



DIREITO PENAL

MILITAR
TEORIA DO CRIME

FERNANDO
GALVÃO



2 0 1 8

2ª EDIÇÃO

 editora
D'PLÁCIDO

DIREITO PENAL

MILITAR
TEORIA DO CRIME

DIREITO PENAL

MILITAR
TEORIA DO CRIME

FERNANDO
GALVÃO

2 0 1 8

2ª EDIÇÃO



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

Editor Chefe
Plácido Arraes

Produtor Editorial
Tales Leon de Marco

Capa, projeto gráfico
Leticia Robini

Diagramação
Bárbara Rodrigues da Silva
Christiane Moraes de Oliveira

Editora D'Plácido
Av. Brasil, 1843, Savassi
Belo Horizonte – MG
Tel.: 31 3261 2801
CEP 30140-007



WWW.EDITORADPLACIDO.COM.BR

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

Catálogo na Publicação (CIP)
Ficha catalográfica

GALVÃO, Fernando.
Direito penal militar: Teoria do crime -- 2. ed.-- Belo Horizonte: Editora
D'Plácido, 2018.

Bibliografia.
ISBN: 978-85-8425-877-2

1. Direito . 2. Direito Militar I. Título. II. Direito

CDU349 CDD341.7

GRUPO
D'PLÁCIDO



*
Rodapé



SUMÁRIO

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

5.1. Crimes propriamente militares e crimes impropriamente militares.....	67
5.2. Crimes militares em tempo de paz e crimes militares em tempo de guerra.....	69
5.3. Os novos crimes militares introduzidos pela Lei 13.491/17.....	72
5.3.1. Revogação de antigos tipos incriminadores militares.....	73
5.3.2. Retroatividade da natureza militar para os casos anteriores	80
5.3.2.1. Situações benéficas.....	82
5.3.2.2. Encaminhamento à polícia judiciária militar/Justiça Militar.....	86
5.3.3. Crimes militares hediondos.....	87
5.3.4. Crimes dolosos contra a vida de civis.....	88
5.3.5. Penas restritivas de direitos e de multa.....	92
5.3.6. Aplicação imediata de pena e suspensão do processo.....	94
5.4. Impossibilidade constitucional de caracterização do crime militar.....	95
5.5. Crimes entre militares estaduais e federais.....	98

I. EVOLUÇÃO DA TEORIA DO CRIME 101

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

1.4.6.1. Giro linguístico e hermenêutico.....	159
1.4.6.2. Pretensões de validade da norma penal.....	164
1.4.6.3. Conformação sistêmica significativa.....	167
1.4.6.4. Influência do sistema significativo.....	171
1.4.7. Sistema adotado	172
1.4.7.1. Caráter normativo.....	174
1.4.7.2. Caráter funcional	176
1.4.7.3. Perspectiva significativa e procedimental.....	178
1.4.7.4. Tutela da hierarquia e da disciplina.....	179
2. TIPO PENAL INCRIMINADOR	185
2.1. Tipo e tipicidade.....	185
2.2. Funções do tipo	188
2.2.1. Selecionar a matéria de proibição.....	189
2.2.2. Garantir a liberdade individual.....	190
2.2.3. Motivar os membros da sociedade.....	190
2.2.4. Definir espécies de erro relevante.....	191
2.3. Conteúdo normativo do tipo.....	191
2.4. Estrutura do tipo.....	193
2.4.1. Elementos estruturais.....	194
2.4.1.1. Núcleo do tipo.....	194
2.4.1.2. Sujeitos do crime.....	195
2.4.1.3. Objetos do crime.....	198
2.4.2. Elementos objetivos.....	198
2.4.2.1. Meramente descritivos.....	199
2.4.2.2. Normativos.....	200
2.4.3. Elementos subjetivos.....	202
2.4.3.1. Dolo.....	204
2.4.3.2. Culpa.....	213
2.4.3.3. Preterdolo.....	223
2.5. Adequação típica.....	226
2.5.1. Direta ou imediata.....	227
2.5.2. Mediata ou por extensão.....	227
2.6. Adequação típica e erro de tipo.....	228
2.6.1. Erro essencial e erro acidental.....	230
2.6.2. Erro sobre elementos normativos do tipo.....	232
2.6.3. Erro vencível e invencível.....	234
2.6.4. Erro determinado por terceiro.....	235
2.7. Inadequação típica	235
2.7.1. Desistência voluntária e arrependimento eficaz.....	236
2.7.1.1. Requisitos	237

2.7.1.2. Responsabilização pelos atos já praticados.....	241
2.7.2. Crime impossível	243
2.7.2.1. Ineficácia absoluta do meio empregado.....	245
2.7.2.2. Impropriedade absoluta do objeto.....	247
2.7.2.3. Flagrante preparado e flagrante esperado.....	252
2.7.2.4. Crime impossível e crime putativo	253

