A conduta criminal militar: o Causalismo Penal como método de proteção de bens jurídicos militares

João Fabrício Dantas Júnior

Advogado. Mestre em Direito Constitucional – PPGD – UFRN. Professor de Pós-Graduação em Direito – UNI-RN.

Data de recebimento: 19/04/2022

Data de aceitação: 30/04/2022

RESUMO: A pesquisa foi motivada pela adoção do Causalismo Penal à conduta, junto ao Artigo 33 do Código Penal Militar. Desse modo, à medida que se posicionam o dolo e a culpa na Culpabilidade, terceiro substrato analítico do delito militar, relegando a conduta criminal à mera mecanicidade, efeitos reflexos em atos investigativos e processuais-probatórios ganham relevância no referido procedimento. Averiguar-se-á como o Causalismo Penal interfere na produção de provas e em seu ônus, nas decisões da Justiça Militar e na proteção dos bens jurídicos protegidos pela norma penal militar. Na pesquisa, adotou-se o método dedutivo de argumentação e conclusão, conduzido por revisão de literatura, composta por fontes doutrinárias, jurisdicionais e, ainda, legais. O emparelhamento comparativo entre a analogia do delito militar e seu Causalismo Penal, de um lado, e a analogia do delito comum, especificamente nas suas condutas delituosas e no seu

Finalismo, adotado em 1984, possibilitará vislumbrar os argumentos e as eventuais conclusões alcançadas durante a pesquisa.

PALAVRAS-CHAVE: conduta penal militar; causalismo; finalismo.

ENGLISH

TITLE: Military criminal behavior: the Criminal Causality as a defense method of military legal assets.

ABSTRACT: The research was motivated by the adoption of Criminal Causality to conduct, along with Article 33 of the Military Penal Code. Thus, as long it took place intent and guilt in Culpability, the third analytical substrate of military crime, relegating criminal conduct to mere mechanistic, reflex effects in investigative and procedural-evidence acts gain relevance in that procedure. It will be investigated how Criminal Causality interferes in the production of evidence and its burden, in the decisions of the Military Justice, in the protection of legal interests protected by the military criminal law. Along with the research, the deductive method of argumentation and conclusion was adopted, conducted by a literature review, composed of doctrinal, jurisdictional and legal sources. The comparative pairing of the analogy of the military crime, and its Criminal Causality, on the one hand, and the analogy of the common crime, specifically in its criminal conducts and in its Finalism, adopted in 1984, will make it possible to unveil the arguments and eventual conclusions reached through the search.

KEYWORDS: military criminal behavior; causalism; finalism.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 O Causalismo Penal no Direito Penal Militar Brasileiro – 3 Os Bens Jurídicos Penais Militares e o Reflexo da Adoção do Causalismo Penal – 4 O Causalismo Penal e sua Adequação à Dignidade – 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil adotou, junto ao seu Código Penal Militar de 1969, o Causalismo como critério de reprovabilidade da conduta criminal. Essa escolha legal traz várias consequências jurídicas que afastam o tratamento da conduta criminosa, no âmbito penal militar, daquilo encontrado no Código Penal comum, haja vista o texto normativo do código de 1940 adotar o Finalismo de Hans Welzel, com a reforma implementada em 1984.

Assim, a escolha do legislador para o Código Penal Militar recaiu sobre o Causalismo, objeto da pesquisa. Para a construção argumentativa, em algumas oportunidades, tal objeto será posto em contraponto ao Finalismo, já referido, de modo a se analisarem as discrepâncias e ainda as consequências normativas e judiciais penais para o processamento de crimes cometidos sob a égide do Causalismo.

No Capítulo 2 do trabalho, procurar-se-á definir o Causalismo, visto ser técnica de reprovabilidade da conduta; mais: como isso se diferenciaria do regime jurídico da conduta

quando confrontado ao Finalismo Penal. Nesse capítulo, será construído o método da formação do injusto penal, com os elementos analíticos do delito analisados em seus *loci* adequados, como forma de visualização dos resultados práticos dessa adoção.

Para o Capítulo 2, utilizar-se-á das doutrinas de Ênio Luiz Rosseto, Franz von Liszt, Guilherme de Souza Nucci, Hans Welzel, Fernando Capez e ainda Rogério Greco.

No Capítulo 3, investigar-se-á como a adoção do Causalismo pela legislação penal militar atinge e influencia a atividade de busca de elementos de informação inquisitorial e, ainda, as técnicas probatórias aplicadas ao processo penal militar pelos titulares da ação penal e ainda com matéria de defesa.

Uma das grandes consequências da adoção do Causalismo, assim, a conduta completamente objetiva, agora, deve ter observadas as suas consequências no procedimento do inquérito penal militar e ainda no processo judicial militar, principalmente na instrução e no ônus da prova.

Para o Capítulo 3, o trabalho adotará as doutrinas de Claus Roxin, Jesus-Maria da Silva Sánchez e ainda Manoel Cancio Meliá. Nesse Capítulo, ainda serão colacionados posicionamentos do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e, por fim, do Superior Tribunal Militar.

Por último, no Capítulo 4, a pesquisa busca responder como a adoção do Causalismo penal poderia enfrentar disposições internacionais sobre Direitos Humanos e de adequação à dignidade, quando se está diante de uma técnica de formação do injusto penal, numa construção analítica, que abandona à conduta critérios objetivos e facilitados de investigação e prova. Além disso, será averiguado se, em face da técnica adotada para o Código Penal Militar, tais dispositivos enfrentariam alguma crise de recepção constitucional, diante do que pondera a Constituição Federal sobre garantias processuais penais e ainda sobre a dignidade humana.

