

INSTITUTO BRASILIENSE DE DIREITO PÚBLICO
ESCOLA DE DIREITO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

RAPHAEL BORGES LINS MACIEL MONTEIRO

**COLISÃO DE DEVERES EM DECISÕES EXISTENCIAIS NO ÂMBITO DAS
FORÇAS ARMADAS:
PROPOSTA DE INTERPRETAÇÃO À LUZ DO INJUSTO PENAL**

**BRASÍLIA
2020**

RAPHAEL BORGES LINS MACIEL MONTEIRO

**COLISÃO DE DEVERES EM DECISÕES EXISTENCIAIS NO ÂMBITO DAS
FORÇAS ARMADAS:
PROPOSTA DE INTERPRETAÇÃO À LUZ DO INJUSTO PENAL**

Dissertação de Mestrado desenvolvida sob a orientação da professora Dra. Carolina Costa Ferreira apresentado para obtenção do Título de Mestre em Direito Constitucional.

BRASÍLIA

2020

RAPHAEL BORGES LINS MACIEL MONTEIRO

**COLISÃO DE DEVERES EM DECISÕES EXISTENCIAIS NO ÂMBITO DAS
FORÇAS ARMADAS:
PROPOSTA DE INTERPRETAÇÃO À LUZ DO INJUSTO PENAL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional do IDP, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional

Brasília-DF, 24 de julho de 2020

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dra. Carolina Costa Ferreira
Instituto Brasiliense de Direito Público

Prof. Dr. Vinícius Gomes Vasconcellos
Instituto Brasiliense de Direito Público

Prof. Dr. Antonio Henrique Graciano Suxberger
Centro Universitário de Brasília

“Captain José Sabino Maciel Monteiro, Brazilian Expeditionary Force, performed meritorious service in support combat operations in Italy from November 1944 to May 1945. As Commanding Officer of the Military Police, he demonstrated great ability as an organizer.

Endowed with great psychical endurance, coolness and fearlessness, he travelled under constantly over the roads under enemy bombardment, checking the performance of duty and restoring order in places which has been damaged by enemy fire.

He carried out with great intelligence the evacuation plan and custody of German prisoners. His conduct was in accord with the highest traditions of Allied Armies.”

-Citation for Bronze Star Medal,
United States of America government.

MACIEL MONTEIRO, Raphael B. L. Colisão de deveres em decisões existenciais nas Forças Armadas: proposta de interpretação à luz do injusto penal. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2020.

RESUMO

Essa pesquisa trata da colisão de deveres de natureza jurídica no âmbito de uma ação conduzida por efetivos das Forças Armadas. Apresenta o tema da colisão de deveres à luz da dogmática alemã, abordando o julgamento dos médicos psiquiatras envolvidos no programa de eugenia do nacional-socialismo, as inclinações doutrinárias à luz da reforma penal alemã de 1969 e a proposta da teoria das áreas livres do direito. Como recorte de pesquisa, aborda a formação do Oficial combatente do Exército Brasileiro, bem como a assimilação de valores pelo cadete em formação, situando os princípios da hierarquia e da disciplina como conformadores da instituição, leitura que deslegitima o tradicional fundamento do Direito Penal Militar. Na sequência, demonstra o atual emprego do Exército Brasileiro, sobretudo em atividades de natureza civil, enfatizada a pauta de valores que orienta o executor. Por fim, ilustra que o estado de necessidade não funciona como critério interpretativo adequado a colisões que envolvam a ordem militar como valor, havendo uma lacuna para interpretação do injusto penal.

Palavras-chaves: Colisão de deveres. Áreas livres do direito. disciplina militar. Estado de necessidade. Teoria diferenciadora. Operações de garantia da lei e da ordem.

MACIEL MONTEIRO, Raphael B. L. Collision of duties in existential decisions on Armed Forces: interpretation proposal based on criminal unjust.
2020. Dissertation (Master's in Law) – Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2020.

ABSTRACT

This research analyzes the collision of legal duties in a lawsuit handled by the Armed Forces. It presents the collision of duties according to German Law and addresses the trial of the psychiatrists involved with the National Socialism's eugenics program, as well as the doctrinal bias according to the 1969 German Criminal Law Amendment and the proposal of the free areas' theory. The point of discussion focuses on the training of combat officers in the Brazilian Army and on how the trainees understand certain principles, making concepts like hierarchy and discipline shapers of the institution – an interpretation which invalidates the traditional base of Military Criminal Law. Thereafter, it demonstrates the current usage of the Brazilian Army, especially in civil activities, emphasizing the set of values that guide the executor. Lastly, it shows that the state of necessity doesn't work as a proper corrective in collisions that involve the military order as a value, indicating that there is a gap in the correction of the criminal unjust.

Keywords: Collision of duties. Free areas of the law. Military discipline. State of necessity. Differential association theory. Guarantee of law and order operations.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1. A COLISÃO DE DEVERES NA DOGMÁTICA ALEMÃ	13
1.1 Apresentação do tema.....	13
1.2 Conceitos básicos	21
2. HIERARQUIA E DISCIPLINA: UMA ABORDAGEM INSTITUCIONAL.....	31
2.1 A percepção militar enquanto destinatário e operador do Direito Penal Militar	31
2.2 Hierarquia e disciplina como bens jurídicos institucionais.....	39
3. A COLISÃO DE DEVERES NO DIREITO PENAL MILITAR	51
3.1 Perspectivas de emprego do Exército Brasileiro na atualidade.....	51
3.2 Estado de necessidade do CPM e colisão de deveres: um estudo de caso.....	63
CONCLUSÃO.....	72
REFERÊNCIAS	76

INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem como ponto de partida a análise da eventual antijuridicidade da conduta atribuída ao gestor militar que, no exercício do comando de efetivos, viola um mandato em um cenário de deveres colidentes.

A liderança de efetivos militares traz a reboque o grave encargo do decisor, que por vezes deve enunciar diretrizes que implicam em perdas, inclusive humanas. Trata-se de uma imanente peculiaridade da Carreira das Armas.

A título de exemplo, cite-se – no contexto da Segunda Guerra Mundial – a ordem do Comandante da 1º Divisão de Infantaria Expedicionária (1ª DIE) ao Comandante do 1º Esquadrão de Reconhecimento (1º Esqd Rec) em 25 de abril de 1945: deveria o Esqd Rec não só estabelecer contato com o inimigo, ação típica de cavalaria mecanizada, mas também fixá-lo no terreno, impedindo sua marcha na direção da cidade de Parma¹.

O movimento das tropas brasileiras implicou no aprisionamento de 588 militares alemães, permitindo outrossim identificar o valor do inimigo: tratava-se da 148º Divisão de Infantaria alemã, tropa em absoluta vantagem numérica, que tinha em seu favor não só a geografia do terreno, mas sobretudo larga superioridade em material bélico.

A decisão do General Mascarenhas de Moraes – então Comandante da 1ª DIE – foi rotulada pelos livros de História como “ousada”, dado que “o comando brasileiro estava em inferioridade numérica em comparação com a tropa alemã, o que os alemães não sabiam”². O 1º Esqd Rec possuía, à época das operações no vale do Panaro, somente 120 soldados, cuja abnegação viabilizou a captura de 14.777 homens da 148º Divisão de Infantaria alemã, sem embargos de mil viaturas motorizadas e demais efetivos de menor expressão³.

Embora de exitoso desfecho, é de se questionar até onde subsiste responsabilidade penal ao gestor militar que, possuindo o domínio funcional do fato, eleva o risco do resultado morte a um nível não só possível – como de natural na atividade militar –, mas também altamente provável.

O gestor deve pautar sua conduta em dois mandatos – cumprir a determinação superior, com base na hierarquia, e velar pelos seus subordinados – que eventualmente podem colidir,

¹ FARIA, Durland Popping. **Introdução à história militar brasileira**. Resende: Academia Militar das Agulhas Negras, 2015. p. 269.

² *Idem.* p. 269.

³ *Idem.* p. 271

inviabilizando o cumprimento conjunto. Tem-se aí o pouco explorado campo da colisão de deveres.

A colisão de deveres – embora não seja tema recente – ganha especial fôlego à vista do atual emprego das Forças Armadas, frequentemente demandadas para ações que escapam do seu rol de competências ordinárias.

O desenvolvimento da exposição enfrenta, desde o início, enorme obstáculo: a ausência de estudos mais aprofundados doutrina especializada em Direito Penal Militar. Com efeito, a literatura nacional evidencia enorme carência em obras sobre o tema, nada obstante a Justiça Militar a primeira a ser efetivamente instituída no Brasil⁴.

De todo modo, a proposta passa ao largo de pretender justificar a carência doutrinária que assalta a matéria, valendo apenas refletir sobre o fato de que o Brasil – talvez um recordista mundial em faculdades de Direito – não possua, em nenhuma delas, uma cadeira de Direito Militar⁵.

Importa, para a evolução da tese, unicamente observar que a produção científica versando sobre o Direito Penal Militar está bem aquém do direito penal comum e, mesmo nesse, não há menções à colisão de deveres em direito penal.

Mercê da aridez literária, vê-se que os operadores do direito empregam em boa medida a doutrina tradicional de direito penal, perspectiva essa que nem sempre conduz a resultados compatíveis com a estrutura ético-social do Direito Penal Militar.

Neste sentido, observa-se que, para a doutrina tradicional, “o escopo imediato e primordial do Direito Penal radica na proteção de bens jurídicos – essenciais ao indivíduo e à comunidade”⁶, premissa alinhada com o escólio de Welzel, para quem o propósito do Direito Penal reside no resguardo dos valores comunitários elementares.⁷

Lado outro, a literatura que cuida do Direito Penal Militar apresenta a matéria como um “conjunto de regras jurídicas vinculadas à proteção das instituições militares e ao cumprimento

⁴ CORREA, Univaldo. **A Justiça Militar e a Constituição de 1988 – uma visão crítica**. 1991. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1991. p. 70.

⁵ LACAVA, Nelson. **Bases do sistema de direito penal militar**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019. p. 25.

⁶ PRADO. Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. São Paulo: RT, 1999. p. 47.

⁷ WELZEL, Hans. **Derecho penal, parte general**. Trad. Carlos Fontán Balestra. Roque Depalma: Buenos Aires, 1956. p. 2.

de sua destinação constitucional”⁸, a saber, à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

A diferença conceitual, conquanto evidente, projeta efeitos a todos os institutos que ambos os ramos possuem em comum, desautorizando assim o emprego irrestrito da doutrina convencional ao Direito Penal Militar antes de uma detida reflexão.

Sob este enfoque, o objetivo geral desenvolvido reclama uma releitura da doutrina ordinária, sob pena de se atingir uma conclusão de duvidosa coerência para a problematização proposta.

Há também uma necessidade de compreensão prévia do pensamento militar, mormente quando reconhecido que tais efetivos, doutrinados a um modo bem peculiar e oportuno ao propósito da instituição, vêm sendo empregados em atividades estranhas à tradicional defesa da Pátria⁹.

Apresenta-se, outrossim, a teoria da colisão de deveres e seus consectários lógicos, culminando na análise de seu implemento no Direito Penal Militar. É o que se pretende ao longo dos capítulos seguintes.

O trabalho é inaugurado com a teoria da colisão de deveres, uma proposição que busca encontrar respostas racionais dentro de um ordenamento jurídico uno a situações-limite, onde o ator possui contra si sucessivos mandatos impassíveis de cumprimento conjunto.

A proposta busca apresentar a Teoria das áreas livres do Direito como forma de interpretação à análise disjuntiva da ilicitude, engenho que, a despeito das críticas, pode funcionar como critério interpretativo à análise da ilicitude do gestor militar que, premido por dois mandatos que não admitem cumprimento cumulativo, acaba por descumprir uma diretriz em detrimento de outra.

O ponto traz à baila os “problemas de calamidade” de Hans Welzel, ainda atualmente sem qualquer consenso doutrinário a respeito. A exposição busca ambientar a Teoria das Áreas Livres do Direito às decisões existenciais no âmbito das Forças Armadas, traçando um paralelo com as situações críticas anteriormente expostas.

⁸ FARIA, Marcelo Uzeda. **Direito penal militar**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 19.

⁹ A dissertação irá expor, em seu último capítulo, a atual perspectiva de emprego institucional, cumprindo citar operações de acolhimento a imigrantes, distribuição de água potável e combate ao mosquito *aedes aegypti* como bons exemplos da premissa.

Encerra-se o capítulo com uma perspectiva doutrinária que busca resolver a colisão de deveres (*Pflichtenkollision*), a Teoria das Áreas Livres do Direito (*Rechtsfreier raum*), esgotando assim o objetivo proposto para o presente tópico.

É certo que a Alemanha não possui tradição no Direito Penal Militar, inexistindo naquele país uma justiça especializada estruturada em tempo de paz¹⁰. Bem assim, em aspectos normativos, observa-se somente uma legislação complementar ao Código Penal Comum.¹¹ Dessarte, o desafio da pesquisa supõe a projeção do instituto no campo do Direito Penal Militar.

Na sequência, a dissertação evolui para uma abordagem da formação militar e seus princípios conformadores. A proposta, neste particular, parte de uma perspectiva dos próprios componentes das Forças Armadas, levando como recorte a formação do Oficial do Exército na linha bélica.

Evolui, assim, para contextualizar o binômio hierarquia e disciplina em doutrina moderna, avançando-se, na sequência, sobre o fundamento e função do direito penal militar, tema igualmente tormentoso.

A proposta, longe de escapar do foco dogmático, busca captar uma atitude por detrás de um sistema, compreendendo – assim como na percepção de Radbruch – o homem como fundamento e meta do direito.¹² Ressalva-se, desde logo, que alusões a opiniões doutrinárias de filosofia não implicam filosofia, mas ciência da filosofia¹³, sendo o trabalho dogmático.

Com efeito, a disciplina militar será posta em enfoque também como um valor intangível às Forças Armadas, assunto de grande valia para o capítulo subsequente. Entende-se que uma detalhada exposição do tema seja oportuna a todos que, desconhecendo a dinâmica da carreira militar, pretendam avançar sobre o direito castrense.

O terceiro capítulo é inaugurado a atual perspectiva de emprego do Exército Brasileiro. A interpelação é de suma importância considerando os desafios da instituição que, muito distantes da imagem do soldado inserido em uma guerra de conquista, convidam a uma reflexão sobre o tema.

¹⁰ MEY, Edson. **A Justiça Militar em outros países**. Brasília: STM, 1999. p. 11.

¹¹ LACAVA, Nelson. **Bases do sistema de direito penal militar**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 39.

¹² KAUFMANN, Arthur. A problemática do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2015. p. 145.

¹³ KAUFMANN, Arthur. Filosofia do direito, teoria do direito, dogmática jurídica. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org.). Op. Cit. p. 32.

Juarez Tavares, invocando Birnbacher, pontua que “nenhuma norma pode ser legitimada sem estar vinculada à descrição de um contexto”¹⁴, e neste ponto o trabalho ilustra alguns dos atuais desafios do Exército Brasileiro.

Há, na sequência, a exposição da problemática com situação-limite experimentada pela 16ª Brigada de Infantaria de Selva (16 Bda Inf SI) na atualidade, ocasião em que se analisa a a viabilidade conceitual do instituto dentro da dogmática do direito penal militar.

A essa altura, a dissertação passa a confrontar os valores envolvidos na ordem existencial em situações críticas. Faz-se assim uma ponderação entre os valores envolvidos, desta vez depurada sob a óptica da atividade militar, de modo a emprestar um novo contraste à problemática.

Enfrenta-se assim a análise da responsabilidade penal do comandante militar, observado o eventual cabimento da tradicional excludente de ilicitude que parece legitimar a situação: o estrito cumprimento do dever legal.

Por derradeiro, o trabalho apresenta as conclusões maturadas ao longo do desenvolvimento do tema, tudo numa óptica compatível com a natureza normogénica da disciplina militar.

¹⁴ TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Tirant to Blanch, 2018. p. 39.

1. A COLISÃO DE DEVERES NA DOGMÁTICA ALEMÃ

1.1 Apresentação do tema

Não é de hoje que a consciência humana se vê desafiada pela eventual colisão de deveres legítimos. Sem maiores esforços, podemos apontar que a peça grega *Antígona*, de Sófocles, bem ilustra o dilema da personagem que deveria optar entre cumprir os mandamentos divinos ou a justiça da *polis*¹⁵.

A obra citada, talvez o mais fluido exemplo de um autêntico conflito trágico da filosofia grega, expõe o drama do agente que se vê comprometido com duas obrigações legítimas e concorrentes de impossível cumprimento simultâneo.

Noutras palavras: diversas potências éticas em conflito, todas individualmente legítimas, demandam a ação (ou inação) do destinatário de modo que o cumprimento de uma implica necessariamente a negação das demais. Esta é, pois, a essência do conflito trágico.

Conquanto figure como pauta conhecida da filosofia, a colisão de deveres subsiste atual e, ao que parece, acompanhará sempre a decisão humana em situações críticas. Desgraçadamente, o dilema de *Antígona* parece ganhar novos tons a cada momento crítico amargado pela história.

Cite-se, como exemplo recente, pandemia causada pelo vírus da síndrome respiratória aguda grave (SARS-CoV2) que, dada sua gravidade, impeliu o governo italiano a estabelecer uma ordem de prioridade para atendimento médico, preterindo idosos com mais de 80 anos ou pessoas com saúde comprometida e sem prognóstico favorável.¹⁶

O resgate de *Antígona* evidencia o conflito entre a razão – dever ser – e o próprio ser, compelindo o mundo moral ceder espaço à realidade. O sistema de normas, cuja proposta reside em apresentar uma pauta de conduta a seus destinatários, parece – ao menos numa primeira análise – erigir um cenário de colisão insolúvel de modo integral ao obrigado.

Advirta-se, desde logo, que o dilema moral sempre possuiu assento cativo no campo da filosofia. A presente dissertação não ignora tal fato, nem mesmo possui a ambição de avançar

¹⁵ Em despreziosa síntese, a peça retrata *Antígona*, a protagonista, e sua luta para enterrar seu irmão Polinice, mesmo contra ordem do tirano da cidade, Creonte, que havia promulgado uma lei proibindo que aqueles que atentassem contra a lei da cidade fossem enterrados. Para *Antígona*, não se pode cumprir as leis humanas que se chocarem com as leis divinas.

¹⁶ DI BLASI, Erica. Italians over 80 'will be left to die' as country overwhelmed by coronavirus. **The Telegraph**. 14 mar. 2020. Disponível em: <https://www.telegraph.co.uk/news/2020/03/14/italians-80-will-left-die-country-overwhelmed-coronavirus/> Acesso em: 15 mar. 2020.

por tais domínios. Limita-se, como de intuitivo, a abordar a problemática sob a perspectiva da dogmática jurídica.

Nada obstante, e por um dever de lealdade acadêmica, impõe-se registrar que alguns autores que dedicaram tempo ao estudo da filosofia moral contemporânea negaram a possibilidade de conflito entre deveres, sustentando que sempre haveria um critério de preferência em potências concorrentes.

Sob este enfoque, colhe-se excerto da obra de Kant:

Um *conflito de deveres (collisio officiorum, s. obligationum)* seria uma relação entre eles pela qual um suprimiria o outro (total ou parcialmente). – No entanto, é absolutamente impensável uma colisão de deveres e obrigações (*obligationes non colliduntur*), pois dever e obrigação são em geral conceitos que expressam a *necessidade* prática objetiva de certas ações e duas regras opostas não podem ser simultaneamente necessárias, visto que, quando agir conforme a uma é dever, então agir segundo a contrária não apenas não é dever algum, mas algo contrário ao dever.¹⁷

Com efeito, o imperativo categórico proposto pela doutrina kantiana representa uma ação objetivamente necessária por si mesma, sem referência a qualquer outro desiderato externo. Entretanto, é possível extrair da obra supramencionada uma exposição ao fenômeno:

Se dois de tais fundamentos se contradizem mutuamente, então a filosofia prática não diz que a obrigação mais forte conserva a supremacia (*fortior obligatio vincit*), mas sim que o mais forte fundamento de obrigação conserva o posto (*fortior obligandi ratio vincit*).¹⁸

De toda sorte, o tema não recebeu a devida atenção da doutrina jurídica nacional, sendo possuindo a literatura estrangeira duas obras de vulto dedicadas ao assunto: a monografia¹⁹ de Harro Otto, que trata especificamente da colisão de deveres entre vida humanas – tema arrefecido com o dilema dos médicos psiquiátricos no contexto do programa nacional-socialista alemão – e a tese de Cuerda Riezu, publicada na Espanha em 1984.

A ausência de estudos nacionais, aliada à dificuldade que a doutrina estrangeira enfrenta para chegar num conceito razoavelmente pacífico do instituto, compromete seu desenvolvimento dogmático, suscitando dúvidas e relegando seu desenvolvimento a uma posição periférica.

Tangenciando a problemática da colisão de deveres, também é possível encontrar algum estudo continental sobre as áreas livres do Direito (*Rechtsfreie raum*) nos escritos de Englisch e Kaufmann ou, mais recentemente, em Schünemann.

¹⁷ KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 30.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ OTTO, Harro. **Pflichtenkollision und rechtswidrigkeitsurteil**. Hamburg: De Gruyter, 1965.

Por ora, importa salientar a escassez doutrinária que permeia o tema nas academias brasileiras, razão pela qual buscou-se amparo na literatura alemã para o desenvolvimento do presente tópico.

Entretanto, oportuno desde logo cifrar sensível diferença legislativa dispensada em cada ordenamento estrangeiro analisado: o Código Penal espanhol contempla uma eximente dedicada às situações de conflito de deveres (arts. 20.5 e 20.7)²⁰, ao passo que o StGB alemão indica o caminho do estado de necessidade para solução de conflitos (§ 34), numa técnica legislativa similar àquela empregada pelo CPM brasileiro.

Para o presente estudo, parte-se da compreensão kantiana acima para – na linha proposta pela mais recente literatura espanhola²¹ - fundar a colisão de deveres em três premissas: a uma, relacionando-a com o princípio da vontade no momento de sua legitimação; a duas, enfatizando a necessidade de regras para determinação de uma razão preponderante e, por fim, propondo onde a resolução dos conflitos deve ser situada.

Este último tópico, de consequências práticas para o Direito Penal, é objeto de profundo dissenso doutrinário, em certa maneira alimentado pela inexistência de contornos delineados entre o estado de necessidade e a colisão de deveres.

Como recorte doutrinário, houve uma predileção aos autores alemães, dada a já exposta afinidade entre o StGB e o CPM brasileiro no que toca à fisionomia do estado de necessidade. O desenvolvimento do tema no direito germânico remonta a Binding²², que expõe pela primeira vez no ano de 1885 a problemática com a fisionomia que hoje conhecemos.

Referido autor, partindo da usual definição do estado de necessidade – aqui compreendida como a colisão entre a manutenção de um bem e uma ação proibida –, constrói estruturas adicionais, incrementando assim o instituto em sua conformação dada por autores hegelianos da segunda metade do século XIX²³.

Propunha-se a leitura do estado de necessidade em três vertentes, quais sejam: a colisão entre deveres jurídicos, a colisão entre bem e dever jurídico e, por último a colisão entre bens jurídicos, tudo amparado pelo princípio do mal menor, cumprindo ao obrigado eleger qualquer obrigação quando derivadas de deveres equivalentes.

Os estudos de Binding veiculados no seu manual de 1885 influenciaram autores contemporâneos, cumprindo mencionar a consagrada dissertação de Jansen apresentada na

²⁰ Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1995/BOE-A-1995-25444-consolidado.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2020.

²¹ VILA, Ivó Coca. **La colisión de deberes en derecho penal**. Atelier: Barcelona, 2016. p. 8.

²² BINDING, Karl. **Handbuch des Strafrechts**. 1885. Reimpressão, Berlin: Duncker & Humblot, 2013.

²³ VILA, Ivó Coca. Op. Cit. p.14.

Universidade de Köln, onde se apela ao critério do interesse preponderante para solução do conflito.

Referida abordagem também inspirou Merkel que, evidenciando que por trás de direitos sempre existem interesses, projetou sua teoria ao Tribunal de Império Alemão, contribuindo assim para a cunhagem do estado necessidade justificante como causa supralegal mediante emprego da ponderação de bens, dada que a atual conformação legislativa do § 34 do StGB alemão só ocorreu em com a reforma de 1969²⁴, entrando em vigor em 1º de janeiro de 1975.²⁵

Como de intuitivo, o término da segunda guerra mundial arrefeceu a discussão sobre a colisão de deveres, conquanto a temática de dilemas trágicos envolvendo vidas humanas não fosse de todo desconhecida até então. Há um porquê nisso.

Em 1º de setembro de 1939, Adolph Hitler baixou uma diretriz para que estabelecimentos psiquiátricos informassem sobre características dos enfermos lá tratados. Haveria, pois, um traslado de pacientes com determinados perfis para outros centros, onde seriam executados.

Contrariando as diretrizes ministeriais, alguns médicos se empenharam em preservar o maior número de vidas humanas mediante exclusão de um elevado número de pacientes, ainda que a manobra implicasse no extermínio daqueles que fatalmente foram incluídos nas listas.²⁶

Nada obstante os graves conflitos de consciência que a colaboração inspirava, os profissionais decidiram participar da ação eugênica, tudo com o fim de salvar o maior número de vidas.²⁷

Embora alguma Harro Otto refute qualquer tipo de conflito no caso em apreço, sustentando que a negativa peremptória de todos os psiquiatras em elaborar as infames listas poderia conduzir a um resultado diferente²⁸, sendo impossível precisar o destino dos enfermos sob tal perspectiva, propõe-se uma maior reflexão.

²⁴ O julgado em apreço (RGSt 61, 242) versava sobre aborto necessário. Para mais, cf. DUBBER, Marcus. **An introduction to the model penal code**. New York: Oxford, 2015.

²⁵ ROXIN, Claus. **Derecho penal – parte general**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña *et al.* Madrid: Civitas, 1997. p. 125.

²⁶ RIEZU, Antonio Cuerda. **La colisión de deberes en derecho penal**. Madrid: Tecnos, 1984. p. 105.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ ROXIN, Claus. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit zwischen Können und Zumutbarkeit. In: KREUZER, A.; OTTO, H. *et al.* (org.). **Fühlende und denkende Kriminalwissenschaften: Ehrengabe für Anne-Eva Brauneck**. Mönchengladbach: Forum Verlag, 1999. p. 385-402. Disponível em: https://books.google.com.br/books?id=xHH7lrXIYMgC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 02 set. 2019.

