

Levando o direito processual penal militar a sério: o que as fontes do direito e a decisão constitucionalmente adequada têm a ver com o ANPP na JMU?

Vinícius Yscandar de Carvalho

Especialista em Direito Público e Privado pela Universidade de Araraquara/SP.
Ex-analista judiciário – área judiciária do Superior Tribunal de Justiça, tendo exercido a função de assessor de Ministro entre os anos de 2019 e 2023.
Atualmente, é Membro do Ministério Público da União, no cargo de Promotor de Justiça Militar, oficiando em São Luís, Maranhão. Coautor do livro Manual de Processo Penal Militar, 8^a ed. JusPodivm.

Autor convidado

RESUMO: Este estudo traz o seguinte problema de pesquisa: por que o Supremo Tribunal Federal (STF), atualmente, tem reformado sistematicamente decisões do Superior Tribunal Militar (STM) sobre aplicação subsidiária do Código de Processo Penal (CPP)? A hipótese explorada é que a divergência não decorre de mero desacordo interpretativo pontual, mas de assimetria metodológica estrutural: enquanto o STM permanece majoritariamente ancorado em método positivista-subsuntivo, o STF adota ponderação princípialógica.

PALAVRAS-CHAVE: Supremo Tribunal Federal; Superior Tribunal Militar; Código de Processo Penal.

ENGLISH

TITLE: Taking Military Criminal Procedural Law Seriously: What Do Sources of Law and Constitutionally Appropriate Decisions Have to Do with Non-Prosecution Agreements in the Federal Military Courts?

Vinícius Yscandar de Carvalho

ABSTRACT: This study addresses the following research question: why has the Supreme Federal Court currently systematically overturned decisions of the Superior Military Court regarding the subsidiary application of the Code of Criminal Procedure? The hypothesis explored is that the divergence does not stem from a mere discrepancy in interpretation, but from a structural methodological asymmetry: while the Superior Military Court remains largely anchored in the positivist-subsumptive method, the Supreme Federal Court adopts a principled approach.

KEYWORDS: Federal Supreme Court; Superior Military Court; Code of Criminal Procedure.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Das Fontes do Direito – 3 Dos “princípios gerais do Direito aos princípios pragmáticos – 4 Da jurisprudência (STF e STM) e das bases teóricas – 4.1 A constitucionalização do processo penal – 4.2 O resgate dos fatos (tempo e espaço) e da moral (axiologia) – 4.3 Análise de caso – 5 Conclusão.

1 INTRODUCÃO

A Constituição de 1988 inaugurou um novo paradigma de processo penal. Consagrou a presunção de inocência como princípio estruturante e, ao lado dela, o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal e a duração razoável do

processo. No âmbito da justiça comum, o Código de Processo Penal de 1941, com o fito de readequar-se à nova realidade, foi objeto de sucessivas reformas, destacando-se as promovidas pelas seguintes normas: Lei nº 11.719/2008, Lei nº 12.403/2011 e Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime).

O Código de Processo Penal Militar (CPPM), por sua vez, promulgado pelo Decreto-Lei nº 1.002/1969, permanece substancialmente inalterado. Embora o art. 3º, alínea “a”, autorize aplicação subsidiária da legislação processual penal comum “quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar”, essa cláusula tem sido interpretada restritivamente pelo Superior Tribunal Militar. Portanto, inovações legislativas importantes, não raro, encontraram obstáculo na invocação genérica da “especialidade” e da “índole do processo penal militar”.

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha, inicialmente, encampado a tese restritiva, a partir de 2016, percebeu-se uma guinada jurisprudencial. Passou-se a perceber temáticas importantes sendo revisitadas e, em grande parte, aproximando o rito do processo penal militar ao do processo penal comum.

Diante desse cenário, formula-se o seguinte problema de pesquisa: por que o Supremo Tribunal Federal, atualmente, tem reformado sistematicamente decisões do Superior Tribunal Militar sobre aplicação subsidiária do CPP? A hipótese explorada neste estudo é que a divergência não decorre de mero desacordo interpretativo pontual, mas de assimetria metodológica estrutural: enquanto o STM permanece majoritariamente ancorado em método positivista-subsuntivo (primazia da lei, princípio da especialidade tratado como premissa autoevidente, interpretação literal), o STF adota ponderação principiológica (proporcionalidade, análise casuística, fundamentação analítica dos pesos atribuídos aos princípios em conflito).