Por último, ainda no Capítulo 4, será averiguado se a construção analítica do delito baseada na Causalidade e todos os seus desdobramentos ao ônus probatório teriam algum reflexo e discordância sobre o que a doutrina julga pertencer ao conteúdo do devido processo legal.

Nesse Capítulo 4, serão adotadas as doutrinas de Yara Maria Pereira Gurgel, Luís Roberto Barroso, Gustavo Gonet Branco, Gilmar Ferreira Mendes e, ainda, Jorge Reis Novais.

Para a pesquisa, como visto, serão adotadas fontes doutrinárias, legais e jurisprudenciais.

À pesquisa, será utilizado o método dedutivo de argumentação e conclusão.

Ao final, nas conclusões, serão arregimentadas as eventuais conclusões parciais alcançadas ao longo dos capítulos, como forma de construção de um pensamento global sobre o objeto da pesquisa: a conduta criminal militar sob o Causalismo penal.

2 O CAUSALISMO PENAL NO DIREITO PENAL MILITAR BRASILEIRO

No Capítulo 2, a pesquisa busca responder qual a construção analítica do delito no Causalismo penal.

O Código Penal Militar, como observado, adota o Causalismo penal para a tipificação da conduta criminal. Dessa forma, no fato típico penal militar – este composto de quatro elementos: conduta, resultado, nexa e ainda tipicidade –, não existiriam os elementos volitivos do dolo e da culpa. Se ordinariamente, segundo o Finalismo de Hans Welzel, adotado junto ao Código Penal Comum, o dolo e a culpa seriam encontrados na conduta, dentro do fato típico, no Código Penal Militar, esse quadro se modificaria. Nele, os mesmos elementos – dolo e a culpa –, segundo o Causalismo, serão encontrados apenas na culpabilidade penal, terceiro substrato do delito.

Isso é constatado quando se observa o Artigo 18 do Código Penal, que, em seu inciso I, afirma que o crime é doloso

quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo, confirmando a adoção do Finalismo. Por outro lado, observado o Código Penal Militar, em seus Artigos 33 e 38, verifica-se que o referido código aponta, por exemplo, que diante de uma coação irresistível, o que, no Código Penal comum, excluir-se-ia a própria tipicidade, no Código Penal Militar, exclui-se apenas a Culpabilidade, confirmando a adoção do Causalismo junto ao documento militar.

O fato típico penal militar e, em específico, sua conduta criminosa, ensejariam elementos objetivos de composição, somados a elementos volitivos da conduta, aspectos mecânicos que não demandariam cognição da conduta criminosa, em que se encontram o dolo e a culpa. A chamada conduta criminosa militar seria, então, apenas volitiva, e eventuais aspectos subjetivos da conduta e da reprovabilidade seriam encontrados apenas na Culpabilidade, terceiro substrato do delito.

Esse entendimento é apontado por Rosseto (2012, p. 165), quando o autor ressalta que em 1984 o dolo e a culpa foram levados para o tipo penal, na Parte Geral do Código Penal comum, ao passo que, no Código Penal Militar, o dolo e a culpa permaneceram como elementos da Culpabilidade, conforme o Artigo 33 do Código Penal Militar.

O mesmo apontamento é feito por Grego (2017, p. 502). O autor relata que no Causalismo a Culpabilidade é o local

adequado para o estudo dos elementos subjetivos – o dolo e a culpa. Mais: para o autor, o dolo e a culpa não apenas estavam na Culpabilidade; o dolo e a culpa eram espécies de Culpabilidade, elementos que deveriam ser aferidos antes mesmo da imputabilidade.

O Causalismo, segundo Capez (2020, p. 195), impunha que a fotografia externa do evento, independentemente da vontade do agente, seria o cenário suficiente para averiguar a justa causa para uma investigação e ainda interpor uma ação penal. A visão dos fatos era tudo o que importava ao fato típico. Os elementos subjetivos da conduta seriam apenas um fator de Causalidade, uma simples produção de resultado, algo abandonado com a reforma de 1984 do Código Penal.

Já Nucci (2017, p. 340) refere-se à corrente causalista como fruto dos pensamentos de Von Liszt: nela, a pena era apenas uma consequência da conduta. Segundo o autor, a teoria causal era delineada por uma infração penal consubstanciada por uma conduta culpável. No Brasil, segundo o autor, a doutrina causalista foi adotada por Basileu Garcia, para quem a culpabilidade era o exato nexos subjetivo que ligava o crime ao seu autor, pois tal substrato do delito era composto apenas de dolo e culpa: assim, ao se deparar com as excludentes de culpabilidade, como a coação moral irresistível e a obediência

hierárquica, não se reconhecera nenhum aspecto valorativo na culpabilidade.

Distanciando-se do Código Penal Militar, o Código Penal comum adotou, com a reforma de 1984, o Finalismo. Na conduta penal militar estariam apenas aspectos mecânicos, à medida que o dolo e a culpa estariam na Culpabilidade. Por sua vez, agora no Código Penal encontra-se o tipo doloso, no qual o agente quis a ação e ainda deve assumir o risco de sua conduta, conforme o Artigo 18, inciso I, do referido código. Sem essa assunção de responsabilidade das consequências de seus atos, corroborada com todos os elementos subjetivos já na conduta, elemento do fato típico, não estaria consignada a própria tipicidade penal.