De fato, o corpo de jurados considerou a existência de um estado necessidade de natureza supralegal. Referida sentença, objeto de apelo ao *Oberster Gerichtstof für die Britische Zone*, ganhou sensível tratamento pela mais alta Corte de Justiça da zona Britânica.²⁹

Naquela instância, assentou-se num primeiro momento que o caso em testilha não seria uma autêntica colisão de deveres, dado que o juramento de Hipócrates, aliado ao dever de cidadão de evitar fatos puníveis, não lhes exigia (antes desautorizava) a participar da eutanásia.³⁰

Em segundo lugar, consoante publicado na *Monatsschrift für Deutsches Recht* à época,

Está excluída qualquer valoração jurídica e ponderação da vida humana segundo um valor desta para outros, segundo sua saúde, utilidade ou perspectiva de sobrevida, segundo o 'bom' ou 'mal'. Até mesmo a vida do condenado a morte que aguarda a execução não está 'desprovida de valor', nem exposta à antecipação arbitrária da execução: a simples e oportuna proporção numérica entre os salvos e os sacrificados não é capaz de justificar jamais por si mesma a morte dos últimos.³¹

De outro passo, a Corte considerou que a tese de um estado de necessidade supralegal baseia-se em relações jurídico-estatais ordenadas, não projetando efeitos em situações em que o próprio Estado articula o injusto e exige a execução dos particulares.

Por fim, e após rechaçar a tese do estado de necessidade exculpante³², optou por abalizar uma causa supralegal de exclusão da pena aos imputados, causa essa de natureza pessoal³³, arrefecendo discussão na comunidade jurídica alemã, prestigiando a função ético-social do direito penal enquanto condicionadora de costumes. Era pois evidente a proposta de vinculação do direito penal a preceitos de natureza ética.

Nada obstante, a sentença foi alvo de diversas críticas, quer por empregar natureza pessoal ao instituto – na visão de Oehler seria uma causa objetiva³⁴ – quer por representar um verdadeiro indulto em forma de sentença, sendo certo que as causas de impunibilidade dispostas ao talante do juiz encontram-se dispersas na Parte Especial do Código.

Bem pensado, a projeção ao terreno da culpabilidade encontrou a maior resistência doutrinária em sua essência: a existência de um tipo de injusto e um tipo de culpabilidade estavam longe de representar um consenso acadêmico.

²⁹ VILA, Ivó Coca. Op. Cit. p. 18.

³⁰ RIEZU, Antonio Cuerda. Op. Cit. p. 86.

³¹ *Idem*. p. 87.

³² Será oportunamente pontuada a inadequação da categoria para a espécie. Importa, por ora, compreender que tal instituto repousa orientado por uma ponderação de valores em concreto que foi desatendida na ocasião.

³³ Largas linhas, a diferença entre causas objetivas e pessoais reside no fato de que nas últimas a punibilidade fica à mercê de causas individuais.

³⁴ RIEZU, Antonio Cuerda. Op. Cit. p. 98.

Em outra quadra, também a inexistência da colisão de deveres foi posta em xeque: autores como Von Weber sustentam uma colisão de deveres de natureza material, significando um conflito insanável no marco do ordenamento jurídico.³⁵

A doutrina que desconhece um conflito de deveres na situação dos médicos inseridos no programa nacional-socialista, embora se preste à construção de uma elegante pauta de conduta, vê-se divorciada do contexto fático de um regime totalitário que a anima, sendo absolutamente previsível o destino, não só dos enfermos, mas também dos psiquiatras que permanecessem inertes.

De todo modo, a partir da experiência dos julgados da Zona de Ocupação Britânica, houve uma mudança de perspectiva do instituto, circunstância que viabilizou sua discussão acadêmica em maior profundidade.

Observa-se uma maturação nas exposições acadêmicas acerca das áreas livres a partir dos anos 60 do último século, quando a discussão passou do caso da eutanásia para demais casos em concreto.

A questão, no entanto, passou a ser abordada quase que exclusivamente entre bens não hierarquizáveis (vidas humanas), tendo de ponto de partida a conduta dos psiquiatras que, visando excluir o maior número possível de enfermos da execução, remeteram um menor número de pessoas à execução sumária.

Com efeito, o conflito entre vidas humanas, quando abordado pela fórmula do objeto de Kant, possui realces jusfilosóficos que escapam ao presente ensaio, cumprindo tão-somente esclarecer que o valor autônomo da vida humana não permitiria qualquer solução simplista com base em critérios de valores ínsitos ao bem jurídico.

A experiência acadêmica haurida nas universidades alemãs após a Segunda Guerra Mundial fez emergir um peculiar caso de colisão de deveres: médicos psiquiatras responsáveis por qualificar enfermos e apontar eventual capacidade laborativa deveriam relacionar o pessoal inapto, sendo certo seu extermínio.

À época, sustentava a doutrina a possibilidade de resolução de todos os conflitos de deveres no âmbito do injusto penal³⁶, conquanto a maioria dos autores negasse a conformidade ao direito daqueles médicos que participaram do genocídio, ainda que a pretexto de salvar vidas humanas.

³⁵ *Idem.* p. 106.

³⁶ Observa-se que Gallas, arrimado no princípio da Unidade do Ordenamento Jurídico – adiante exposto – já professava que entre a colisão de dois interesses hierarquizáveis, o cumprimento daquele de menor hierarquia seria justificado. Neste sentido, confira-se: GALLAS, Wilhelm. *Pflichtenkollision als Schuldausschliessungsgrund*. In: MEZGER, Edmund. *et al. Festschrift für Edmund Mezger: zum 70. München: Beck, 1954. p. 311-335.*

Apenas a título de referência, alguns autores de produção bibliográfica mais recente sustentam que, em casos tais, não só o tipo de injusto, mas também o tipo de culpabilidade, estariam perfeitamente delineados.

Neste sentido, Roxin – partindo de um conceito de culpa lastreado no exercício da ação injusta, a despeito da capacidade normativa³⁷ - sustenta que até mesmo o cocheiro do cavalo *Leinenfänger* (aludindo ao versado exemplo de causa supralegal de exclusão da culpabilidade), têm do que se culpar³⁸, dada a possibilidade de direção da conduta conforme a norma³⁹.

É possível encontrar na doutrina de Roxin os sedimentos da doutrina constituída no pós-guerra: a proibição de se alterar o destino (*Schicksal spielen*) esvazia a pretendida justificação da conduta dos psiquiatras, eis que, ao redigir as listas do genocídio, avocaram a si mesmos uma condição quase divina de disposição da vida alheia.

Outra conclusão não é de Jakobs, que enfatiza:

Así pues, fue antijurídico el comportamiento de los médicos que, en la campaña nazi de exterminio de los enfermos mentales, entregaron algunos enfermos a la muerte para así conseguir que les mantuvieran en el puesto y que no se les sustituyera por otros médicos que habrían entregado a todos los pacientes. También obra antijuridicamente el médico que desconecta el único aparato (p. ej., un pulmón y corazón artificial) disponible a un paciente con mal pronóstico, con consecuencia mortal cognoscible, para conectarlo a un paciente recién ingresado, de pronóstico más favorable⁴⁰

De todo modo, o período em foco revelou-se fértil à evolução do tema, inspirando – pela primeira vez – a divisão entre dois tipos de colisão de deveres, quais sejam: deveres hierarquizáveis, onde o de menor estatura cederia ao de maior, e de deveres onde a solução não seria ponderável, hipótese em que o ordenamento fracassaria em descrever uma pauta de conduta, sendo assim resolvidos no âmbito da culpabilidade⁴¹.

Por fim, o tema de colisão de deveres foi repaginado na Alemanha nos idos dos anos 70 do último século, dada a positivação do estado de necessidade justificante no §34 do StGB, sacramentando a abordagem de Amin Kaufmann acerca da colisão de deveres⁴².

³⁷ ROXIN, Claus. In: KREUZER, A.; OTTO, H. *et al.* (org.). Op. Cit. p. 388.

³⁸ *Idem.* p. 397.

³⁹ O autor sustenta que razões de finalidade especial da pena, em situações extremas, poderiam desautorizar a sanção (“*aus spezialpraventiven grunden ist keine sanktion angezeit, weil die tater nur in einer extremisituation*”). p. 397.

⁴⁰ JAKOBS, Günther. **Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación.** Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995. p. 507.

⁴¹ VILA, Ivó Coca. Op. Cit. P. 22.

⁴² *Idem.*

Segundo o autor, entre conflitos entre dois mandatos, numa situação em que o obrigado pode cumprir qualquer um – mas não ambos – o cumprimento do dever superior justifica a omissão frente ao mandato de estatura inferior⁴³. Mesma solução seria aplicável a deveres equivalentes, como no caso do pai que, incapacitado de salvar ambos filhos de uma tragédia, socorre somente a um.

Lado outro, entre a colisão de um dever de atuar e um de omitir, a exemplo dos casos em que a execução da ação mandada supõe a realização do tipo proibido, não há opção do obrigado em eleger a conduta a ser tomada⁴⁴. Assim, se

uma de las normas prescribe conservar un bien jurídico (de C), la misma norma prohíbe la lesión del mismo bien (de B), no pudiendo realizarse la acción prohibida para cumplir el mandato.⁴⁵

O tema da colisão de deveres não hierarquizáveis envolvendo vidas humanas, embora parecesse relativamente pacificado, retornou à discussão acadêmica com epidemia do vírus da síndrome respiratória aguda grave (SARS-CoV-2) que atualmente convulsiona o mundo.

A carência de recursos destinados ao amparo de todos os enfermos, aliada a uma exponencial taxa de contaminação, reacendeu a polêmica discussão sobre a conduta do médico que, incapaz de prover assistência material a todos, acaba decidindo pela morte de alguns.

Em recentíssimo ensaio, Christian Jäger, da Friedrich-Alexander Universität, propôs a rediscussão da *Triage*, expressão que remonta ao período da guerra e característica das decisões tomadas por médicos.⁴⁶

Partindo da premissa que a colisão de deveres do médico possui assento em uma causa de exculpação, suscita o autor a legitimidade da conduta do marido que, vendo sua esposa ser preterida em tratamento, atira contra o profissional de medicina em evidente situação de legítima defesa.⁴⁷

Com base nas recomendações *ad hoc* do Conselho de Ética Médica da Alemanha de 27 de março de 2020, Jäger põe em relevo a diferença entre a disputa de recursos feita antes e após um prognóstico.

⁴³ KAUFMANN, Amin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Barcelona: Marcial Pons, 2006. p. 151.

⁴⁴ KAUFMANN, Amin. Op. Cit. p. 152.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ JÄGER, Christian; GRÜNDEL, Johannes. Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Triage. **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, Gießen**, ano 15, p. 151-163, abr. 2020.

⁴⁷ *Idem*. p. 155.

Evoluindo o raciocínio com base na leitura moderna do dever de garante⁴⁸, e considerando o elemento subjetivo das causas de justificação proposto pelo finalismo, o artigo é guarnecido com uma série de exemplos, demonstrando que, a depender da conduta, ter-se-ia ou causa de justificação, ou exculpação, nada obstante a imensurabilidade da vida humana.

1.2. Conceitos básicos

Até o presente momento, esclareceu-se que o instituto em apreço não teve contornos jurídicos bem delineados, muito por conta da alta carga filosófica que permeia o tema, notadamente em decisões existenciais que abrangem a vida humana.

Entrementes, é possível definir a colisão de deveres como

aquella situación em que la sobre um mesmo sujeto recaem dos o más deberes jurídicos, uno de los cuales tiene naturaleza penal, siendo que, dadas las concretas circunstancias empíricas, ambos deberes presentan una relación de exclusión mutua, que torna imposible su cumplimiento cumulativo.⁴⁹

O excerto expõe o ponto nodal do instituto: muito embora sua nomenclatura sugira um conflito entre normas⁵⁰, o que marca a colisão de deveres é justamente um conflito situacional, dimensionado em determinado contexto fático, e pautado por mandatos ou proibições de natureza jurídica.

De modo geral, Binding estabeleceu, ainda em 1885, que a colisão existe quando o titular de dois deveres se encontra em uma situação em que o cumprimento de um dever implica no descumprimento de outro.⁵¹

A título didático, convém cifrar dois exemplos veiculados por Jakobs, que expõe o tema apresentando o drama de duas pessoas feridas encaminhadas a um hospital que só possui condições de atender uma, ou dos pais que somente podem resgatar de um incêndio um de seus filhos.⁵²

⁴⁸ A teoria, de Jescheck, é bem exposta por Juarez Cirino in SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal parte geral**. 7. ed. Florianópolis: ICPC, 2017. p. 206.

⁴⁹ VILA, Ivó Coca. Op. Cit. p. 29.

⁵⁰ A colisão de deveres entre normas afigura-se possível: é o que a doutrina convencionou chamar de colisão lógica, cujo estudo escapa à proposta do presente trabalho. Para maior aprofundamento, cf. VILA, Ivó Coca. **La colisión de deberes en derecho penal**. Atelier: Barcelona, 2016. p. 29.

⁵¹ RIEZU, Antonio Cuerda. Op. Cit. p. 35-38.

⁵² JAKOBS, Günter. **Strafrecht allgemeiner teil**. New York: de Gruyter, 1991. p. 445.

Partindo-se da distinção de mandatos e proibições, é possível antever três classes⁵³ de colisão: a colisão entre mandatos, a colisão entre mandato e proibição e, por último, a colisão entre proibições.

A doutrina majoritária⁵⁴, no entanto, reconhece como autêntica colisão de deveres apenas a primeira, isto é, aquela em que conflitam dois mandatos de impossível cumprimento cumulativo, mas possível cumprimento isolado.

A redução do instituto parte da percepção que, entre colisões de mandatos e proibições, o caráter potestativo da ação lesiva não altera o grau de sacrifício do interesse de quem deve suportá-la. Noutras palavras: o mandato não pode obrigar o proibido (*Geboten ist nur, was erlaub ist*). Daí a lição de Silva Sánchez no sentido de que

quien no tiene otra alternativa que matar a um terceiro, o lesionarlo gravemente, para salvar a um individuo, aunque se trata de alguien frente a quien el autor se encuentre em uma posición de garantía, no se puede hablar em colisión de deberes. Pues certamente hay um 'deber' de 'omitir matar', cuya vulneración daría lugar a um homicidio típico ativo. Em câmbio, no hay um 'deber de salvar', pues el matar o lesionar el tercero – únicas conductas posibles para aquella salvación – no pueden contemplarse como conductas salvadoras exigibles⁵⁵

Conflitos entre mandatos e proibições devem receber o temperamento do estado de necessidade por conta de uma constatação elementar de Neumann: as colisões de deveres guardam, única e exclusivamente, interesses.⁵⁶

É perceptível uma opção da doutrina alemã em alojar todo tipo de colisão de deveres na estrutura do § 34 do StGB, observada a tipologia do estado de necessidade agressivo. Entretanto – e isso restará demonstrado na sequência – não parece possível situar toda e qualquer colisão de deveres naquela causa de justificação, pelo que se considera determinadas situações abarcadas por uma causa supralegal de exclusão de responsabilidade.

A essa altura, mostra-se oportuno divisar o estado de necessidade da colisão de deveres. Primeiro, no caso de colisão de deveres o obrigado deve agir de tal ou qual forma, mas não pode suportar, por ele mesmo, o perigo.

⁵³VILA, Ivó Coca. Op. Cit. p. 33.⁵³

⁵⁴ *Idem*. p. 40.

⁵⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **El delito de omisión: concepto y sistema**. 2. ed. Buenos Aires: BdeF, 2003. p. 381 e ss.

⁵⁶ NEUMANN, Ulfrid. Zur Struktur des strafrechtlichen Instituts der 'Pflichtenkollision'. In: SCHMOLLER, Kurt; JOERDEN, Jan C. **Rechtsstaatliches Strafen. Festschrift für Keiichi Yamanaka zum 70 Geburtstag**. Berlin: Duncker & Humblot, 2017. p. 171-185.

Assim, o instituto tende a configurar um comportamento conforme ao direito, ao passo que o estado de necessidade amplia o espectro de ação livre ao alcançar uma proibição. No dizer de Cuerda Riezu,

uma situação de necessidade pode surgir não só de uma colisão de bens, que constitui em si o pressuposto ordinário do estado de necessidade, senão também de uma contraposição de deveres⁵⁷

Nada obstante, também o estado de necessidade justifica o comportamento típico por um vínculo de solidariedade com o afetado, enquanto a colisão de deveres – longe de representar um dever de solidariedade entre os potenciais beneficiários da ação salvadora – diz respeito, conforme Neumann, a uma “solidariedade voluntária ou conforme o dever exercida pelo salvador em favor dos salvados”⁵⁸.

Há, outrossim, abertura para um macrojuízo de ponderação na colisão de deveres, ao passo que o estado de necessidade⁵⁹ vincula-se à hierarquia dos interesses afetados, sem possibilidade de qualquer subversão do barema hierárquico.

Todavia, a maior diferença, ensina Neumann tratando do §34 do StGB, reside no fato de que o estado de necessidade agressivo representa uma instituição excepcional que limita a autonomia do sujeito que tem seu bem jurídico afetado por razões de solidariedade⁶⁰.

O terceiro afetado que tem sua esfera jurídica afetada pela ação necessária naturalmente não pode se insurgir de modo legítimo, e há um fundamento para muito além do instituto que bem explica a necessária sujeição: o grave encargo de construir uma sociedade solidária, endereçado pelo texto constitucional ao Estado e à sociedade, imprime natureza jurídica ao dever de solidariedade.⁶¹

A colisão de deveres – e particularmente de deveres de atuar – não diz respeito a ingerências na esfera jurídica alheia, e sim sobre a decisão de resguardar determinados interesses que podem ser tutelados alternativa, mas nunca cumulativamente.

Demonstra-se assim a opção doutrinária mais corrente na Alemanha em situar conflitos entre mandatos e proibições no estado de necessidade, cumprindo apenas uma última e relevante observação: o descumprimento de um mandato para salvaguarda de um interesse equivalente estaria sempre ao abrigo da colisão de deveres.

⁵⁷ RIEZU, Antonio Cuerda. Op. Cit. p. 35.

⁵⁸ *apud* Neumann, VILA, Ivó Coca. **La colisión de deberes en derecho penal**. Atelier: Barcelona, 2016. p. 59.

⁵⁹ VILA, Ivó Coca. Op. Cit. p. 64.

⁶⁰ NEUMANN, Ulfried. *In*: SCHMOLLER, Kurt; JOERDEN, Jan C. Op. Cit. p. 171-185.

⁶¹ SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p.115

Largas linhas, a doutrina contemporânea sustenta que a solução de conflitos – à semelhança do critério de preponderância inserto ao § 34 do StGB – deve obedecer uma ponderação de interesses, dado que os deveres penais não possuem um fim em si mesmo, estando sua legitimação condicionada justamente aos interesses que salvaguardam.

Naturalmente, mostra-se inviável uma sistematização de como proceder o confronto entre os deveres, cumprindo à doutrina tão-só elencar uma pauta de diretrizes para a ponderação⁶², sendo a determinante altamente fluida e variável, ao sabor da casuística. De todo modo, é possível encontrar em Jakobs⁶³ alguns vetores para apreciação do tema, doravante adensados.

Como de intuitivo, o primeiro aspecto a ser ponderado é o dos bens jurídicos envolvidos. A uma primeira análise, este fator viabiliza uma análise objetiva. Contudo, a avaliação deve ser temperada com a intensidade da lesão eventualmente sofrida e, nada obstante, com as perspectivas de efetividade da salvação do bem.⁶⁴

De tal sorte, não basta simplesmente um cotejo entre o catálogo de bens jurídicos. Há a necessidade de se elevar cada um dos interesses ao eventual dano experimentado pelo implemento da situação perigosa, tudo sem prejuízo da consideração da efetividade das medidas que podem ser efetivamente implementadas, diretriz essa de aplicação duvidosa quanto a vida humana⁶⁵.

A ideia de que a problemática na colisão de deveres situa-se em deveres equivalentes não é atual. Com efeito, Binding já havia constatado em 1885 que havendo uma diferença de valores, a eleição da ação devida deveria ser orientada pelo princípio do interesse preponderante.

Com efeito, o cumprimento do dever de maior peso exclui a ilicitude da conduta, conforme doutrina dominante.⁶⁶ É que o §34 do StGB, à semelhança do CPM, opera com um critério diferenciador para o estado de necessidade.

Nada obstante, também o tipo de relação obrigacional que vincula os envolvidos é de extrema relevância para a ponderação de deveres em colisão. Assim, e com esteio no art. §34 do StGB, deveres de garante preponderam sobre deveres de solidariedade⁶⁷, observada que a

⁶² ROXIN, Claus. **Strafrecht allgemeiner teil**. Band I. 4. ed. München: C H Beck, 2006. p. 733-734.

⁶³ JAKOBS, Günter. Op. Cit. p. 444 e ss.

⁶⁴ VILA, Ivó Coca. Op. Cit. p. 55.

⁶⁵ Nos dizeres do autor, “zweifelhaft bei lebenserhaltenden Maßnahmen [...]”. JAKOBS, Günter. Op. Cit. p. 445.

⁶⁶ RIEZU, Antonio Cuerda. Op. Cit. p. 38.

⁶⁷ VILA, Ivó Coca. Op. Cit. p. 64.

infração do primeiro é equiparada pelo direito positivo a uma ingerência ativa à esfera jurídica alheia

É possível encontrar um seguro ponto de partida no axioma latino *impossibilitum nulla obligatio est*, dado que o dever jurídico encontra-se umbilicalmente ligado à capacidade do agente obrigado.⁶⁸

Ninguém pode ser obrigado ao impossível e, como consectário lógico da assertiva, nenhuma responsabilidade pode dali derivar. Esta premissa parece bem fixada, v.g., quando se atribui relevância à conduta omissiva somente àquele que “podia agir para evitar o resultado” (CP, art. 13, §2º).

Projetada ao tema em exame, razoável concluir que “a impossibilidade que caracteriza as colisões de deveres é aquela referida à incapacidade objetiva de levar a cabo o comportamento assumido e desejado”⁶⁹. Trata-se de uma análise objetiva, onde nenhum obrigado seria capaz de cumprir todos os mandatos.

Nas palavras de Claus Roxin,

Rechtlich missbilligen und falsch nennen darf die Rechtsordnung ein Verhalten nur, wenn sie sagen kann, was richtig und damit 'gesollt' gewesen wäre. Wo es einen richtigen Weg nicht gibt, ein Verhaltensfehler also nicht festgestellt werden kann, kann nur das Schicksal und nicht der ihm unterworfenen Mensch missbilligt werden; aber nur der Mensch und nicht das Schicksal ist Adressat der norm.⁷⁰

71

A adoção de uma perspectiva objetiva na análise da conduta do obrigado possui um reflexo prático, pois explica, de certa maneira, a irrelevância penal da defraudação de legítimas expectativas por parte daquele que teve sua esfera jurídica afetada pela colisão de deveres.

Observada essa primeira premissa, mostra-se oportuno atentar para a lição de Vila no sentido de que a colisão de obrigações constitui, em última análise, um problema particular do complexo fenômeno da determinação de posições jurídico-penais de garantia⁷², não havendo, assim, conflito de dever irresolúvel.

⁶⁸ *Idem.* p. 108.

⁶⁹ *Idem.* p. 117.

⁷⁰ ROXIN, Claus. Op. Cit. p. 780.

⁷¹ “O ordenamento jurídico somente pode censurar e qualificar como incorreta uma conduta se puder dizer o que é correto e o que é ‘devido fazer’ [*gesollt*]. Se não existe um caminho correto, somente o destino pode ser censurado, não o ser humano sujeito ao mesmo; mas apenas o homem – e não o destino – é destinatário da norma.” Tradução livre do autor.

⁷² VILA, Ivó Coca. Op. Cit. p. 120.

Neste sentido, mostra-se factível compreender o instituto como um problema geral de determinação de competências, de tal sorte que todos os conflitos podem ser saneados com esteio nas normas de comportamento.

Ora, a norma penal funciona como expediente ordinário para atingimento dos fins propostos pelo Direito Penal, usualmente dispostas mediante uso prescritivo ou diretivo da linguagem. Assim, as normas jurídico-penais não descrevem um estado de coisas concreto, mas uma prescrição ideal que viabiliza a harmonização do dever ser com a realidade.

A legitimidade da norma penal não reside em seu caráter eventualmente imperativo, mas sobretudo nas “razões últimas que permitem seu nascimento e correspondente imposição de dever”⁷³.

Uma norma racionalmente elaborada deve, antes de qualquer circunstância, observar seus potenciais receptores, dado que a legitimidade da mesma supõe não só a adequação ao rito legislativo prescrito, mas também que a mesma tenha capacidade de influir na vontade de seu destinatário concreto.

O cumprimento da norma prescritiva não passa infenso a circunstâncias externas. Assim, é possível antever uma gama de fatores que comprometem ou reforçam a legitimidade do comando legal.

Nesse diapasão, o destinatário deve compreender e assimilar o conteúdo normativo para que, na sequência, possa identificar o suporte fático que enseja o mandato. Não é ocioso enfatizar que o destinatário deve receber a norma como autêntica pauta de conduta para que, tendo capacidade, possa orientar sua ação.

De tal feita, e considerada a premissa – hoje majoritária – de que não há conflitos irresolúveis, torna-se indiscutível que o ordenamento deva ser capaz de resolvê-los. O princípio da unidade do ordenamento jurídico não parece transigir com o reconhecimento de normas ou deveres mandatórios e de impossível cumprimento cumulativo.

Este último ponto guarda íntima relação com o *impossibilitum nulla obligatio est*: o ordenamento não obriga o impossível justamente pelo fato de suas normas encontrarem legitimidade de modo funcional.⁷⁴ É dizer: a legitimidade de uma norma de comportamento supõe a capacidade do destinatário.

⁷³ *Idem.* p. 123.

⁷⁴ VILA, Ivó Coca. Op. Cit. p. 128.

Por fim, registre-se que a colisão de deveres guarda íntima relação com a da *Rechtsfreier raum*, algo próximo de áreas (ou espaços) livres do direito. Na literatura espanhola, há referências não só à expressão retro, mas também a “âmbito alheio ao direito”⁷⁵.

A presente abordagem optou pela expressão consagrada na doutrina nacional⁷⁶, qual seja, áreas livres ou neutras do direito, por ser a tradução nacionalizada pelos autores que abordaram o tema⁷⁷.

Trata-se de teoria que angariou muitos adeptos no último século, possuindo origens nos escritos da teoria da exceção de Flichte, passando pela teoria das ações necessárias não proibidas (*unverboten*) de Binding⁷⁸, a quem se atribui a paternidade do instituto, retrabalhado no pós-guerra por autores como Mezger.⁷⁹

Segundo este último,

o homicídio que ao mesmo tempo constitui um ato de salvação de outras pessoas não pode ser à vista da lei nem antijurídico nem conforme o Direito, mas deve estar devidamente neutralizado.⁸⁰

Em largas linhas, a Teoria das Áreas Livres do Direito vem de encontro a um dos problemas mais espinhosos da colisão de deveres: o fato de se admitir que o afetado em uma situação de colisão de deveres possa recorrer à legítima defesa.

