acerca do romance em cadeia, caberia ao juiz dar um "nexo lógico" aos capítulos.

Nessa linha das mudanças "graduais", cabe transcrever Coura; Bedê (2003, p. 685):

> [...] Diferentemente do conhecimento científico que evolui em saltos rompendo com os paradigmas então vigentes, as decisões mudam normalmente de modo mais suave, as mudanças são progressivas uma vez que há um compromisso (romance em cadeia de Dworkin) com o passado e com o futuro [...].

Como dito, para Dworkin, o Juiz ao enfrentar os casos difíceis não deve utilizar-se de discricionariedade e decidir conforme seu bel-prazer. Neste ponto que a tese dworkiana terá sua valia para o presente artigo, pois discorda da possibilidade de discricionariedade e enaltece a força dos princípios. Afinal, não poderia o direito se resumir a uma mera subsunção do fato à norma e em casos difíceis ficar a mercê de uma arbitrariedade. Deve sim o Juiz, ao trazer um modelo construtivo para o Direito, estar comprometido, ser coerente e buscar no ordenamento jurídico daquela comunidade e em seu contexto (fazendo uso da integridade), a resposta correta.

No caso de o julgador restar vinculado somente à norma para julgar, não sendo possível aplicar os princípios, construir novos sentidos para os símbolos existentes e adequar-se ao tempo e ao contexto no momento de decidir os *hard cases*, mostra-se importante verificar o quanto essas amarras inviabilizam uma atuação pró-ativa e hermenêutica na busca pela resposta correta.

Um dos casos mais emblemáticos que Dworkin invoca para delinear a força dos princípios é Riggs v. Palmer, quando um neto que seria o beneficiário de um testamento deixado pelo avô que assassinara foi destituído da qualidade de herdeiro pelo crime cometido, mesmo a lei não prevendo essa hipótese de exclusão. Em nítida decisão pautada nos princípios, designadamente no de que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza, e em propósitos morais, o direito mostrou-se como sendo algo além de um sistema de regras. Dworkin, acerca da interpretação pelos Juízes, lança mão de uma analogia curiosa, ao mencionar que da mesma forma que um crítico literário necessita de uma teoria operacional para interpretar um poema, os juízes precisariam de algo semelhante com relação às leis (DWORKIN, 2014, p. 22).

Adicionalmente à utilização dos princípios para solucionar estas situações dúbias, o método fenomenológico também se mostra como uma boa possibilidade para o alcance da ideia que o

artigo se propõe a trazer. Com isso, ainda que de forma embrionária, porém ambiciosa, o presente trabalho almeja indicar a importância para o Estado Democrático de uma interpretação extensiva e dinâmica do Código Penal Militar, valendo-se desse viés hermenêutico aberto quando dos julgamentos (e até mesmo quando do oferecimento de algumas denúncias) de crimes castrenses, fatos estes que, sem sombra de dúvida trarão grande oxigenação para um texto da década de 1970.

4 OS DESACORDOS NO DIREITO

Em que pese a interessantíssima obra *Los desacuerdos em el Derecho* de José Juan Moreso, Luis Prieto Sanchís e Jordi Ferrer Beltrán, ser brilhante em sua plenitude, o que mais interessa no momento para dialogar com esse artigo são os textos de Moreso. *In casu*, estes funcionam como autênticos marcos teóricos deste trabalho. Na aludida obra, Moreso ajuda seu leitor a refletir sobre questões do direito, hermenêutica, interpretação, símbolos e sentido da norma. Verdadeiros exercícios acerca do modo como o intérprete pode agir com as questões jurídicas situadas nas denominadas zonas cinzentas do direito que geram ambiguidade são apontados pelo jurista.

Moreso, que é espanhol, traz dois casos ocorridos no estrangeiro para discorrer sobre a interpretação jurídica. No primeiro deles há uma abordagem sobre o tratamento fiscal dado aos tomates nos Estados Unidos. Nesse emblemático caso, o autor indica que o *tarif act* estadunidense de 1883, invocava que as verduras deveriam ser tributadas sob determinada alíquota. Com isso, os tomates considerados pela botânica como frutas, estariam por uma análise seca da legislação tributária, fora daquela hipótese de incidência, pelo que alguns produtores entendiam que não deveriam ser alvo de tal tributação. Entretanto, Moreso, ressalvou que pelos usos e costumes sociais, os tomates são tratados como verduras, pois na feira e mercados estão alocados na seção destinada para as verduras (e não para as frutas), são assim tratados pelos comerciantes e pelos consumidores, que os utilizam na culinária com salada e alimentação em geral, não como sobremesa (tal como ocorre com as frutas). Observou, ainda, que pela teoria causal da referência, os tomates seriam vistos como frutas, em uma análise restritiva de modo literal. Ocorre, porém, que não foi a interpretação literal a utilizada em 1893 pela Suprema Corte dos Estados Unidos[8] para definir a incidência fiscal

[8] Na ocasião do julgamento Nix v. Hedden.

sobre os tomates, que foram considerados como verduras. Na ocasião, em uma visada direta entendeu-se que os tomates deveriam ser alvo de tributação. Para Moreso (2010, p.33), a decisão da Suprema Corte foi um exemplo de sensatez.