O Finalismo, técnica de definição da conduta criminosa, foi elevado por Welzel¹ (1956, p. 105) a um conceito finalista da autoria. Nele, a construção analítica do delito toma o resultado das determinações fundamentais do conceito de ação finalista e ainda do injusto pessoal. Para o autor, a teoria da autoria não teria outro fim que o de destacar o centro personalíssimo da ação

¹ Texto original: *El concepto finalista de autor resulta de las determinaciones fundamentales del concepto de la acción finalista y de lo injusto personal, ya que, como se sabe, la teoría de autor no tiene outro fin que ele de destacar el centro personal de acción del hecho antijurídico. Por eso pertenece a la autoría em general el dominio finalista del hecho (como elemento general de lo injusto personal de los tipos dolosos); a él se agregan, em muchos casos, como elementos específicos de autoría, las características objetivas e subjetivas personales de lo injusto.*

da conduta antijurídica. Portanto, pertenceria à autoria o domínio finalista da conduta, e a ela se agregariam elementos objetivos e subjetivos do injusto penal.

Para Welzel² (1956, p. 51), a causalidade seria o pressuposto mais elementar da conduta e o limite mais extremo da responsabilidade penal – não se confunda, aqui, a causalidade, ou o nexos causal, com o Causalismo penal. Pela causalidade, seria responsável somente o autor da conduta, e ainda os eventuais partícipes que ensejaram um resultado. A esse cenário de causalidade somar-se-ia aos pressupostos da concepção do delito – tipicidade, nexos, ilicitude e culpabilidade –; e ainda se manteriam todos os pressupostos do Finalismo. A causalidade ensejaria o nexos entre a ação e o resultado, de onde se partiria para a busca do dolo e da culpa presente na conduta, elemento do Fato Típico, quadro do Finalismo de Hans Welzel.

O Finalismo, desse modo, levaria aspectos da vontade e da consciência ligados à conduta, de modo que, sendo a conduta elemento do Fato Típico, em não estando presentes o dolo ou, pelo menos, a culpa, aferidos logo na conduta, esta não se

² Texto original: *Com el establecimiento de la causalidad está averiguado, sin embargo, solamente el presupuesto más elemental, y el límite más extremo de la responsabilidad penal por un resultado. Por él puede hacerse responsable solamente a lo que lo ha causado. Pero si se lo hace responsable, realmente, depende de los demás presupuestos del concepto del delito, más allá de la cuestión causal; ante todo de la adecuación al tipo, del nexos de la acción, de la antijudicialidad y de la culpabilidad. Ya para la adecuación al tipo no alcanza nunca el mero nexos de condición.*

consubstanciaria como conduta relevante. Mais: sem a conduta relevante, não haveria a causalidade, pressuposto para um resultado.

O mero Causalismo penal, com a respectiva ausência dos elementos de cognição já na conduta, impediria a reprovabilidade, apesar de ainda permitir a tipicidade, segundo Liszt (1899, pp. 270-272). Para esse autor, o resultado é imputável quando o agente pratica o ato, apesar de prever o resultado, demonstrando que já em sua época combatia o Causalismo. Segundo o autor, dolo seria a representação do ato voluntário como causa, o que faria necessária a construção mental da ideia de crime determinado, previsão do resultado e ainda a representação mental de que o resultado será efeito direto do ato voluntário – este encontrado no Finalismo de Hans Welzel –, a própria causalidade.

O debate acerca da localização do dolo – se na conduta do fato típico ou se na culpabilidade – fez Liszt (1899, p. 287) observar que a doutrina alemã possuía, em sua época, um grupo de juristas, como Binding, que defendia que o dolo ou a culpa deveriam conter a consciência do injusto e da ilegalidade de sua conduta. Para esse grupo, dolo seria uma violação por ação, mesmo percebendo a norma na qual incide. Outro grupo, por sua vez, entendia que o delito não era a simples vontade de praticar o mal, mas a vontade de fazer ou deixar de fazer alguma coisa

que a lei proibiria ou ordenaria, respectivamente, do que se infere que a ilegalidade seria apenas circunstância constitutiva. Referida localização, no embate entre as duas escolas, seria a adoção do Causalismo ou do Finalismo, na escola alemã.

No Finalismo, em que apenas as condutas absolutamente acompanhadas de elementos subjetivos seriam relevantes, elementos presentes necessariamente no momento da ação ou omissão, segundo Franz von Liszt, impediriam, em tese, que o comportamento da vítima pudesse ser imputado a outro, como fato desabonador penal – inexistiria liame subjetivo para a consideração de algum eventual concurso de agentes. Além disso, o resultado da conduta não poderia ser imputado a quem não praticou a conduta, mesmo existindo liame subjetivo para tal – logicamente, tratando-se de autoria, haja vista a responsabilidade para o tipo penal das ações dos partícipes, por meio de normas de extensão. Restaria eventual imputação e criminalização de desejos, algo não admitido na moderna dogmática penal, nem nesta pesquisa.

Observe, contudo, que, mesmo hoje, há posicionamentos do Superior Tribunal Militar que afastam, em *obter dicta*, a adoção do Causalismo para o processamento dos crimes militares. Mesmo diante da previsão do Código Penal Militar, esse tribunal superior tem temperado as considerações legais do Artigo 33, disposições combinadas com o encontrado no Artigo

38, ambas do Código Penal Militar. Isso permite a busca por um procedimento em que as provas da conduta criminal acusada tenham em seu arcabouço probatório provas do dolo e da culpa, aspectos de um sistema garantista.

O Artigo 33 do Código Penal Militar, assim, consagra o Causalismo penal, método que adota a conduta criminal do fato típico penal militar como apenas uma atividade mecânica, sem elementos subjetivos, o que possibilitaria que o fato típico penal militar seja constituído sem maiores investigações sobre motivações do crime.

3 OS BENS JURÍDICOS PENAIS MILITARES E O REFLEXO DA ADOÇÃO DO CAUSALISMO PENAL

Com a adoção do Causalismo penal, para os tipos previstos no Código Penal Militar, a investigação e o processamento, tanto no inquérito penal militar, quando junto à ação penal militar, na Justiça Militar, adotam deveres e atribuições singulares para o encarregado da investigação e ainda para o Ministério Público Militar, respectivamente.