Neste sentido, a teoria propõe a existência de âmbitos alheios ao espaço normativo, que não podem ser valorados nem conforme nem contrários ao direito. Haveria assim uma resposta satisfatória a todos os casos de colisão entre vidas humanas, como no sempre citado *United States vs. Holmes*⁸¹.

Segundo Vila, a teoria das áreas livres (espaços livres do Direito) se propõe a solver conflitos entre dois interesses ou deveres juridicamente relevantes onde os parâmetros

⁷⁵ RIEZU, Antonio Cuerda. Op. Cit. p. 159.

⁷⁶ SANTOS, Juez Cirino. **Direito penal parte geral**. 7. ed. Florianópolis: ICPC, 2017. p. 221.

⁷⁷ MAYRINK DA COSTA, Álvaro. **Direito penal – parte geral**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1, t. 2, p. 877.

⁷⁸ VILA, Ivó Coca. Op. Cit. p. 85.

⁷⁹ RIEZU, Antonio Cuerda. Op. Cit. p. 160.

⁸⁰ *Apud* RIEZU, Antonio Cuerda. Op. Cit. p. 161.

⁸¹ Em 19 de abril de 1841, o navio americano William Brown acabou se chocando contra um iceberg, vindo a naufragar. A nau era guarnecida com dois botes de tamanhos distintos. O barco de maior capacidade apresentava vazamentos, situação agravada com uma tempestade. O marinheiro Alexander Holmes, visando manter as condições de flutuabilidade, alijou 14 ocupantes da embarcação, tendo o mesmo sido condenado por homicídio culposo, dentre outras razões, pelo fato de ser defeso aos homens do mar o sacrifício dos passageiros, ainda que para a preservação das próprias vidas. Para mais, veja-se: <https://www.loc.gov/item/usrep018412/>. Acesso em: 20 mai. 2020.

ordinários fracassam em oferecer uma resposta satisfatória e, por consequência, o ordenamento jurídico se abstém de valorar as distintas formas de comportamento humano concorrentes.⁸²

Sua base, à luz da leitura da doutrina mais moderna, “teria como fundamento o modelo de democracia parlamentar, cuja liberdade do cidadão é originária, e não concessão do Estado”.⁸³

Grosso modo, é possível identificar que a teoria em apreço se presta a resolver conflitos entre interesses ou deveres juridicamente relevantes onde os parâmetros ordinários de resolução fracassam e o ordenamento impõe uma abstenção de se valorar a conduta.

Este último aspecto, que reclama uma abstenção do critério valorativo da conduta, é seguramente o traço marcante da teoria das áreas livres do Direito, que surge como uma proposta para resolução das colisões onde os institutos ordinários não fornecem respostas satisfatórias ou prescritivas da conduta devida.

Conforme Hegel,

Exigir de um código a perfeição, querer que constitua algo de absolutamente acabado e que não admita qualquer acréscimo (exigência essa que é caracteristicamente alemã) e, com o pretexto de que não é de tal modo perfeito, querer impedi-lo de atingir a existência imperfeita, isto é, a realidade efetiva, são erros que assentam no desconhecimento da natureza dos objetos finitos, [...].⁸⁴

É possível encontrar as mais diversas críticas à teoria. Acerca do aspecto político-jurídico, cite-se Henkel, que entende que a “capitulação do legislador frente aos problemas do estado de necessidade não pode ser correta, senão deplorável evasiva”⁸⁵.

Com efeito, conceber a colisão de deveres como uma antinomia jurídica não implica em renúncia a uma solução, renúncia esta que deve ser orientada pelo princípio da unidade do ordenamento jurídico e, num plano mais abstrato, pelo princípio da legalidade.

Assim, entende-se que o Direito não pode se eximir a uma valoração, sendo este um robusto argumento de natureza político-jurídica a depor contra a teoria das áreas livres do Direito.

Também no campo da dogmática, mostra-se extremamente tormentosa a adoção de uma perspectiva equidistante da ação conforme ao direito e seu contraponto antijurídico, dado que a

⁸² VILA, Ivó Coca. Op. Cit. p. 86

⁸³ SANTOS, Juarez Cirino. Op. Cit. p. 221.

⁸⁴ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 192.

⁸⁵ *Apud* RIEZU, Antonio Cuerda. Op. Cit. p. 163.

valoração é inerente à norma penal. A observação cifrada por Mezger é oportuna: a própria opção por uma ação neutra pressupõe uma valoração por parte do Direito.⁸⁶

Ainda sobre a incompatibilidade dogmática, também é válido atentar para o fato de que a teoria não oferece resposta satisfatória para o problema a que se propõe: a (in)viabilidade da legítima defesa frente uma ação havida por neutra ao direito.

Por fim, também florescem críticas de ordem científica à teoria, dado que sua imprecisão conceitual inviabiliza qualquer sistematização metodológica. Assim, muito longe de representar um instituto base científica, funciona a teoria como carta branca àquele que oportunamente dela se utiliza.

Nada obstante, é possível encontrar alguma doutrina atual simpática com a perspectiva. Neste sentido, e embora reconheça que as consequências no âmbito do injusto são de difícil sustentação, dado que uma vez que a conduta é valorada como típica, já não é dado ao Direito a faculdade de subtrair a própria valoração, Roxin⁸⁷ – citando o suicídio é conduta nem proibida nem permitida – vislumbra a existência de áreas livres anteriores ao tipo.

Sob este enfoque,

Es ist anzuerkennen, dass die rechtstheoretischen und logischen Einwände, mit denen die Denkmöglichkeit eines rechtsfreien Raumes von vornherein bestritten wird, nicht durchgreifen. Das rechtstheoretische Argument, dass auch die Nichtregelung eines Sachverhaltes keinen rechtsfreien Raum begründe, sondern insofern eine Regelung enthalte, als das betreffende Verhalten durch den Verzicht auf einschränkende Normierungen gestattet werde, ist nur gültig unter der Prämisse eines allumfassenden Rechtsbegriffs, wonach das gesamte Privatverhalten (essen, spazieren, gehen, schlafen, lesen) in die Sphäre des Rechtes fällt und seiner Gestaltung bedarf. Eine solche Annahme ist aber nicht richtig. Denn nach dem Denkmodell der parlamentarischen Demokratie ist die Freiheit des Einzelnen originär und nicht erst von der Staatsgewalt gewährt, die vielmehr ihrerseits vom Volke eingesetzt und auf die Funktion der Sicherung von Freiheit, Frieden und Wohlfahrt beschränkt ist.^{88 89}

⁸⁶ *Idem.* p. 171.

⁸⁷ ROXIN, Claus. Op. Cit. p. 611.

⁸⁸ *Idem.* p. 610-611.

⁸⁹ “Deve-se reconhecer que as objeções lógicas e de teoria jurídica com as que se discute de antemão a possibilidade de um espaço juridicamente isento não são contundentes. O argumento de teoria do direito segundo o qual a não regulação de um pressuposto de fato não fundamenta um espaço fora do Direito, senão que contém uma regulação na medida em que, ao renunciar a um normativo restritivo, estar-se-ia autorizando a correspondente conduta, somente é válido sob a premissa de um Direito abrangente [*allumfassenden Rechtsbegriffs*], em cuja virtude toda conduta privada (comer, passear, dormir, ler) cai sob a esfera do Direito e demanda a conformação deste. Mas essa hipótese não é correta, pois segundo o modelo conceitual de democracia parlamentar, a liberdade do indivíduo é originária, e não concessão do Estado, que por sua vez foi estabelecido pelo povo e está limitado à função de garantir a liberdade, paz e bem-estar.” Tradução livre do autor.

De todo modo, a questão da colisão de deveres, assim como a proposta da teoria das áreas livres do Direito, estão longe de atingir um consenso doutrinário mínimo, reclamando maiores investigações sobre suas bases.

Há, no entanto, um ponto em comum na doutrina: a colisão de deveres deve ser apreciada de modo casuístico, sendo oportuna sua análise a partir do detentor de mandatos em conflito. É o tema disposto no próximo capítulo

2. HIERARQUIA E DISCIPLINA: UMA ABORDAGEM INSTITUCIONAL

2.1 A percepção militar enquanto destinatário e operador do Direito Penal Militar

Supõe-se fundamental a qualquer pesquisa que se proponha a analisar um instituto de Direito Penal Militar uma abordagem, ainda que sucinta, dos vetores que orientam as instituições militares, a saber, hierarquia e disciplina.

Há uma evidente mística que subtrai contornos definidos dos assim ditos princípios, viabilizando seu emprego em qualquer construção teórica autolegitimante. A assertiva, no particular, dispensa comprovação: o mantra da “hierarquia e disciplina”, invocável em todo artigo acadêmico correlato ao tema, ressoa até mesmo na Justiça especializada, conforme será demonstrado.

Bem observado – e conforme já exposto em linha introdutória – a carência doutrinária que assombra os tópicos afetos aos Direito Penal Militar⁹⁰ afigura inquestionável.

A escassa produção acadêmica pode ser justificada, certa maneira, pela pouca demanda incidente à Justiça Militar da União. Neste sentido, e muito embora o Superior Tribunal Militar opere como instância recursal ordinária, observa-se que no ano de 2018 aquela Corte julgou somente 993 processos⁹¹, número inexpressivo quando comparado às 126.741 decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal no mesmo ano⁹².

Nada obstante, o reduzido número de feitos veiculando temas de direito penal castrense não ofusca a relevância da matéria, observado que a própria instituição militar possui a disciplina como um pilar essencial a seu funcionamento. Bem a propósito, as duas únicas sentenças que cominaram pena de morte no período republicano foram estruturadas com base no Código Penal Militar (CPM)⁹³.

Com efeito, e ainda que escape à proposta da investigação, convém desde logo esclarecer que “a tendência dos países de matiz democrático tem sido justamente extinguir os

⁹⁰ LACAVA FILHO, Nelson. **Bases do sistema de direito penal militar**. Belo Horizonte: Plácido, 2019. p. 120.

⁹¹ STM. **Boletim estatístico**, ano 2018. Disponível em: <https://www2.stm.jus.br/st2/index.php/ctrl_visualizacao/visualizar_pdf/1550156992.PDF>. Acesso em: 14 jun. 19.

⁹² STF. **Estatísticas**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoessgeral>>. Acesso em: 14 jun. 19.

⁹³ LAPORT, William Pereira. **A atuação da justiça expedicionária brasileira no teatro de guerra da Itália (1944-1945)**. 2016. Dissertação (Mestrado em História) – Programa de Pós-Graduação em História, Universidade de Brasília, Brasília, 2016. p. 69.

tribunais militares em tempos de paz ou, ao menos, excluir os civis da jurisdição penal militar”⁹⁴.

Neste sentido, são bons exemplos Suécia, Alemanha e Dinamarca⁹⁵, Portugal⁹⁶ e França⁹⁷, sem prejuízo de nações que, sem extinguir sua justiça especializada, restringem sua competência ao julgamento de militares, como a Itália⁹⁸, Argentina⁹⁹, Colômbia¹⁰⁰, México¹⁰¹, Paraguai¹⁰² e Uruguai¹⁰³, limitada a jurisdição castrense do último aos crimes militares cometidos em tempo de guerra.

Mesmo em países onde a Justiça Militar historicamente representa um dos sistemas mais demandados, como nos Estados Unidos da América, registra-se um exponencial decréscimo de julgamentos: se por ocasião da Segunda Guerra Mundial foram aproximadamente duas milhões de Cortes Marciais, o ano de 1993 – logo após a operação *Desert Storm* – findou com apenas 9.314 julgamentos, sendo 924 relativos ao pessoal do Exército.¹⁰⁴

O suposto desinteresse, dentre outras variáveis, pode ser justificado até mesmo pela muralha erigida pelos seus sedizentes especialistas, que frequentemente desacreditam quem porventura se atreva a tratar do assunto¹⁰⁵.

⁹⁴ SCHERER, Marcelo de Vargas. **Fundamentos do direito penal militar: um olhar para além da hierarquia e disciplina**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. p. 77.

⁹⁵ JIMENEZ Y JIMENES, Francisco. **Introducción al derecho penal militar**. Madrid: Civitas, 1987. p. 77 e ss.

⁹⁶ PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa de 1976**, art. 213. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 23 mar. 2020.

⁹⁷ SCHERER, Marcelo de Vargas. Op. Cit. p. 78.

⁹⁸ LACAVA, Nelson. **Bases do sistema de direito penal militar**. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019. p. 39.

⁹⁹ ARGENTINA. **Ley Federal nº 26.394**, de 26 de agosto de 2008. Deróganse el Código de Justicia Militar y todas las normas, resoluciones y disposiciones de carácter interno que lo reglamentan. Modifícanse el Código Penal y el Código Procesal Penal de la Nación. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/143873/norma.htm>>. Acesso em: 23 mar. 2020.

¹⁰⁰ COLOMBIA. **Constitución Política de Colombia de 1991**, art. 214. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2020.

¹⁰¹ MÉXICO. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917**, art. 13. Disponível em: <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2020.

¹⁰² PARAGUAI. **Constitución de la República del Paraguay de 1992**, art. 174. Disponível em: <http://www.bacn.gov.py/CONSTITUCION_ORIGINAL_FIRMADA.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2020.

¹⁰³ URUGUAI. **Constitución de la República de 1967**, art. 253. Disponível em: <<https://www.impo.com.uy/bases/constitucion/1967-1967>>. Acesso em: 23 mar. 2020.

¹⁰⁴ HOGUE, Lynn; SHANOR, Charles A. **Military law in a nutshell**. 2. ed. West Publishing Company: Saint Paul, 1996. p. 103.

¹⁰⁵ SCHERER, Marcelo de Vargas. Op. Cit. p. 13.

O excerto doutrinário abaixo bem expõe que, tradicionalmente, a discussão do Direito Penal Militar foi tratada a portas fechadas¹⁰⁶:

Já em princípios deste século, o jurista, diplomata e professor Hélio Lobo, em excelente palestra proferida no auditório da antiga e tradicional Força Pública do Estado [*de São Paulo*], sob o título “Existe o direito penal militar?” – demonstrara, sob forma inequívoca, a tese afirmativa da autonomia do direito penal castrense, não só pelas razões retro expostas, mas, principalmente, pela substantividade e exclusividade dos princípios das instituições penais militares, infensos a diplomatas legais comuns, elaborados muitas vezes por civis leigos de assuntos de caserna e influenciados por políticos de várias tendências filosóficas e políticas, sem nenhum conteúdo científico-penal.¹⁰⁷

Embora a constatação demande uma análise em profusão do tema, a clivagem entre um mundo civil e um militar – como se operassem em dimensões paralelas – antecede as categorizações derivadas da filosofia do sujeito transcendental¹⁰⁸, e pode ser observada mesmo na doutrina estrangeira¹⁰⁹.

A bem da verdade, a doutrina é capaz de elencar três fundamentos para a segmentação do meio militar: a natureza da atividade, que envolve o extermínio humano, faz da profissão militar uma carreira à parte; a dimensão conferida à disciplina, com faltas específicas do meio militar e; a necessária e imponderada obediência a decisões tomadas no campo de batalha.¹¹⁰

Com efeito, a formação dos primeiros Estados¹¹¹ contemplava uma classe de servidores que, por dispor de meios de gestão como armamento e instalações, acabou categorizada¹¹² à

¹⁰⁶ A esse aspecto, e conquanto ácida, vem bem a calhar a crítica cifrada por Schünemann: “[...] uma jurisprudência que não se expõe à crítica científica não passa de uma justiça irracional e arbitrária, que não pode existir em um estado de direito” *In: Direito penal no Estado Democrático de Direito: o imprescindível nível de racionalidade de sua dogmática e a progressiva propaganda do retrocesso. In: SCHÜNEMANN, Bernd; TEIXEIRA, Adriano (coord.). Direito penal, racionalidade e dogmática – sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema racional.* São Paulo: Marcial Pons, 2018. p.47.

¹⁰⁷ MIRANDA, Reinaldo Moreira de. **A autonomia do direito penal militar e seus fundamentos exclusivos.** *Direito Militar. Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME, Florianópolis, v. 8, n. 47, p. 11, maio/jun 2004. p. 11.*

¹⁰⁸ Acerca de Kant e as grandes sínteses homogeneizadoras, cf. PEREIRA, Débora Duprat de B. **O Estado pluriétnico.** Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs/artigos/docs_estado_plurietnico.pdf Acesso em: 11 fev. 20.

¹⁰⁹ Neste sentido, a obra de Shanor introduz a sociedade militar “[as] a ‘society apart’ from civilian society by virtue not only of function, but also by virtue of the fact that servicemembers enjoy more limited constitutional rights than American civilians”. *In HOGUE, Lynn; SHANOR, Charles A. Military law in a nutshell.* 2. ed. West Publishing Company: Saint Paul, 1996. p. 73

¹¹⁰ COLLINS, Pauline. **The military as a separate society – consequences for discipline in the United States and Australia.** Lanham: The Rowman & Littlefield Publishing Group, 2019. p. 14-15.

¹¹¹ É possível que a constituição de um Exército organizado remonte à Suméria de 4.000 a. C.. Neste sentido, cf. CHAVES Jr, Edgard de Brito. **Escorço histórico da justiça militar.** *Revista de Estudos e Informações.* Belo Horizonte, TMJ/MG, n. 08, p. 12-18, 2001.

¹¹² Quer-se dizer: A racionalização da instituição militar e seu plexo normativo antecede

parte das demais profissões, até pelo fato de sua mão-de-obra representar e personificar a própria força estatal¹¹³, antecedendo assim o fenômeno da racionalização enquanto diferenciação técnica, traço marcante da civilização ocidental moderna.¹¹⁴

Günter Ellscheid, parafraseando Ryffel, já adverte que a ciência é, no essencial, democrática, porque, em princípio, é acessível a qualquer pessoa, devendo o entendimento da verdade – ao menos no presente momento – ceder à “verdade da fé”.¹¹⁵

Longe de pretender derivar do propósito da abordagem, é certo que “a filosofia – diferentemente da dogmática – deve, pelo menos, tentar indagar aquilo que está ‘por detrás’ dos problemas fundamentais das ciências e dos sistemas”.¹¹⁶

Assentada essa primeira premissa, passa-se a uma sucinta abordagem da formação militar, observado que este profissional é destinatário e operador da norma castrense por excelência.

Como recorte temático, a análise limitar-se-á à formação do Oficial de carreira da linha bélica¹¹⁷ do Exército Brasileiro, dado que o protagonismo institucional na história política brasileira, deveras evidente em momentos de ruptura como a proclamação da República, animou um mínimo arcabouço literário.

A maioria das obras, no entanto, trata antes do papel dos militares na política brasileira, pendendo à politização da instituição militar. Nada obstante, há uma plausível justificativa para esta postura reticente da academia:

De certa forma, a “politização” produz a “paisanização” dos militares, despindo-os da forte marca da instituição castrense. O processo parece ser análogo ao do exorcismo ou da psicanálise: é como se os estudiosos, sofrendo de algum profundo trauma com os símbolos, marcas, mentalidade e procedimento das instituições militares necessitassem revelar a sua dimensão “mais familiar” (ou “paisana”) dissolvendo nela a outra zona: a do perigo, da ameaça, do desconhecido.¹¹⁸

¹¹³ STEPHANOU, Alexandre Ayub. **Censura no regime militar e militarização das artes**. Porto Alegre: Edipucrs, 2001. p. 56.

¹¹⁴ WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito**. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001. p. 63.

¹¹⁵ ELLSCHEID, Günter. O problema do direito natural. Uma orientação sistemática. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2015. p. 221.

¹¹⁶ KAUFMANN, Arthur. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org.). Op. Cit. p. 26.

¹¹⁷ À luz do estabelecido no Decreto nº 3.182, de 23 de setembro de 1999, o ensino no Exército compreende quatro linhas, cada qual com seu respectivo centro de formação: a bélica, a científico-tecnológica, a complementar e a de saúde.

¹¹⁸ COELHO, Edmundo Campos. **Em busca de identidade: o Exército e a política na sociedade brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1976. p. 5.

O acesso à Academia Militar das Agulhas Negras (AMAN) – estabelecimento de ensino voltado à formação do Oficial de carreira das Armas – opera-se mediante aprovação em concurso público, tendo o curso duração de cinco anos¹¹⁹, incluído neste interregno um ano na Escola Preparatória de Cadetes do Exército.

Conforme observado do Regulamento da Academia Militar das Agulhas Negras (EB10-R-05.004)¹²⁰, o curso propicia uma “formação cultural homogênea” (art. 27), viabilizando a constituição de uma “personalidade militar básica, com estrutura ética sólida e forte desenvolvimento atitudinal” (art. 36).

Observa-se assim que “na Academia o cadete vive um processo de socialização profissional durante o qual deve aprender os valores, atitudes e comportamentos adequados à vida militar”¹²¹.

Ao que parece, as academias militares nos Estados Unidos também emprestam especial relevo à socialização do profissional militar, sendo oportuno observar que a rotina do recém incorporado cadete de *West Point* em muito se assemelha ao da AMAN:

Transition to academy routine is sharp and sudden, and therefore often seems repulsive to the outsider. Gradually, physical force has been eliminated, but strict discipline persists. One cadet can still order another cadet to exercise until he is physically exhausted. The system of hazing continues to operate, so as to effect a quick transition from civilian life to the military profession.¹²²¹²³

Celso Castro, citando Masland e Radway, esclarece que em *West Point* há um período inicial “destinado a impressionar o novo cadete com a ruptura que ele efetuou em relação à vida civil, a erradicar quaisquer hábitos desleixados que ele possa ter adquirido”¹²⁴, talvez o equivalente ao período de adaptação, marco inicial da formação do Oficial de carreira.

¹¹⁹ Sobre a evolução do currículo da AMAN e formação do profissional das Armas, cf.: XAVIER, Paulo Sérgio. **O currículo da Academia Militar das Agulhas Negras e a formação profissional: das origens ao início do século XXI**. 2017. Dissertação (Mestrado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, 2017.

¹²⁰ BRASIL. Ministério da Defesa. Secretaria-Geral do Exército. **Portaria nº 1.357 Gab Cmt**. Brasília: Ministério da Defesa, 6 nov. 2014. Disponível em: <http://www.sgex.eb.mil.br/sistemas/be/copiar.php?codarquivo=228&act=sep>. Acesso em: 12 fev. 20.

¹²¹ CASTRO, Celso. **O espírito militar: um estudo de antropologia social na Academia Militar das Agulhas Negras**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1990. p. 12.

¹²² JANOWITZ, Morris. **The professional soldier: a social and political portrait**. 2. ed. New York: Free Press, 1966. p. 129.

¹²³ “A transição para a rotina da academia é aguda e repentina e, portanto, muitas vezes parece repulsiva para quem está de fora. Gradualmente, a força física é eliminada, mas a disciplina rigorosa persiste. Um cadete ainda pode pedir que outro cadete se exercite à exaustão física. O sistema de trote continua em operação, de modo a efetuar uma rápida transição da vida civil para a profissão militar.” Tradução livre do autor.

¹²⁴ CASTRO, Celso. Op. Cit. p. 31.

O processo de socialização em *West Point* visa a assimilação de valores, observado que “the inconsistency between military values and legal values reflects the difference between a institution designed for combat and an institution designed for governance”.¹²⁵

O autor evidencia, ao longo de toda sua obra, a exaustiva rotina a que são submetidos os instruendos, sempre apanhados por uma rigidez procedimental e inflexibilidade de horários.¹²⁶ Há, no entanto, um sentido em tamanho rigor: a capacidade de efetivos militares atenderem a demandas exitosamente é relacionada com as pressões¹²⁷ a que são submetidos, que influenciam diretamente seu nível de produtividade.¹²⁸

Aqui cabe um curioso adendo: embora seja ignorada qualquer pesquisa correlata no âmbito do Exército Brasileiro, e a despeito do eventual rigor na formação, é certo que uma pesquisa conduzida pelos militares do Exército dos Estados Unidos da América revelou que 68% do universo entrevistado desejaria ver um filho na carreira militar.¹²⁹

Se de um lado Celso de Castro teve contato com cadetes em sua formação militar na AMAN, Piero de Camargo Leirnier teve oportunidade de conduzir um trabalho de campo com Oficiais Superiores, já devidamente maturados pelo tempo no exercício da função militar.¹³⁰

Sobressai, logo de sua primeira nota, quando em visita à Escola de Comando e Estado-Maior do Exército (ECEME)¹³¹, uma percepção que talvez passe alheia aos olhos de um leitor desavisado:

Se, por um lado, tudo havia se passado tão rápido que a minha presença mal pudesse ser notada, por outro, este mesmo fato, talvez por causa da recepção absolutamente precisa e sincronizada na sua sequência de atos, me passava a sensação de que havia algum tipo de conhecimento prévio da minha pessoa. Foi aí que percebi que estava lidando com um grupo para o qual não havia muito espaço para o imprevisto, o desconhecido, o aleatório e o casual.¹³²

¹²⁵ TURLEY, Jonathan. **The military pocket republic.** *Northwestern University Law Review*, Chicago, v. 97, n. 1, p. 96, outono 2002.

¹²⁶ CASTRO, Celso. Op. Cit. p. 23.

¹²⁷ TIWARI, Gyanesh K. Stress and human performance. **Indo-Indian Journal of Social Science Researches**, Varanasi, v. 7, n. 1, p. 40-49, jan. 2011.

¹²⁸ BRAY, Robert. M. *et al.* **Understanding military workforce productivity: effects of substance abuse, health, and mental health.** New York: Springer, 2014. p. 6.

¹²⁹ JANOWITZ, Morris. Op. Cit. p. 121.

¹³⁰ LEIRNER, Piero de C. **Meia-volta, volver. Um estudo antropológico sobre a hierarquia militar.** Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997.

¹³¹ Nos termos de seu Regulamento (EB10-R-05.002), a ECEME é um estabelecimento de ensino superior, da linha do ensino militar bélico, de Altos Estudos Militares, Política, Estratégia e Alta Administração.

¹³² LEIRNER, Piero de C. Op. Cit. p. 33.

Não é ocioso enfatizar que o rigor na formação dos quadros é absolutamente necessário à atividade, marcada por um regime de dedicação exclusiva e disponibilidade permanente, com a singular característica de constante sujeição a intervenções de alto risco.