Essa assimetria inviabilizaria o diálogo institucional produtivo, pois as Cortes operam com paradigmas teórico-decisórios distintos. Uma busca a “vontade da lei” (*mens legis*), quando não a “vontade do legislador” (*mens legislatoris*), enquanto a outra constrói a “melhor resposta constitucionalmente justificada” pelos princípios de moralidade política. Assim, como não compartilham o mesmo padrão

argumentativo, o debate se torna estéril, não porque uma Corte “erra” e outra “acerta”, mas porque falam linguagens incomensuráveis.

2 DAS FONTES DO DIREITO

As fontes do direito auxiliam a identificar a *origem* da norma jurídica, bem como o *meio* através do qual estas se manifestam¹. Nesse esteio, podem ser classificadas, dentre outras formas, como: (a) *fontes materiais ou de produção*, quando o foco está na origem da norma, no órgão do qual ela provém; e (b) *fontes formais*, classificação que tem por critério o veículo de transporte da norma, o que lhe dá corpo e contornos de obrigatoriedade. Vejamos.

¹ A União, por exemplo, é fonte material ou de produção do direito processual (art. 22, I, da CF). Já os Estados e o DF, ao lado da União (competência concorrente), são fonte material de procedimentos em matéria processual (art. 24, XI, da CF). Por outro lado, a lei é a fonte formal primária, enquanto a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito são fontes formais secundárias, aplicáveis em caso de lacuna da lei. Confira: NEVES, Cícero Robson Coimbra; CARVALHO, Vinícius Yscandar. *Manual de direito processual penal militar*. 8. ed. São Paulo: Juspodivm, 2025, p. 259-260.

Quanto à origem a União é, por exemplo, fonte material do direito *processual* (art. 22, I, da CF), enquanto, Estados e DF, ao lado também da União (competência concorrente), são fonte material de *procedimentos* em matéria processual (art. 24, XI, da CF). No aspecto formal, tem-se, de um lado, a lei, como fonte primária e, de outro, a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito, como fontes formais secundárias, para casos de lacunas. Estes, portanto, são ditos meios de integração do direito.

Note-se que mencionada classificação ganha especial relevo no decorrer do Século XIX, quando a máxima da completude, dentro do positivismo jurídico, torna-se pressuposto da científicidade do direito e de sua metodologia própria quanto à validade.

Maria Helena Diniz aponta que *as fontes do direito* são o **fator real** que confere **obrigatoriedade** ao sistema jurídico (Diniz, 2017). De fato, o positivismo trabalha intensamente para justificar a obrigatoriedade da norma dentro do próprio direito. Kelsen, por exemplo, recorre à norma hipotético-fundamental, para dar fundamento de validade à Constituição, sem precisar

recorrer a qualquer elemento externo ao direito como a força. Para ele, portanto, a coação, intrínseca a toda lei, só pode ser “exercida sob condições e da maneira determinada pelo primeiro constituinte ou das instâncias por ele delegadas” (Kelsen, 2019. p. 124-125). Tal concepção dialoga diretamente com a teoria da validade das normas desenvolvida por ele.

Hart, nessa quadra e divergindo de Austin, diz que o direito não é uma ordem, sob pena de sanção, dada por alguém que não está sujeito a ela. Explica que um gângster poderia ser fonte do direito por essa classificação. Por isso, sugere que é um conjunto de regras primárias, que concedem direitos e impõem obrigações (ex: tipos penais), e, destaque-se, regras secundárias, que estipulam por quem e como aquelas outras podem ser estabelecidas, modificadas ou abolidas de modo válido (ex: Constituição, Lei de Introdução ao Direito Brasileiro, regras sobre os contratos) (Dworkin, 2010, p. 31).

Nesse cenário, Miguel Reale informa que, nas **sociedades primitivas**, o Direito era um amálgama de usos e costumes. Já em estágio mais evoluído, passa-se a criar os primeiros órgãos, cuja finalidade específica era conhecer e

declarar o Direito: primeiro através da jurisdição, depois na figura do Parlamento (Reale, 2013, p. 179).