Nesse capítulo 3, busca-se responder como o Causalismo penal altera as atribuições investigativas, no inquérito policial militar, e ainda as atribuições probatórias, na ação penal militar, características que diferenciariam ao que é encontrado no regime

ordinário do Código de Processo Penal e no Finalismo de Hans Welzel.

À medida que a conduta criminosa, no fato típico, sob o Causalismo, não possui elementos subjetivos nem de dolo, nem a culpa, que foram transportados para a Culpabilidade, o fato típico penal militar se torna muito mais fácil de ser investigado e comprovado pelo órgão investigador e ainda pelo órgão acusador. A tomada de elementos de informação e, posteriormente, das provas na instrução processual, precisa apontar, no Causalismo, apenas para a conduta objetiva, o resultado e o nexó, construindo toda a Tipicidade penal.

O dolo e a culpa, elementos que, no conceito analítico do tipo penal militar estão somente na Culpabilidade, restariam ser demonstrados como fatores excludentes, de defesa, fatos que atingiriam somente o terceiro substrato do delito, o que afastaria a punibilidade apenas na última etapa de análise do fato imputado ao acusado.

No Código de Processo Penal Militar, encontra-se, em seu Artigo 9º, que o inquérito policial militar tem a função de apuração sumária dos fatos e da autoria que poderiam configurar um crime militar. Do mesmo modo, ao procedimento judicial militar, o Artigo 30 do mesmo código referenda que a denúncia deve apresentar a prova do fato e ainda indícios de autoria.

No Superior Tribunal Militar, na recente Apelação 7000483-83.2021.7.00.0000, confirma-se a técnica adotada no Código Penal Militar, na medida em que o relator argumentou que a conduta do apelante se amoldaria ao artigo 290 do Código Penal Militar, pois guardaria conscientemente em seu armário substância entorpecente proscrita. Então, no último argumento utilizado no relatório dessa apelação, por palavras do Ministro Relator, apontou-se que a instrução comprovou a materialidade, a autoria e a culpabilidade do apelante, o que permite concluir que a tipicidade da conduta, meramente mecânica, não foi atingida pelo debate sobre o dolo ou a culpa nos autos.

Observa-se que, em tal cotejo probatório, no procedimento ordinário segundo os ditames do Código Penal comum, eventual material probatório produzido com sucesso pela defesa ensejaria a exclusão da própria tipicidade, se fosse provado que não havia dolo ou culpa criminosa na conduta em julgamento; em tese, no procedimento penal militar, a exclusão do dolo e da culpa atingiria somente a Culpabilidade, o que permitiria uma investigação válida sobre a materialidade e a autoria da conduta.

Por outro lado, no Recurso em *Habeas Corpus* 144.336/SP, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o Direito Penal pátrio adota a teoria finalista, na qual o resultado advindo da conduta deve estar presente no dolo ou na culpa do agente.

Consoante o pensamento do Pretório Excelso, o Superior Tribunal de Justiça também se alinhou, no *Habeas Corpus* 544.800/SP, ao entendimento de que o dolo, desde o nascimento do Finalismo, integraria a própria conduta, passando a ser entendido como a consciência e a vontade de realizar os elementos do tipo com propósito de lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico.

O Causalismo penal, como visto, permite que os bens jurídicos militares, no Ordenamento Jurídico brasileiro, ganhem uma técnica de promoção e proteção no procedimento penal militar que não é encontrado no procedimento comum ordinário. O Causalismo permite que a justa causa da ação penal militar veja como suficiente a narrativa da conduta, acompanhada de elementos de informação apurados em inquérito penal militar, haja vista que eventuais elementos do dolo e da culpa serão analisados apenas ao longo do processo, provavelmente como elementos de busca da defesa, uma vez que localizados na Culpabilidade do delito.

Não há, teleologicamente, diferença entre a função do Direito Penal e do Direito Penal Militar, portanto, entre o Causalismo e o Finalismo, respectivamente. Ambos protegem bens jurídicos e alinhar-se-iam ao que se refere Roxin³ (1981, p.

³ Texto original: *También las categorías jurídicas de la teoría general del delito consituyen objetos de investigación mundiales de cada ciencia penal*

18), quando o autor afirma que a reprovabilidade pela medida da culpabilidade obedece a ditames constitucionais que impõem a congruência das penas. Para ele, as categorias jurídicas de uma teoria geral do delito constituem objetos de uma investigação mundial de cada ciência penal mais ou menos alinhadas. Instituições jurídicas, como a legítima defesa e o estado de necessidade, teriam um papel diferente em cada Ordenamento, pois suas situações de vida que demandam sua imposição são onipresentes.

Sendo os bens jurídicos protegidos iguais em valor e em seu conteúdo, a adoção do Causalismo, pelo Código Penal Militar, resulta que os deveres da acusação seriam facilitados, pois os relatos dos fatos, acompanhados dos elementos de prova previamente recolhidos, não precisariam preencher os eventuais elementos subjetivos da conduta, componente do fato típico, uma vez que encontrados apenas na Culpabilidade, algo que seria constatado ao longo da instrução, apenas. Isso refletiria num sistema jurídico acusatório mais veloz, algo preconizado por Silva Sánchez (2002, p.148), em que o autor defende que à criminalidade de uma sociedade pode-se fazer necessário um Direito Penal de terceira velocidade. Segundo ele, tal

más o menos desarrollada. Instituciones jurídicas como la legítima defensa y el estado de necesidad juegan necesariamente un papel en cada ordenamiento jurídico, porque las situaciones de vida a las que deben su aparición son ubicuas.

pensamento guardaria estreita relação com as ideias de Jakobs e o Direito Penal do Inimigo, um contraponto ao Direito Penal dos cidadãos.