Acerca do adestramento de um efetivo militar, assim expõe von Clausewitz:

Nenhum General pode acostumar um exército à guerra. As manobras realizadas em tempo de paz são um frágil substituto para a realidade, mas mesmo elas podem dar a um exército uma vantagem sobre outros cujo adestramento esteja restrito aos exercícios rotineiros e mecânicos. Planejar manobras que envolvam alguns elementos de fricção, que irão adestrar o discernimento, o bom senso e a coragem dos oficiais, é muito mais valioso do que as pessoas inexperientes podem pensar. É imensamente importante que nenhum soldado, qualquer que seja o seu posto ou graduação, deva esperar pela guerra para ficar exposto àqueles aspectos do serviço ativo que o deixarão aturdido e confuso quando defrontar-se pela primeira vez com eles. Se ele já tiver se deparado com eles pelo menos uma vez antes, eles começarão a tornar-se familiares para ele. Isto é verdadeiro até mesmo para esforço físico. Os esforços devem ser praticados e a mente deve tornar-se ainda mais familiarizada com eles do que o corpo. Quando for exigido dele um esforço excepcional na guerra, o recruta estará propenso a pensar que eles são o resultado de enganos, erros de avaliação e confusão no topo. Em decorrência disto, o seu moral será duplamente reduzido. Se as manobras o prepararem para o esforço, isto não ocorrerá.¹³³

Com efeito, “o exercício das profissões d’armas envolve, não raro, decisões de vida ou morte, que devem ser tomadas em fração de segundo”¹³⁴, circunstância que se mantém mesmo em tempos de paz, onde o constante preparo para a atividade-fim figura em pauta privilegiada.

A formação militar, voltada à homogeneização procedimentos e uniformização de condutas, erige os pilares de uma forma de pensar e agir coesa. Os desfiles militares, marcados pela impecável marcialidade e sincronismo, bem ilustram o que se pretende dizer.

Elias Canetti, parafraseado por Scherer, captou essa unidade de pensamento ao concluir que o soldado pode até ser inspirado por uma vontade; todavia, sua condição de soldado lhe impõe a renúncia¹³⁵.

Grosso modo, as Academias Militares representam, na expressão de Goffman, instituições totais¹³⁶, aqui compreendidas como um local que concentra moradia, lazer e alguma

¹³³ VON CLAUSEWITZ, Carl. **Da guerra**. Tradução: Luiz Carlos Nascimento e Silva do Valle. Rio de Janeiro: Escola de Guerra Naval, 2007. p. 134-135.

¹³⁴ LIRA, Jairo Paes de. **O juiz fardado nos conselhos da justiça militar estadual**. Caderno Jurídico. Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, São Paulo, v. 6, n. 3, p. 59-75, jul./dez. 2004.

¹³⁵ SCHERER, Marcelo de Vargas. Op. Cit. p. 24.

¹³⁶ CASTRO, Celso. Op Cit. p. 36.

atividade formativa, onde um grupo é submetido a uma equipe que gerencia a vida institucional.¹³⁷

É possível, sem maior esforço cognitivo, projetar tal percepção das Academia Militares à instituição como um todo. Neste sentido, e embora não tenha consignado, Leiner – ao visitar a Escola de Comando e Estado-Maior do Exército – não atentou para o fato de que a mesma é sediada em um complexo que possui um clube (Círculo Militar da Praia Vermelha) e também instalações dedicadas à moradia dos Oficiais-alunos (o Edifício Praia Vermelha).

Observa-se que o modelo de formação acaba sendo replicado em toda a atividade profissional do militar, ainda que em menor intensidade. Há uma experimentação quase que exclusiva de um ambiente com pouca irradiação do meio civil, ambiente este orientado por uma pauta principiológica peculiar, conquanto não exclusiva.

Daí o sentido da frase aposta na contracapa do Regulamento de Uniformes do Exército¹³⁸: “... a farda não é uma veste que se despe com facilidade e até com indiferença, mas uma outra pele, que se adere à própria alma, irreversivelmente e para sempre.”

Há um fundamento ontológico no rigor que marca a formação militar: somente um compromisso de natureza moral, internalizado de forma livre e espontânea, pode conduzir o soldado à disposição da própria vida.

Discorda-se, no particular, de Flávio Bierrenbach, quando este sugere que “os integrantes das instituições militares são os únicos seres humanos de quem a lei brasileira exige o sacrifício da vida”¹³⁹.

Pensar na incorporação como um ato jurídico de disposição da vida atenta contra a ideia de sua intangibilidade, veiculada no distante 12 de junho de 1776 por ocasião da Quinta Convenção de Virgínia e, para além do plano normativo, implica no confronto com o mais elementar instinto animal: a sobrevivência.

Daí a própria Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980 (Estatuto dos Militares) estabelecer à luz de um vínculo de natureza moral a defesa da pátria com o sacrifício da própria vida¹⁴⁰.

¹³⁷ GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos**. 7.ed. São Paulo: Perspectiva, 2001. p. 23.

¹³⁸ BRASIL. Ministério da Defesa. Secretaria-Geral do Exército. **Portaria nº 1.424 Gab Cmt**. Brasília: Ministério da Defesa, 8 out. 2015. Disponível em: <https://pt.calameo.com/books/00123820631730600fea9>. Acesso em: 29 fev. 20.

¹³⁹ BIERRENBACH, Flávio Flores da C. **A Justiça Militar e o Estado de Direito**. In RAMOS, Dircêo Torrecillas; ROTH, Ronaldo João; COSTA, Ilton Garcia da (Coord). *Direito Militar: doutrina e aplicações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. p. 360.

¹⁴⁰ Para chegar a tal conclusão, basta uma descompromissada leitura no dispositivo legal pertinente: “Art. 31. Os deveres militares emanam de um conjunto de vínculos racionais, bem como morais, que ligam o militar à Pátria e

Sob esta perspectiva, parece razoável entender o valor militar como componente das obrigações inerentes ao soldado¹⁴¹. A necessidade da infusão de valores militares, dentre os quais – como preceito deontológico – o “sacrifício da própria vida”¹⁴², é evidente compromisso moral.

Esboçada em largas linhas a formação do Oficial do Exército Brasileiro, resta investigar a matriz principiológica que orienta e determina sua conduta em qualquer condição ou ambiente para, na sequência, avaliar se a mesma seria um privilégio do dito “universo militar”.

Com efeito, a discussão acadêmica mostra-se produtiva até mesmo ao meio militar, dado que *“the military man can no longer think of himself as as existing isolated, separate from the civilian society from which he differs as much in training, attitudes, traditions as in clothing.”*¹⁴³

2.2 Hierarquia e a disciplina como bens jurídicos institucionais

Supõe-se fundamental a qualquer pesquisa que se proponha a analisar um instituto de Direito Penal Militar uma abordagem, ainda que sucinta, dos vetores que orientam as instituições militares, a saber, hierarquia e disciplina.

O próprio texto constitucional está a indicar que as Forças Armadas, instituições permanentes e regulares, são “organizadas com base na hierarquia e na disciplina” (art. 142), sendo assim conformadas por tais vetores.

Ainda que expresso de modo diverso¹⁴⁴, hierarquia e disciplina sempre gozaram de cadeira cativa nas constituições brasileiras. A atual conformação – “organizadas com base na hierarquia e na disciplina” – pode ser depreendida a partir do texto da Constituição de 1946.

Embora usualmente entendidos como princípios cardeais, é certo que a hierarquia e a disciplina no contexto das instituições militares representam algo a mais – postulados normativos, diria Humberto Ávila – posto instituírem critérios para a aplicação de outras normas.¹⁴⁵

ao seu serviço, e compreendem, essencialmente: I - a dedicação e a fidelidade à Pátria, cuja honra, integridade e instituições devem ser defendidas mesmo com o sacrifício da própria vida; [...].”

¹⁴¹ ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. **Direito administrativo militar**. 2. ed. São Paulo: Método, 2015. p.317.

¹⁴² Este, particularmente elencado no art. 27, I, da Lei nº 6.880/80.

¹⁴³ MORGAN, Edmund Morris. Drafting of code. **Military law review**, Washington, v. 28, p. 3, 1º abr. 1965.

¹⁴⁴ Observa-se, como exemplo mais remoto, o art. 147 da Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824: “A Força Militar é essencialmente obediente; jamais poderá se reunir, sem que lhe seja ordenado pela Autoridade legítima”.

¹⁴⁵ ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (org.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 123-125.

Com efeito, a hierarquia e a disciplina permeiam e preponderam não só a instituição, mas toda a conduta dos seus integrantes, ainda que estranha à atividade militar. Neste sentido, o Estatuto dos Militares¹⁴⁶ prescreve, em seu art. 14, §3º, que “disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformados”.

Assim, e para além da conformação constitucional das Forças Armadas, hierarquia e disciplina funcionam como vetores do procedimento militar, orientando também a aplicação de todo o arcabouço normativo da caserna.

Na experiência brasileira, hierarquia e disciplina encontram seus fundamentos ancestrais herdados de Portugal¹⁴⁷, sobretudo da reforma do Direito Militar ocorrida por imposição do Marquês de Pombal em 1763 que redundou nos severos Artigos de Guerra do Conde Lippe.¹⁴⁸

De se observar que, nada obstante o trágico histórico de conflitos travados no continente europeu durante a Idade Média, não era usual a existência de exército “regulares e permanentes”.

A disciplina, fator de coesão do Exército Romano, foi relegada ao ostracismo até os princípios da formação do Estado, que trouxe a reboque a necessidade de instituições permanentes ainda na formação dos Estados Absolutistas.¹⁴⁹

Os conceitos de hierarquia e disciplina, embora abordados pela doutrina em diferentes graus de profundidade, são dados pelo próprio Estatuto dos Militares que, em seu art. 14, §1º, prescreve a hierarquia como “a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas”, sendo seu respeito substanciado no espírito de acatamento à sequência da autoridade.

Assim, convém pontuar que

O militar exerce, ao longo de sua carreira, cargos e funções em graus de complexidade crescente, o que faz da liderança fator imprescindível à instituição. Esses aspectos determinam a existência de um fluxo de carreira planejado, obediente a critérios definidos, [...]. A definição de cargos segundo postos, graduações e habilitações e a renovação permanente, possibilitada pela rotatividade nos cargos, é fator de manutenção da operacionalidade da Força.¹⁵⁰

¹⁴⁶ BRASIL. Lei nº 6.880, de 09 de dezembro de 1980. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6880.htm. Acesso em: 29 fev. 20.

¹⁴⁷ CASTRO, Celso. Op. Cit. p. 122.

¹⁴⁸ ROSA FILHO, Cherubim. **A Justiça Militar da União através dos tempos**. Brasília: STM, 2012. p. 15.

¹⁴⁹ LACAVA FILHO, Nelson. Op. Cit. p. 64.

¹⁵⁰ BRASIL. Ministério da Defesa. Estado-Maior do Exército. *O Exército Brasileiro*. Brasília: Ministério da Defesa, 8 out. 2015. Disponível em: <https://www.eb.mil.br/documents/10138/6563889/Manual+-+O+Ex%C3%A9rcito+Brasileiro/09a8b0d2-81d0-4a69-a6ea-0af9a53eaf45>. Acesso em: 23 mar. 2020.

De outra toada, a Estatuto encerra, no parágrafo seguinte, o conceito de disciplina como a “rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas [...], traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.”

A disciplina militar pode ser compreendida como uma disciplina qualificada¹⁵¹, haja vista encerrar verdadeiro dever¹⁵² que deve orientar a conduta do militar em quaisquer circunstâncias. Assim o diz o art. 14, §3º, do Estatuto dos Militares: “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.”

À guisa de ilustração, o Regulamento Disciplinar do Exército considera transgressão a conduta do militar que não cede seu assento a superior hierárquico (item 90), evidenciando a natureza jurídica da hierarquia e a disciplina como categorias metanormativas, que orientam e determinam a aplicação de demais normas.¹⁵³

A essa altura, possível esclarecer onde se pretende chegar: hierarquia e disciplina conformam as instituições militares por expressa prescrição constitucional. Não há absolutamente nenhum preceito inserto à Constituição que vincule o Direito Penal Militar a tais vetores, muito menos que acometa à Justiça Militar o encargo de velar por sua observância.

Ora, “não se nega à disciplina o fundamento no qual descansa a operatividade dos exércitos”¹⁵⁴; entretanto, questiona-se o nível valorativo dispensado a tais vetores pela doutrina do Direito Penal Militar, ou sua eventual apropriação pela Justiça Militar que, avocando a si a condição de tutora de tais preceitos, legitime suas decisões¹⁵⁵ com base nos mesmos.

Tal perspectiva será de grande utilidade para o próximo capítulo, que trata de colisão de deveres envolvendo a disciplina intelectual militar, traduzida na ordem de superior hierárquico. Ora, é evidente uma certa confusão doutrinária – e mesmo jurisprudencial – entre fundamento e função do Direito Penal Militar e da própria justiça especializada.

¹⁵¹ THOMAZI, Robson Luis Marques. **A hierarquia e a disciplina aplicadas às instituições militares: controle e garantias no regulamento disciplinar da Brigada Militar**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. p. 54.

¹⁵² Neste sentido, o art. 31, IV, do Estatuto dos Militares.

¹⁵³ Observada sua estatura constitucional, a hierarquia e a disciplina balizam todo arcabouço normativo do Exército. Como exemplo desprezioso, o art. 190, 7, do Decreto nº 42.018, de 9 de agosto de 1957 (Regulamento Interno e dos Serviços Gerais) estabelece a substituição do comando de subunidade pelo critério da antiguidade.

¹⁵⁴ SCHERER, Marcelo de Vargas. Op. Cit. p. 13.

¹⁵⁵ Por todos, e apenas para utilizar de julgado recente, colhe-se excerto do acórdão que julgou os embargos de declaração nº 7000855-37.2018.7.00.00000, publicado em 20 dez. 2018: “O crime de drogas praticado no interior das Organizações Militares lesiona os interesses e valores basilares das FFAA, razão de ser da Justiça Militar especializada, temo como base primordial os princípios da Hierarquia e Disciplina Militar [...]”

Neste sentido, é recorrente a ideia de que hierarquia e disciplina – institutos de conformação administrativa das Forças Armadas – sejam apropriados e lançados para além do Corpo da Guarda do quartel. Neste sentido, e apenas a título de ilustração

[...] IV - A principal justificativa para a existência de uma Justiça Militar é a melhor proteção à hierarquia e à disciplina, constitucionalmente definidas como vetores da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, bem como legalmente previstos como bens jurídicos protegidos pelo Código Penal Militar (CPM) e legislação correlata. [...] ¹⁵⁶

Já se disse da necessidade de maiores estudos dedicados ao Direito Penal Militar ¹⁵⁷. Para além disso, quando consideramos a ampliação do rol de crimes militares ocasionada por força da Lei nº 13.941, de 13 de outubro de 2017, que ampliou seu espectro para além dos crimes catalogados na Parte Especial do Código Penal Militar, a carência se agrava.

Explica-se: a Constituição Federal de 1988 encarnou o critério *ratione legis* para definição de crime militar, rompendo com a orientação que seguia um critério subjetivo, ligado à condição do sujeito ativo enquanto militar. ¹⁵⁸ Noutras palavras: crime militar é aquilo que a lei diz o ser.

Conquanto pareça de fácil apreensão, o conceito de crime militar “é difícil e não raras vezes a jurisprudência aponta para decisões conflitantes sobre quando e como ocorre essa figura delitiva”. ¹⁵⁹ Cite-se, como exemplo candente, a questão da falsificação da Carteira de Habilitação de Amador (CHA) expedida pela Marinha do Brasil que ensejou a edição da Súmula Vinculante nº 36 ¹⁶⁰.

Referida lei – objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.804, proposta pela Associação de Delegados de Polícia do Brasil e pendente de julgamento – inaugurou o conceito de crime militar por extensão ¹⁶¹ ao incluir no rol de crimes militares também aqueles catalogados na legislação comum, desde que observados os critérios do art. 9º, II, do CPM.

¹⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal Militar (Plenário). **Recurso em Sentido Estrito nº 7000530-28.2019.7.00.0000**. Recorrente: Ministério Público Militar. Recorrido: Luan Malaguez Lopes. Relator: Min. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, 15 de agosto de 2019. Disponível em: https://eproc2g.stm.jus.br/eproc_2g_prod/jurisprudencia/html/documento.php?uuid=374ac8022b295f293a47240c5e95d47fdceec02bec1cc65129cfd5b6de364c77&options=%23page%3D1. Acesso em: 23 mar. 2020.

¹⁵⁷ LACAVA FILHO, Nelson. Op. Cit. p. 20.

¹⁵⁸ GALVÃO, Fernando. **Direito penal militar – teoria do crime**. 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018. p. 66.

¹⁵⁹ ASSIS, Jorge César de. Bases filosóficas e doutrinárias da Justiça Militar. **Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, a. 7, n. 27, p. 269-304, abr./jun. 2008. p. 290.

¹⁶⁰ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 36**. Compete à Justiça Federal comum processar e julgar civil denunciado pelos crimes de falsificação e de uso de documento falso quando se tratar de falsificação da Caderneta de Inscrição e Registro (CIR) ou de Carteira de Habilitação de Amador (CHA), ainda que expedidas pela Marinha do Brasil. Diário da Justiça Eletrônico: Brasília, DF, n. 210, p. 1, 24 out. 2014.

¹⁶¹ ROTH, Ronaldo João. Lei 13.491/17 – os crimes militares por extensão e o princípio da especialidade. **Revista de doutrina e jurisprudência do STM**, Brasília, v. 27, n. 1, jul/dez 2017.

A alteração legislativa dá novos tons aos debates sobre a autonomia do Direito Penal Militar e, para além disso, reacende reflexões a seu respeito, se bem que já fosse possível extrair da leitura de Scherer uma “clara confusão entre o respeito da hierarquia e disciplina, interesse institucional legítimo das Forças Armadas e o uso obrigatório do direito penal para assegurá-las”.¹⁶²

Entretanto, a mais expressiva nota corre por conta de Fernando Galvão:

Portanto, nem mesmo para as instituições militares a hierarquia e a disciplina constituem um fim em si mesmo. Constituem meios organizacionais peculiares que podem conferir maior eficiência aos serviços públicos prestados pelas instituições militares para o atendimento de suas missões constitucionais. Não podem os juizes da Justiça Militar (que ressaltam sua integração ao Poder Judiciário a partir de 1934), em especial, transformar os princípios organizacionais das instituições (meios) em sua missão institucional (fins). Ao Poder Judiciário cabe a garantia dos direitos fundamentais do cidadão, que estão expressos na Constituição e nas leis. Pensar que o Judiciário, no âmbito da Justiça Militar, trabalha para preservar a hierarquia e a disciplina é transformar seus juizes em assessores dos corregedores das instituições militares.¹⁶³

É curioso pensar que o exército alemão – reconhecidamente disciplinado a ponto de ser uma das poucas Forças terrestres aptas a operar sob a égide do *Auftragstaktik*¹⁶⁴ – não seja tutelado por uma Justiça especializada em tempos de paz, tampouco por um sistema normativo autônomo¹⁶⁵.

Também o exército dos Estados Unidos da América é primeiro sentinela da manutenção de sua própria disciplina. Embora exista – a par da jurisprudência e decretos do Executivo – uma legislação específica¹⁶⁶, traduzida no Código Uniforme da Justiça Militar (UCMJ)¹⁶⁷ e sua

¹⁶² SCHERER, Marcelo de Vargas. Op. Cit. p. 112.

¹⁶³ GALVÃO, Fernando. A incompreensão sobre o bem jurídico tutelado nos crimes militares. **Revista do observatório da Justiça Militar Estadual**, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, 19 jul. 2018. p. 64.

¹⁶⁴ A expressão reporta uma filosofia inaugurada na Prússia do século XIX que traduz peculiar maneira de conduzir ações militares. Trata-se de princípio de comando e controle ao qual é tributado o êxito das tropas alemãs em combates contra forças significativamente superiores ao longo da Segunda Guerra Mundial. O *Auftragstaktik* é marcado pela delegação de responsabilidade, autogerenciamento, confiança mútua, intensa participação dos atores e flexibilidade. Em sua origem, cumpria ao comandante estabelecer a missão (*Auftrag*) de modo claro, relegando ao executante a decisão dos métodos a serem empregados. A experiência naquele conflito evidenciou a capacidade de coordenação não só de elementos de manobra, mas também de apoio de fogo e logística, todos orientados pela intenção do comandante, ainda que sem receberem constantes ordens diretas. Naturalmente, a gestão de efetivos sob o enfoque da *Auftragstaktik* supõe a mais inabalável disciplina intelectual do elemento subordinado. Para um aprofundamento, cf. WITTMANN, Jochen. **Auftragstaktik: just a command technique or the core pillar of mastering the military operational art?**. Miles: Berlin, 2012.

¹⁶⁵ LACAVALHO FILHO, Nelson. Op. Cit. p. 39.

¹⁶⁶ HOGUE, Lynn; SHANOR, Charles A. **Military law in a nutshell**. 2. ed. West Publishing Company: Saint Paul, 1996. p. 104.

¹⁶⁷ O UCMJ representa uma grande mudança na tutela da disciplina das Forças Armadas dos Estados Unidos da América. Introduzido após a Segunda Guerra Mundial, adensou crimes comuns aos militares próprios. Sobre este

lei adjetiva, o Manual para as Cortes Marciais (MCM), é certo que uma das reformas mais festejadas daquele ocorreu em 7 de setembro de 1962, quando o novo artigo 15 foi promulgado¹⁶⁸.

A alteração legislativa, que ampliou os poderes sancionatórios dos comandantes militares para prisões em de até quinze dias, visava confrontar sérios problemas morais atentatórios à disciplina¹⁶⁹, dispensando a intervenção da Justiça Militar em infrações leves¹⁷⁰.

À vista de tais considerações, e mediante análise quantitativa, Ghiotto conclui que estatisticamente “*commanders rarely utilize the court-martial to preserve good order and discipline within their units*”¹⁷¹, sendo assim o UCMJ um expediente de pouco emprego para manutenção disciplinar, ainda que eventualmente guarde esse propósito.

Nada obstante, é perceptível que a Corte Suprema dos Estados Unidos tende a interpretar o UCMJ não como expediente de contenção do poder punitivo, mas como efetivo mecanismo de manutenção disciplina¹⁷², leitura obviamente imprestável à realidade normativa brasileira.

Ora, o ideal iluminista propõe a aplicação uniforme das garantias fundamentais, renunciando consideração a interesses corporativos.¹⁷³ No ensejo – e muito embora escape à presente investigação – esta é uma das mais pungentes críticas ao escabinato proposto pela justiça castrense: os juízes militares remanescem vinculados à administração militar, diretamente interessada na causa, sendo evidente sua quebra de parcialidade.

A constatação não é inédita: a Corte Interamericana de Direitos Humanos consignou, em *Palamara Iribarne vs. Chile*, que “a imparcialidade do tribunal implica que seus integrantes não tenham um interesse direto, uma posição tomada, [...] e que não se encontrem envolvidos na controvérsia.”¹⁷⁴

aspecto, cf: COLLINS, Pauline. **The military as a separate society – consequences for discipline in the United States and Australia**. Lanham: The Rowman & Littlefield Publishing Group, 2019. p. 11.

¹⁶⁸MILLER, Harold L. A long look at article 15. **Military law review**, Washington, v. 28, p. 3, 1º abr. 1965. p. 37.

¹⁶⁹ *Idem*. p. 37.

¹⁷⁰ FREITAS, Ricardo de Brito. O sistema penal militar dos EUA. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério público da União**. Brasília, a. I, n. 1, out/dez. 2001. p. 123.

¹⁷¹ GHIOTTO, Anthony J. Back to the future with de Uniform Code of Military Justice: the need to recalibrate the relationship between the military justice system, due process, and good order and discipline. **North Dakota Law Review**, Grand Forks, v. 90, n. 3, p. 511-512, 2014.

¹⁷² Neste sentido, emblemática a opinião da Corte no caso *O’Callahan v. Parker*, julgado em outubro de 1968: “[...] *military law has always been and continues to be primarily an instrument of discipline, not justice.*” Disponível em: <http://cdn.loc.gov/service/ll/usrep/usrep395/usrep395258/usrep395258.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2020.

¹⁷³ MERA FIGUEROA, Jorge. Bases programáticas para la reforma integral del derecho penal militar chileno. **Informes de Investigación – Facultad de Derecho Universidad Diego Portales**, Santiago, a. 5, n. 16, p. 5-6, ago. 2013.

¹⁷⁴ COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Sentencia nº 11.571. Caso Palamara Iribarne vs. Chile**. Recorrente: Palamara Iribarne. Recorrido: Estado do Chile. San José, 22 de novembro de 2005. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_ing.pdf. Acesso em: 25 mar. 2020.

Jorge Mera Figueroa, parafraseando Galdames Lastra, bem expôs a descoberto a problemática:

La subordinación incondicional que exige del Ejército para su subsistencia es el obstáculo mas grande que impede a los miembros de los tribunales militares despojarse, como deberian hacerlo, de esa capa disciplinaria que pesa sobre el militar em todos los actos de su vida como tal, ya sea dentro o fuera del cuartel.¹⁷⁵

Para além disso, não se nega que os juízes como um todo são marcados por estruturas de pré-compreensão. Todavia, cumpre ao magistrado “pôr essas estruturas a descoberto e submetê-las à discussão. Só então poderá chegar a algo próximo de uma decisão ‘correcta’.”¹⁷⁶ Naturalmente tal perspectiva jamais será vista entre juízes militares, reticentes em qualquer discussão aberta acerca dos temas da caserna.

Voltando ao ideal iluminista, Bernd Schünemann enfatiza que o mesmo representou para o direito penal – sobretudo nas figuras de Beccaria e Hommel – a transposição “da escuridão intelectual e moral da tradição cristã para a claridade da razão e da humanidade. E o fez por meio da doutrina do dano social como seu único e legítimo fim”.¹⁷⁷

De todo modo, importa até o momento que hierarquia e disciplina são princípios conformadores das instituições militares, nada obstante a viabilidade de sua percepção como meta-regra, a reger toda atividade orgânica da instituição.

Daí a observação de Fernando Galvão no sentido de que “um direito penal exclusivamente orientado para a tutela da hierarquia e disciplina das corporações militares não é democrático, pois não se presta a tutela direta dos interesses do titular do poder punitivo: o povo”.¹⁷⁸

As atuais perspectivas de emprego das Forças Armadas – e particularmente do Exército Brasileiro – serão dispostas no capítulo seguinte. No entanto, para evolução argumentativa, necessário observar que tais instituições não operam à vista de um inimigo externo.

¹⁷⁵ MERA FIGUEROA, Jorge. **La justicia militar em Chile**. Santiago: Flacso-Chile, 2000. p. 17.

¹⁷⁶ HAFT, Fritjof. Direito e linguagem. In: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2015. p. 323.