O outro caso trazido por Moreso é o dos cogumelos ("fungos") que são considerados pelo anexo da lei de tráfico alemã, como substância alucinógena, podendo assim, o cidadão que se encontrar na posse de tais itens, vir a ser condenado por tráfico de estupefacientes. Entretanto, determinados acusados pela citada prática delitiva, alegavam que não poderiam ser denunciados, uma vez que pela botânica os cogumelos não seriam considerados como plantas, mas sim como uma espécie independente dos próprios cogumelos. Moreso assinalou que esta tese chegou a ser acolhida em uma ocasião, na qual um Tribunal da municipalidade de Coblença absolveu um réu da acusação de tráfico com base nessas premissas argumentativas trazidas na peça de bloqueio. Contudo, em 2006, o Tribunal Supremo Alemão revogou tal decisão, consubstanciando-a de modo similar ao que fizera a corte norte-americana no caso dos tomates, entendendo que não deveria se aplicar o conceito científico para definir questão de fato, uma vez que na prática o que se tinha eram cogumelos alucinógenos e, portanto, substâncias estupefacientes.

Moreso também em seu texto faz analogias entre o direito e o futebol, como uma espécie de pano de fundo para discorrer sobre uma teoria que no decorrer de sua obra ele desenvolve. Assim, o Autor viaja no tempo e remete seu leitor para o ano de 1986 e ao emblemático gol de mão de Diego Maradona na vitória argentina por 2x1 contra a Inglaterra nas semifinais da Copa do Mundo daquele ano, disputada no México. Fez, então uso do episódio conhecido como *la mano de Dios*[9], para lançar um paradoxo no qual os juízes podem errar, mas sua decisão é soberana. Recorda-se que naquele lance, Maradona foi lançado no meio da área e em disputa aérea com o goleiro britânico Peter Shilton elevou o braço, tocando a bola, desviando-a do arqueiro e fazendo com que ela fosse parar no fundo da rede. Assim, acabou por ludibriar o árbitro tunisiano Ali Bin Nasser, induzindo-o a erro, pois ao não ver a irregularidade cometida pelo argentino, entendeu o lance como legal e apontou para o meio do campo. Então, o jogo seguiu com a equipe portenha na frente do marcador.

[9] Aquele lance ganhou imensa repercussão por se tratar do então melhor jogador do mundo, por ser uma semifinal de Copa do Mundo e, mais, por envolver dois países que quatro anos antes se degladiavam na Guerra das Malvinas. Ademais, observa-se que esta vitória credenciou a Argentina a jogar a final daquela Copa do Mundo, quando após vencer a Alemanha por 3x2 acabou por sagrar-se campeã mundial.

A partir desse exemplo Moreso lança a tese da doutrina Julia Roberts em alusão ao filme "Dossiê Pelicano", quando a personagem interpretada por Julia Roberts vive Darby Shaw, uma acadêmica de direito de Harvard, que ao ser indagada pelo professor sobre eventual violação de privacidade e inconstitucionalidade da prisão de Bowers sob a acusação de sodomia[10] dentro da própria casa, entendeu que a decisão era inconstitucional. O professor então replica que a Suprema Corte não concorda com ela e lhe pergunta o motivo. A aluna então fala, que a Suprema Corte está errada.

O fato envolvendo Bowers se deu em 1986 e durante muitos anos esse foi o posicionamento da Suprema Corte, mas em um emblemático julgamento posterior no caso Lawrence v. Texas em 26 de junho de 2003, com fundamento na décima-quarta emenda, a Suprema Corte norte americana reviu sua posição e passou a desconsiderar a sodomia como prática criminosa, revogando neste julgamento a decisão do caso Bowers.