Essa correlação de uma velocidade do Direito Penal adequada e necessária ao momento e o Direito Penal do Inimigo, segundo Silva Sánchez (2002, p. 148), é observada quando o tal Direito impõe uma antecipação da proteção penal, isto é, uma mudança de perspectiva do fato passado a um porvir; uma ausência de uma redução da pena correspondente a uma tal participação; a transposição da legislação jurídico-penal à legislação de combate; ou ainda, o solapamento de garantias processuais. Some-se, diante do arcabouço alcançado na adoção do Causalismo Penal presente no Código Penal Militar: a tipicidade com uma conduta objetiva, mecânica, sem os elementos subjetivos, permitindo que a investigação e o processamento se deem por elementos de informação e prova que não precisariam descrever o que motivou a conduta.

À medida que o sistema acolhe o Causalismo, ele se destaca pela busca de atores que passam a ser investigados e processados por suas ações puras, sem elementos subjetivos da conduta nos autos de qualquer acusação, algo que faz o procedimento aproximar-se perigosamente do que Günter Jakobs e Câncio Meliá denominaram de um Direito Penal do

Inimigo. Observe-se que Meliá⁴ (2003, pp. 100-101) já preconizava que o Direito Penal do Inimigo jurídico-positivo vulnerava vários pontos da conduta. Para o autor, na doutrina tradicional, tal pensamento seria um princípio liberal, de acordo com o qual se deve excluir responsabilidade jurídico-penal por meros pensamentos ou, ainda, afastar um Direito Penal baseado na atitude interna do autor.

A levar tais parâmetros às últimas circunstâncias, segundo Meliá⁵ (2003, p 101), alcançar-se-ia um quadro encontrado no Direito Penal Espanhol relativo ao terrorismo, com a eliminação positiva das diferenças entre preparação e tentativa; entre participação e autoria; ou ainda a diferenciação entre os fins políticos de um crime e a colaboração com uma organização terrorista. Esse quadro é incompatível com a técnica

⁴ Texto original: *Como es sabido, el Derecho penal del enemigo jurídico-positivo vulnera, así se afirma habitualmente en la discusión, en diversos puntos el principio del hecho. En la doctrina tradicional, el principio del hecho se entiende como aquel principio genuinamente liberal de acuerdo con el cual debe quedar excluida la responsabilidad jurídico-penal por meros pensamientos, es decir, como rechazo de un Derecho penal orientado con base en la actitud interna del autor.*

⁵ Texto original: *Si se examina, ante este trasfondo — por ejemplo, em el Derecho penal español relativo al terrorismo después de las últimas modificaciones legislativas habidas — la amplia eliminación iuspositiva de las diferencias entre preparación y tentativa, entre participación y autoría, incluso entre fines políticos y colaboración con una organización terrorista, difícilmente puede parecer exagerado hablar de un Derecho penal de autor: mediante sucesivas ampliaciones se há alcanzado un punto que estar ahí de algún modo, formar parte de alguna manera, ser uno de ellos, aunque sólo sea un espíritu, es dsuficiente.*

adotada por Hans Welzel, vista acima. O Direito Penal do Inimigo, para Meliá⁶ (2003, p. 99-100), adotando uma reação excepcional, demoniza grupos de autores por tipificação implícita, restringindo fortemente seus direitos.

Em arremate, para Meliá⁷ (2003, p. 100-101) o Direito Penal do Inimigo vulnera em vários pontos o princípio da punição pelas ações. Para ele, se, na doutrina tradicional, a punição pela conduta seria um princípio genuinamente liberal, de acordo com o qual se deveria excluir a responsabilidade jurídico-penal por meros pensamentos, é o mesmo que dizer que seria um Direito Penal orientado com base na atitude volitiva do autor.

A suficiência da conduta composta apenas por seus elementos volitivos, sem qualquer elemento cognitivo da ação,

⁶ Texto original: *El Derecho penal del enemigo prácticamente reconoce, al optar por una reacción estructuralmente diversa, excepcional, la competencia normativa (la capacidad de cuestionar la norma) del infractor; mediante la demonización de los grupos de autores implícita en su tipificación — una forma exacerbada de reproche — da ressonância a sua hechos.*

⁷ Texto original: *Como es sabido, el Derecho penal del enemigo jurídico-positivo vulnera, así se afirma habitualmente en la discusión, en diversos puntos el principio del hecho. En la doctrina tradicional, el principio genuinamente liberal de acuerdo con el cual debe quedar excluida la responsabilidad jurídica-penal por meros pensamientos, es decir, como rechazo de un Derecho penal orientado con base en la actitud interna del autor. Si se lleva este punto de partida coherentemente hasta sus últimas consecuencias — mérito que corresponde a JAKOBS — queda claro que em una sociedad moderna, con buenas razones funcionales, la espera de intimidade adscrita al ciudadano no puede quedar limitada a los impulsos neuronales — algo más que los pensamientos son libres —.*

para o fato típico do Causalismo, permite que os bens jurídicos penais ganhem proteção robusta no procedimento penal militar, na medida em que o Ministério Público Militar teria atribuições facilitadas para a narrativa dos fatos, do ônus de prova, além de uma fundamentação mais branda do pedido. À defesa restaria assumir que os elementos do dolo e da culpa, que não estão na Tipicidade Penal – especificamente na conduta –, mas na Culpabilidade, seriam mais um meio de defesa, apesar de assumirem ainda mais um ônus processual.