¹⁷⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. Direito penal no Estado Democrático de Direito: o imprescindível nível de racionalidade de sua dogmática e a progressiva propaganda do retrocesso. In: SCHÜNEMANN, Bernd; TEIXEIRA, Adriano (coord.). **Direito penal, racionalidade e dogmática – sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema racional**. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p.28.

¹⁷⁸ GALVÃO, Fernando. A incompreensão sobre o bem jurídico tutelado nos crimes militares. **Revista do observatório da Justiça Militar Estadual**, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, 19 jul. 2018. p. 65.

Assim, pensar o Direito Penal Militar à luz da perspectiva norte-americana, que divisa um sistema próprio muito em conta da “especial habilidade de um soldado matar o outro, ato normalmente ilegal”¹⁷⁹ não parece exatamente adequado à realidade institucional brasileira.

A rigor, não são somente a atividade militar supõe observância ao binômio hierarquia e disciplina. Também a função exercida pela polícia judiciária parece normativamente estruturada à luz de tais princípios, como se observa do art. 4º da Lei nº 4.878, de 3 de dezembro de 1965. Há, no entanto, significativa diferença:

No civilian parallel may be drawn to explain the need for enforcing discipline. Civilian employers cannot legally compel their subordinates to come to work on time, much less induce them to perform a task resulting in substantial likelihood of death.¹⁸⁰

Nada obstante, são poucos os tipos penais que tutelam a hierarquia e a disciplina militar, não parecendo adequada a leitura do Direito Penal Militar como instrumento de tutela de tais princípios enquanto bens jurídicos. Há um déficit criterial na identificação dos contornos materiais do crime militar.¹⁸¹

Com propriedade, Schönemann afirma que

[...] o bem jurídico não é apenas a síntese conceitual de resultados obtidos por meio de outras considerações (como insinua a conhecida formulação do bem jurídico como ‘abreviatura da ideia de fim’), mas determina um papel importante e produtivo já nesta primeira fase de determinação da estrutura do delito e, em seguida, numa segunda fase, cujo objeto é determinar o campo das ações ‘afetadoras de bens jurídicos’ compreendidas no tipo¹⁸²

Embora até hoje não se tenha conseguido um consenso sequer na conceituação do que seria bem jurídico¹⁸³ – e nem pareça oportuno ou possível ao presente trabalho uma construção que redunde num conceito classificatório – soa de todo questionável entender hierarquia e disciplina como tal.

O conceito tradicional de bem jurídico advém da obra *Die Normen und ihre Übertretung* que, somada ao conteúdo do Manual de von Liszt (interesse juridicamente protegido¹⁸⁴), foi

¹⁷⁹ COLLINS, Pauline. Op. Cit. p.15.

¹⁸⁰ ROAN, James B.; BUXTON, Cynthia. The american military justice system in the new millenium. **The Airforce Law Review**, Getzville, v. 52, p. 190, 2002.

¹⁸¹ SCHERER, Marcelo de Vargas. Op. Cit. p. 84.

¹⁸² SCHÜNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 41.

¹⁸³ STRATENWERTH, Günter; KUHLLEN, Lothar. **Strafrecht – Allgemeiner Teil**. Franz Vahlen: München, 2011. p. 28.

¹⁸⁴ VON LISZT, Franz; PEREIRA, José Hygino Duarte (trad.). **Tratado de direito penal alemão**. t. I. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899. p. 94. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000147.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2020.

elevado a conceito fundamental do direito penal à época do positivismo jurídico, sendo quase enterrado após a ditadura nacional-socialista.¹⁸⁵

Embora de extrema simplicidade em sua versão precursora, a ausência de uma categoria conceitual de bem jurídico talvez seja sua maior crítica, fato evidenciado ao longo do emblemático julgamento da proibição do incesto (§ 173 do StGB) pelo Tribunal Constitucional Alemão que, a par de desnudar sua deficiência conceitual, expôs a descoberto sua suposta ilegitimidade ao desafiar decisões do legislador democraticamente eleito.¹⁸⁶

As tentativas de se compreender o bem jurídico como um conceito classificatório conduziram ao descrédito da teoria, nada obstante exista atualmente setor doutrinário que defenda sua percepção como diretriz normativa.¹⁸⁷ As deficiências e eventuais novas perspectivas da teoria, no entanto, escapam a este trabalho.

A rigor, Hassemer – único voto divergente no caso do incesto – esclarece que o próprio exame de proporcionalidade empregado por seus pares já supõe uma teoria do bem jurídico, dada a necessidade de um referencial para o cotejo.¹⁸⁸

Schünemann, entretanto, vai além: esclarece que na decisão do incesto a Corte Constitucional tentou demonstrar a existência de um bem jurídico, ainda que por metodologia e vernáculo diverso.¹⁸⁹

De tal modo, sob a óptica do autor, a única decisão do *Bundesverfassungsgericht* que desautorizou a teoria do bem jurídico foi a criticada decisão *Cannabis* (§ 29 BtMG) que, valendo-se do impreciso termo “interesse da comunidade” (*Gemeinschaftsbelang*), furtou-se de enfrentar os problemas do portador do bem jurídico e sua respectiva proteção, implicando na perda de racionalidade e garantia da norma.¹⁹⁰

¹⁸⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. Direito penal no Estado Democrático de Direito: o imprescindível nível de racionalidade de sua dogmática e a progressiva propaganda do retrocesso. In: SCHÜNEMANN, Bernd; TEIXEIRA, Adriano (coord.). **Direito penal, racionalidade e dogmática – sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema racional**. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p.39.

¹⁸⁶ 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**. São Paulo, a. 18, n. 82, p. 169-170, jan./fev. 2010.

¹⁸⁷ Neste sentido, cf.: SCHÜNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 44.

¹⁸⁸ GRECO, Luís. Op. Cit. p. 181, jan./fev. 2010.

¹⁸⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. Op. Cit. p.37.

¹⁹⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 56.

Com efeito, o princípio da proteção de bens jurídicos “se ancora na concepção básica de contrato social, que está pressuposto em toda e qualquer constituição, e portanto, também na Lei Fundamental alemã”¹⁹¹, sendo a pontual¹⁹² recalitrância do Tribunal Constitucional em fundar a limitação do direito penal nesta base uma de suas “mais lamentáveis falhas”.¹⁹³

Tocante à segunda crítica suscitada pelo *Bundesverfassungsgericht* no caso do incesto – ocasião em que se reconheceu ao legislador a prerrogativa de avaliação (*Einschätzungsprerogative*) e formulação de suposições empíricas na produção legislativa¹⁹⁴ – Schünemann insiste, em crítica à decisão *Cannabis*, que “essa liberdade é literal e claramente, associada à existência de um bem jurídico e não, por exemplo, a qualquer simples interesse coletivo”.¹⁹⁵

Naturalmente a irrestrita liberdade do legislador que animou a decisão do incesto não pode ser absorvida sem maiores reflexões. Sua contraindicação à realidade brasileira sequer carece de apelo à teoria do dano social.

Neste sentido, basta reconhecer que em frequentes pesquisas de opinião a população atesta total desconfiança no Poder Legislativo¹⁹⁶, sendo evidente seu déficit de representatividade.¹⁹⁷ Ora, a inobservância ao princípio da proteção do bem jurídico, aliado ao uso do direito penal para qualquer fim utilitarista, redundou na experiência do Terceiro Reich¹⁹⁸

¹⁹¹ SCHÜNEMANN, Bernd. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito Liberal. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 73.

¹⁹² Observa-se de outros julgados – a exemplo das decisões *Schwangerschaftsabbruch* (aborto) e *Lagerung chemister Waffen* (armazenamento secreto de armas químicas durante a “Guerra Fria”) a fidelidade ao princípio da proteção do bem jurídico. Ambas se encontram traduzidas para o português. Para maior aprofundamento, cf. SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005. p. 265 e ss.

¹⁹³ SCHÜNEMANN, Bernd. Op. Cit. p. 73.

¹⁹⁴ GRECO, Luís. Op. Cit. p. 174.

¹⁹⁵ SCHÜNEMANN, Bernd. Direito penal no Estado Democrático de Direito: o imprescindível nível de racionalidade de sua dogmática e a progressiva propaganda do retrocesso. In: SCHÜNEMANN, Bernd; TEIXEIRA, Adriano (coord.). **Direito penal, racionalidade e dogmática – sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema racional**. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p.38.

¹⁹⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional – teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed., 6ª reimpressão. Belo Horizonte: Forum, 2019. p. 38.

¹⁹⁷ *Idem*. p. 182.

¹⁹⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. Direito penal no Estado Democrático de Direito: o imprescindível nível de racionalidade de sua dogmática e a progressiva propaganda do retrocesso. In: SCHÜNEMANN, Bernd; TEIXEIRA, Adriano (coord.). **Direito penal, racionalidade e dogmática – sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema racional**. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p.40.

Com efeito, e ainda que reconheça a dificuldade doutrinária acerca do conceito de bem jurídico¹⁹⁹, Roxin sugere que seriam circunstâncias dadas ou finalidades que são úteis para o indivíduo e seu livre desenvolvimento.²⁰⁰

De todo modo, e sob qualquer ângulo, hierarquia e disciplina não parecem ser legítimos bens jurídicos carecedores da tutela do Direito Penal Militar. Ainda que hipoteticamente compreendidos como bens jurídicos, parece inadequada o emprego da *ultima ratio* para seu resguardo.

Em interessante abordagem acerca do tema, Schünemann professa a diferença entre bens jurídicos que consistem em objetos fisicamente individualizáveis daqueles institucionais, “que se referem a um conjunto de condições sociais gerais, cujo atendimento é em princípio indispensável para uma convivência pacífica e próspera da sociedade”.²⁰¹

Ao lado deste último grupo,

[...] apresentam extraordinária importância os bens jurídicos institucionais, caracterizados estruturalmente por Hefendehl como bens jurídicos de confiança (*Vertrauensgüter*), cuja especificidade se encontra no fato de que, se por um lado, uma única ação indesejada não consegue afetar consideravelmente a confiança coletiva como o pressuposto do funcionamento de determinados fenômenos socialmente importantes, por outro, se se permitisse o comportamento em questão, desapareceriam as condições institucionais para a existência da referida confiança.²⁰²

O esboço tipológico permite concluir que – ao contrário do caso de bens jurídicos fisicamente individualizáveis – no caso dos bens jurídicos de confiança, as condições da proteção penal devem ser extraídas das estruturas da ordem institucional concreta²⁰³.

A essa altura, parece claro que o fundamento do Direito Penal Militar – aqui compreendido como motivo que o sustenta ou legitima – passa ao largo da professada tutela da hierarquia e da disciplina, reclamando profunda investigação científica.

Com efeito, é possível encontrar na doutrina nacional partidários da ideia de que “no âmbito da tipicidade, deve vigorar um conceito rigoroso pessoal de bem jurídico, de modo que o Estado só pode criminalizar uma conduta quando essa afete bem ou direito subjetivo da pessoa humana”.²⁰⁴

¹⁹⁹ ROXIN, Claus. *Strafrecht allgemeiner teil*. Band I. 4. ed. München: C H Beck, 2006. p. 14.

²⁰⁰ É o que se extrai da seguinte passagem: “(...) sind unter Rechtsgütern alle Gegebenheiten oder Zwecksetzungen zu verstehen, die für die freie Entfaltung des Einzelnen (...)”. ROXIN, Claus. Op Cit. p. 16.

²⁰¹ SCHÜNEMANN, Bernd. Op. Cit. p. 79.

²⁰² *Idem*. p. 80-81.

²⁰³ *Ibidem*. p. 82.

²⁰⁴ TAVARES, Juarez. Op. Cit. p. 325.

Autores mais recentes, partindo de uma óptica funcionalista, sustentam que, para além da hierarquia e da disciplina, o fundamento do Direito Penal castrense reside na soberania²⁰⁵, ainda que este conceito seja objeto de profunda tensão na atualidade.²⁰⁶

A perspectiva funcionalista é oportuna à problemática. Lecionando acerca do funcionalismo jurídico, Castanheira Neves²⁰⁷ professa que

[...] o que especificamente o caracteriza, a sua particular atitude perante o direito é a que resulta da pergunta básica que lhe dirige, e é esta: o direito para que serve? Não o preocupa saber o que é o direito e determina-lo pelo seu conceito ou pelo seu princípio [...], já que ele agora é concebido como instrumento ou simples meio [...].²⁰⁸

Assim, e sem descurar da teoria do bem jurídico, Lacava – apoiado no escólio de López Sánchez – endossa que “não mais a hierarquia e disciplina deveriam ser os bens jurídicos a serem tutelados pelo sistema penal militar, mas a eficiência da própria Organização Militar como instituição”²⁰⁹.

À falta de um fundamento mais convincente, tomemo-lo como verdadeiro para avançar sobre o próximo capítulo, que trará a colisão de deveres no âmbito do Direito Penal Militar.

²⁰⁵ LACAVA FILHO, Nelson. Op. Cit. p. 230.

²⁰⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional – teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed., 6ª reimpressão. Belo Horizonte: Forum, 2019. p. 89.

²⁰⁷ Para maiores reflexões do autor acerca do tema, cf.: 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, v. 84, 1998.

²⁰⁸ CASTANHEIRA NEVES, António. **O direito hoje e com que sentido?**. 3. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2012. p. 40.

²⁰⁹ LACAVA FILHO, Nelson. Op. Cit. p. 230.

3. A COLISÃO DE DEVERES NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL MILITAR

3.1 Perspectivas de emprego do Exército Brasileiro na atualidade e colisão de deveres

À luz da doutrina de Schünemann, “dificilmente se pode declarar como necessária a eficiência de um meio, sem antes ter esclarecida sua finalidade”.²¹⁰ Se o fundamento do Direito Penal militar repousa no resguardo da eficiência da instituição, faz-se necessário investigar sua finalidade.

Como recorte temático proposto em linhas idas, será demonstrado o atual emprego do Exército Brasileiro e todos seus desafios à vista de um cenário para além da guerra convencional.

Com efeito, a gritante diferença dos sistemas penais militares que compromete qualquer resultado tangível advindo do diálogo das respectivas fontes normativas em parte é justificado pela diversidade do emprego que cada país faz de suas Forças Armadas.²¹¹

Não é nenhuma novidade que o recurso à guerra como método de solução de conflitos possui gênese delitativa para o Direito Internacional. Lado outro, situações de guerra assimétrica, ou mesmo convulsões sociais internas, cada vez mais demandam o emprego das instituições tradicionalmente pensadas para defesa da Pátria.

O presente capítulo guarda a proposta de apresentar – ainda que de modo breve – o atual emprego do Exército Brasileiro, expondo ao cabo situação prática atual que convida a uma releitura dos tradicionais institutos de justificação do Código Penal Militar.

Dentro de uma perspectiva mais consentânea com o atual momento histórico, e considerando, à luz da obra de Clausewitz, que “cada era teve seu próprio tipo de guerra”²¹² oportuno iniciar a exposição com uma abordagem do conceito de guerra assimétrica.

²¹⁰ SCHÜNEMANN, Bernd. Direito penal no Estado Democrático de Direito: o imprescindível nível de racionalidade de sua dogmática e a progressiva propaganda do retrocesso. *In*: SCHÜNEMANN, Bernd; TEIXEIRA, Adriano (coord.). **Direito penal, racionalidade e dogmática – sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema racional**. São Paulo: Marcial Pons, 2018. p.35.

²¹¹ LACAVA FILHO, Nelson. Op. Cit. p. 230.

²¹² VON CLAUSEWITZ, Carl. Op. Cit. p. 703

Por guerra assimétrica – um conteúdo não exatamente novo²¹³, que alcança não somente os níveis tático e estratégico, mas sobretudo princípios operacionais e valores sociais²¹⁴ – entende-se uma forma de conflito

[...] empregada, genericamente, por aquele que se encontra muito inferiorizado em meios de combate em relação aos de seu oponente. A assimetria se refere ao desbalanceamento extremo de forças. Para o mais forte, a guerra assimétrica é traduzida como uma forma ilegítima de violência, especialmente quando voltada a danos civis. Para o mais fraco, é uma forma de combate. Os atos terroristas, os ataques a sistemas informatizados e a sabotagem são algumas formas de guerra assimétrica.²¹⁵

Noutras palavras, a “assimetria significa a ausência de uma base comum de comparação relativa a uma qualidade, ou, em termos operacionais, uma capacidade”²¹⁶, sendo este talvez o elemento marcante da atual conflitualidade.

Bem pensado, soa possível divisar quatro momentos distintos da guerra moderna, nada obstante tal conceituação classificatória ignorar outros tantos séculos de história militar que o antecedem. Trata-se do modelo geracional das guerras²¹⁷.

Tem-se assim uma primeira geração, bem marcada pelo fim da Guerra dos Trinta Anos, em 1648, ocasião em que a Paz de Westphalia reservou aos Estados soberanos o monopólio da Guerra.²¹⁸

Na sequência, e ao cabo da Guerra Civil americana, populariza-se o uso de armamento de retrocarga e alma raiada, bem como o emprego de trincheiras, privilegiando-se o poder de apoio de fogo, tudo dentro da máxima “a artilharia conquista, a infantaria ocupa”²¹⁹. Esta foi a base conceitual da Primeira Grande Guerra.

²¹³ A título de curiosidade, cite-se que na Guerra Fria o bloco ocidental confiou em sua superioridade tecnológica como elemento de compensação à inferioridade numérica em Forças. Para mais, cf. WORLEY, Robert. Asymmetry and adaptative command. **Military Review**, Leavenworth, v. 81, n. 4, p. 38-44, jul./ago. 2001.

²¹⁴ THOMAS, Timothy. Deciphering asymmetry’s world game. **Military Review**, Leavenworth, v. 81, n. 4, p. 32-37, jul./ago. 2001.

²¹⁵ BRASIL. Ministério da Defesa. Estado-Maior da Armada. **Doutrina Básica da Marinha**. Brasília: Ministério da Defesa, 13 jul. 2004. Disponível em: http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/418525/RESPOSTA_PEDIDO_EM_A-305_2004.pdf. Acesso em: 28. abr. 2020.

²¹⁶ MEIGS, Montgomery. Idéias pouco ortodoxas sobre a Guerra Assimétrica. **Military Review (Edição Brasileira)**. Leavenworth, v. 84, n. 1, p. 2-14, jan./mar. 2004. Disponível em: <https://www.armyupress.army.mil/Journals/Edicao-Brasileira/Arquivos/>. Acesso em: 28 abr. 2020.

²¹⁷ LIND, William. *et al.* The changing face of the war: into the fourth generation. **Marine Corps Gazette**, Quantico, v. 73, n. 10, p. 22-26, out. 1989.

²¹⁸ SILVA, Cassiano Simões da. A guerra assimétrica. **Revista de Villegagnon**, Rio de Janeiro, ano IV, n. 4, p. 66-68, 2009.

²¹⁹ LIND, William. *et al.* Do conceito da guerra: rumo à 4ª geração. **Military Review (Edição Brasileira)**. Leavenworth, v. 70, n. 1, p. 48, jan./abr. 1990. Disponível em: <https://www.armyupress.army.mil/Journals/Edicao-Brasileira/Arquivos/>. Acesso em: 30 abr. 2020.

A publicação da obra *Achtung Panzer!*, em 1937, inspirava um novo conceito de conflito, sugerindo que o emprego coordenado de cavalaria mecanizada e infantaria – ambos elementos amparados por superioridade aérea – seria capaz de sobrepor forças estáticas, ainda que dotadas de elevado poder de fogo. O mundo assistia atônito a Segunda Guerra Mundial.

É certo que Immanuel Kant já defendia o banimento da guerra nas sociedades civilizadas, compreendendo o uso da força como uma verdadeira patologia²²⁰. No entanto, a vedação do “uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado” somente foi reconhecido como ato ilícito pela Carta das Nações Unidas²²¹, ao término da Segunda Grande Guerra.

O respeito devotado aos Estados às autoimpostas regras normativas de engajamento, numa postura de autocontenção do emprego de meios e capacidades militares, contempla um plano normativo favorável a atores que, muitas vezes movidos por interesses e valores estranhos ao mundo Ocidental²²², encontram-se livres para ressuscitar práticas sepultadas pelos Tratados de Münster e Osnabruck.

Atualmente, avulta a tendência de conflitos armados não mais entre Estados soberanos, mas de um determinado Estado com forças insurgentes²²³ que, livres de amarras normativas e pautadas por valores outros, revivem a forma mais antiga de se combater: a guerra irregular, apoiada pela guerrilha, terrorismo, insurreição e movimentos de resistência.²²⁴

Há pois uma superioridade de movimento em contraposição ao poder de fogo²²⁵, nota marcante entre combates travados por forças irregulares (ou não convencionais) com as instituições do Estado.

²²⁰ SHEEHAN, James. **The monopoly of violence: why europeans hate going to war**. London: Faber & Faber, 2007. p. 21.

²²¹ Conquanto não tenha sido o primeiro diploma internacional a abordar o uso da força, o Pacto Briand-Kellog, de 17 de agosto de 1928, já vedava o uso da guerra como forma de resolução de conflitos, muito embora tal prescrição não tenha sido suficiente para impedir a Segunda Conflagração Mundial. O tratado pode ser consultado em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/Tratado_renuncia_guerra_paris.pdf Acesso em: 02 mai. 2020.

²²² REIS FRIEDE, Roy. Guerra assimétrica reversa. **Revista da Escola Superior de Guerra**. Rio de Janeiro, v. 26, n. 53, p. 48-65, jul./dez. 2011.

²²³ ALBUQUERQUE MELLO, Celso Duvivier. **Direitos humanos e conflitos armados**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 135 e ss.

²²⁴ D’EÇA LEAL, Fernando. A guerra irregular – a conspiração do silêncio no século XXI?. **Revista Militar**, Lisboa, n. 2515, p. 1113-1148, ago. 2011.

²²⁵ Para maiores esclarecimentos, cf. HEYDTE, Friedrich August. **A guerra irregular moderna**. Rio de Janeiro: Bibliex, 1990.

Assim, e “ao contrário das gerações anteriores, o objetivo não é derrotar o inimigo militarmente, mas antes o seu enfraquecimento, mais psicológico do que físico, através de uma guerra de baixa intensidade, normalmente de longa duração”²²⁶.

Com efeito, extrai-se do *National Defense Panel* de 1997²²⁷ uma previsão que, de fato, acabou se concretizando no mundo como um todo:

We can assume that our enemies and future adversaries have learned from the Gulf War. They are unlikely to confront us conventionally with mass armor formations, air superiority forces, and deep-water naval fleets of their own, all areas of overwhelming U.S. strength today. Instead, they may find new ways to attack our interests, our forces, and our citizens.²²⁸

Como que intuitivo, o ataque terrorista de 11 de setembro de 2001 – reconhecido por Washington como um ato de guerra – representou a primeira manifestação visível de uma nova concepção de conflitos, dita 4ª Geração²²⁹, nada obstante o uso de meios beligerantes não convencionais reportar a longa data.

De fato, a supremacia em força figura extremamente convidativa a meios não convencionais de guerra²³⁰ que, a despeito de ilegítimos, projetam efeitos nefastos mesmo àquela sociedade amparada por forças regulares com alto grau de excelência.

Diante deste novo cenário de assimetria em forças, o Estado brasileiro participou de 41 operações de Manutenção de Paz da Organização das Nações Unidas (ONU), incluído neste quantitativo três *Offices* e quatro operações geridas pela Organização dos Estados Americanos (OEA)²³¹.

Houve o emprego de tropas do Exército Brasileiro em seis significativas missões da ONU: Suez (UNEF I), Moçambique (ONUMOZ), Angola (UNAVEM III), Timor-Leste (UNTAET, UNMISSET) e Haiti (MINUSTAH).²³²

²²⁶ MONTEIRO, Luís Nuno. Guerras de 4ª geração. *Revista Militar*, Lisboa, n. 2591, p. 1001-1014, dez. 2017.

²²⁷ Disponível em: <https://www.hsdl.org/?abstract&did=1834>. Acesso em: 28 abr. 2020.

²²⁸ “Podemos assumir que nossos inimigos e futuros adversários aprenderam com a Guerra do Golfo. É improvável que nos confrontem convencionalmente com formações massificadas, superioridade aérea e frotas navais de águas profundas próprias, todas as áreas da esmagadora força dos Estados Unidos hoje. Em vez disso, eles podem encontrar novas maneiras de atacar nossos interesses, nossas forças e nossos cidadãos.” Tradução livre.

²²⁹ LIND, William. Op. Cit. p.72.

²³⁰ Esta constatação já havia sido registrada no Report of the Quadrennial Defense de 1997: “Indeed, U.S. dominance in the conventional military arena may encourage adversaries to use such asymmetric means to attack our forces and interests overseas and Americans at home”. Disponível em: <https://history.defense.gov/Historical-Sources/Quadrennial-Defense-Review/>. Acesso em: 02 mai. 2020.

²³¹ LINS FILHO, Alexandre de M. B. **Contribuição brasileira para o sucesso nas operações de manutenção de paz da Organização das Nações Unidas**. 2017. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Relações Internacionais) – Faculdade de Relações Internacionais, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2017. p. 37.

²³² O histórico de todas as missões pode ser obtido em <https://peacekeeping.un.org/en/list-of-past-peacekeeping-operations>. Acesso em: 05 mai. 2020.

A MINUSTAH, talvez o exemplo mais evidente de assimetria em forças, foi criada pelo Conselho de Segurança (CS) da ONU por força da Resolução 1542, de 30 de abril de 2004, com o propósito de restaurar a ordem no Haiti, tudo após um período de insurgência que culminou na deposição do presidente Jean-Bertrand Aristide.

Conquanto fosse uma missão de manutenção de paz, isto é, voltada à constituição de um ambiente de paz duradoura em países afetados por conflitos²³³, a Resolução foi tomada à luz do Capítulo VII da Carta da ONU (ameaças à paz, ruptura da paz e atos de agressão), autorizando o uso da força letal para além da legítima defesa, tudo de modo a fazer cumprir o Mandato.

De fato, a MINUSTAH inaugurou uma nova geração de operações de paz, dita multidimensional²³⁴, caracterizada pelo emprego de componentes militar e policial conjuntamente, sem prejuízo da atuação integrada com agências civis das mais diversas ordens.

Ao longo dos 13 anos de missão, o Exército Brasileiro enviou 29.627 soldados para o Haiti, totalizando um componente de aproximadamente 36 mil homens, incluídos efetivos das Forças coirmãs e elementos policiais.

A segunda fase da MINUSTAH, desdobrada entre meados de 2005 até o 1º semestre de 2007, seguramente merece uma menção especial, pois viabilizou a adoção de regras de engajamento detalhando, em nível tático, os limites do uso da força.

Com efeito, o desafio do uso legítimo da violência residia no fato do oponente não ser um exército regular, mas milícias armadas e hordas insurgentes frequentemente apoiadas pela polícia local²³⁵.