3. IMPUTAÇÃO OBJETIVA 255

3.1. Resultado natural e resultado jurídico.....	257
3.2. Estrutura da imputação objetiva.....	260
3.2.1. Finalidade da conduta.....	263
3.3. Âmbito de aplicação da imputação objetiva.....	265
3.4. Causalidade e imputação objetiva.....	267
3.5. Determinação da causalidade natural.....	270
3.5.1. Teoria da equivalência dos antecedentes.....	270
3.5.2. Teoria da causalidade adequada.....	275
3.5.3. Concausalidade.....	277
3.6. Critérios normativos de relevância.....	281
3.6.1. Princípio da adequação social.....	283
3.6.1.1. Princípio da insignificância.....	286
3.6.1.1.1. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	289
3.6.1.1.1.1. Mínima ofensividade da conduta do sujeito.....	291
3.6.1.1.1.2. Nenhuma periculosidade social da conduta	291
3.6.1.1.1.3. Reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento	294
3.6.1.1.1.4. Inexpressividade da lesão jurídica provocada.....	295
3.6.1.1.1.5. Não comprometimento da hierarquia e disciplina	295
3.6.1.1.1.6. Existência de solução administrativo-disciplinar adequada para o ilícito.....	296
3.6.1.1.2. Insignificância e crimes complexos.....	297
3.6.1.1.3. Insignificância e crime continuado	298
3.6.1.2. Princípio da posição de garantidor.....	299
3.6.1.2.1. Da concepção naturalista à normativa de omissão.....	300
3.6.1.2.2. Distinção entre ação e omissão.....	304
3.6.1.2.3. Omissão própria.....	305
3.6.1.2.4. Omissão imprópria.....	306
3.6.1.3. Princípio da tolerância social a situações de risco	310
3.6.1.3.1. Criação do risco não permitido.....	312
3.6.1.4. Exclusão da imputação ante o risco permitido.....	317
3.6.1.4.1. Consentimento do ofendido e autocolocação em perigo.....	320
3.6.1.4.2. Princípio da confiança.....	325

3.6.1.5. Realização do risco não permitido.....	332
3.6.1.6. Situações particulares.....	334
3.6.1.6.1. Autocolocação em perigo.....	335
3.6.1.6.2. Cursos causais extraordinários.....	336
3.6.1.6.3. Ações perigosas de salvamento.....	337
3.6.1.6.4. Interrupções de ações de salvamento.....	339
3.6.1.6.5. Diminuições do risco.....	344
3.6.1.6.6. Aceleração do resultado.....	345
3.6.1.6.7. Aparição tardia do resultado.....	346
3.6.1.6.8. Erro sobre a pessoa e erro de execução (aberratio ictus).....	347
3.6.1.6.9. Erro sobre o bem jurídico (aberratio delicti).....	354

4. ILICITUDE E CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO 359

4.1. Ilicitude da conduta punível.....	359
4.2. Ilicitude e injusto.....	361
4.3. Ilicitude formal e material.....	362
4.4. Relação tipo-ilicitude.....	365
4.5. Valoração do injusto.....	369
4.6. Fundamento da justificação.....	372
4.7. Tipos permissivos.....	374
4.8. Elemento subjetivo.....	375
4.9. Causas de justificação.....	380
4.9.1. Estado de necessidade.....	382
4.9.1.1. Teoria diferenciadora.....	383
4.9.1.2. Perigo certo e atual.....	384
4.9.1.3. Salvamento de bem juridicamente protegido.....	387
4.9.1.4. Involuntariedade na produção do perigo.....	389
4.9.1.5. Inevitabilidade do comportamento lesivo.....	391
4.9.1.6. Inexistência do dever de enfrentar o perigo.....	393
4.9.1.7. Elemento subjetivo.....	394
4.9.1.8. Estado de necessidade no direito civil.....	395
4.9.2. Legítima defesa.....	396
4.9.2.1. Agressão injusta.....	397
4.9.2.2. Agressão atual ou iminente.....	400
4.9.2.3. Agressão a bem juridicamente protegido.....	402
4.9.2.4. Reação com meios necessários.....	403
4.9.2.5. Uso moderado dos meios.....	404
4.9.2.6. Intenção de defesa.....	406
4.9.2.7. Legítima defesa da pátria.....	406
4.9.3. Estrito cumprimento de dever legal.....	409
4.9.4. Exercício regular de direito.....	413

4.9.5. Uso legítimo da força para compelir subalternos.....	416
4.9.6. Causas supralegais de exclusão da ilicitude.....	420
4.9.6.1. Consentimento do ofendido.....	420
4.10. Excesso nas justificativas.....	425
4.11. Descriminantes putativas.....	428