Hobbes (1588-1679), nesse processo evolutivo, desempenha importante papel. Conterrâneo da *Magna Charta Libertatum* (1215), o filósofo comprehende que, “a partir do conhecimento factual, não seria possível justificar reivindicações normativas”. Ele entende que o estado e o direito não nascerão, naturalmente, do mundo das coisas (Herb, 2013). Por isso, busca, no modelo normativo do contrato – fenômeno que surge quase naturalmente da permuta entre indivíduos –, uma alegoria filosófica para justificar o poder do estado. A proposta centra-se no livre arbítrio e na autonomia da vontade (Herb, 2013), permutando-se, assim, sutilmente, do plano fático para o plano axiológico-valorativo.

No continente europeu, a tradição *civil law*, a vertente rousseauiana do Contrato Social e a Revolução Francesa transformam a lei na única expressão autêntica da Nação soberana: vontade geral. A supremacia do Parlamento não é sem propósito. Os revolucionários, cansados das revoltantes desigualdades do *Ancien Régime*, no qual “havia um Direito que

resolvia os *problemas locais*, [...] um *Direito de classes*, um *para a plebe* e outro *para a nobreza e o clero*”, buscavam um direito nacional, único para cada Nação, perante o qual todos são iguais (Reale, 2013, p. 189-190)².

² Veja-se que a constatação de um direito único para cada nação pode levar-nos inclusive a concluir que Hans Kelsen se inspira nisso para defender que o Estado nada mais é do que um conjunto normativo. Veja-se, que Amado ensina que: “a Constituição de Weimar nasceu e vigorou em um contexto social, político e econômico extremamente complexo. Os alemães dotaram-se de uma Constituição própria de um autêntico Estado de Direito, mas sua doutrina jurídica continuava ligada ao modelo do direito de Estado. [...] A chamada Escola Alemã do Direito Público de Gerber, Laband e Jellinek havia realizado um gigantesco esforço para construir uma teoria do Estado adaptada às mudanças históricas e, especialmente, ao declínio do modelo anteriormente vigente nos territórios alemães, de forte marca senhorial e quase feudal. A velha ordem social e política, caracterizada pela forte hierarquia e baseada na supremacia das grandes famílias dirigentes e de grupos nobiliários, tinha que ser substituída por um Estado novo, de base legal, com capacidade e meios pessoais e jurídicos para governar [...] Já não é o monarca absoluto que assevera ‘o Estado sou eu’; é o próprio Estado, com vocação absoluta, aquele que, como síntese de sua missão e sua identidade, afirma que o Estado é o Estado e que tudo quanto lhe pertence – território, população e poder –, pertence-lhe por razões substanciais – por natureza –, inclusive seu sistema jurídico. Não são as normas jurídicas que constituem os poderes do Estado; é o poder do Estado, como eixo de seu ser, que cria as normas [...] A teoria do Estado de Kelsen golpeará o núcleo de tal estatismo. Para Kelsen, como é bem sabido, o Estado não é mais do que o reverso de um sistema jurídico, ou seja, o Estado não é mais do que uma rede normativo-institucional constituída pelo próprio direito. O Estado não tem substância própria e pré-jurídica. [...] Com a expressão ‘Estado de Direito’, Kelsen pretendia apenas ressaltar a falta de substância real de todo Estado que se

É dentro dessa tônica que o **Código Civil francês de 1804** é concebido. Historicamente, verificou-se que a excelência desse documento, cuja ordenação sistêmica e lógica dos institutos é inovadora, faz parecer que nada mais seria possível em matéria de elaboração legislativa (Reale, 2013, 189-190). Por essa razão, acreditava-se que o Código seria a palavra final, cabendo ao magistrado investigar a vontade do legislador (*mens legislatoris*) (Pereira, 2017, p. 65).