Os eventos de pacificação das comunidades Cité Soleil, Bel Air e Cité Militaire prestaram-se como oportunidade para experimentações doutrinárias, operacionais e logísticas que se materializaram nas ações subsequentes da tropa brasileira.²³⁶

Atualmente, e nada obstante tenha rejeitado a proposta de envio de tropas²³⁷ para a MONUSCO, missão de imposição de paz em andamento na República Centro-Africana, a Força

²³³ BRACEY, Djuan. O Brasil e as operações de Manutenção de Paz da ONU: os casos do Timor Leste e Haiti. **Contexto Internacional**, Rio de Janeiro, v. 33, n. 2, p. 315-331, jul./dez. 2011.

²³⁴ LINS FILHO, Alexandre de M. B. Op. Cit. p. 51.

²³⁵ CEPIK, Marco; KUELE, Giovanna. Inteligência em operações de paz da ONU: déficit estratégico, reformas institucionais e desafios operacionais. **DADOS - Revista de ciências sociais**, Rio de Janeiro, v. 59, n. 4, p. 963-993, 2016.

²³⁶ VIEIRA NETO, Floriano Peixoto. Epopéia militar brasileira no Haiti. HAMANN, Eduarda Passarelli; TEIXEIRA, Carlos Augusto Ramires (Org.). **A participação do Brasil na MINUSTAH (2004-2017): percepções, lições e práticas relevantes para futuras missões**. Rio de Janeiro: Instituto Igarapé, 2017. p. 19.

²³⁷ ANDRADE, Israel de Oliveira; HAMANN, Eduarda Passarelli; SOARES, Matheus Augusto. A participação do Brasil nas operações de paz das Nações Unidas: evolução, desafios e oportunidades. **Texto para discussão**, Rio de Janeiro, v. 2442, p. 8, jan. 2019. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8939/1/td_2442.pdf. Acesso em: 06 mai. 2020.

Terrestre contribui com uma equipe de instrutores para o adestramento dos efetivos dispostos no terreno²³⁸, sendo o próprio *Force Commander* da missão Oficial do Exército Brasileiro.²³⁹

Para além do emprego em atividades conduzidas pela ONU e OEA, observa-se nas últimas décadas o crescente emprego do Exército Brasileiro em Operações de Garantia da Lei e da Ordem (Op GLO).

A primeira operação interna com esta fisionomia ocorreu no Rio de Janeiro, durante a ECO-92, na qual diversos pontos estratégicos foram ocupados pela Força Terrestre para garantir a segurança dos dignitários que participaram da Conferência.²⁴⁰

Dentro da perspectiva, o Ministério da Defesa dá conta de 141 Op GLO desde o citado evento, 82 delas com uso exclusivo do Exército Brasileiro, sem prejuízo de sua participação nas demais, mediante esforço sinérgico e coordenado das Forças Singulares²⁴¹.

À luz do manual MD33-M-10²⁴², entende-se Op GLO como

Uma operação militar determinada pelo Presidente da República e conduzida pelas Forças Armadas de forma episódica, em área previamente estabelecida e por tempo limitado, que tem por objetivo a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio em situações de esgotamento dos instrumentos para isso previstos no art. 144 da Constituição ou em outras em que se presuma ser possível a perturbação da ordem.

[...]

As Operações de Garantia da Lei e da Ordem (Op GLO) caracterizam-se como operações de “não guerra”, pois, embora empregando o Poder Militar, no âmbito interno, não envolvem o combate propriamente dito, mas podem, em circunstâncias especiais, envolver o uso de força de forma limitada.

²³⁸ Disponível em: <http://www.defesenet.com.br/africa/noticia/33411/Force-Commander-da-MONUSCO-recepciona-militares-do-Brasil-que-irao-treinar-tropas-no-Congo/>. Acesso em: 06 mai. 2020.

²³⁹ Disponível em: <https://monusco.unmissions.org/en/leadership>. Acesso em: 06 mai. 2020.

²⁴⁰ CARVALHO, Fabiano Lima de. O emprego das Forças Armadas Brasileiras no combate ao crime organizado no Rio de Janeiro (2010): um câmbio na política de segurança pública brasileira. **Military Review (Edição Brasileira)**. Leavenworth, v. 68, n. 1, p. 42-54, jan./fev. 2013. Disponível em: <https://www.armyupress.army.mil/Journals/Edicao-Brasileira/Arquivos/>. Acesso em: 13 mai. 2020.

²⁴¹ Os dados empregados para composição da assertiva, atualizados até 10 de março de 2020, encontram-se disponíveis para consulta em https://www.defesa.gov.br/arquivos/exercicios_e_operacoes/glo/2.TABELAS_GLO_atualizada_em_MAR_20.pdf. Acesso em: 06 mai. 2020.

²⁴² BRASIL. Ministério da Defesa. Estado-Maior Conjunto das Forças Armadas. **Portaria Normativa nº 186/MD**. Dispõe sobre a publicação “Garantia da Lei e da Ordem”. Brasília: Ministério da Defesa, 31 jan. 2014. Disponível em: https://www.defesa.gov.br/arquivos/2014/mes02/md33_m_10_glo_2ed_2014.pdf. Acesso em: 06 mai. 2020.

Em recente atualização doutrinária, o Exército Brasileiro editou o manual EB70-MC-10.242²⁴³. O conceito de Op GLO ali disposto, alinhado com o MD33-M-10, expõe o emprego da Força Terrestre à luz da falência dos órgãos acometidos da segurança interna.

Para além disso, o Manual de Campanha sinaliza como um dos traços característicos das Op GLO a adoção de ações descentralizadas, dada a “assimetria das ameaças e da frequente necessidade de assumir as funções básicas do Estado [...]”²⁴⁴

As semelhanças entre operações de manutenção (ou imposição) de paz e GLO limitam-se ao cenário de assimetria. Na MINUSTAH, cujo Mandato foi estabelecido sob a epígrafe do Capítulo VII da Carta da ONU, mostrava-se legítimo o uso da força contra qualquer elemento armado e movido por ação hostil.²⁴⁵

Lado outro, e considerando que o grosso das ações empreendidas nas Op GLO são genuinamente civis, a exemplo do policiamento ostensivo²⁴⁶, o espectro do uso da força é bem mais reduzido, usualmente delimitado por regras de engajamento.

Em virtude disso, ações de enfrentamento à guerrilha e grupos armados que causem grave comprometimento à ordem interna do país escapam do escantilhão das Op GLO, conforme prescreve o item 2.1.10 do manual MD33-M-10.

Dentro do recorte temporal proposto, o Exército Brasileiro foi demandado em 21 ocasiões para deter a violência urbana e 23 vezes para assumir funções de policiamento ostensivo à vista de greves Polícias Militares, sendo as demais Op GLO relativas a eventos diversos, garantia de votação e apuração ou ações referentes a questões indígenas, segurança de instalações e afins²⁴⁷.

Neste sentido, mostra-se oportuna a observação de Raul Jungmann que – diante do crescente apelo às Op GLO – reforçou a excepcionalidade da medida, pontuando que, a rigor,

²⁴³ BRASIL. Ministério da Defesa. Comando de Operações Terrestres. **Portaria Normativa nº 146-COTER**. Aprova o Manual de Campanha EB70-MC-10.242 Operação de Garantia da Lei e da Ordem, 1ª Edição, 2018, e dá outras providências. Brasília: Ministério da Defesa, 27 nov. 2018.

²⁴⁴ Neste sentido, cf. item 2.2.1 da respectiva compilação.

²⁴⁵ CRESCENCIO JR., Armando José. **As Operações de Garantia da Lei e da Ordem (GLO) em perspectiva comparada com o uso da força nas Operações de Paz – Reflexos do emprego da força na MINUSTAH para a atuação do Exército Brasileiro em GLO pós Haiti**. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Ciências Militares) – Escola de Comando e Estado-Maior do Exército, Rio de Janeiro, 2019. p. 72..

²⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus 112936**. [...] Função de policiamento ostensivo que traduz típica atividade de segurança pública. [...]. Paciente: Wesley da Silva Cordeiro. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator: Min. Celso de Mello, 05 de fevereiro de 2013. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 224, p. 534, abr./jun. 2013.

²⁴⁷ A fonte dos dados pode ser consultada em: https://www.defesa.gov.br/arquivos/exercicios_e_operacoes/glo/1.metodologia_de_estudo.pdf. Acesso em 08 mai. 2020.

as operações dedicadas à segurança pública deveriam ser executadas pelos respectivos atores.²⁴⁸

Contudo, a previsão de emprego em atividades distantes da defesa da Pátria não se esgota nas Operações de Garantia da Lei e da Ordem. Bem observado, a Lei Complementar nº 97²⁴⁹ comete ao Exército Brasileiro, dentre outras atribuições, o apoio a órgãos públicos – e excepcionalmente empresas privadas – na execução de obras e serviços de engenharia.

Neste panorama, destaca-se a Operação Carro-Pipa (OCP), regulamentada pelo acordo de colaboração técnica²⁵⁰ celebrado entre os Ministérios da Integração Nacional e Defesa para a distribuição emergencial de água potável às populações atingidas pela estiagem e seca no semiárido nordestino e região norte dos Estados do Espírito Santo e Minas Gerais.

Segundo informações do Ministério do Desenvolvimento Regional, “a iniciativa atende – em média, por mês – mais de 2 milhões de pessoas em 657 cidades do semiárido brasileiro”²⁵¹.

Criada em 1998, a Operação atualmente abrange dez estados da federação, sendo essencial para a manutenção da qualidade de vida e condições para o desenvolvimento da agricultura e pecuária de subsistência.

No presente ano, marcado pela pandemia²⁵² causada pelo vírus da síndrome respiratória aguda grave (SARS-CoV-2), digno de nota são os esforços das frações habilitadas em Defesa Química, Biológica, Radiológica e Nuclear, cuja atuação – projetada nacionalmente quando do seu emprego o acidente radiológico de Goiânia – vêm sendo explorada para descontaminação de hospitais e áreas públicas.

Contudo, talvez a atuação²⁵³ na faixa de fronteira terrestre com vistas à repressão de delitos transfronteiriços e ambientais seja um dos maiores desafios propostos à Força Terrestre na atualidade.

²⁴⁸ JUNGSMANN, Raul. A competência das Forças Armadas na Constituição Federal de 1988 e seu papel na Segurança Interna. **Revista do Ministério Público Militar**, Brasília, a. 42, n. 27, p. 70-79, nov. 2017.

²⁴⁹ BRASIL. Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999. Dispõe sobre normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas. **Diário Oficial da União**: Seção 1 – Extra, Brasília, DF, ano 137, n. 139-E, p. 1, 10 jun. 1999. PL 250/98.

²⁵⁰ BRASIL. Ministério da Integração Nacional. Gabinete do Ministro. **Portaria Interministerial nº 1**. Brasília, Ministério da Integração Nacional, 25 jul. 2012. Diário Oficial da União: Seção 1, ano 150, nº 144, p. 40, 27 jul. 2012.

²⁵¹ Disponível em: <https://www.mdr.gov.br/ultimas-noticias/12517-operacao-carro-pipa-federal-garante-abastecimento-a-mais-de-2-milhoes-de-pessoas>. Acesso em: 13 mai. 2020.

²⁵² SUIÇA. World Health Organization. **Public health emergency of international concern declared**. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/events-as-they-happen>. Acesso em: 13 mai. 2020.

²⁵³ A competência em destaque advém do art. 16-A da LC 97/99.

A abordagem a essa atribuição, no entanto, deve ser depurada à luz da Estratégia Nacional de Defesa (END)²⁵⁴, que orienta a organização das Forças Armadas sob a égide do “trinômio monitoramento/controle, mobilidade e presença”.

Em cumprimento ao que preceitua a END, o Comando do Exército idealizou o Sistema Integrado de Monitoramento de Fronteiras (SISFRON), atualmente com sua Fase Piloto encerrada. Havido como um Programa Estratégico Indutor da Transformação, o SISFRON encontra-se inserido na matriz Defesa da Sociedade do Portfólio Estratégico do Exército.²⁵⁵

A despeito de sua alta complexidade, o SISFRON pode ser compreendido como um sistema integrado de emprego operacional com foco no fortalecimento da presença e a capacidade de ação do Estado na faixa de fronteira.

O objetivo geral do SISFRON é dotar o Exército Brasileiro dos meios necessários para exercer o monitoramento e controle da faixa de fronteira terrestre brasileira, com o apoio de sensores, decisores, atuadores e de outros meios tecnológicos que garantam um fluxo ágil e seguro de informações confiáveis e oportunas, de modo a possibilitar o exercício do comando e controle em todos seus níveis.²⁵⁶

Para o Exército Brasileiro, o SISFRON deverá, além de incrementar a capacidade de monitorar as áreas de fronteira, assegurar o fluxo contínuo e seguro de dados entre diversos escalões da Força Terrestre.

Bem assim, os diversos subsistemas, de operação integrada, guardam a proposta de produzir informações confiáveis e oportunas para a tomada de decisões, visando uma pronta resposta à frente de delitos transfronteiriços e ambientais.²⁵⁷

Os meios de sensoriamento do SISFRON estarão desdobrados ao longo dos 16.886 quilômetros da faixa de fronteira, monitorando uma área de aproximadamente 27% do território nacional, potencializando o emprego das organizações subordinadas ao Comando Militar da Amazônia (CMA), que abrange as Unidades Federativas de Rondônia, Acre, Amazonas e

²⁵⁴ BRASIL. Decreto nº 6.703, de 18 de dezembro de 2008. Aprova a Estratégia Nacional de Defesa, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, ano 146, n. 247, p. 4-14, 19 dez. 2008.

²⁵⁵ BRASIL. Ministério da Defesa. Estado-Maior do Exército. **Portaria nº 512-EME**. Aprova a Diretriz de Implantação do Programa Estratégico do Exército Sistema Integrado de Monitoramento de Fronteiras – SISFRON (EB20-D-08.010). Brasília: Ministério da Defesa, 11 dez. 2017. Disponível em: <http://www.sgex.eb.mil.br/sistemas/be/copiar.php?codarquivo=1566&act=bre>. Acesso em: 14 mai. 2020.

²⁵⁶ BRASIL. Ministério da Defesa. Estado-Maior do Exército. **Portaria nº 193-EME**. Aprova a Diretriz para a Implantação do Projeto Sistema Integrado de Monitoramento de Fronteiras. Brasília: Ministério da Defesa, 22 dez. 2010. Disponível em: <http://www.sgex.eb.mil.br/sistemas/be/copiar.php?codarquivo=884&act=bre>. Acesso em 14 mai. 2020.

²⁵⁷ MINISTÉRIO DA DEFESA. Projetos Estratégicos do Exército Brasileiro. **Military Review (Edição Brasileira)**. Leavenworth, v. 68, n. 1, p. 39-41, jan./fev. 2013. Disponível em: <https://www.armyupress.army.mil/Journals/Edicao-Brasileira/Arquivos/>. Acesso em: 13 mai. 2020.

Roraima, em área limdeira com uma gama de nações, quais sejam, Venezuela, Colômbia, Peru e Bolívia.

De outra toada, o Programa também abarca o Comando Militar do Norte (CMN), que engloba os Estados do Amapá e do Pará, compreendendo a faixa de fronteira com Guiana, Suriname e Guiana Francesa; o Comando Militar do Oeste (CMO), que contempla os Estados de Matogrosso e Mato Grosso do Sul, encerrando fronteira com a Bolívia e o Paraguai; e o Comando Militar do Sul (CMS), que abrange os Estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, limítrofes com três nações soberanas, a saber, Paraguai, Argentina e Uruguai.²⁵⁸

Enfatize-se, no ponto específico, que os dados coletados por intermédio dos sensores do SISFRON serão transmitidos e processados ao longo da cadeia de comando, desde os destacamentos e pelotões de fronteira até o Comando de Operações Terrestres (COTER), em Brasília-DF.

O SISFRON vêm apresentando resultados expressivos, notadamente no que concerne à proposta de repressão a delitos ambientais e transfronteiriços, somando às forças de segurança locais, cuja logística é sabidamente precária, sobretudo nas áreas limítrofes dos Estados.

Observa-se assim uma mudança na proposta do emprego da Força Terrestre que, nada obstante sua fidelidade a antigas tradições, vê-se diante de novos desafios que excedem a tradicional defesa externa.

A bem da verdade, a destinação das Forças Armadas para atividades ordinariamente civis não é exclusividade brasileira, sendo – em maior ou menor grau – frequentemente observada na América Latina.

Cite-se, como exemplo, a experiência paraguaia, que diante de um quadro herdado pelo atual governo de completo colapso da forças de segurança, vêm demonstrando algum sucesso no enfrentamento da criminalidade organizada mediante ações interagências, tudo com apoio tático de uma força-tarefa militar conjunta.²⁵⁹

As significativas apreensões de armas e drogas evidenciam uma tendência de emprego da tropa em ações de policiamento ostensivo – atividade tipicamente civil – ainda que se

²⁵⁸ BRASIL. Ministério da Defesa. Estado-Maior do Exército. **Portaria nº 512-EME**. Aprova a Diretriz de Implantação do Programa Estratégico do Exército Sistema Integrado de Monitoramento de Fronteiras – SISFRON (EB20-D-08.010). Brasília: Ministério da Defesa, 11 dez. 2017. Disponível em: <http://www.sgex.eb.mil.br/sistemas/be/copiar.php?codarquivo=1566&act=bre>. Acesso em: 14 mai. 2020.

²⁵⁹ O atual governo paraguaio implementou, especificamente para o enfrentamento da ameaça representada pela organização criminosa *Ejército del Pueblo Paraguayo* (EPP) o Comando de Defesa Interna, apoiado por unidades policiais, promotores especializados e uma força militar. Para maiores referências acerca da experiência paraguaia, confira-se: ELLIS, Robert Evan. As Forças Armadas paraguayas na luta contra o crime organizado e a insegurança. **Military Review (Edição Brasileira)**. Leavenworth, v. 74, n. 3, p. 3-15, jul./set. 2019. Disponível em: <https://www.armyupress.army.mil/Journals/Edicao-Brasileira/Arquivos/>. Acesso em: 25 mai. 2020.

reconheça, conforme acima demonstrado, que a lógica dos efetivos militares obedeça a critérios determinado por orientação constitucional diversa.

O capítulo antecedente ilustrou, ainda que de modo perfunctório, a formação do gestor militar, tangenciando também o fundamento do Direito Penal Militar. Pois bem: pensar no emprego de efetivos militares em atividades civis impõe a rediscussão dos institutos tradicionais de direito castrense à luz de uma nova realidade.

A própria clivagem estabelecida pelo Código Penal Militar, erigido à luz da dicotomia “tempo de paz” e “tempo de guerra”, parece anacrônica, mormente quando consideramos que desde sua edição – 21 de outubro de 1969 – não houve nenhuma guerra declarada, malgrado o Exército ter sido disposto em terreno para as mais variadas atividades civis desde então.

Considerado a peculiar forma de atuação dos efetivos militares, orientada por valores bem específicos – ainda que não exclusivos – desde a formação, e olhos postos às frequentes demandas de Op GLO (o Exército Brasileiro contabiliza 183 operações desde 1992)²⁶⁰, o Poder Executivo encaminhou a Mensagem nº 596, de 21 de novembro de 2019, versando, dentre outras matérias, sobre o redimensionamento da legítima defesa ocorrido no contexto das Op GLO.

O Projeto, devidamente autuado²⁶¹ na Câmara dos Deputados, cria a presunção da existência de um cenário de injusta agressão a uma gama de situações, tudo com esteio no “entendimento científico hodierno sobre a neurofisiologia humana e as consequências dos eventos de vida estressores à cognição”.

Dessarte – e conforme consta da proposta – mencionada base científica desautoriza exigir que o agente, “compelido pelo dever legal de agir e submetido a uma situação real de perigo e injusta agressão, tenha um dever de cuidado objetivo ao exercer a proteção ao direito de si ou de outrem”²⁶².

A modulação do instituto da legítima defesa no contexto de Operações de Garantia da Lei e da Ordem para os integrantes das instituições descritas nos arts. 142 e 144 da Constituição

²⁶⁰ Dado disponível em: https://www.defesa.gov.br/arquivos/exercicios_e_operacoes/glo/1.metodologia_de_estudo.pdf. Acesso em 25 mai. 2020.

²⁶¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 6425/2019**. Estabelece normas aplicáveis aos militares em operações de Garantia da Lei e da Ordem e aos integrantes dos órgãos a que se refere o caput do art. 144 da Constituição e da Força Nacional de Segurança Pública, quando em apoio a operações de Garantia da Lei e da Ordem. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1836676&filename=PL+6125/2019. Acesso em: 25 mai. 2020.

²⁶² BRASIL. Secretaria-Geral da Presidência da República. **Exposição de Motivos Interministerial n. 00179 /2019 MD/MJSP**. Brasília, Secretaria-Geral da Presidência da República., 21 nov. 2019.

Federal, bem como a Força Nacional de Segurança Pública, transparece o paradoxo: as Forças designadas à vista do esgotamento dos meios de segurança pública parecem operar de modo distinto dos últimos, demandando uma excludente sensivelmente mais abrangente.

Oportuno atentar que o CPM possui uma peculiar excludente, a saber: “não é punível o excesso quando resulta de escusável surpresa ou perturbação do ânimo em face da situação” (art. 45, p. ú). Conquanto sugira uma causa de impunibilidade, na verdade exprime uma excludente de culpabilidade²⁶³, tal qual a causa supralegal do excesso exculpante aventada para o Código Penal.

Ora, mantendo-se uma fidelidade ao tecnicismo jurídico que orientou a redação do Código Penal Militar, devemos concordar que, tal qual rezava o art. 30, §1º do Código Penal de 1969, “exclui-se a culpa integralmente, se o excesso, consciente ou não, não é censurável, o que ocorre quando deriva de medo, de perturbação ou de susto”²⁶⁴, autênticos elementos afetos astênicos²⁶⁵.

Assim, conclui-se que o CPM já contempla uma excludente de responsabilidade conformada à vista dos “eventos de vida estressores à cognição”. De todo modo, o Projeto de Lei – ignorada qualquer análise acerca de sua juridicidade – traduz uma preocupação, por parte da Presidência da República, com as consequências do emprego de efetivos militares em Op GLO.

De fato, há uma significativa diferença na pauta de valores entre efetivos civis e militares, enraizada desde a formação dos últimos. Prova da intangibilidade da ordem militar é o instituto da obediência hierárquica que, à luz do CPM, obriga ao subordinado o cumprimento até mesmo da ordem ilegal, desde que não manifestamente criminosa.

Também a submissão ao processo penal, conquanto não enseje maior estigma às demais carreiras, possui para o militar do Exército Brasileiro trágicas consequências, dada a necessidade de uma moral irrepreensível, incompatível na prática castrense até mesmo com um édito absolutório.

²⁶³ Neste sentido, cf: NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Militar comentado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 100. Bem assim, LOUREIRO NETO, José da Silva. **Direito Penal Militar**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p.54.

²⁶⁴ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao Código Penal**. 5. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1978. t. II. p. 597.

²⁶⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. Cit. p. 320.

Neste sentido, a Lei de Promoção de Oficiais, conquanto recentemente alterada²⁶⁶ neste particular, impede que o Oficial conste no Quadro de Acesso enquanto figurar como réu em ação penal por crime doloso, nada obstante assegure a promoção por reserva de preterição.

De todo modo, uma conclusão parcial já se entremostra: em uma instituição total conformada pela hierarquia e disciplina, o Código Penal Militar inspira uma crítica à sua fundamentação quando proposto em um mundo de questões novas, fortemente atingido pela radical mutação dos referentes axiológicos e culturais que animam seus pressupostos²⁶⁷, estando longe de solver uma colisão de deveres para além da ordem militar.

3.2 Estado de necessidade do CPM e colisão de deveres: um estudo de caso

À guisa de exemplo, mostra-se possível ilustrar o problema com situação recorrente²⁶⁸ envolvendo a 16ª Brigada de Infantaria de Selva (16 Bda Inf SI), sediada em Tefé-AM e responsável por uma área de 431.500 km² esparsamente povoada e carente da presença do Estado.

Conforme esclarece o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, a Amazônia constitui o maior bioma brasileiro, com área a de aproximadamente 4.196.943 quilômetros quadrados de extensão, correspondente a 49,3% do território nacional.²⁶⁹

Nada obstante os vastos recursos naturais, a região amazônica é imprescindível à segurança do país, já que seu território divisa sete nações soberanas: Bolívia, Peru, Colômbia, Venezuela, Guiana, Suriname e Guiana Francesa.

O ambiente operacional amazônico possui características peculiares. Para além da densa vegetação, conta com fatores climáticos e endêmicos próprios, rarefeita densidade demográfica e precária ou inexistente assistência estatal.

²⁶⁶ O art. 35, d, do referido diploma legal foi sensivelmente alterado pela Lei nº 13.954, de 16 de dezembro de 2019. Curioso observar que Lei nº 12.086, de 6 de novembro de 2009 – editada pelo mesmo Legislativo quase dez anos antes – excluiu, de modo louvável, tal impeditivo para a promoção dos Oficiais da Polícia Militar do Distrito Federal, outrora previsto por força do art. 32 da Lei nº 6.645, de 14 de maio de 1979.

²⁶⁷ A perspectiva não atinge somente o CPM, mas o Direito como um todo. Neste sentido: CASTANHEIRA NEVES, António. **O direito hoje e com que sentido?**. 3. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2012. p. 10.

²⁶⁸ Apenas tomando como exemplo evento mais recente, cite-se a apreensão de uma tonelada de *skunk* às margens do Rio Negro em operação conduzida pela 2ª Brigada de Infantaria de Selva em 25 de abril de 2020. Disponível em: https://www.eb.mil.br/web/noticias/noticiario-do-exercito/-/asset_publisher/MjaG93KcunQI/content/id/11388738. Acesso em: 2 jun 2020.

²⁶⁹ BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Brasil em Síntese**. Disponível em: <https://brasilemsintese.ibge.gov.br/territorio.html>. Acesso em 29 mai. 2020.

Neste sentido, vislumbra-se enorme dificuldade logística, já que diversos pontos só podem ser atingidos pelo desbravamento de floresta virgem, por meio aéreo ou pelo acesso de rios, cuja navegabilidade depende de vazantes e cheias.²⁷⁰

Acerca deste aspecto, mostram-se particularmente elucidativas as Instruções Provisórias IP 72-20, que tratam do Batalhão de Infantaria de Selva:

a. A extensa e densa floresta equatorial, a malha aquática de grandes proporções, a escassez de estradas, as elevadas temperaturas, os significativos índices de umidade do ar, a abundância de chuvas e os riscos de enfermidades tropicais constituem peculiaridades do ambiente amazônico.