5. CULPABILIDADE 435

5.1. Conceito.....	435
5.2. Evolução da teoria.....	437
5.2.1. Conceção psicológica.....	438
5.2.2. Conceção psicológico-normativa.....	440
5.2.3. Conceção normativa.....	443
5.2.4. Conceção funcional.....	444
5.3. Critério de reprovação: Exigibilidade de conduta diversa.....	448
5.4. Reprovação conforme a racionalidade prática (cognitiva-instrumental).....	452
5.4.1. Poder de agir de outro modo.....	453
5.5. Reprovação jurídica em ambiente de interação social complexa.....	455
5.6. Cculpabilidade.....	458
5.7. Tipo de culpabilidade.....	463
5.8. Culpa referida à finalidade comunicativa.....	464
5.8.1. Metodologia.....	470
5.8.2. Finalidade e crimes dolosos.....	471
5.8.3. Finalidade e crimes culposos.....	472
5.9. Exculpação.....	477
5.9.1. Inexigibilidade por incapacidade psíquica: inimputabilidade.....	477
5.9.1.1. Reconhecimento da incapacidade.....	481
5.9.1.2. Doença mental.....	482
5.9.1.3. Desenvolvimento mental incompleto ou retardado.....	485
5.9.1.4. Perturbação da saúde mental.....	487
5.9.1.5. Psicopatia ou sociopatia.....	488
5.9.1.6. Embriaguez completa e teoria da actio libera in causa.....	490
5.9.1.7. Embriaguez incompleta.....	497
5.9.1.8. Menoridade do sujeito.....	499
5.9.1.9. Consequências da inimputabilidade.....	502
5.9.1.9.1. Duração da internação.....	505
5.9.1.10. Semiinimputabilidade.....	507
5.9.2. Inexigibilidade por incompreensão da ilicitude do fato.....	508
5.9.2.1. Erro de proibição.....	510
5.9.2.2. Espécies de erro.....	511
5.9.2.3. Evitabilidade do erro.....	518

5.9.2.4. Desconhecimento da lei.....	522
5.9.2.5. Elemento subjetivo no erro.....	527
5.9.3. Inexigibilidade na colisão de deveres.....	528
5.9.4. Inexigibilidade por coação irresistível.....	530
5.9.5. Inexigibilidade por obediência à ordem de superior hierárquico.....	533
5.9.6. Inexigibilidade por estado de necessidade.....	536

6. CONCURSO DE PESSOAS 539

6.1. Pluralidade de pessoas no fato punível.....	539
6.2. Teorias para a incriminação.....	540
6.3. Requisitos.....	543
6.4. Comunicabilidade de elementares típicas.....	547
6.4.1. Condições e circunstâncias de caráter pessoal.....	548
6.4.2. Elementares do crime.....	550
6.4.3. Elementares objetivas.....	553
6.4.4. Conhecimento pelos demais concorrentes.....	553
6.4.5. Síntese das regras da comunicabilidade.....	555
6.5. Autoria e participação.....	556
6.5.1. Identificação do autor.....	558
6.5.2. Formas de autoria.....	563
6.5.2.1. Autoria direta ou imediata.....	563
6.5.2.2. Autoria indireta ou mediata.....	563
6.5.2.3. Autoria mediata no Código Penal sMilitar.....	567
6.5.2.4. Formas de autoria mediata.....	568
6.5.2.5. Autoria mediata nos crimes próprios e de mão própria.....	572
6.5.2.6. Autoria mediata em crime culposo.....	573
6.5.2.7. Autoria mediata em crime omissivo.....	575
6.5.3. Coautoria.....	575
6.5.3.1. Coautoria sucessiva.....	577
6.5.3.2. Coautoria nos crimes próprios e de mão própria.....	579
6.5.3.3. Coautoria em crime culposo.....	581
6.5.3.4. Coautoria em crime omissivo.....	584
6.5.4. Autoria colateral.....	585
6.5.5. Participação criminosa.....	586
6.5.5.1. Fundamento da punição.....	587
6.5.5.2. Acessoriedade da participação.....	589
6.5.6. Formas de participação.....	593
6.5.6.1. Cumplicidade.....	594
6.5.6.2. Determinação.....	595
6.5.6.3. Instigação.....	596

6.5.7. Participação em crimes próprios e de mão própria.....	596
6.5.8. Participação em crime culposo.....	597
6.5.9. Participação em crime omissivo.....	598
6.6. Intervenção impunível.....	599
6.7. Cooperação dolosamente distinta.....	601
6.8. Agravantes no concurso de pessoas.....	607
6.9. Atenuante na participação de somenos importância.....	610
6.10. Maior reprovação para os cabeças.....	611

REFERÊNCIAS	613
--------------------------	------------

NOTA DO AUTOR

À 1ª EDIÇÃO

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

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

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

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

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

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

O Autor

NOTA DO AUTOR

À 2ª EDIÇÃO

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

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

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

O Autor

INTRODUÇÃO

1. DIREITO PENAL MILITAR: DEFINIÇÃO

Em uma simplificação conceitual o Direito Penal pode ser entendido como o ramo do direito público que reúne os princípios e as normas jurídicas que limitam o poder punitivo do Estado, estabelecendo que a prática de determinadas condutas tenha como consequência a aplicação de penas ou de medidas de segurança. O Direito Penal Militar, por sua vez, constitui uma especialização do Direito Penal que foi constituído para atender as peculiaridades das atividades militares. Nesse sentido, Jorge Alberto Romero o define como o complexo de normas jurídicas destinadas a assegurar a realização dos fins essenciais das instituições militares.¹