Foi, por meio desse documento que o Direito pode atingir elevado grau de sistematização. Os estudiosos, então, deixaram de comentar ocasionalmente normas esparsas em demandas ocasionais e dedicaram-se ao exame sistemático e global, o que permitiu a interpretação, construção e compreensão unitária das regras, segundo princípios gerais.

queira à margem e acima do direito, seja qual for o conteúdo desse direito. Não se trata de dotar de legitimidade moral qualquer Estado nem, menos ainda, de fundar certas obrigações políticas dos cidadãos diante de qualquer forma de Estado [...] Kelsen objetiva apenas desmascarar a pura ideologia de dominação dos cidadãos presente em toda intenção de fazer do Estado uma entidade natural, um bem em si". AMADO, Juan Antonio García. É possível ser antikelseniano sem mentir sobre Kelsen? *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 52-118, maio/ago. 2019. Disponível em: https://www.emerj.tjrl.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v21_n2/revista_v21_n2_52.pdf. Acesso em: 6 out. 2025.

Reale, com muita maturidade, adverte que, “muito embora, em nossos dias, não prevaleça mais a redução do Direito à lei, [...] não devemos esquecer os benefícios que a Escola da Exegese trouxe para o Direito”, clarificando conceitos, disciplinando institutos jurídicos e sistematizando de modo lógico o ordenamento (Reale, 2013, p. 190-191).

Ocorre que, como se sabe, não demorou para se constatar o equívoco da premissa da completude.

Quando de sua promulgação (1804), a França ainda era um país agrícola e a Inglaterra estava apenas no alvorecer da revolução industrial. No decorrer do século, todavia, os grandes inventos, como a força a vapor e a eletricidade, trouxeram profundas mudanças no sistema de produção e, com estas, na vida social (Reale, 2013, p. 331). A obra napoleônica, assim, foi se tornando cada vez mais obsoleta e insuficiente: “a todo instante apareciam problemas de que os legisladores do Código Civil não haviam cogitado” (Reale, 2013, p. 332).

“Por mais que os intérpretes forcejassem [...], a vida sempre deixava um resto” (Reale, 2013, p. 332). Por isso, os juristas viram-se forçados a desenvolver formas de adequação

da lei à existência concreta. É dentro desse contexto, então, que surge a **jurisprudência dos conceitos**.

Na vertente da *Escola Histórica*, cujo grande representante é o alemão Savigny, o intérprete deixa de almejar à descoberta da *mens legislatoris* (intenção do legislador) e passa a buscar a *mens legis* (intenção da lei). Isso porque “não basta [...] querer descobrir a intenção do legislador através dos trabalhos preparatórios da legislação, que é mera história externa do texto”. Em vez disso, é necessário “verificar *qual teria sido a intenção do legislador*, e a sua conclusão, se no seu tempo houvesse os fenômenos que se encontram hoje diante de nossos olhos” (Reale, 2013, p. 333).

Ainda na denominada jurisprudência dos conceitos, mas num segundo momento, surge a *Escola Teleológica*, sob a batuta de outro alemão, Ihering. Aqui, evoluindo ainda mais na caminhada, reconhece-se na interpretação potencialidade para garantir condições da vida social (realidade objetiva). O direito sai do aspecto meramente lógico e passa a ser visto como “vivência, luta e jurisprudência dos interesses” (Panza, 2013).

É interessante observar que o fenômeno hermenêutico é especialmente observado na Alemanha, talvez porque, até o ano de 1900, as relações civis daquele país eram regidas pelo Direito Romano (Digesto ou Pandectas). Por isso, o povo alemão era obrigado a adaptar as normas da Roma antiga à realidade que viviam. Na França, também se verificou o estudo da hermenêutica na Escola da Exegese, porém, em razão de sua pujante legislação, em menor amplitude (Reale, 2013, p. 333).

Com efeito, mesmo diante de toda a evolução interpretativa, um outro alemão, **Zitelmann**, demonstrou *não ter se resolvido o problema da incompletude*. De outro lado, observou que o juiz não pode deixar de decidir, haja vista a regra da vedação ao *non liquet*. Por isso, ele propõe não considerar o Direito como sinônimo de “legislação”. Nesse sentido, explica que, embora a legislação possa apresentar lacunas, o “Direito”, sinônimo sim de ordenamento jurídico, jamais será lacunoso. Para ele, os recursos de integração permitirão sempre ao intérprete julgar uma causa, mesmo quando não tenha uma norma pronta (Reale, 2013, p. 337-338).