(...)

d. (...) “Selvas são áreas de florestas equatoriais ou tropicais densas e de clima úmido ou superúmido. Situam-se em regiões de fraca densidade demográfica, com baixo desenvolvimento industrial, comercial e cultural, de precárias condições de vida, com acentuada escassez de transporte terrestre, ao longo de extensas áreas de planície, planalto ou montanha”. Portanto, a região da selva amazônica inclui não apenas a floresta, mas também os rios, as localidades, as regiões desmatadas e as serras.

f. Apresentam-se como peculiaridades da região amazônica a rarefação demográfica e a concentração da população ao longo dos rios, constituindo um grande ambiente ribeirinho com predominância das linhas de comunicação fluviais.

g. Essas linhas de comunicações fluviais são a sustentação de todas as ações humanas na Amazônia e o principal fator de influência na distribuição da população.

h. A região amazônica está sujeita a inundações, fenômeno que ocorre na estação das chuvas e por ocasião do degelo nos Andes, modificando significativamente os cursos de água e originando igapós e chavascas. As marés também podem afetar as áreas ribeirinhas próximas da costa marítima.

i. A navegabilidade dos rios amazônicos é ampliada na época das cheias, mas, na vazante, pode haver dificuldade para o emprego de embarcações de maior calado. Apesar disso, o transporte fluvial é predominante na área, complementado pelo aéreo e rodoviário.

j. As chuvas frequentes reduzem a capacidade das rodovias não pavimentadas. Quando associadas à neblina, restringem enormemente o emprego de aeronaves.

(...)

m. Doenças tropicais, como a malária, a leishmaniose, a febre amarela, o cólera, entre outras, constituem preocupação especial, exigindo medidas preventivas por parte da tropa, especialmente em áreas consideradas endêmicas.²⁷¹

Dentre uma gama de unidades disposta no terreno sob sua responsabilidade, o Comando Militar da Amazônia conta com a 16 Bda Inf SI que, a par de outras Organizações Militares

²⁷⁰ COSTA, Ângelo Machado da. **Análise da necessidade de transformação do 61º BIS em Comando de Fronteira**. 2018. Trabalho de conclusão de curso (especialização em Ciências Militares) – Escola de Aperfeiçoamento de Oficiais, Rio de Janeiro, 2018. p.15.

²⁷¹ BRASIL. Estado-Maior do Exército. **C 72-20: O Batalhão de Infantaria de Selva**. 1. ed. Brasília: EGGCF, 1997. p. 1-2.

Diretamente Subordinadas (OMDS), dispõe do 8º Batalhão de Infantaria de Selva (Batalhão Forte São Francisco).

A unidade²⁷² em destaque possui quatro Pelotões Especiais de Fronteira (PEF), que operam como frações²⁷³, com reduzido efetivo e supridos pela Organização Militar a que estão vinculados.

Os quatro PEF subordinados ao Batalhão Forte São Francisco situam-se na fronteira com as Repúblicas da Colômbia e Peru. A disposição no terreno implica em missões peculiares a cada PEF.

Os Pelotões localizados a sul do 8º BIS, na fronteira com a República do Peru – 1º PEF/Palmeira do Javari e 4º PEF/Estirão do Javari –, enfrentam com maior regularidade a extração de madeira em áreas de conservação e em terras indígenas, o garimpo ilegal, a biopirataria e a pesca e transporte ilegal de espécies proibidas. O rio Javari não é penetrante, mas lindeiro às divisas, desaguando no Solimões.

Lado outro, os Pelotões Especiais sediados na fronteira com a República da Colômbia – 2º PEF/Ipiranga e 3º PEF/Vila Bittencourt – enfrentam com maior regularidade o tráfico internacional de armas, garimpos ilegais em áreas de conservação, contrabando e descaminho, quadrilhas armadas estrangeiras e biopirataria. Desdobrados ao largo dos rios Içá e Japurá – ambos paralelos e penetrantes – figuram como único órgão do Estado na região.

Embora idealizados para funcionar como polo de desenvolvimento regional, atualmente os PEF cumprem importante função para além da defesa territorial, obtendo resultados significativos²⁷⁴ no exercício da competência conferida pelo art. 16-A da LC 97/99.

A rigor, os PEF costumam funcionar como posto de bloqueio e interdição fluvial permanente, executando manobras de “atrasque e zarpe” para toda embarcação em trânsito, viabilizando o cadastramento e eventual revista do material transportado.

²⁷² “Unidade é a OM da F Ter cujo comando, chefia ou direção é privativo de oficial superior, podendo ser denominada regimento, batalhão, grupo, esquadrão de aviação, parque ou depósito. Parágrafo único. Os comandos de fronteira são organizações militares, comandadas por oficial superior, que reúnem elementos de comando, unidades, subunidades e pelotões.” BRASIL. Gabinete do Comandante do Exército. **Portaria nº 816, de 19 de dezembro de 2003**. Aprova o Regulamento Interno e dos Serviços Gerais (R-1). Disponível em: <<https://bdex.eb.mil.br/jspui/bitstream/123456789/164/1/RISG.pdf>>. Acesso em 29 mai. 2020.

²⁷³ O Regulamento Interno de Serviços Gerais (RISG) dispõe, em seu art. 318 e seguintes, sobre o conceito de destacamento.

²⁷⁴ Apenas para ilustrar com um exemplo recente, cite-se a apreensão de 450 quilos de *skunk* realizada durante fiscalização pelos militares do 3º Batalhão de Infantaria de Selva na região de Santa Isabel do Rio Negro. Disponível em: <<http://www.cma.eb.mil.br/mais-noticias/exercito-brasileiro-apreende-quase-meia-tonelada-de-skunk.html>>. Acesso em 02 jun 2020.

Nada impede, entretanto, que ao longo da execução de uma patrulha²⁷⁵ com determinado propósito, a fração se depare com uma situação de flagrante, sendo essa hipótese inclusive recorrente, dado que o PEF possui, para além de quaisquer outras atribuições, o encargo de velar pela soberania do país.

Resta evidente que as implicações logísticas para o patrulhamento de área de fronteira são deveras complexas²⁷⁶ e importam no consumo de significativo volume de recursos públicos. O evento em comento, diga-se de passagem, demanda apoio aéreo e transporte fluvial, inviabilizando o pleno cumprimento da ordem militar proposta à patrulha.

Ainda que formulada especificamente para uma ação de policiamento, há de se considerar que não são raros os casos em que a delegacia de polícia judiciária mais próxima demanda três dias de navegação fluvial, inspirando sérias dúvidas quanto ao resguardo dos direitos do preso.

Diante do contexto apresentado, resta a dúvida: frente à colisão entre ordem militar e dever legal, qual excludente eventualmente ampara o Comandante da Patrulha? Há pois um campo para se pensar nas áreas livres do Direito quando uma instituição militar executa ações de natureza civil.

Como de sabença, tanto o descumprimento de missão quanto a prevaricação possuem assento no Código Penal Militar. A ação do Comandante da Patrulha, em missão de reconhecimento de um ponto, comporta tão-somente uma conduta: ou cumprir a tarefa que lhe fora confiada pela cadeia de comando, ou cumprir o que a lei lhe impõe, prendendo em flagrante o autor de crime comum.

O CPM elenca, em seu artigo 42, as excludentes de ilicitude. Observa-se, no particular, uma certa semelhança com as premissas do Código Penal²⁷⁷, em que pese a existência de excludente de ilicitude específica de estado de necessidade, típica de militares²⁷⁸, ainda que subsista dissenso quanto a sua natureza jurídica²⁷⁹. Veja-se:

Exclusão de crime

Art. 42. Não há crime quando o agente pratica o fato:

²⁷⁵ Segundo a doutrina militar, patrulha é “uma força de pequeno efetivo, destacada para cumprir missões de reconhecimento, de combate ou da combinação de ambas”. BRASIL. Ministério do Exército. Estado-Maior do Exército. **Portaria nº 033-EME**. Aprova o Manual C 21-75 – Patrulhas, 1ª Edição, 09 jul. 1986.

²⁷⁶ COSTA, Ângelo Machado da. Op. Cit. p. 8.

²⁷⁷ Para consultas comparativas, veja-se: SUPERIOR Tribunal Militar. **Código penal militar comparado ao Código penal: artigo por artigo: Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Brasília: Superior Tribunal Militar, Diretoria de Documentação e Gestão do Conhecimento, 2018.

²⁷⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit. p. 94.

²⁷⁹ ROSSETTO, Ênio Luiz. **Código Penal Militar comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 114.

- I - em estado de necessidade;
- II - em legítima defesa;
- III - em estrito cumprimento do dever legal;
- IV - em exercício regular de direito.

Parágrafo único. Não há igualmente crime quando o comandante de navio, aeronave ou praça de guerra, na iminência de perigo ou grave calamidade, compele os subalternos, 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.

Existe uma coerência na epígrafe das discriminantes do CPM: “com a presença de tais causas, o fato surge lícito, intrinsecamente lícito (e não apenas ‘justificado’ *in concreto*: pode ser justificado o que é injusto, e não o que é congenitamente justo) [...]”²⁸⁰

A redação do artigo expõe a aguda atecnia da legislação castrense ao tratar das excludentes de crime. Com efeito, a inclusão de uma modalidade específica de discriminante em parágrafo único, olvida que a redação legislativa reserva ao parágrafo as funções explicativa, restritiva ou modificativa da unidade básica de articulação²⁸¹.

Ainda que se entenda a excludente do art. 42, p. ú. – rotulada pela doutrina como “excludente do comandante” – como um caso especial de estado de necessidade, parece indiscutível se tratar de uma causa inominada, dado não depender de nenhum requisito deste.²⁸²

De todo modo, e em fidelidade à arquitetura clássica que dimensionou os institutos do CPM, entende-se que a contrariedade ao direito – injuricidade – deve ser apreciada sob uma perspectiva exclusivamente objetiva.

A situação-problema é bem menos complexa que a colisão de deveres envolvendo vidas humanas, mas nem por isso menos desafiadora. Há, evidentemente, dois deveres passíveis de cumprimento isolado, mas não concomitante.

Conforme esclarece o art. 43 do CPM, age sob o pálio do estado de necessidade aquele que “pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”.

²⁸⁰ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. Op. Cit. p. 267.

²⁸¹ PENNA, Sérgio F. P. de O; MACIEL, Eliane C. B. de A. **Técnica legislativa: orientação para a padronização de trabalhos**. Brasília: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2002. p. 13.

²⁸² SARAIVA, Alexandre. **Código Penal Militar comentado artigo por artigo**. São Paulo: Método, 2014. p. 105.

De início, esclareça-se que a locução “direito próprio ou alheio” é referível a qualquer bem ou interesse juridicamente tutelado²⁸³, demandando uma compreensão bem mais abrangente que sua literalidade.

Trata-se de instituto transplantado para o direito penal pelos jusnaturalistas²⁸⁴, de desconhecida autonomia para o direito romano, aprimorado na Idade Média por teólogos e juristas no que toca o furto famélico.²⁸⁵

Conforme esclarece Damásio de Jesus²⁸⁶, o estado de necessidade tem por fundamento determinado perigo para certo interesse jurídico, que somente pode ser resguardado à vista do sacrifício de outro.

Bem assim, o Código Penal Militar de 1969 encampa a teoria diferenciadora²⁸⁷, enunciando de modo claro que há estado de necessidade se “o mal causado, por sua natureza e importância, é consideravelmente inferior ao mal evitado”.²⁸⁸

Há pois um critério de preponderância, já conhecido da legislação penal que antecedeu o Código de 1940 e suprimida por ser considerado um critério “anti-humano”²⁸⁹, consoante expresso na própria exposição de motivos deste.

A semelhança entre o art. 43 do CPM e o §34 do StGB é evidente, ao menos no que toca a atual conformação do último. Com efeito, o estado de necessidade do Código alemão enfrentou sucessivas evoluções até redundar na atual redação, em vigor desde 1975.

Convém apenas mencionar que os trabalhos de reforma da parte geral do StGB partiram, no que toca o estado de necessidade, da teoria da pura da ponderação de bens jurídicos (*reinen Güterabwägungstheorie*)²⁹⁰, revelada insatisfatória quando das deliberações legislativas, dada a necessidade de ponderação de todos os fatores no caso concreto, e não somente bens.²⁹¹

Mercê do exposto, houve uma substituição da locução bens jurídicos (*Rechtsgüter*) por interesse (*Interessen*), tudo de modo a abarcar o grau de perigo a que são submetidos. Bem assim, acresceram-se elementos da teoria do fim, que impõe uma valoração ético-social acerca do meio correto para um fim adequado.²⁹²

²⁸³ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. Op. Cit., p. 274.

²⁸⁴ *Idem.* p. 266.

²⁸⁵ BRUNO, Aníbal. **Direito penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957. t. I, p. 388.

²⁸⁶ JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1, p. 363.

²⁸⁷ NEVES, Cícero R. C; STREIFINGER, Marcello. **Manual de direito penal militar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 395.

²⁸⁸ ROSSETTO, Enio Luiz. **Código Penal Militar comentado**. 2. ed. São Paulo: RT, 2015. p. 43.

²⁸⁹ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. Op. Cit. p. 277.

²⁹⁰ ROXIN, Claus. Op. Cit. p. 726.

²⁹¹ *Idem.*

²⁹² ROXIN, Claus. Op. Cit. p. 727.

Noutra toada, e referente ao art. 42 do CPM, a doutrina nacional elenca os requisitos da justificante, quais sejam: existência de perigo certo e atual, não provocado pelo agente, inevitável, proteção a direito próprio e de terceiro, perecimento do bem de menor valor para salvar o de maior e inexistência do dever legal do agente de enfrentar o perigo.²⁹³

Em ácida crítica à proposta de fundamentação do estado de necessidade na teoria da “colisão de direitos”, que supõe o sacrifício daquele de somenos importância, Hungria pontua que “não há direitos mais ou menos importantes senão do ponto de vista do seu objeto ou conteúdo”²⁹⁴. Assim, consideremos bem como interesse para fins de evolução do tema.

A questão do dever de enfrentar o perigo por si só já compromete o emprego da excludente de ilicitude, dado o dever de prender em flagrante imposto ao militar por força do art. 301 do Código de Processo Penal.

De todo modo, o Comandante da patrulha que executa uma ordem de reconhecimento de ponto²⁹⁵ e se vê diante do cometimento de um crime transfronteiriço – um tráfico de armas de fogo, diga-se – deverá ponderar entre o dever militar, bem jurídico tutelado pelo art. 196 do CPM, e a incolumidade pública.

Pois bem: o cumprimento do dever militar é, na forma da Lei 6.880/80, uma manifestação essencial do valor militar (art. 28, I), sendo por isso um interesse intangível sob qualquer ângulo.

Recorde-se que a ponderação, consoante demonstrado, supõe uma valoração ético-social (*zocialetischer Gesamtwertung*) por parte do agente que, no caso específico, importa na análise da conveniência e oportunidade da ordem militar.

Ora, as incursões realizadas no capítulo antecedente sobre a formação militar bem demonstram a posição de destaque da disciplina intelectual militar, que prescreve o rigoroso acatamento das determinações superiores a despeito de qualquer juízo particular.

Em outras palavras, para além de particularmente nebulosa, a ponderação entre dever militar e qualquer outro interesse – mesmo aqueles que gozam de alta precedência no contexto de uma atividade de natureza civil – mostra-se inviável, por representar um atentado à disciplina da instituição.

²⁹³ Neste sentido, cf: NUCCI, Guilherme de Souza. Op. Cit. p. 95.

²⁹⁴ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. Op. Cit. p. 285.

²⁹⁵ Diferentemente de uma patrulha de reconhecimento de área, a patrulha de reconhecimento de um ponto trata de objetivo específico, normalmente com características bem estabelecidas, como horários e itinerários.

Há pois um evidente déficit funcional na norma do art. 42, talvez resultado do anacronismo que impossibilitaria antever um conflito de interesses para além das tradicionais missões de natureza militar.

Registre-se que foram necessárias duas gerações de juristas para a redação final do §34 do StGB. A deficiente conformação do dispositivo, em sua redação originária, viabilizava somente a regulação do estado de necessidade nos casos de perigo proveniente de coisa e ingerência em coisa alheia para demover o perigo, hipóteses prescritas nos §228 e 904 do BGB de 1900.

A total inaptidão do StGB de 1871, que regulamentava somente causas de exculpação (demandando assim um complemento do Código Civil), embalou um sem-número de sentenças absolutórias com base em causa supralegal de exclusão de ilicitude.²⁹⁶

À luz da situação proposta, a ponderação entre qualquer interesse e a disciplina castrense mostra-se defesa, pois implica na subversão de um vetor institucional que, desde a formação, deve reger a conduta militar.

A constatação de que o art. 42 não possui efeito prático quando proposto a discriminar conduta que envolva interesse militar é particularmente tormentosa diante de um cenário de atividade civil, onde a ordem militar não representaria um fim em si mesma.

Longe de representar um exagero, o fato de estar inserido em uma instituição total vetorada por valores específicos, implica numa performatividade única, incapaz de valorar o intangível.

Com efeito, a diversidade cultural não é produto da condição genética, “senão de um longo processo de aprendizagem, que se encarrega de produzir normas próprias de conveniência”²⁹⁷.

Abre-se espaço então para uma genuína colisão de deveres, aqui sintetizada no choque de duas potências éticas – passíveis de cumprimento isolado, mas não alternado – que representam dois mandatos legítimos.

O exemplo versado traduz autêntica colisão, que em muito se distancia do tradicional estado de necessidade. A mais latente reside no fato do estado de necessidade ampliar o espectro de ação livre ao alcançar uma proibição, afastando-se da premissa básica da colisão, que supõe a tutela de dois ou mais interesses.

²⁹⁶ ROXIN, Claus. Op. Cit. p. 724.

²⁹⁷ TAVARES, Juarez. Op. Cit. p. 154.

Também o estado de necessidade repousa fundado num vínculo de solidariedade, demandando que o titular do bem afetado reconheça a ação por legítima, circunstância essa inexistente na colisão de deveres.

Já o pressuposto da colisão é justamente a contraposição de mandatos de impossível cumprimento cumulativo, situação jurídica que passa muito ao largo do estado de necessidade proposto pelo art. 42 do CPM.

Para a doutrina especializada, “no caso da colisão de deveres, o sujeito percebe com clareza a finalidade protetiva da norma jurídica, mas não se orienta por ela porque lhe sobrepõe um imperativo de ética superior”²⁹⁸, sendo assim hipótese substancialmente distinta do estado de necessidade.

A valoração da ação no terreno da culpabilidade ignora o fato da colisão de deveres ter natureza marcadamente objetiva²⁹⁹, sendo alheia a qualquer perspectiva pessoal do agente. É dizer: a existência, bem como a resolução do conflito, independe de cosmovisões, respeitado o universo ético em que se encontra inserido o agente.

No mais, mostra-se temerário – e particularmente problemática ao agente militar – a conclusão pela ilicitude da conduta, ainda que não culpável, dada a forte carga subjetiva que encerra a avaliação da exigibilidade de conduta diversa.

Assim, e observada a imprestabilidade do art. 42 como critério interpretativo da ilicitude em ações de natureza civil conduzidas por militares, não só o instituto da colisão de deveres, mas também a perspectiva das áreas livres do Direito, mostram-se adequados ao trato da responsabilidade do gestor militar.

²⁹⁸ GALVÃO, Fernando. **Direito penal militar – teoria do crime**. 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018. p. 528.

²⁹⁹ A perspectiva foi abordada no início do trabalho. Neste sentido, por todos, cf.: KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 30.

CONCLUSÃO

Conforme apontado no presente estudo, a colisão de deveres, longe de ser um tema recente, vêm inspirando as mais variadas orientações acadêmicas ao longo do tempo. As perspectivas do conflito trágico, bem como suas consequências, são periodicamente revisitadas pela doutrina.

O presente ano, marcado pela pandemia do SARS-CoV2, trouxe a reboque o colapso logístico dos sistemas de saúde de várias nações, reacendendo o dilema trágico do profissional de saúde que, acometido de dois mandatos, vê-se impedido de cumpri-los de modo cumulativo.

Assim, para além de atual, a colisão de deveres representa um enorme desafio à dogmática jurídica, notadamente à vista de novos referenciais éticos que irão permear o instituto.

Certamente um dos momentos de maior efervescência do tema se deu após a Segunda Guerra Mundial, ocasião em que os médicos psiquiatras envolvidos no regime nacional-socialista foram julgados pela seleção dos pacientes que deveriam ser encaminhados a campos de extermínio.

Embora num primeiro momento o corpo de jurados tenha se inclinado ao reconhecimento de uma situação de estado de necessidade supralegal, a Corte concluiu pela existência de uma causa pessoal de exclusão da punibilidade.

Os exatos efeitos do reconhecimento da colisão de deveres são objeto de divergência doutrinária; no entanto, difundiu-se – a partir de meados do último século – a clivagem entre interesses hierarquizáveis e não hierarquizáveis.

Encerra-se nessa perspectiva a orientação de que em colisões de diferente hierarquia, o menor interesse cederia ao maior; lado outro, e sendo inviável ao ordenamento a determinação da conduta devida, ter-se-ia uma excludente de culpabilidade. Este seria o caso dos deveres não hierarquizáveis.

É relevante anotar que a colisão de deveres, por representar verdadeiro conflito situacional, somente pode ser depurada à vista de um cenário fático específico, sendo de todo inviável a análise isolada dos mandatos.

Nada obstante, e partindo-se da perspectiva que o traço marcante da colisão de deveres é justamente a incapacidade objetiva de cumprimento cumulativo dos mandatos, mostra-se pertinente a crítica de determinado setor doutrinário, no sentido da inviabilidade da adoção de qualquer causa de irresponsabilidade de matiz subjetivo.

Observado que o mandato não pode obrigar o proibido ou o impossível, o reconhecimento da justificação parece encerrar uma elegante solução àquele premido pela colisão de deveres.

Outra opção à teoria da colisão de deveres, conquanto com menos adeptos é a *Rechtsfreier raum* (áreas livres do Direito) que, reconhecendo a liberdade do cidadão como originária, propõe que o ordenamento se abstenha de valorar a conduta quando este não é capaz de apontar ação mandada.

De todo modo, e afastada a incidência da teoria das áreas livres do Direito, a doutrina sugere que a análise dos interesses em conflito seja feita com esteio em um trinômio, a saber, qualidade dos interesses, intensidade das lesões e perspectivas de resguardo dos mesmos.

Pensar em qualquer instituto aplicado ao Direito Militar supõe uma abordagem das instituições militares, cuja pauta de referenciais éticos – conquanto não exclusivos – guarda uma métrica peculiar.

O traço distintivo da atividade militar reside na possibilidade do uso legítimo da força, atribuição que exige do profissional das armas formação com características deveras específicas e muito distantes de um profissional da área de governança.

A formação do Oficial combatente do Exército Brasileiro visa uma homogeneização de conduta e pensamento, sendo esta característica mantida ao longo de toda carreira do militar. O rigor nas instruções atende a uma proposta didática voltada à atividade-fim, aqui compreendida como a defesa da Pátria.

Para muito além de um processo de socialização profissional, a absorção de valores e condicionamento de atitudes experimentada no período de formação projeta reflexos em todos os aspectos da vida do militar.

A conduta militar passa a reger diversos aspectos da vida civil do profissional, observado que o ambiente castrense – sobretudo as Escolas de Formação – funcionam como instituições totais, viabilizando a observação do instruendo em diversos aspectos para além da atividade laborativa.

Com efeito, a obrigação de sacrifício da própria vida possui fundamento eminentemente moral, circunstância que reforça a necessidade de uma doutrina voltada à fé nos valores institucionais.

Importa destacar que toda essa base ética repousa fundada nos princípios conformadores da instituição militar, quais sejam, a hierarquia e a disciplina, que à certa medida podem ser vistos como meta-regras.

Conquanto recorrente, mostra-se equivocado pensar o Direito Penal Militar como um veículo de resguardo da hierarquia e da disciplina militar. O fundamento deste ramo do Direito, que vêm sendo objeto de profundo questionamento em diversos ensaios, reclama maiores estudos por parte da comunidade acadêmica.

Como vetores de conformação administrativa das Forças Armadas, mostra-se inviável a percepção de que o Direito Penal Militar se propõe à tutela dos mesmos, quer por não representarem bens jurídicos propriamente ditos, quer por versarem interesses exclusivamente da Administração Pública.

Em sendo os juízes militares vinculados à instituição e comprometidos com seus princípios conformadores, avulta a pretensa parcialidade do instituto do escabinato adotado pela Justiça Militar.

A percepção funcionalista busca legitimar o Direito Penal Militar no resguardo da eficiência das Forças Armadas, furtando-se de maiores incursões acerca do fundamento da estrutura, olvidando que, na experiência estrangeira, algumas das maiores potências militares não dependem de tal instrumento punitivo para manutenção dos níveis de excelência.

Mesmo em exércitos frequentemente envoltos em atividades beligerantes, o direito administrativo sancionador parece ser a primeira opção do chefe militar para manutenção das condições operacionais da tropa.

Remanesce, assim, em aberto o efetivo fundamento do Direito Penal Militar, sendo deveras oportuna sua investigação no atual momento experimentado pelas Forças Armadas de modo geral.

Com efeito, e dentro de um cenário de guerra assimétrica, o Exército Brasileiro cruzou o Corpo da Guarda, passando a tratar cada vez mais com a população civil. O quantitativo de Operações de Garantia da Lei e da Ordem bem ilustra a assertiva.

Acometida da execução de atividades genuinamente civis, a Força Terrestre vivencia um recorrente emprego em atividades que escapam à sua proposta constitucional, tudo sem a necessária mudança de perspectiva dos operadores militares.

Dentro do contexto de emprego em atividades civis, colisão de deveres envolvendo elementos militares guarda fisionomia própria, observada a pauta ética que determina a conduta castrense.

Neste sentido, o estado de necessidade – usualmente empregado na resolução de conflitos hierarquizáveis – mostra-se inadequado ao que se propõe, dada a impossibilidade de

ponderação de qualquer interesse confrontado à ordem militar, pressuposto da teoria diferenciadora que orienta a estrutura do Código Penal Militar.

A inadequação do instituto, à semelhança do estágio dogmático vivido na Alemanha até 1975, viabiliza perspectivas de emprego das teorias da colisão de deveres e áreas livres do Direito.

O Exército Brasileiro, à luz de sua destinação constitucional, não parece ser o ente adequado para a condução de atividades genuinamente civis. Eventual colapso de instituições locais de segurança pública, cada vez mais frequentes, não podem legitimar seu irrestrito emprego para além da defesa da Pátria.