Decorridos então cerca de dezessete anos, a Suprema Corte avançou e mais uma vez denota-se que com base no mesmo texto legal, uma prática antes considerada constitucional, deixava de o ser, sem qualquer alteração normativa. Esse é a tese que Moreso lança, sublinhando que o Juiz, na qualidade de humano, é falível e portanto, pode errar. A tese segundo a qual os juízes podem equivocar-se é aceita pela Suprema Corte e pode com razão ser denominada de doutrina Julia Roberts (MORESO, 2013, p. 61)[11].
Percebe-se, então, que Moreso tenta demonstrar ao leitor a dificuldade de se enfrentar as zonas cinzentas, indicando a possibilidade de ambiguidade nos entendimentos.

A partir de agora buscar-se-á tratar dos desacordos do direito penal militar, apontando que os *hard cases* também existem nessa área do direito, devendo a resposta correta ser buscada através de uma leitura do texto em relação ao dinamismo da coletividade.

4.1 O INGRESSO CLANDESTINO

[10] Na ocasião, a investida policial na residência de Bowers se deu pelo fato de o mesmo não ter efetuado o pagamento de uma multa por ter ingerido bebida alcóolica em local público e o desfecho da diligência acabou sendo uma prisão por sodomia.
[11] No original: "Es decir, la tesis según la cual los jueces pueden equivocar se es aceptada por el Tribunal Supremo y pude, com razón, ser denominado la doctrina Julia Roberts".

O primeiro tipo penal a ser analisado é o ingresso clandestino, previsto no artigo 302 do Código Penal Militar, abaixo transcrito:

> Art. 302. Penetrar em fortaleza, quartel, estabelecimento militar, navio, aeronave, hangar ou em outro lugar sujeito à administração militar, por onde seja defeso ou não haja passagem regular, ou iludindo a vigilância da sentinela ou de vigia:
>
> Pena - detenção, de seis meses a dois anos, se o fato não constitui crime mais grave.

A ação delituosa prevista pelo legislador aqui é o ato de penetrar em local sujeito à administração militar, no qual seja vedado o acesso ou não havendo vedação, que o ingresso ocorra de modo a iludir o militar de serviço que esteja guarnecendo o local.

Ora, se o tipo for analisado de modo restritivo e literal, isto pode ser perigoso, senão vejamos: podemos lançar um caso hipotético de um pai jogando futebol com seu filho em um terreno adjacente a um quartel, em que exista uma placa vedando o acesso no local por se tratar de um ambiente militar. Seu filho então chuta a bola que cai dois metros para dentro do quartel. O pai que não viu a placa proibitiva adentra ao recinto que possui uma cerca precária e caída no chão para buscar a bola e acaba preso em flagrante por um sentinela que aplicou a lei de modo seco e mecânico.

Um outro exemplo que pode ser invocado é a de um sorveteiro idoso que caminha por horas durante uma manhã ensolarada com seu carrinho de sorvetes em uma praia de seis quilômetros de extensão, na qual em um determinado perímetro também há uma área sob administração militar. Em um dado momento, ele trava seu carrinho e mergulha no mar para se refrescar, porém, quando se dá conta ao sair da água acaba por pisar poucos metros da zona limítrofe que separa a área militar da área comum da praia. Um sentinela com espírito mais "justiceiro do velho oeste", que não tem bom senso, desconhece a razoabilidade e os princípios democráticos norteadores do Estado Brasileiro, poderia ir ao seu encontro e dar-lhe voz de prisão em um ato autoritário, por achar que o sorveteiro saberia que ali era proibido ingressar e mesmo assim o fez, tentando ludibriá-lo e atentar contra a administração militar. A interpretação literal aqui, seria mais uma vez, perigosa.

A jurisprudência indica que para que o acusado venha ser condenado por este delito, sua conduta deve estar eivada de dolo. Para além dessa intenção, deve o agente ter ciência de que

é proibido o ingresso na fortaleza, sendo que nesta tem que haver um aviso com tais dizeres de veto.

Os problemas residem nesses casos nebulosos, afinal, descobrir de plano se há dolo ou não na conduta do agente pode parecer algo simples, mas no calor de um serviço pode não o ser para alguns militares. Por exemplo, há casos em que o sentinela de serviço, exausto por estar horas a fio em pé e muitas vezes mais de vinte e quatro horas fora de casa, não vai ter o mesmo discernimento para apurar se uma conduta é dolosa ou acidental que um colega que pernoitou em casa e exerce seu labor dentro de um escritório administrativo.

Nos exemplos trazidos acima, uma mera subsunção do fato à norma poderia ser suficiente para condenar o pai que fora buscar a bola chutada por seu filho em um terreno que situa-se em área militar e acabou penetrando na mesma por poucos metros. Um agente mais "eufórico" e que não conheça os direitos fundamentais poderia acabar por prender um pai de família honesto. Até o homem de boa fé provar que não agiu dolosamente e o Juiz revogar essa prisão, poderia demorar muito tempo e naquele hiato, diversos de seus direitos fundamentais já teriam sido violados.