Haveria reflexos ainda sobre as excludentes. Greco (2017, p. 520) aponta que, apesar da importância da teoria causal para a elaboração do conceito do tipo, conforme as ideias de Beling e Liszt, ainda assim haveria consequências graves, que destoaria os resultados da conduta dos motivos do agente. Condutas com excludentes da culpabilidade, como a Legítima Defesa, por exemplo, demandariam apenas que o agente comprovasse que a conduta não contrariou a lei penal. Não se precisaria indagar se o elemento subjetivo do agente estaria conforme sua conduta, haja vista que a antijuridicidade possuiria apenas natureza objetiva, no Causalismo. No Causalismo, exemplificando, um agente (a), que observa um inimigo (b), postado à esquina, não enxerga que esse inimigo (b) está prestes a esfaquear um transeunte (c) que se aproxima, para roubar-lhe o relógio. Na medida em que o agente (a) atira nas costas de seu

inimigo (b), matando-o, ele impede que tal inimigo (b) venha a cometer o crime de latrocínio contra o transeunte (c). Contudo, tal concatenação de fatos não permite concluir que o agente (a) agiu em legítima defesa do transeunte (c), na medida em que lhe faltam os elementos subjetivos da conduta para consubstanciar a excludente.

Observe que no Causalismo, se os elementos subjetivos da legítima defesa de terceiro estiverem presentes, excluir-se-ia a Culpabilidade, apenas.

Sobre tais consequências, observou-se, no Superior Tribunal Militar, que muitas vezes a análise da conduta militar criminosa, prevista no Código Penal Militar, é construída utilizando-se dos ditames finalistas, presentes no Código Penal comum. Nessa escolha, o réu do procedimento penal militar veria que a narrativa da sua conduta, na peça acusatória, já deve esclarecer os pontos do dolo e da culpa, com elementos de informação que deverão passar pelo crivo do contraditório na etapa processual de produção de prova. Tal técnica, apesar de não estar expressa no Código Penal Militar, é uma interpretação garantista, adequada à Constituição Federal, e possível de ser adotada pela judicatura militar, na condução do procedimento.

A importância dos bens jurídicos militares, muitos deles ligados à guerra e, portanto, à defesa da existência do próprio Estado brasileiro, pode ensejar medidas igualmente

extraordinárias. Observe-se que, na própria Constituição Federal, § 2º do Artigo 142, encontram-se limitações ao direito fundamental do *habeas corpus* para punições disciplinares militares. Assim, é constitucionalmente previsto que o Direito Administrativo Militar e ainda o Direito Penal Militar sofrem limitações das garantias fundamentais previstas ao longo do Artigo 5º da Constituição, quando comparados aos parâmetros comuns. O Causalismo seria um desses métodos, afastado do Finalismo, na legislação ordinária.

O resultado da adoção dessa técnica seria procedimental, seja quanto ao inquérito, seja quanto à ação. A produção de provas sobre a conduta se tornaria mais simples, objetiva, mecânica, perfazendo a causalidade num modo mais direto. À defesa, restaria à busca de elementos diretos ou indiretos que afastem, ou os fatos em si, ou ainda os efeitos alegados aos fatos narrados – a defesa indireta –, o que desaguardaria no próprio cotejo da Culpabilidade e, apenas nesse estágio da construção do delito, atingir-se-ia o dolo e a culpa penal.

4 O CAUSALISMO PENAL E SUA ADEQUAÇÃO À DIGNIDADE

À medida que se observou que o texto normativo inalterado do Código Penal Militar ainda adota o Causalismo como meio de mais fortemente reprimir as condutas tipificadas que afrontem bens jurídicos militares, as reverberações encontradas na construção analítica do delito militar precisam, neste capítulo, ser filtradas sobre o que é entregue pelo Direito Internacional sobre Direitos Humanos e ainda pelo Direito Penal Internacional, diante da adoção desse método de reprovabilidade da conduta e de acordo com o que a doutrina alinha a própria dignidade ao procedimento penal.

Atente-se, por primeiro, que o Tribunal Penal Internacional adota, em seu estatuto, uma constituição analítica do delito que se alinha completamente ao Finalismo, de Hans Welzel. No Artigo 66, em seu ponto 2, é previsto que incube ao Procurador com atribuições de acusação, que funciona perante o referido tribunal, o ônus da prova da culpa do acusado. Desse modo, é seguro dizer que o Tribunal Penal Internacional adota o Finalismo para conferir ônus à acusação sobre a prova dos elementos subjetivos da conduta, item do Fato Típico. O tribunal, ao qual o Brasil adere sem reservas para julgar crimes de guerra, assim, difere do que a Justiça Militar brasileira,

também especializada para um leque – maior – de crimes militares, precisaria manusear quando da interpretação do Código Penal Militar, à medida que a acusação, no referido tribunal internacional, deve provar a culpa do acusado já no relato e na instrução da conduta acusada, no bojo da tipicidade da conduta.

Como visto, à medida que a composição analítica do delito influencia diretamente no procedimento, desbalanceando completamente a distribuição do ônus da prova, como visto, o Causalismo se distancia ainda mais do Finalismo quando tal confronto é dado no bojo de um procedimento penal. Uma decisão da Suprema Corte Americana que reconheceu a dignidade humana violada por uma decisão fundada em provas obtidas sem respeitar a proteção da intimidade pessoal, por exemplo, levou Gurgel (2018, pp. 73-74) a observar que o devido processo legal é faceta da dignidade da pessoa humana.

Tal apontamento leva-se a considerar, na presente pesquisa, que não basta o procedimento penal militar estar previsto no Código de Processo Penal Militar, é necessário ainda que haja alinhamento à dignidade, esta de caráter constitucional. A previsão do procedimento no Decreto-Lei 1002, de 1969, o Código de Processo Penal Militar, assim, não seria suficiente: é necessário que o procedimento seja adequado à dignidade da pessoa humana.