Ainda que se entenda o contumaz engajamento da Força Terrestre em atividades estranhas à sua proposta constitucional como uma opção de natureza político-criminal, há de se reconhecer que o atual momento dogmático não oferece respostas satisfatórias aos desafios do porvir.

Evidencia-se assim um temerário vácuo no que concerne o trato da colisão de deveres, sendo sua solução um desafio inadiável à vista da proposta de emprego do Exército Brasileiro para a atualidade.

Este vácuo normativo, registre-se, viabiliza o reconhecimento da colisão de deveres como legítimo instituto jurídico, funcionando como um convite também a se pensar na teoria das áreas livres como critério corretivo do injusto penal.

REFERÊNCIAS

- ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. **Direito administrativo militar**. 2. ed. São Paulo: Método, 2015.
- ALBUQUERQUE MELLO, Celso Duvivier. **Direitos humanos e conflitos armados**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- ANDRADE, Israel de Oliveira; HAMANN, Eduarda Passarelli; SOARES, Matheus Augusto. A participação do Brasil nas operações de paz das Nações Unidas: evolução, desafios e oportunidades. **Texto para discussão**, Rio de Janeiro, v. 2442, p. 8, jan. 2019. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8939/1/td_2442.pdf. Acesso em: 06 mai. 2020.
- ARGENTINA. **Ley Federal nº 26.394, de 26 de agosto de 2008**. Deróganse el Código de Justicia Militar y todas las normas, resoluciones y disposiciones de carácter interno que lo reglamentan. Modificanse el Código Penal y el Código Procesal Penal de la Nación. Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/140000-144999/143873/norma.htm>> Acesso em: 23 mar. 2020.
- ASSIS, Jorge César de. Bases filosóficas e doutrinárias da Justiça Militar. **Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, a. 7, n. 27, p. 269-304, abr./jun. 2008.
- ÁVILA, Humberto. Neoconstitucionalismo: entre a ciência do direito e o direito da ciência. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (org.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- BIERRENBACH, Flávio Flores da C. A Justiça Militar e o Estado de Direito. In RAMOS, Dircêo Torrecillas; ROTH, Ronaldo João; COSTA, Ilton Garcia da (Coord). **Direito Militar: doutrina e aplicações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- BINDING, Karl. **Handbuch des Strafrechts**. 1885. Reimpressão, Berlin: Duncker & Humblot, 2013.
- BRACEY, Djuan. O Brasil e as operações de Manutenção de Paz da ONU: os casos do Timor Leste e Haiti. **Contexto Internacional**, Rio de Janeiro, v. 33, n. 2, p. 315-331, jul./dez. 2011.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 6425/2019**. Estabelece normas aplicáveis aos militares em operações de Garantia da Lei e da Ordem e aos integrantes dos órgãos a que se refere o caput do art. 144 da Constituição e da Força Nacional de Segurança Pública, quando em apoio a operações de Garantia da Lei e da Ordem. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1836676&filename=PL+6125/2019. Acesso em: 25 mai. 2020.
- _____. Decreto nº 6.703, de 18 de dezembro de 2008. Aprova a Estratégia Nacional de Defesa, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: Seção 1, Brasília, DF, ano 146, n. 247, p. 4-14, 19 dez. 2008.
- _____. Estado-Maior do Exército. **C 72-20: O Batalhão de Infantaria de Selva**. 1. ed. Brasília: EGGCF, 1997.
- _____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Brasil em Síntese**. Disponível em: <https://brasilemsintese.ibge.gov.br/territorio.html>. Acesso em 29 mai. 2020.

_____. Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999. Dispõe sobre normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas. **Diário Oficial da União**: Seção 1 – Extra, Brasília, DF, ano 137, n. 139-E, p. 1, 10 jun. 1999. PL 250/98.

_____. Lei nº 6.880, de 09 de dezembro de 1980. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6880.htm. Acesso em: 29 fev. 20.

_____. Ministério da Defesa. Comando de Operações Terrestres. **Portaria Normativa nº 146-COTER**. Aprova o Manual de Campanha EB70-MC-10.242 Operação de Garantia da Lei e da Ordem, 1ª Edição, 2018, e dá outras providências. Brasília: Ministério da Defesa, 27 nov. 2018.

_____. MINISTÉRIO DA DEFESA. Projetos Estratégicos do Exército Brasileiro. **Military Review (Edição Brasileira)**. Leavenworth, v. 68, n. 1, p. 39-41, jan./fev. 2013. Disponível em: <https://www.armyupress.army.mil/Journals/Edicao-Brasileira/Arquivos/>. Acesso em: 13 mai. 2020.

_____. Ministério da Defesa. Estado-Maior Conjunto das Forças Armadas. **Portaria Normativa nº 186/MD**. Dispõe sobre a publicação “Garantia da Lei e da Ordem”. Brasília: Ministério da Defesa, 31 jan. 2014. Disponível em: https://www.defesa.gov.br/arquivos/2014/mes02/md33_m_10_glo_2ed_2014.pdf. Acesso em: 06 mai. 2020.

_____. Ministério da Defesa. Estado-Maior da Armada. **Doutrina Básica da Marinha**. Brasília: Ministério da Defesa, 13 jul. 2004. Disponível em: http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/dados/Lists/Pedido/Attachments/418525/RESPOSTA_PEDIDO_EMA-305_2004.pdf. Acesso em: 28. abr. 2020.

_____. Ministério da Defesa. Estado-Maior do Exército. **O Exército Brasileiro**. Brasília: Ministério da Defesa, 8 out. 2015. Disponível em: <https://www.eb.mil.br/documents/10138/6563889/Manual+-+O+Ex%C3%A9rcito+Brasileiro/09a8b0d2-81d0-4a69-a6ea-0af9a53eaf45>. Acesso em: 23 mar. 2020.

_____. Ministério da Defesa. Estado-Maior do Exército. **Portaria nº 512-EME**. Aprova a Diretriz de Implantação do Programa Estratégico do Exército Sistema Integrado de Monitoramento de Fronteiras – SISFRON (EB20-D-08.010). Brasília: Ministério da Defesa, 11 dez. 2017. Disponível em: <http://www.sgex.eb.mil.br/sistemas/be/copiar.php?codarquivo=1566&act=bre>. Acesso em: 14 mai. 2020.

_____. Ministério da Defesa. Estado-Maior do Exército. **Portaria nº 193-EME**. Aprova a Diretriz para a Implantação do Projeto Sistema Integrado de Monitoramento de Fronteiras. Brasília: Ministério da Defesa, 22 dez. 2010. Disponível em: <http://www.sgex.eb.mil.br/sistemas/be/copiar.php?codarquivo=884&act=bre>. Acesso em 14 mai. 2020.

_____. Ministério da Defesa. Estado-Maior do Exército. **Portaria nº 512-EME**. Aprova a Diretriz de Implantação do Programa Estratégico do Exército Sistema Integrado de Monitoramento de Fronteiras – SISFRON (EB20-D-08.010). Brasília: Ministério da Defesa, 11 dez. 2017. Disponível em: <http://www.sgex.eb.mil.br/sistemas/be/copiar.php?codarquivo=1566&act=bre>. Acesso em: 14 mai. 2020.

_____. Ministério da Defesa. Secretaria-Geral do Exército. **Portaria nº 1.357 Gab Cmt.** Brasília: Ministério da Defesa, 6 nov. 2014. Disponível em: <http://www.sgex.eb.mil.br/sistemas/be/copiar.php?codarquivo=228&act=sep>. Acesso em: 12 fev. 20.

_____. Ministério da Defesa. Secretaria-Geral do Exército. **Portaria nº 1.424 Gab Cmt.** Brasília: Ministério da Defesa, 8 out. 2015. Disponível em: <https://pt.calameo.com/books/00123820631730600fea9>. Acesso em: 29 fev. 20.

_____. Ministério da Integração Nacional. Gabinete do Ministro. **Portaria Interministerial nº 1.** Brasília, Ministério da Integração Nacional, 25 jul. 2012. Diário Oficial da União: Seção 1, ano 150, nº 144, p. 40, 27 jul. 2012.

_____. Secretaria-Geral da Presidência da República. **Exposição de Motivos Interministerial n. 00179 /2019 MD/MJSP.** Brasília, Secretaria-Geral da Presidência da República., 21 nov. 2019.

_____. Superior Tribunal Militar (Plenário). **Recurso em Sentido Estrito nº 7000530-28.2019.7.00.0000.** Recorrente: Ministério Público Militar. Recorrido: Luan Malaguez Lopes. Relator: Min. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, 15 de agosto de 2019. Disponível em: https://eproc2g.stm.jus.br/eproc_2g_prod/jurisprudencia/html/documento.php?uuid=374ac8022b295f293a47240c5e95d47fdceec02bec1cc65129cfd5b6de364c77&options=%23page%3D1. Acesso em: 23 mar. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. (2. Turma). **Habeas Corpus 112936.** [...] Função de policiamento ostensivo que traduz típica atividade de segurança pública. [...]. Paciente: Wesley da Silva Cordeiro. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator: Min. Celso de Mello, 05 de fevereiro de 2013. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, v. 224, p. 534, abr./jun. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 36.** Compete à Justiça Federal comum processar e julgar civil denunciado pelos crimes de falsificação e de uso de documento falso quando se tratar de falsificação da Caderneta de Inscrição e Registro (CIR) ou de Carteira de Habilitação de Amador (CHA), ainda que expedidas pela Marinha do Brasil. Diário da Justiça Eletrônico: Brasília, DF, n. 210, p. 1, 24 out. 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Estatísticas.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=decisoessgeral>. Acesso em: 14 jun. 19.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Boletim estatístico**, ano 2018. Disponível em: https://www2.stm.jus.br/st2/index.php/ctrl_visualizacao/visualizar_pdf/1550156992.PDF. Acesso em: 14 jun. 19.

BRAY, Robert. M. *et al.* **Understanding military workforce productivity: effects of substance abuse, health, and mental health.** New York: Springer, 2014.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957. t. I.

CARVALHO, Fabiano Lima de. O emprego das Forças Armadas Brasileiras no combate ao crime organizado no Rio de Janeiro (2010): um câmbio na política de segurança pública brasileira. **Military Review (Edição Brasileira).** Leavenworth, v. 68, n. 1, p. 42-54, jan./fev. 2013. Disponível em: <https://www.armyupress.army.mil/Journals/Edicao-Brasileira/Arquivos/>. Acesso em: 13 mai. 2020.

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, v. 84, 1998.

_____. **O direito hoje e com que sentido?**. 3. ed. Lisboa: Instituto Piaget, 2012.

CASTRO, Celso. **O espírito militar: um estudo de antropologia social na Academia Militar das Agulhas Negras**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1990.

CEPIK, Marco; KUELE, Giovanna. Inteligência em operações de paz da ONU: déficit estratégico, reformas institucionais e desafios operacionais. **DADOS - Revista de ciências sociais**, Rio de Janeiro, v. 59, n. 4, p. 963-993, 2016.

CHAVES Jr, Edgard de Brito. Escorço histórico da justiça militar. **Revista de Estudos e Informações**. Belo Horizonte, TMJ/MG, n. 08, p. 12-18, 2001.

COELHO, Edmundo Campos. **Em busca de identidade: o Exército e a política na sociedade brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

COLLINS, Pauline. **The military as a separate society – consequences for discipline in the United States and Australia**. Lanham: The Rowman & Littlefield Publishing Group, 2019.

COLOMBIA. **Constitución Política de Colombia de 1991**. Disponível em: <<https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2020.

CORREA, Univaldo. **A Justiça Militar e a Constituição de 1988 – uma visão crítica**. 1991. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1991.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Sentencia nº 11.571**. Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Recorrente: Palamara Iribarne. Recorrido: Estado do Chile. San José, 22 de novembro de 2005. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_ing.pdf. Acesso em: 25 mar. 2020.

COSTA, Ângelo Machado da. **Análise da necessidade de transformação do 61º BIS em Comando de Fronteira**. 2018. Trabalho de conclusão de curso (especialização em Ciências Militares) – Escola de Aperfeiçoamento de Oficiais, Rio de Janeiro, 2018.

CRESCENCIO JR., Armando José. **As Operações de Garantia da Lei e da Ordem (GLO) em perspectiva comparada com o uso da força nas Operações de Paz – Reflexos do emprego da força na MINUSTAH para a atuação do Exército Brasileiro em GLO pós Haiti**. 2019. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Ciências Militares) – Escola de Comando e Estado-Maior do Exército, Rio de Janeiro, 2019.

D'EÇA LEAL, Fernando. A guerra irregular – a conspiração do silêncio no século XXI?. **Revista Militar**, Lisboa, n. 2515, p. 1113-1148, ago. 2011.

DI BLASI, Erica. *Italians over 80 'will be left to die' as country overwhelmed by coronavirus*. **The Telegraph**. 14 mar. 2020. Disponível em: <https://www.telegraph.co.uk/news/2020/03/14/italians-80-will-left-die-country-overwhelmed-coronavirus/>. Acesso em: 15 mar. 2020.

DUBBER, Marcus. **An introduction to the model penal code**. New York: Oxford, 2015.

ELLIS, Robert Evan. As Forças Armadas paraguaias na luta contra o crime organizado e a insegurança. **Military Review (Edição Brasileira)**. Leavenworth, v. 74, n. 3, p. 3-15, jul./set. 2019. Disponível em: <https://www.armyupress.army.mil/Journals/Edicao-Brasileira/Arquivos/>. Acesso em: 25 mai. 2020.

ELLSCHIED, Günter. O problema do direito natural. Uma orientação sistemática. *In*: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2015.

FARIA, Durland Puppig. **Introdução à história militar brasileira**. Resende: Academia Militar das Agulhas Negras, 2015.

FARIA, Marcelo Uzeda. **Direito penal militar**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

FREITAS, Ricardo de Brito. O sistema penal militar dos EUA. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério público da União**. Brasília, a. I, n. 1, out/dez. 2001.

GALLAS, Wilhelm. Pflichtenkollision als Schuldausschliessungsgrund. *In*: MEZGER, Edmund. *et al.* **Festschrift für Edmund Mezger: zum 70**. München: Beck, 1954.

GALVÃO, Fernando. A incompreensão sobre o bem jurídico tutelado nos crimes militares. **Revista do observatório da Justiça Militar Estadual**, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, 19 jul. 2018.

_____. **Direito penal militar – teoria do crime**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

GHIOTTO, Anthony J. Back to the future with de Uniform Code of Military Justice: the need to recalibrate the relationship between the military justice system, due process, and good order and discipline. **North Dakota Law Review**, Grand Forks, v. 90, n. 3, p. 511-512, 2014.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos**. 7.ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.

GRECO, Luís (coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

_____. 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**. São Paulo, a. 18, n. 82, p. 169-181, jan./fev. 2010.

HAFT, Fritjof. Direito e linguagem. *In*: KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2015.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito**. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HEYDTE, Friedrich August. **A guerra irregular moderna**. Rio de Janeiro: Bibliex, 1990.

HOGUE, Lynn; SHANOR, Charles A. **Military law in a nutshell**. 2. ed. West Publishing Company: Saint Paul, 1996.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno. **Comentários ao Código Penal**. 5. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1978. t. II.

JÄGER, Christian; GRÜNDEL, Johannes. Zur Notwendigkeit einer Neuorientierung bei der Beurteilung der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Angesicht der Corona-Triage. **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, Gießen**, ano 15, p. 151-163, abr. 2020.

JAKOBS, Günter. **Strafrecht allgemeiner teil**. New York: de Gruyter, 1991.

_____. **Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoria de la imputación**. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

JANOWITZ, Morris. **The professional soldier: a social and political portrait**. 2. ed. New York: Free Press, 1966.

- JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.
- JIMENEZ Y JIMENES, Francisco. **Introducción al derecho penal militar**. Madrid: Civitas, 1987. p. 77 e ss.
- JUNGMANN, Raul. A competência das Forças Armadas na Constituição Federal de 1988 e seu papel na Segurança Interna. **Revista do Ministério Público Militar**, Brasília, a. 42, n. 27, p. 70-79, nov. 2017.
- KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. Petrópolis: Vozes, 2013.
- KAUFMANN, Amin. **Dogmática de los delitos de omisión**. Barcelona: Marcial Pons, 2006.
- KAUFMANN, Arthur. **A problemática do direito ao longo da história**. In: _____. HASSEMER, Winfried (org.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2015.
- LACAVA, Nelson. **Bases do sistema de direito penal militar**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
- LAPORT, William Pereira. **A atuação da justiça expedicionária brasileira no teatro de guerra da Itália (1944-1945)**. 2016. Dissertação (Mestrado em História) – Programa de Pós-Graduação em História, Universidade de Brasília, Brasília, 2016.
- LEIRNER, Piero de C. **Meia-volta, volver. Um estudo antropológico sobre a hierarquia militar**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997.
- LIND, William. *et al.* Do conceito da guerra: rumo à 4ª geração. **Military Review (Edição Brasileira)**. Leavenworth, v. 70, n. 1, p. 48, jan./abr. 1990. Disponível em: <https://www.armyupress.army.mil/Journals/Edicao-Brasileira/Arquivos/>. Acesso em: 30 abr. 2020.
- LIND, William. *et al.* The changing face of the war: into the fourth generation. **Marine Corps Gazette**, Quantico, v. 73, n. 10, p. 22-26, out. 1989.
- LINS FILHO, Alexandre de M. B. **Contribuição brasileira para o sucesso nas operações de manutenção de paz da Organização das Nações Unidas. 2017**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Relações Internacionais) – Faculdade de Relações Internacionais, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2017.
- LIRA, Jairo Paes de. O juiz fardado nos conselhos da justiça militar estadual. **Caderno Jurídico**. Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, São Paulo, v. 6, n. 3, p. 59-75, jul./dez. 2004.
- LOUREIRO NETO, José da Silva. **Direito Penal Militar**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- MAYRINK DA COSTA, Álvaro. **Direito penal – parte geral**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 1, t. 2.
- MEIGS, Montgomery. Idéias pouco ortodoxas sobre a Guerra Assimétrica. **Military Review (Edição Brasileira)**. Leavenworth, v. 84, n. 1, p. 2-14, jan./mar. 2004. Disponível em: <https://www.armyupress.army.mil/Journals/Edicao-Brasileira/Arquivos/>. Acesso em: 28 abr. 2020.
- MERA FIGUEROA, Jorge. Bases programáticas para la reforma integral del derecho penal militar chileno. **Informes de Investigación – Facultad de Derecho Universidad Diego Portales**, Santiago, a. 5, n. 16, p. 5-6, ago. 2013.
- _____. **La justicia militar em Chile**. Santiago: Flacso-Chile, 2000.

- MÉXICO. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917**. Disponível em: <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/cn16.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2020.
- MEY, Edson. **A Justiça Militar em outros países**. Brasília: STM, 1999.
- MILLER, Harold L. A long look at article 15. **Military law review**, Washington, v. 28, p. 3, 1º abr. 1965.
- MIRANDA, Reinaldo Moreira de. A autonomia do direito penal militar e seus fundamentos exclusivos. **Direito Militar. Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME**, Florianópolis, v. 8, n. 47, p. 11, maio/jun 2004.
- MONTEIRO, Luís Nuno. Guerras de 4ª geração. **Revista Militar**, Lisboa, n. 2591, p. 1001-1014, dez. 2017.
- MORGAN, Edmund Morris. Drafting of code. **Military law review**, Washington, v. 28, p. 3, 1º abr. 1965.
- NEUMANN, Ulfrid. Zur Struktur des strafrechtlichen Instituts der ‘Pflichtenkollision’. In: SCHMOLLER, Kurt; JOERDEN, Jan C. **Rechtsstaatliches Strafen. Festschrift für Keiichi Yamanaka zum 70 Geburtstag**. Berlin: Duncker & Humblot, 2017.
- NEVES, Cícero R. C.; STREIFINGER, Marcello. **Manual de direito penal militar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Militar comentado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- OTTO, Harro. **Pflichtenkollision und rechtswidrigkeitsurteil**. Hamburg: De Gruyter, 1965.
- PARAGUAI. **Constitución de la Republica del Paraguay de 1992**. Disponível em: <http://www.bacn.gov.py/CONSTITUCION_ORIGINAL_FIRMADA.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2020.
- PENNA, Sérgio F. P. de O; MACIEL, Eliane C. B. de A. **Técnica legislativa: orientação para a padronização de trabalhos**. Brasília: Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2002.
- PEREIRA, Débora Duprat de B. **O Estado pluriétnico**. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs/artigos/docs_artigos/estado_plurietnico.pdf Acesso em: 11 fev. 20.
- PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa de 1976**. Disponível em: <<https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>>. Acesso em: 23 mar. 2020.
- PRADO. Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. São Paulo: RT, 1999. p. 47.
- RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva: 2017.
- REIS FRIEDE, Roy. Guerra assimétrica reversa. **Revista da Escola Superior de Guerra**. Rio de Janeiro, v. 26, n. 53, p. 48-65, jul./dez. 2011.
- RIEZU, Antonio Cuerda. **La colisión de deberes en derecho penal**. Madrid: Tecnos, 1984.
- ROAN, James B.; BUXTON, Cynthia. The american military justice system in the new millenium. **The Airforce Law Review**, Getzville, v. 52, p. 190, 2002.
- ROSA FILHO, Cherubim. **A Justiça Militar da União através dos tempos**. Brasília: STM, 2012.

- ROSSETTO, Ênio Luiz. **Código Penal Militar comentado**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- ROTH, Ronaldo João. Lei 13.491/17 – os crimes militares por extensão e o princípio da especialidade. **Revista de doutrina e jurisprudência do STM**, Brasília, v. 27, n. 1, jul/dez 2017.
- ROXIN, Claus. **Derecho penal – parte general**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña *et al.* Madrid: Civitas, 1997.
- _____. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit zwischen Können und Zumutbarkeit. *In*: KREUZER, A.; OTTO, H. *et al.* (org.). **Fühlende und denkende Kriminalwissenschaften: Ehrengabe für Anne-Eva Brauneck**. Mönchengladbach: Forum Verlag, 1999.
- _____. **Strafrecht allgemeiner teil**. Band I. 4. ed. München: C H Beck, 2006.
- SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal parte geral**. 7. ed. Florianópolis: ICPC, 2017.
- SARAIVA, Alexandre. **Código Penal Militar comentado artigo por artigo**. São Paulo: Método, 2014.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SCHERER, Marcelo de Vargas. **Fundamentos do direito penal militar: um olhar para além da hierarquia e disciplina**. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Direito penal no Estado Democrático de Direito: o imprescindível nível de racionalidade de sua dogmática e a progressiva propaganda do retrocesso. *In*: SCHÜNEMANN, Bernd; TEIXEIRA, Adriano (coord.). **Direito penal, racionalidade e dogmática – sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema racional**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.
- _____. O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito Liberal. *In*: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- _____. O princípio da proteção de bens jurídicos como ponto de fuga dos limites constitucionais e da interpretação dos tipos. *In*: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- _____. TEIXEIRA, Adriano (coord.). **Direito penal, racionalidade e dogmática – sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema racional**. São Paulo: Marcial Pons, 2018.
- SHEEHAN, James. **The monopoly of violence: why europeans hate going to war**. London: Faber & Faber, 2007.
- SCHWABE, Jürgen; MARTINS, Leonardo (org.). **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **El delito de omisión: concepto y sistema**. 2. ed. Buenos Aires: BdeF, 2003.
- SILVA, Cassiano Simões da. A guerra assimétrica. **Revista de Villegagnon**, Rio de Janeiro, ano IV, n. 4, p. 66-68, 2009.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional – teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed., 6ª reimpressão. Belo Horizonte: Forum, 2019.

STEPHANOU, Alexandre Ayub. **Censura no regime militar e militarização das artes**. Porto Alegre: Edipucrs, 2001.

STRATENWERTH, Günter; KUHLEN, Lothar. **Strafrecht – Allgemeiner Teil**. Franz Vahlen: München, 2011.

SUIÇA. World Health Organization. **Public health emergency of international concern declared**. Disponível em: <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/events-as-they-happen>. Acesso em: 13 mai. 2020.

SUPERIOR Tribunal Militar. **Código penal militar comparado ao Código penal: artigo por artigo: Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Brasília: Superior Tribunal Militar, Diretoria de Documentação e Gestão do Conhecimento, 2018.

TAVARES, Juarez. **Fundamentos de teoria do delito**. 1. ed. Rio de Janeiro: Tirant to Blanch, 2018.

THOMAS, Timothy. Deciphering asymmetry's world game. **Military Review**, Leavenworth, v. 81, n. 4, p. 32-37, jul./ago. 2001.

THOMAZI, Robson Luis Marques. **A hierarquia e a disciplina aplicadas às instituições militares: controle e garantias no regulamento disciplinar da Brigada Militar**. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

TIWARI, Gyanesh K. Stress and human performance. **Indo-Indian Journal of Social Science Researches**, Varanasi, v. 7, n. 1, p. 40-49, jan. 2011.

TURLEY, Jonathan. The military pocket republic. **Northwestern University Law Review**, Chicago, v. 97, n. 1, p. 96, outono 2002.

URUGUAI. *Constitución de la República de 1967*. Disponível em: <https://www.impo.com.uy/bases/constitucion/1967-1967>. Acesso em: 23 mar. 2020.

VIEIRA NETO, Floriano Peixoto. Epopéia militar brasileira no Haiti. HAMANN, Eduarda Passarelli; TEIXEIRA, Carlos Augusto Ramires (Org.). **A participação do Brasil na MINUSTAH (2004-2017): percepções, lições e práticas relevantes para futuras missões**. Rio de Janeiro: Instituto Igarapé, 2017.

VILA, Ivó Coca. **La colisión de deberes en derecho penal**. Atelier: Barcelona, 2016.

VON CLAUSEWITZ, Carl. **Da guerra**. Trad. Luiz Carlos Nascimento e Silva do Valle. Rio de Janeiro: Escola de Guerra Naval, 2007.

VON LISZT, Franz; PEREIRA, José Hygino Duarte (trad.). **Tratado de direito penal alemão**. t. I. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C., 1899. p. 94. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000147.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2020.

WELZEL, Hans. **Derecho penal, parte general**. Trad. Carlos Fontán Balestra. Roque Depalma: Buenos Aires, 1956.

WITTMANN, Jochen. **Aufstragstaktik: just a command technique or the core pillar of mastering the military operational art?**. Miles: Berlin, 2012.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito**. 3. ed. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

WORLEY, Robert. Asymmetry and adaptative command. **Military Review**, Leavenworth, v. 81, n. 4, p. 38-44, jul./ago. 2001.

XAVIER, Paulo Sérgio. **O currículo da Academia Militar das Agulhas Negras e a formação profissional: das origens ao início do século XXI**. 2017. Dissertação (Mestrado em Educação) – Faculdade de Educação, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Campo Grande, 2017.