Uma análise fria e apenas atrelada a um sistema de regras levaria o agente a prender o pai e o sorveteiro mesmo estando ambos de boa fé. Por oportuno, é trazido um exemplo de silogismo: (a) premissa maior: ingressar clandestinamente em local sujeito à administração militar é crime; (b) premissa menor: o pai entrou no terreno do quartel para pegar a bola; (c) conclusão: o pai cometeu o delito de ingresso clandestino. A mesma conclusão seria alcançada se substituir-se o pai pelo sorveteiro no exemplo.

Destaca-se ainda um caso verídico no qual um cidadão adentrou a uma organização militar para caçar uma cotia na noite de natal pois estava com fome e acabou capturado (RSE/PE n.º 185-10.2015.7.07.0007). Após todo o trâmite administrativo para proceder a prisão em flagrante do autor, o mesmo acabou absolvido perante a corte castrense que andou bem, pois verificou-se que o agente não tinha o intuito de ofender quaisquer valores das Forças Armadas, uma vez que apenas foi à caça de um alimento e o mesmo nem tinha como ter esse *animus* e por se tratar de uma pessoa necessitada e com fome. Não obstante o Ministério Público Militar em uma visão conservadora recorreu da decisão, mas ao aludido recurso

embora tenha sido conferido conhecimento, não foi dado provimento, mantendo-se a sentença de primeiro grau[12].

No último caso citado, se o sentinela tivesse um olhar mais clínico e notasse que não havia qualquer ofensa ao meio militar, poderia orientar o agente que aquela conduta era vedada e expulsá-lo do quartel. Não haveria necessidade de realizar todo um procedimento de flagrante, com gastos de pessoal, papel, enfim, movimentar a máquina pública para uma situação tão pequena. Assim, colaboraria com os princípios da eficiência e economicidade, não incorrendo em omissão ou prevaricação, já que fizera a detenção para averiguação e liberou o cidadão após este ato.

Acredita-se que esse tipo penal deva ter sido elaborado para proteger as fortalezas militares de invasões criminosas de cidadãos eivados de má-fé que sabiam que a prática era proibida e queriam ainda assim, atentar contra as Forças Armadas. Tendo em vista o direito penal ser a ultima *ratio*, e que apenas condutas que gerem grande repulsa social, consideradas como graves devam ser por ele abarcadas, necessário se faz ter muito cuidado quando da averiguação deste tipo penal, a fim de se proteger o homem de bem e preservar sua liberdade. O bom senso deve imperar em todas as fases do procedimentos, desde a captura, do flagrante, da denúncia, do julgamento de primeira instância e de fase recursal em prol da garantia dos direitos fundamentais.

4.2 ATO LIBIDINOSO

O segundo tipo penal militar aqui trazido é o constante do artigo 235 do Código Penal Militar, no que tange à libidinagem: eis a transcrição do tipo penal "pederastia ou outro ato de libidinagem"[13]:

---

[12] Por ocasião do relatório do Recurso em Sentido Estrito dessa demanda (n.º 185-10.2015.7.07.0007/PE, o qual foi por unanimidade negado provimento), o Exmo. Sr. Ministro Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, ressalta que na decisão de primeira instância que rejeitou a denúncia, foi invocado que "a conduta praticada pelo denunciado não se revestiu de perigo, ainda que remoto, à segurança orgânica da OM, como também não apontou qualquer prejuízo à Administração Militar, condição *sine qua non* para configuração do tipo penal mencionado na denúncia[...]"; a sentença foi mantida na sua integralidade e o Relator observou, ainda, que o acusado não tinha consciência, nem intenção (dolo) de invadir a Organização Militar, de modo que o recurso ministerial não devesse prosperar.

[13] Sobre este tipo cabe assinalar que a matéria foi objeto da ADPF 291 do STF, cuja decisão manteve no Código Penal Militar o crime de ato libidinoso e decidiu pela não recepção pela Constituição Federal dos termos "pederastia ou outro" e "homossexual ou não". Esta notícia consta do seguinte endereço eletrônico do sítio do

> [...] Praticar, ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito à administração militar:
> Pena - detenção, de seis meses a um ano [...].