Barroso (2014, p. 47) é outro autor que enxerga o ônus probatório como reflexo processual do devido processo legal e, portanto, reflexo ainda da dignidade da pessoa humana. O autor exemplifica essa conclusão do processo já datada de 1952, *Rochin v. Califórnia*, onde a Suprema Corte Americana estabeleceu uma conexão direta entre as formas pelas quais as provas são obtidas e a dignidade humana. Esse tribunal considerou que o bombeamento compulsório do estômago do recorrente, para extrair capsulas de drogas, violaria a cláusula do devido processo da Décima Quarta Emenda. Nesse julgamento, o *justice* Felix Fransfurter, relator, ressaltou que a conduta seria tão brutal e ofensiva para a dignidade humana, que chocaria a consciência – foi, segundo Luís Roberto Barroso, o primeiro caso em que a Suprema Corte Americana embasou sua decisão na dignidade da pessoa humana.

Corroborando o que Yara Maria Pereira Gurgel apontou, acima, sobre o devido processo penal e a própria dignidade humana, Branco (2020, p. 56) observa que o devido processo legal, previsto no Artigo 5º, LIV, sempre há de dar ensejo a um devido processo legal material. Nesse procedimento, haverá de haver razoabilidade e proporcionalidade nas ações dos poderes públicos. Mendes (2020, p. 210), também oportunamente, defende que a garantia do devido processo legal, como garantia real, é alçada como argumento e como garantia geral, em lugar

das garantias especiais do direito ao contraditório e da ampla defesa, do juiz natural ou ainda da proibição do uso da prova ilícita. Por oportuno, não se pretendendo definir o conteúdo jurídico dos princípios apontados pelo autor, como ainda delimitar parâmetros e coincidências parciais num eventual embate ou concomitante incidência, caminha-se para concluir que tais princípios correlatos ao devido processo legal seriam agredidos quando se impõe o ônus da prova da ausência do dolo e da culpa ao acusado, e não à acusação.

O papel do devido processo legal penal, assim, não se mostraria completo com a simples previsão legal das regras do procedimento. Há parâmetros constitucionais que devem ser obedecidos. Por outro lado, restringir um direito ou uma garantia fundamental poderia ser ato que incorre em inconstitucionalidade. Novais (2003, p. 296) exemplifica com a liberdade, que não poderia ser entendida como reserva individual contra o próprio Direito, visto que ela própria é juridicamente garantida pelos direitos fundamentais, mas não é, tão pouco, entendida como sendo constituída pelo Direito. Os direitos fundamentais, para o autor, não se consideram mais à mercê do legislador, e não se confundem com a garantia do princípio da legalidade da Administração nem se restringem a ela, pois são defesas contra o próprio legislador.

Um procedimento com previsão em lei não se porta devidamente constitucional por sua simples legalidade. É necessário que cumpra requisitos de cunho constitucional para que, além de legal, seja também adequado à Constituição. As consequências do Causalismo, previsto no Decreto-Lei 1001, de 1969, impõem reflexos procedimentais e de divisão de ônus probatórios ao processo penal militar que não se coaduna com o que é garantido constitucionalmente para o processo e, mais, também não se alinha a um procedimento que respeita a própria dignidade. Um procedimento causalista tende, muito, às previsões legais que gerem ônus probatórios draconianos, uma vez que não possui a defesa os elementos administrativos de investigação penal voltados para a análise do dolo e da culpa, na Culpabilidade. Quando o eixo da materialidade de todo o aparato administrativo investigativo concentra-se, proximamente à data dos fatos, em descobrir os fatos de uma conduta cega, mecânica, as comprovações de fatos que ataquem direta ou indiretamente o próprio mérito, por ônus da defesa, é técnica de divisão de ônus probatório bastante difícil.

A necessária adequação do processo, previsto em lei ordinária, ao que é definido em direitos e garantias fundamentais, na Constituição, necessariamente levaria a constatação de que a adoção do Causalismo enfraqueceria muitas das garantias do procedimento, haja visto que permite

uma persecução penal que não toma para si, na acusação, qualquer consideração dos elementos subjetivos da conduta, para a constatação da materialidade. Tal técnica permitiria um grande avanço do *jus puniendi* estatal e ainda, como já visto, uma grande aceleração das investigações e do próprio procedimento penal, permitindo medidas cautelares tomadas mais abruptamente, como previu Silva Sánchez.

5 CONCLUSÃO

A conduta criminal militar, conforme o Artigo 33 do Código Penal Militar, consagra o Causalismo, técnica que leva o dolo e a culpa para a Culpabilidade, terceiro substrato do delito. Como visto no Capítulo 1, junto ao Fato Típico, especificamente na conduta, encontra-se que a ação ou omissão militar criminosa será apenas mecânica, sem elementos cognitivos, algo que facilita muito a investigação e a fundamentação da acusação, na medida em que não serão necessárias eventuais comprovações iniciais dos elementos à cognição conduta criminosa.

Desse modo, tal construção do delito militar facilita, quando se compara ao procedimento penal comum a construção da narrativa dos fatos na peça acusatória, visto que a conduta criminal militar, presente no fato típico, é meramente mecânica, desprovida de elementos subjetivos como dolo e culpa. Com

uma tipicidade meramente objetiva, o Direito Penal Militar permitiria, confirme o Artigo 33 supracitado, que à defesa restasse o papel de construção probatória e argumentativa sobre os elementos subjetivos da Culpabilidade.

No Capítulo 2, observou-se que a adoção dessa técnica analítica do delito permitiria que os bens jurídicos protegidos, no sistema que adota referido Causalismo, sejam protegidos de modo mais eficaz, com requisitos probatórios menores para a atividade administrativo-investigativa e ainda para a atividade ministerial-acusatória. Por outro lado, tal sistema pode ser visto com não garantista, quando comparado ao Finalismo de Hans Welzel. O Causalismo assegura uma técnica de formação do delito, sem dolo ou culpa na conduta, elemento no Fato Típico, que protege mais decisivamente os bens jurídicos sob sua ótica, como ocorre no Brasil com os bens jurídicos militares presentes no Código Penal Militar.