A melhor compreensão sobre o objeto de nosso estudo, entretanto, exige perceber que a construção social do Direito Penal (incluindo o Direito Penal Militar) constitui um processo discursivo contínuo que permite a constante reavaliação de suas proposições e de suas fontes de legitimidade visando o fim de realizar Justiça. Por isso, introduzindo a apresentação e a reflexão crítica da estrutura jurídica do crime militar, cabe examinar as premissas da teoria discursiva do Direito e de seu compromisso por realizar Justiça.

2. TEORIA DISCURSIVA DO DIREITO

A partir da segunda metade do século XX a compreensão do raciocínio jurídico baseou-se na percepção de que a prática do Direito consiste essencialmente em argumentar. A argumentação

¹ ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de Direito Penal Militar*, p. 1.

jurídica se verifica no momento da elaboração da norma jurídica, no momento da aplicação da norma aos casos concretos e ainda no momento em que se constrói ou reformula a dogmática jurídica. Por isso, toda a construção normativa e sua aplicação prática devem ser concebidas sob a perspectiva discursiva. Em especial quando se trata de resolver casos considerados difíceis, os teóricos do Direito perceberam que a justificação de uma decisão judicial não pode se dar apenas por meio de uma operação lógico-dedutiva (formal) que permite extrair uma conclusão a partir de premissas normativas e fáticas, mas sim por meio de argumentação convincente e persuasiva.

Na década de 1950 do século passado várias reflexões foram desenvolvidas com o objetivo de superar a lógica formal como instrumento para a compreensão do raciocínio jurídico, contribuindo para a consolidação do que hoje conhecemos como teoria da argumentação jurídica. Entre elas, como precursoras da teoria da argumentação jurídica que levou a uma compreensão discursiva do Direito, merecem destaque a concepção tópica do raciocínio jurídico de Theodor Viehweg, a nova retórica de Chaïm Perelman e a lógica informal de Stephen Toulmin.²

Sob essa perspectiva de melhor compreensão da argumentação jurídica surgiram novas reflexões relacionadas ao significado da argumentação jurídica; a relação da argumentação jurídica com a argumentação ética, a argumentação política e a argumentação dos participantes da vida cotidiana da sociedade; ao critério de correção dos argumentos jurídicos; a justificação lógica das decisões judiciais e se o Direito é capaz de oferecer uma única resposta correta para os casos de conflito que se verificam na sociedade.

Posteriormente, a teoria da ação comunicativa de Habermas propôs a superação da racionalidade prática por meio da racionalidade comunicativa e Robert Alexy sistematizou a argumentação jurídica a partir da perspectiva do participante e não do observador. Tais contribuições consolidaram a concepção discursiva do Direito. Nesse contexto, o Direito Penal passa a ser compreendido sob o prisma de um constante processo discursivo de legitimação da intervenção punitiva. Vejamos, em apertada síntese, as contribuições mais relevantes para a consolidação da perspectiva discursiva do Direito.

² ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*, p. 59 e segs.

2.1. CONCEPÇÃO TÓPICA DO RACIOCÍNIO JURÍDICO

O pensamento tópico teve grande influência na Antiguidade e na Idade Média, constituindo uma parte da retórica. Na Antiguidade, a tópica de Aristóteles (um dos seis livros que compunham o *Organon*) e a de Cícero contestaram o modo de pensar sistemático-dedutivo, que encontrou na geometria de Euclides o seu exemplo mais importante, e obteve grande prestígio até o surgimento do racionalismo e do método matemático-cartesiano.

Theodor Viehweg publicou, em 1953, a primeira edição de seu *Tópica e jurisprudência*, texto que foi apresentado à Universidade de Munique para a obtenção do título de livre-docente. Nesse livro, Viehweg resgatou o pensamento tópico como um procedimento que busca estabelecer as premissas compartilhadas ou *tópicos* que gozam de uma presunção de plausibilidade e oferecem referenciais para a argumentação jurídica. A tópica foi por ele definida como *uma técnica de pensar por problemas, desenvolvida pela retórica*.³

Os tópicos são diretrizes de orientação para o pensamento problemático, os lugares-comuns ou *topoi*, que permitem discutir os problemas por meio da argumentação dialética. Trata-se de fórmulas variáveis, no tempo e no espaço, cuja força persuasiva é reconhecida e, por isso, pode ser utilizada até mesmo em argumentações não jurídicas. Constituem exemplos de *topoi* as noções-chaves como *a maioria decide* e *o respeito à autonomia da vontade*, e os princípios básicos como “*in dubio pro reo*”, *não tirar proveito da própria ilicitude* e *dar a cada um o que é seu*. Como os tópicos são fórmulas de sentido vago, somente constituem referencial para a argumentação em razão dos problemas específicos a que se referem.