Denota-se do tipo que aquele que pratica ato libidionoso em uma administração militar estaria cometendo um crime. Trata-se de um grande problema fenomenológico. Cabe então, aquela indagação clássica desse método: o que é ato libidinoso para fins de direito militar? Uma corrente mais conservadora e que diga-se, não se moldou ainda ao viés democrático advindo com a Constituição de 1988, poderia entender que um mero beijo na boca seria considerado atentado aos bons costumes, ao pundonor militar, uma ofensa à hierarquia e disciplina, fazendo com que o militar envolvido devesse ser condenado. Há outra corrente que dialoga com os direitos fundamentais e que entende o sentido de ato libidinoso como sendo algum ato de conjunção carnal, atrelado à lascívia desenfreada e que atentasse ao pudor.

Imagine um caso hipotético: durante um evento social de visitação pública a um navio, um determinado militar autorizado a levar sua família para conhecer aquele importante símbolo da esquadra nacional, caminha com sua esposa até a proa da embarcação e desliga-se por um instante, lembrando-se por exemplo da cena clássica do romance vivido no filme Titanic e lança um beijo em sua companheira. Na ocasião, um superior que estava nas cercanias presencia o fato e na sua visão aquele ato é atentatório às Forças Armadas[14] e às tradições navais. Prontamente o fato é por ele relatado ao Comandante da Organização Militar que opta por instaurar – de forma equivocada - um Inquérito Policial Militar tendo em vista os "indícios" do suposto crime previsto no artigo 235 do Código Penal Militar. Nesse exemplo, não há que se falar em ofensa às Forças Armadas, muito menos em crime. Uma prática como essa, mesmo com muito rigor da autoridade, quando muito poderia representar ao agente, uma repreensão de cunho administrativo, mas taxar esse ato como crime, definitivamente é muito desproporcional.

Afinal, "a par da legislação penal militar, as Forças Armadas dispõem de normas complementares, contidas nos Regulamentos Disciplinares, que permitem às autoridades

---

Supremo Tribunal Federal: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=302782>. Acesso em 04 dez. 2016.

[14] Cabe aqui a observação de Pimentel (2008, p.34), no sentido de que a característica essencial das Forças Armadas (FA) é precisamente o seu caráter militar, não havendo Forças Armadas Civis.

militares aplicarem sanções disciplinares a seus subordinados por fatos de menor gravidade, mas que visam assegurar a hierarquia e disciplina militar" (LOUREIRO NETO, 2010, p. 9).

Diferente seria o exemplo hipotético de um determinado militar que ingressa a noite no quartel com uma namorada escondida no seu carro, ludibriando a guarda de serviço e a leva para um local ermo da fortaleza militar, quando ambos passam a ter relações carnais. O Oficial de Serviço durante sua ronda nota um movimento estranho e acaba por flagrar o ato. Nessa situação, poderia se dizer que houve a conduta libidinagem, mas tratar ambos os casos do mesmo modo, seria como afirmar que um elefante possui o mesmo peso de uma formiga.

4.3 FURTO QUALIFICADO: PRATICADO DURANTE A NOITE

O terceiro crime a ser tratado nesse trabalho é o constante do artigo 240 do Código Penal Militar, qual seja, o furto (subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel), alocado no capítulo I do título V do referido diploma, nomeadamente no que trata da qualificadora de seu parágrafo quarto, a seguir transcrita:

> […] Furto qualificado
> § 4º Se o furto é praticado durante a noite […]

Analisando o dispositivo trazido, a qualificadora parece ter sido criada pelo fato de que no período noturno a tarefa ardil do meliante seria facilitada ante uma maior vulnerabilidade da vítima.

Entretanto, no presente trabalho, o que se questiona são as situações de desacordos. Imagine o caso de um militar que comete o crime de furto de um aparelho celular de propriedade de outro militar no interior de um alojamento de um quartel. Tendo o crime se efetivado às 4h55 da manhã, com o céu totalmente escuro, prontamente poderia se dizer que a qualificadora do parágrafo quarto está presente, correto? Para os positivistas, sem a menor sombra de dúvidas. Para a maioria dos juristas também. Até mesmo porque diferentemente do legislador do Código Penal Comum que faz uso da expressão "repouso noturno", na seara castrense a terminologia é "durante a noite".

Contudo, cabe trazer outra indagação: e se o exemplo ilustrar que naquele dia a alvorada de toda a tropa (incluindo-se a de autor e vítima) tenha ocorrido às 3h30 da manhã? O advogado do acusado poderia então suscitar em uma criativa tese de bloqueio, que em estando todos os

militares já acordados naquele dia, cumprindo a jornada de labor normalmente, cometer o crime às 04h55 ou às 11 horas da manhã seria a mesma situação, pouco importando ser durante a noite ou durante o dia.