No Capítulo 3, a pesquisa perquiriu sobre a adequação do Causalismo à própria dignidade humana.

O Causalismo, assim, previsto no Artigo 33 do Código Penal Militar, torna-se meio de promoção da proteção dos bens jurídicos militares. Por outro lado, um manuseio descuidado pode reverberar linhas de funcionalismo sistêmico que arremessaria o réu da Justiça Militar num processo cujos fatos narrados pela acusação se mostrariam indefensáveis, beirando a

existência de fatos cujas provas seriam draconianas. A importância dos bens jurídicos militares ao objeto da pesquisa demanda um procedimento adequado, constitucional, mesmo com a adoção do Causalismo no Código Penal Militar. Contudo, tal adequação não permite que o procedimento se desalinho ao determinado pela Constituição Federal.

Por fim, no Capítulo 4, a pesquisa constatou como o Causalismo penal não se coadunaria a um devido processo, garantia constitucional. O fato de ser técnica de procedimento e de prova da conduta prevista em lei não seria suficiente para constatar adequação às garantias do processo previstas na Constituição. A lei procedimental, desse modo, precisa estar alinhada à dignidade humana, pois, se assim não ocorrer, será lei inconstitucional. À medida que se observa que o Causalismo penal carrega consigo técnica de procedimento que consegue atingir uma conduta típica por parâmetros objetivos, permite-se que o acusado seja tratado como um inimigo do sistema, haja vista que caberia a ele provar elementos de sua inocência, diante de uma imputação de conduta típica, ao longo de um procedimento que inverteria ônus probatório sobre eventuais dirimentes da culpabilidade subjetiva e que serviria para afastar o delito.

A Causalidade, assim, interfere sobre todo o processo, suas técnicas probatórias, os ônus da prova, ordem dos atos

processuais e, assim, alinhar-se-ia ao que a doutrina classifica como um sistema voltado à persecução penal de inimigos de um sistema, em que as garantias processuais seriam decisivamente enfraquecidas.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, L. R. *A Dignidade da Pessoa Humana: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução: Humberto Laport de Mello. 3ª reimp. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.
- BRANCO, P. G. G. Cap 1. Noções Introdutórias. 56-139 pp. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Série IDP.
- BRASIL. Superior Tribunal Militar. *Apelação 7000483-83.2021.7.00.0000*. Relator: Ministro Lúcio Mário de Barros Góes. Revisor(a): Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. Julgado em: 8 de Julho de 2021. Publicado em: 3 de Fevereiro de 2022. Disponível em: https://eproc2g.stm.jus.br/eproc_2g_prod/externo_controlador.php?acao=processo_seleciona_publica&acao_origem=busca_jurisprudencia&num_processo=70004838320217000000. Acesso: 2 mar. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso em Habeas Corpus 144.336/SP*. Primeira Turma. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Julgado em: 1 de Agosto de 2018. Publicado em: 2 de Agosto de 2018. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314913276&ext=.pdf>. Acesso: 16 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus 544.800/SP*. Sexta Turma. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Julgado em: 21 de Setembro de 2021. Publicado em: 29 de Setembro de 2021. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=FINALISMO+PENAL&b=ACOR&p=false&l=10&i=1&operador=E&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso: 16 abr. 2022.

BRASIL. Decreto N° 4.388, de 25 de Setembro de 2002. *Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso: 17 abr. 2022.

CAPEZ, F. *Curso de Direito Penal: parte geral*. V. 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GURGEL, Y. M. P. *Conteúdo Normativo da Dignidade da Pessoa Humana e suas Implicações Jurídicas na Realização dos Direitos Fundamentais*. 2018. Tese (Pós-Doutoramento) – Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018.

GRECO, R. *Curso de Direito Penal: parte geral*. V. 1. 19. ed. Niterói: Editora Impetus, 2017.

LISZT, F. v. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tomo I. Tradução: José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1899.

MELIÁ, M. C.. Derecho Penal del Enimigo? 57-102 pp. In: JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho Penal del*

Enemigo. 1. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2003. (Cuadernos Civitas).

MENDES, G. F. Capítulo 3. II. Limitações aos Direitos Fundamentais. 156-211 pp. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Série IDP.

NOVAIS, J. R. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizados pela Constituição*. Lisboa: Coimbra Editora, 2003.

NUCCI, G. de S. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. V. 1. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ROSSETO, Ê. L. As Circunstâncias Judiciais na Aplicação da Pena e do Regime Prisional. 151-175 pp. *In*: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça Militar. *Coletânea de estudos de direito militar: doutrina e jurisprudência*. Orlando Eduardo Geraldi (Coordenação Geral); Ronaldo João Roth (Coordenação Editorial); Ronaldo João Roth e Sylvia Helena Ono (Revisão). São Paulo: Tribunal de Justiça Militar, 2012.

ROXIN, C. *Culpabilidade y Prevencion em Derecho Penal*. Traducción de Muños Conde. Madrid: Instituto Editorial Reus SA, 1981.

RUIZ LAPEÑA, R.. La Dignidad y Sus Manifestaciones em el Ordanemiento Constitucional Español. 335-360 pp. *In*: CHUECA, Ricardo (diretor). *Dignidad Humana y Derecho Fundamental*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015.

SILVA SANCHÉZ, Jesús-M. *A Expansão do Direito Penal: Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-Industriais*. Tradução da 2ª edição espanhola: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2002.

WELZEL, H. *Derecho Penal. Parte General*. Traducción de Carlos Fontan Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.