Tomando por base esses argumentos standardizados que são aceitos por todos ou, ao menos, pela maioria dos interessados, a argumentação jurídica visa obter um consenso que seja capaz de solucionar a situação problemática. A pretensão de Viehweg foi contrapor ao pensamento sistemático fechado (lógico dedutivo) o pensamento problemático dialético, que se refere a controvérsias práticas, que confere mais ênfase às premissas do que as conclusões, e orienta o raciocínio jurídico para o exame de caso a caso, do particular para o particular. Viehweg sustentou que a estrutura total da jurisprudência (no sentido de ciência do Direito) só pode ser determinada

³ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*, p. 17.

a partir do problema (caso concreto), que desafia entender o que é a solução justa, de modo que as partes integrantes, os conceitos e as proposições da ciência do Direito devem manter estrita ligação com a situação problema e somente poderão ser compreendidas a partir desta.⁴ Nesses termos, o raciocínio jurídico se restringe à análise e à decisão do caso concreto.

Percebendo que com a retórica clássica se tentava persuadir os interlocutores através da argumentação, Viehweg conferiu nova perspectiva para a tópica visando que, por meio dela, fosse possível obter um entendimento.⁵ A concepção tópica do raciocínio jurídico obteve grande prestígio na Europa, mas também foi objeto de muitas críticas. Tércio Sampaio Ferraz reconheceu que a tópica não é propriamente um método que apresenta um conjunto de princípios de avaliação das evidências, cânones para julgar a adequação de explicações propostas, critérios para selecionar hipóteses, mas um modo de pensar por problemas, a partir deles e em direção a eles.⁶ Manuel Atienza, por sua vez, sustenta que a tópica de Viehweg e seus seguidores, por si só, não pôde dar uma explicação satisfatória sobre a argumentação jurídica, impedindo perceber a influência que a lei, a dogmática e os precedentes judiciais exercem no raciocínio jurídico. A tópica se limita a ponderar com um inventário de tópicos (premissas) utilizáveis na argumentação, mas não oferece critérios para solucionar as situações em que se verifica o conflito entre os tópicos e não oferece uma resposta para a questão fundamental da metodologia jurídica, que diz respeito à racionalidade da decisão judicial.⁷

2.2. A NOVA RETÓRICA

Outra importante reconstrução da retórica clássica foi realizada por Chaïm Perelman, que inicialmente se propôs a fazer um estudo sobre a racionalidade prática e acabou por resgatar e reformular a antiga disciplina. Perelman escreveu vários livros sobre a teoria da argumentação, mas sua teoria tomou forma definitiva no livro *Traçado da argumentação – a nova retórica*, publicado pela primeira vez em 1958 e que contou com a colaboração de Lucie Olbrechts Tyteca.

⁴ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*, p. 33-44.

⁵ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*, p. 43.

⁶ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*, p. 3 – prefácio do tradutor.

⁷ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*, p. 75.

O *Tratado* é dividido em três partes, nas quais Perelman desenvolve o estudo sobre o âmbito da argumentação, em que são estabelecidos os pressupostos e limites da argumentação; o ponto de partida da argumentação, que pressupõe sempre um acordo do auditório, e das técnicas de argumentação, em que são alinhados os argumentos em sentido estrito. A argumentação, por sua vez, comporta três elementos distintos: o discurso, o orador e o auditório. Os tópicos ou lugares-comuns constituem ponto de partida para a argumentação, porque são pressupostos comuns a todos os espíritos que compõem o auditório, fazendo, assim, parte de sua nova retórica.⁸

Perelman parte da distinção estabelecida por Aristóteles entre os raciocínios analíticos (lógico-formais) e os raciocínios dialéticos (retóricos) para situar a argumentação jurídica entre os dialéticos. Perelman distinguiu a retórica que é especificamente utilizada pelos juristas da retórica geral, acolhendo a designação *lógica jurídica* para diferenciar o raciocínio jurídico da lógica formal.⁹ Segundo Perelman, no raciocínio lógico-formal ocorre a demonstração da conclusão, por meio da passagem necessária oferecida pelas premissas. Se as premissas são verdadeiras, a conclusão, necessariamente, também o será. No raciocínio dialético (jurídico), por outro lado, a argumentação evidencia apenas o caráter plausível, razoável de uma decisão ou opinião.¹⁰ Por isso, Perelman concebeu como ponto central de sua teoria que a argumentação é sempre dirigida a um determinado auditório a que se pretende persuadir para obter sua adesão intelectual.¹¹ A sua nova retórica considera que a argumentação pode dirigir-se a auditórios diversos e, por isso, não se limita ao exame das técnicas do discurso público, que é dirigido a uma multidão não especializada, como a retórica clássica. Perelman se interessou especialmente pelo raciocínio dialético, que permite defender uma tese e atacar um adversário, em uma controvérsia.¹²

A especificidade do raciocínio jurídico reside na dificuldade da argumentação alcançar um acordo entre os interessados, pois esta

⁸ PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação*, p. 21 e PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*, p. 94-96.