Ora, mostra-se razoável tal teoria da argumentação, uma vez que não haveria como se falar em fragilidade da vítima, vulnerabilidade, ou tarefa "facilitada" para o agente. Afinal, tratou-se de um crime, no interior de um alojamento, com luzes acesas, vítimas já cumprindo a rotina. Então, o fato de ter se realizado no período noturno pouco importou e em nada alterou as circunstâncias delituosas. Embora isso jamais pudesse parecer possível para o intérprete positivista literal, parece razoável aqui, inadmitir essa qualificadora.

4.4 OUTROS DESACORDOS E A FENOMENOLOGIA

Como buscou-se demonstrar nos exemplos supracitados, enfrentar os desacordos no direito castrense de modo literal e meramente subsuntivo, sem ponderação, ignorando os princípios e os preceitos democráticos trazidos pela Constituição (por todos os envolvidos no procedimento, desde o sentinela que faz a guarda do quartel, passando pelo Comandante da fortaleza, pelo Ministério Público *custus legis* denunciante, e, é claro, pelo julgador) poderá acarretar em ofensas aos direitos fundamentais.

Objetivou-se demonstrar acima, que os pilares da hierarquia e da disciplina podem ser respeitados por todos os agentes envolvidos no processo, sem, necessariamente, que estes fiquem exclusivamente amarrados aos conceitos fechados trazidos em 1970. É possível sim, uma releitura do Código Penal Militar à luz dos novos preceitos constitucionais.

Em pensamento semelhante, quando aborda a importância de relacionar o processo administrativo militar à Constituição, Heuseler (2009, p. 125) assim conclui:

> [...] Adequar-se à nova ordem vigente tornou-se não apenas uma necessidade, mas também uma obrigação legal e moral de toda a Nação; e nada foi excluído disso. É natural que as pessoas e as instituições experimentem algum tempo de transição à medida que vão absorvendo a nova realidade. Entretanto, é lamentável que há também algum tipo de resistência retardando a plenitude do estado Democrático de Direito. Essa letargia para a adequação das normas administrativas comuns, bem como as militares à realidade constitucional tem obstruído, eventualmente, a Administração Pública de alcançar seus membros e por conseguinte, a si mesmo esse novo status civilizatório [...].

Os costumes mudam, os valores de uma sociedade se flexibilizam e a vida é cíclica. Imagine um exemplo sobre arte pública de grafite profissional (aqui não se trata da pichação em propriedades privadas e em bens públicos, e sim da arte, do desenho em prédios abandonados e muros cedidos por autoridades públicas e por particulares para este fim), hoje chancelado por exemplo, em Portugal, por Câmaras Municipais. Havia políticas contra essa prática, colocando todos os grafiteiros no mesmo grupo, "marginalizando" aqueles que desenhavam em muros abandonados do mesmo modo como aquele pichador que vandalizava propriedades privadas e bens públicos. Hoje essa pintura é vista como arte. Algumas autoridades prestigiam[15] eventos desses artistas e muitas vezes a sociedade compra esse tipo de serviço. Muito provavelmente essa boa "receptividade" da atividade não ocorreria há bem pouco tempo atrás. O que dizer então de 1970? Como houve um avanço pode-se assim dizer na interpretação dessa conduta, o mesmo também pode ocorrer com relação a alguns desacordos no direito castrense, uma vez que os tempos são outros.

Caberá ao intérprete, no caso concreto, analisar a situação e realizar seu juízo de valor, sendo a hermenêutica, de vital importância para alcançar este objetivo. Afinal, "a tarefa da hermenêutica está essencialmente voltada a descortinar o sentido das normas jurídicas para, com isso, tornar claro o seu campo de atuação" (CUNHA, 2015, p. 217).

Seguindo a valiosa obra de Moreso, relacionando direito e futebol, imagine o seguinte caso, estampado na capa de um jornal desta maneira: "Policial Militar em missão na final de um campeonato nacional é atingido na cabeça por copo de água chutado por treinador". Ora, um intérprete literal (com mesmo ideal daquele que prende em flagrante o sorveteiro por ingresso clandestino), lendo essa manchete poderia dizer: "trata-se do crime previsto no artigo 209 do Código Penal Militar", qual seja, o de lesão leve ("ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem" na modalidade tentada).