⁹ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*, p. 4-7.

¹⁰ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*, p. 3-4.

¹¹ PERELMAN, Chaïm e OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. *Tratado da argumentação*, p. 21 e PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*, p. 143.

¹² PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*, p. 144-145.

se desenvolve sempre em meio a uma controvérsia. Muito embora Perelman conceba o Direito sob uma perspectiva menos formalista, porque preocupada com a aceitação do meio no qual exerce sua regulamentação, entende que a controvérsia que é levada ao conhecimento do Judiciário somente pode ser superada pelo poder da autoridade de impor uma decisão, adaptando o texto da lei ao caso concreto, de modo que o papel do juiz é encontrar uma solução que seja razoável, aceitável, ou seja, nem subjetiva, nem arbitrária.¹³

A nova retórica descaracteriza o raciocínio jurídico como uma simples dedução silogística ou uma busca por uma solução equitativa para o caso concreto. A concepção de Perelman procura estabelecer uma síntese na qual se leva em conta o valor da solução e a sua conformidade com o ordenamento positivo, de modo que a solução para o caso concreto não seja apenas conforme a lei, mas também equitativa, razoável e aceitável. A importância da obra de Perelman reside, fundamentalmente, na reabilitação da razão prática, que pretende introduzir racionalidade na discussão sobre questões como a moral, o Direito e a política. Mas os críticos percebem o caráter conservador de sua teoria, que se prestaria a satisfazer a “função ideológica de justificação do Direito positivo: precisamente apresentando, como imparciais e aceitáveis, decisões que na realidade não o são”.¹⁴

2.3. A LÓGICA INFORMAL

Stephen Toulmin também se propôs a superar a lógica formal (dedutiva), contudo, sem recorrer à tradição da tópica ou da retórica. Suas ideias fundamentais foram publicadas no livro *The uses of argument*, também de 1958. Toulmin pretendeu mudar o centro de atenções da teoria lógica para a prática lógica, de modo a trabalhar com uma lógica que tivesse efetiva aplicação prática. Para verificar a eficácia dessa aplicação, Toulmin afasta-se dos modelos matemáticos da lógica tradicional para estudar os argumentos produzidos na jurisprudência (no sentido de ciência do Direito). Afirmando que *a lógica é a jurisprudência generalizada* comparou os argumentos aos litígios jurídicos e as pretensões que fazemos e em favor das quais argumentamos extrajudicialmente às pretensões defendidas perante os tribunais.¹⁵

¹³ PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*, p. 221-222.

¹⁴ ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*, p. 130.

¹⁵ TOULMIN, Stephen E. *The uses of argument*, p. 7.

A comparação feita com os processos judiciais não desobriga os argumentos de apresentarem uma justificação racionalmente pertinente. Para Toulmin, a correção dos argumentos não depende exclusivamente da forma das premissas e da conclusão, mas de um procedimento que os submete a julgamento de acordo com critérios apropriados para cada campo de discussão. Nesse sentido, afirma que nossas pretensões devem ser justificadas não perante os juízes, mas sim perante o *tribunal da razão*.¹⁶

Toulmin não se preocupou com a análise da estrutura dos diversos tipos de argumentos ou das técnicas argumentativas, mas sim dos argumentos em geral, contribuindo para a elaboração de uma verdadeira teoria geral da argumentação. Sua teoria distinguiu o esquema geral da argumentação, que é único para todos os tipos de argumentos, das regras especiais da argumentação que variam conforme o campo concreto em que esta se verifique. Toulmin considerou basicamente a existência de cinco âmbitos de atuação da argumentação (denominados *empresas racionais*): o Direito, a moral, a ciência, os negócios e a crítica da arte. Na tentativa de superar a lógica formal, que só distingue premissas e conclusão, Toulmin ainda fez distinção entre seis tipos distintos de proposições, com funções diferenciadas na argumentação: o respaldo, a garantia, as razões, o qualificador, a condição de refutação e a pretensão.

O grande mérito da teoria de Toulmin foi caracterizar a argumentação como um tipo de interação humana¹⁷, o que aproxima a lógica das argumentações que efetivamente ocorrem na realidade social. Wittgenstein, em suas *Investigações filosóficas*, já havia revelado a linguagem humana como uma forma de atividade social que funciona por meio do sentido e do uso que é atribuído às palavras. O pensador austríaco ressaltou que não importa indagar apenas do significado das palavras, mas sim de suas funções práticas.¹⁸

2.4. A AÇÃO COMUNICATIVA E O DISCURSO ARGUMENTATIVO

As reflexões desenvolvidas por Viehweg, Perelman e Toulmin construíram condições propícias para o grande desenvolvimento das

¹⁶ TOULMIN, Stephen E. *The uses of argument*, p. 8.