Contudo, um intérprete que se utiliza de outras lentes para analisar as circunstâncias, atendo-se ao caso concreto, teria o cuidado de examinar a situação como um todo, verificar "o

[15] No caso de Portugal, o Exmo. Sr. Presidente da República, o notável jurista, Dr. Marcelo Rebelo de Sousa esteve presente em maio de 2016 no festival do muro de Lisboa. Serve esse exemplo para ilustrar o trazido acima, visando corroborar com o ideal trazido no texto, no sentido de que o intérprete deve acompanhar as mudanças sociais. Assim, valores e símbolos podem ser interpretados de uma melhor maneira, quando se atenta à cotidianidade e ao verdadeiro mundo da vida. Observa-se que esse fato foi veiculado no próprio sítio eletrônico da Presidência da República daquele país. Disponível em: <http://www.presidencia.pt/?idc=10&idi=106998>. Acesso em 28 nov. 2016.

conjunto da obra" e analisar o contexto para, então decidir. Ressalta-se que situação semelhante ao ilustrado acima ocorreu, mas o panorama foi totalmente diverso. Quando no primeiro jogo da final da Copa do Brasil de 2016, o treinador Renato Gaúcho extasiado com o gol de seu time, o Grêmio, que atuava fora de casa contra o Atlético Mineiro chutou um copo de água em um gesto de comemoração sem a intenção de acertar qualquer pessoa, apenas extravasando ante a heroica performance de seu time, conforme resta nítido das imagens veiculadas na mídia[16] e esse copo voou em direção a um banco de reservas em que situava-se um policial, que acabou atingido.

O próprio treinador pediu prontamente desculpas e em uma análise sensata do caso, não há que se falar em crime, ofensa à Polícia, ou à corporação. Registre-se que o exemplo é trazido para demonstrar o "risco" de se analisar friamente um caso sem adentrar às circunstâncias e ao enredo em que ele se procedeu. Por óbvio, nesse caso, o competente e folclórico treinador (que foi um excelente jogador, frise-se) em momento algum agrediu, ofendeu ou tentou diminuir qualquer agente militar a serviço.

Ou seja, assim o fenômeno se apresentou. Esta foi a visada da maioria dos intérpretes, foi a visada do policial, mas poderia não ser a visada eventualmente do Ministério Público Militar. Por isso, mais uma vez busca-se enfatizar que a fenomenologia pode ser útil para romper essas barreiras da literalidade dos conceitos, por se tratar de um método da evidência ou uma filosofia primeira (CAPALBO, p. 49). O intérprete utilizando este método, pode abandonar os conceitos fechados e vir a aplicar a lei de acordo com a essência do fato, tal como ele se apresenta para sua consciência. Sobre a aplicabilidade desta metodologia na seara penal, tal como se defende no presente trabalho, merecem transcrição as sábias palavras de Cunha (2012, p. 78):

> [...] O ordenamento jurídico não fica ao sabor de interpretações arbitrárias de um juiz solipsista só porque não se tem um enclausuramento conceitual. No âmbito do Direito Penal, em que está envolvida a tutela de bens jurídicos da mais alta importância e que pode comprometer a liberdade individual, lidamos com margens de apreciação do caso, em que os juízes podem, sobretudo no âmbito da dosimetria da pena, exercitar ampla liberdade, e nem por isso eles serão necessariamente marcianos ou lunáticos como outrora já se os tachou. Juízes são cidadãos de um mundo compartilhado, no qual aquilo que se lhes dá não é um amorfo pronto para individualmente ser formatado [...].

[16] Diversos sítios eletrônicos veicularam a notícia, destacando-se o da revista Veja, no qual resta evidente que não há qualquer agressão por parte de Renato. Disponível em http://veja.abril.com.br/esporte/em-extase-com-gol-renato-gaucho-acerta-policial-sem-querer/. Acesso em 05 dez. 2016.

Daí que objetivou-se durante este percurso, demonstrar que o intérprete deve em se tratando de uma legislação de quarenta e seis anos, realizar uma interpretação aberta e sistemática. Dialogar o Código Penal Militar com a Constituição Federal de 1988 é vital. Afinal, nossa Lei Maior inovou na ordem jurídica ao trazer um vasto catálogo de direitos fundamentais em seu corpo e ao contar com a participação popular[17] no seu processo de confecção.

Portanto, as normas pretéritas à promulgação da Constituição Federal que foram por ela recepcionadas, ao serem aplicadas, devem exigir do seu intérprete o discernimento para conjugar este texto infraconstitucional com o dinamismo hoje enfrentado por uma sociedade complexa e plural.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo em tela identificou que uma atividade interpretativa extensiva do Código Penal Militar quando do enfrentamento de casos difíceis, com ênfase nos princípios e sob um viés fenomenológico, mostra-se salutar quando da interpretação dos casos difíceis na seara do direito penal militar. Dessa forma, algumas conclusões podem ser extraídas da pesquisa:

Como o direito faz uso de uma linguagem natural, que é comum a todos, diferentemente das ciências "duras", em alguns casos surgem vícios normativos, que acabam por trazer ambiguidades e zonas cinzentas ao direito, fatos estes que também são constatados na seara militar.