¹⁷ TOULMIN, Stephen E. *The uses of argument*, p. 11-15.

¹⁸ WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*, p. 14 e 32.

teorias da argumentação e o giro para uma racionalidade comunicativa. A comunicação que se realiza entre as pessoas passou a ser compreendida como dialógica (e não apenas como meio de transmissão de sinais portadores de significados), de modo a reconhecer que os sujeitos capazes de linguagem e ação interagem no ambiente social buscando obter um entendimento sobre os problemas e questões advindos da convivência. Muitos autores contemporâneos trabalham a filosofia da linguagem sob o prisma da interação dialógica. No entanto, a sociologia da ação comunicativa de Jürgen Habermas e a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy podem ser consideradas as contribuições mais relevantes para estabelecer uma racionalidade emancipatória que deve orientar a construção e a aplicação do Direito Penal.

As reflexões de Habermas tiveram início em 1966, com a publicação do livro *Lógica das ciências sociais*, no qual estabeleceu a teoria da linguagem como fundamento das ciências sociais. Após essa virada linguística, Habermas publica numerosos textos em que desenvolve a sua teoria da ação comunicativa e do discurso. Tomando por base a lógica linguística de Habermas, Robert Alexy inaugura a sua relevante contribuição com a *Teoria da argumentação jurídica*, texto com o qual obtém o doutorado na Universidade Georg-August de Göttingen, em 1976. Com reflexões especificamente voltadas para os problemas jurídicos, Robert Alexy também produziu vasta obra doutrinária que aprimorou as reflexões sobre a argumentação jurídica.

Em sua *Teoria da ação comunicativa*, publicada na Alemanha em 1982, Habermas reconstruiu os pressupostos racionais implícitos na linguagem, ressaltando que em todo o ato de fala o falante manifesta aos ouvintes uma pretensão de validade (expectativa de que o que se diz é verdadeiro ou correto) ao mesmo tempo em que a submete à crítica, o que oferece uma possibilidade para a sua reformulação. Habermas ainda distinguiu a *ação comunicativa*, em que o falante manifesta a intenção de comunicar uma opinião e entender-se com os demais participantes da comunidade de comunicação sobre as coisas comuns do mundo da vida, da *ação teleológica* (estratégica), em que o falante busca intervir na sociedade para a realização de um determinado fim, como é o caso da persuasão da opinião alheia e a imposição de normas de conduta. Em ambas as manifestações há uma pretensão do falante de que o saber que é expresso por meio da manifestação seja válido e isso quer dizer: *verdadeiro* para a *ação comunicativa* e *correto*

para a *ação teleológica*.¹⁹ Alexy, por sua vez, preocupado especificamente com a racionalidade que orienta a intervenção prática do Direito, desenvolveu sua concepção do Direito com base na pretensão de correção, que é implícita em toda a construção normativa.²⁰

Na interação ordinária que se verifica entre as pessoas muitas pretensões de validade são aceitas sem qualquer questionamento, até mesmo por não serem bem percebidas ou compreendidas pela audiência. No entanto, quando as pretensões de validade são problematizadas pela crítica, torna-se necessário ao falante fundamentar sua pretensão em argumentos racionais. A *argumentação* é o tipo de fala em que os participantes problematizam pretensões de validade, que se encontram sob críticas, e tratam de defendê-las ou recusá-las por meio de argumentos.²¹

Nesse contexto, o *discurso* é o meio pelo qual são alinhados os argumentos de defesa e crítica das pretensões de validade. O *discurso teórico* é meio pelo qual se desenvolve a argumentação sobre as pretensões de verdade que são subjacentes às *ações comunicativas*. O *discurso prático*, por sua vez, é o meio pelo qual se desenvolve a argumentação sobre as pretensões de correção que são subjacentes às *ações teleológicas* (estratégicas).²² O Direito é concebido como um sistema que organiza ações teleológicas e, portanto, o discurso jurídico é um *discurso prático*. Robert Alexy, que, em sua *teoria da argumentação jurídica*, sistematiza e reinterpreta a teoria do discurso de Habermas especificamente para sua aplicação no âmbito do Direito, sustenta que o discurso jurídico é uma forma especial do discurso prático geral (tese do caso especial).²³ A ideia de desempenho discursivo (teórico e prático) ocupa um posto central na teoria da ação comunicativa de Habermas²⁴, sendo que para Alexy o discurso jurídico expressa o esforço de justificação da pretensão de correção existente nas decisões jurídicas.²⁵

Quanto ao paradigma da racionalidade das ciências sociais, Habermas denunciou a morte da racionalidade livre devido à grande

¹⁹ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa I*, p. 24-25 e 137-138.

²⁰ ALEXY, Robert. *Teoría da argumentação jurídica*, p. 212-215.

²¹ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa I*, p. 37.

²² HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa I*, p. 38.