Em sendo o Código Penal Militar uma legislação de quarenta e sete anos de vida (dezoito anos mais velha que a Constituição Federal), a possibilidade de desacordos tendem a aumentar, ante o dinamismo da sociedade.

Para tentar solucionar essas questões dos *hard cases*, restou demonstrado que o melhor exercício da atividade interpretativa por parte do julgador reside na adequação do texto ao contexto, soltando suas "amarras", sem contudo, permitir que o julgador fique descompromissado de qualquer coordenada técnica e possa atuar consoante a

[17] Exatamente neste tocante é que Fabriz (2008, p.6.) discorre sobre o fato de a nova lei fundamental ser conhecida como a Constituição cidadã, observando a importância da citada participação popular e da ampliação dos campos dos direitos inerentes ao exercício da cidadania.

discricionariedade positivista. Logo, devem, sim, os julgadores, pelo fato de o Direito não se resumir apenas à norma; realizar seus *misters* decisórios conforme suas compreensões do mundo da vida.

Conclui-se dessa forma, que uma interpretação extensiva nos termos supracitados, tal como o fenômeno se apresenta, sem ater-se apenas à literalidade de um texto de 46 anos de vida, para além de adequar o texto ao contexto, também é uma medida que garante a efetivação e progressividade dos direitos fundamentais, impedindo um retrocesso jurídico social.

REFERÊNCIAS

BAHIA, Alexandre Melo Franco; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud. Precedentes no Novo CPC: É possível uma decisão correta? Disponível em: <http://justificando.com/2015/07/08/precedentes-no-novo-cpc-e-possivel-uma-decisao-correta/>. Acesso em 04 dez.2016.

BRASIL. **Constituição [da] República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 nov. 2016.

_____. **Código Penal Militar**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001Compilado.htm> Acesso em: 26 de nov. de 2016.

CAPALBO, Creusa. **Fenomenologia e Ciências Humanas**. Aparecida, São Paulo: Ideias e Letras, 2008.

COURA, Alexandre; BEDÊ, Américo. **Existe uma resposta correta sobre o problema da resposta correta no Direito?** Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. XLI. 2 semestre, 2013.

CRUZ, Ione; MIGUEL, Claudio Amim. **Elementos de Direito Penal Militar – Parte Geral**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2010.

CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano. **Segurança Jurídica e crise no direito. Caminhos para a superação do paradigma formalista**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

CUNHA, Ricarlos Almagro Vitoriano; JUNIOR, Alceu Maurício. **Direito e Regulação**. 1. ed. Curitiba: CRV, 2015.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

_____.**Levando os direitos a sério.** 3 ed. 4 tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

FABRIZ, Daury Cesar. **A eficácia dos direitos sociais após duas décadas da Constituição Brasileira de 1988**. Publicações Seriadas do Centro de Estudos Sociais, Coimbra, n. 315, p. 1-13, out. 2008.Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/315/315.pdf.> Acesso em: 25 de novembro de 2016.

HEUSELER, Elbert da Cruz. **Processo Administrativo Disciplinar Comum e Militar à luz dos Princípios Constitucionais e da Lei n. 9.784 de 1999**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2011.

LAGES, Cíntia Garabini. A proposta de Ronald Dworkin em O Império do Direito. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, v. 4, n. 7 e 8, 1º e 2º semestres 2001.

LOUREIRO NETO, José da Silva. **Processo Penal Militar**. 6ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____.**Direito Penal Militar**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORESO, José Juan; SANCHÍS, Luis Prieto; BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Los desacuerdos en el Derecho**. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2010.

OMMATI, José Emílio Medauar. A Teoria Jurídica de Ronald Dworkin. In **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2014.

PIMENTEL, Luís. **A Restrição de Direitos aos Militares das Forças Armadas.** Lisboa: AAFDL, 2008.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. **Processo Administrativo Disciplinar Militar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 291/DF**. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Art. 235 do Código Penal Militar, que prevê o crime de "pederastia ou outro ato de libidinagem". Não recepção parcial pela Constituição de 1988. Julgado em 28 out. 2015.

STM. **Recurso em Sentido Estrito n.º 0000185-10.2015.7.07.0007/PE**. Rel. Min. Marcus Vinicius Oliveira dos Santos. Ministério Público Militar. Art. 302 do CPM. Ingresso Clandestino. Rejeição de denúncia oferecida em desfavor de civil. Julgado em 01 ago. 2016.