²³ ALEXY, Robert. *Teoría da argumentação jurídica*, p. 209-217.

²⁴ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa I*, p. 26.

²⁵ ALEXY, Robert. *Teoría da argumentação jurídica*, p. 217.

limitação imposta pelas sociedades modernas aos espaços comunicativos, tendo em vista a primazia das *ações estratégicas*, determinadas pela racionalidade instrumental, que reduziu significativamente o ambiente de comunicação dialógico. Declarando abertamente o seu interesse emancipatório do espaço público de comunicação, Habermas deixou clara sua pretensão de satisfazer três objetivos fundamentais: 1) desenvolver um conceito de racionalidade comunicativa que pudesse superar as limitações cognitivo-instrumentais que caracterizavam as sociedades modernas; 2) revelar a vinculação que se estabeleceu entre o *mundo da vida* e o *sistema*; e 3) desenvolver uma teoria que explique as deficiências das sociedades modernas e reconstruir o projeto emancipatório iluminista.²⁶ As reflexões desenvolvidas por Habermas possibilitaram conceber o Direito sob uma perspectiva discursiva.

2.4.1. A racionalidade comunicativa

A *teoria da ação comunicativa* abriu o caminho para a superação da racionalidade prática e suas premissas subjetivistas e individualistas, estabelecendo outro paradigma para a racionalidade das ciências sociais: a racionalidade comunicativa.²⁷ Essa mudança de paradigma produziu reflexos importantes para a melhor compreensão da regulamentação jurídica e de suas fontes de legitimação.

O conceito de razão é ampliado na perspectiva da racionalidade comunicativa, posto que passa a ser uma razão que contém em si as possibilidades de reconciliação consigo mesma por meio da interação entre os sujeitos do ambiente social. A razão comunicativa não se desenvolve a partir da relação sujeito-objeto (como ocorre na racionalidade prática ou instrumental), mas de uma relação entre sujeitos capazes de comunicação e ação no ambiente social.²⁸ A racionalidade deve ser pensada a partir da ótica do participante da comunidade de comunicação e não na ótica de um observador distante e imparcial. Esse novo paradigma de racionalidade pressupõe não somente a possibilidade de interação entre os sujeitos como também a constante revisão crítica sobre suas pretensões de validade, sendo mais adequado ao ambiente democrático.

²⁶ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa I*, p. 10.

²⁷ Veja-se a crítica à racionalidade prática em HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa I*, p. 465-508.

²⁸ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa I*, p. 507.

A racionalidade comunicativa implica uma mudança de perspectiva sobre a própria noção de verdade. Para o pensamento tradicional, a verdade constitui um problema de adequação de uma proposição aos elementos do mundo natural. Nos termos da racionalidade comunicativa, a verdade passa a ser concebida sob o prisma do consenso sobre as pretensões de validade. A verdade deixa de ser um dado da realidade e passa a ser uma construção consensual, de modo que uma proposição só será *verdadeiramente* adequada quando fundamentar-se no consenso obtido por meio do confronto dos argumentos apresentados pelos participantes da interação comunicativa. A verdade passa a ser a pretensão de validade que é legitimada discursivamente por meio dos argumentos que conseguem obter a aceitação.²⁹ Nesse contexto, a *argumentação* é a interação comunicativa que não se propõe apenas a trocar informações sobre algum tema, mas a fundamentar em argumentos válidos as pretensões que surgem no ambiente público de comunicação.³⁰

No plano normativo a mudança de paradigma impõe uma transição relevante, que se opera do acordo normativo tradicional para o acordo comunicativo, que pressupõe o consenso racional entre os participantes da interação social.³¹ A razão prática instituiu uma normatividade imediata que decorre unicamente da decisão de uma autoridade cujos poderes estão institucionalizados na sociedade, sendo o Direito concebido como um produto pronto e acabado. A razão comunicativa, por sua vez, institui uma normatividade mediata que se sustenta em pretensões de validade sempre passíveis de problematização e que se afirmam por meio dos melhores argumentos que levam a obter um consenso (sempre provisório). A ação comunicativa permite a articulação e rearticulação de valores, bem como o questionamento permanente das construções normativas no processo democrático. A compreensão da relação social como interação comunicativa supera a perspectiva da racionalidade tradicional em que a autoridade age sobre o indivíduo para atingir os fins que *a priori* foram definidos como necessários (ação estratégica), pois vincula a validade das pretensões jurídicas ao reconhecimento intersubjetivo (consenso). O ordenamento jurídico passa a ser concebido de maneira mais abrangente, na

²⁹ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação*, p. 256–261.

³⁰ HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa I*, p. 24–37.

³¹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia – entre faticidade e validade*, v. I, p. 142.

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

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

INDICADO PARA:

GRADUAÇÃO

PÓS-GRADUAÇÃO

PROFISSIONAIS

ADVOGADOS

PROMOTORES DE JUSTIÇA

MAGISTRADOS



ISBN 978-85-8425-877-2



9 788584 258772