Sem dúvida, o maior nome para a consolidação da compreensão do direito como uma ordem jurídica foi o de Hans Kelsen. A sua ambição cientificista possibilitou-lhe fornecer parâmetros metodológicos que unificariam o conjunto de normas de uma nação, mesmo quando não codificadas. Citem-se como exemplos: (a) o *princípio da imputação*, o qual, no lugar do princípio da causalidade, próprio das leis da natureza, traz previsibilidade às normas jurídicas – mesmo quando violada, a norma jurídica (dever-ser) é vigente e válida, pois gera responsabilização ao infrator –, além disso, o que liga a solução jurídica à norma estabelecida é o ato de vontade de uma autoridade jurídica legitimada para escolher em cada momento apropriado (ex: Constituinte, Legislador infraconstitucional, Administração pública no plano infralegal e o Julgador, no caso concreto); e (b) a *teoria da estrutura hierarquizada das normas*, na qual se tem a supremacia da constituição, ato de vontade soberano que regula a produção dos demais atos estatais, que igualmente são atos de vontade, mas submetidos àquela (Oliveira, 2008, p. 56).

Veja-se que, para Kelsen, o âmbito de estudo do jurista não está no ato de vontade em si, mas sim no seu resultado: a norma. Além disso, como toda ciência exige um método empírico, ele fornece esse método não no conteúdo da norma, mas na interação de respeito que se verifica entre o ato de vontade do agente normatizador inferior para com aquele que lhe é superior. Assim, o autor também encontra, ao lado da metodologia própria que propõe, a possibilidade de fechamento sistêmico.

Bobbio, nesse cenário, destaca três características fundamentais do *ordenamento jurídico*: unidade, coerência e completude. Ressalta que esta última é a mais importante para o positivismo jurídico, pois diretamente associada ao princípio da certeza do direito (Bobbio, 2022, p. 256-268). Assim, Godoi explica que ela, com sua pauta de soluções, confere possibilidade de vigência ao ordenamento, impedindo “espaços vazios” (Godoi, 2021).

Note-se, porém, que a ambição da completude não é satisfeita nem mesmo com o recurso aos métodos integrativos. E aqui, ninguém melhor do que Kelsen para demonstrar isso. Ao

contrário do que se pode pensar, o jusfilósofo não fecha na lei escrita a validade do direito, pois ele, realista que era, reconhece a insuficiência dela para todos os casos.

Por isso, recorre à figura da “moldura” e, dentro dela, ele valida toda decisão jurídica possível. A propósito:

O ato jurídico de execução pode ser configurado de tal modo que possa corresponder a um ou outro dos significados verbais da norma jurídica, ou que, de algum modo, esteja de acordo com a vontade do legislador (Normsetzers) ou com a expressão por ele escolhida, ou que uma ou outra das outras duas normas contraditórias entre si concordem, ou que se resolva como se as duas normas contraditórias entre si se houvessem revogado mutuamente. A norma a ser executada, em todos esses casos, forma apenas **uma moldura dentro da qual são apresentadas várias possibilidades de execução**, de modo que todo ato é conforme a norma, desde que esteja dentro dessa moldura, preenchendo-a de algum sentido possível. Entendendo-se por “interpretação” a verificação do sentido da norma a ser executada, o resultado desta atividade só pode ser a verificação da moldura, que representa a norma a ser interpretada e, portanto, o reconhecimento de **várias possibilidades** que estão dentro desta moldura. Nesse caso, a interpretação de uma lei não é necessária a uma decisão como a única certa, mas leva, possivelmente, a várias decisões (Kelsen, 2019, p. 150).

Ana Pinho explica que, para o autor austríaco, “interpretar não é um ato de conhecimento, mas de vontade”. Ela chama a atenção, inclusive, para as singelas oito páginas dedicadas à interpretação na robusta obra do autor sobre a teoria pura do direito. Assim, conclui que, no positivismo de Kelsen, “a interpretação não é um problema teórico, mas simplesmente prático”, o que, segundo ela, faz sentido no positivista, que tinha como postulado a separação entre direito e moral (Pinho, 2013, posição 2534).

Com efeito, embora capaz de atender satisfatoriamente às demandas de **meados do século XX**, o Positivismo demonstrou fragilidades e desgastes já no início do século XX. Em 1906, por exemplo, Kantorowicz defendeu o **direito livre**: “o que deve prevalecer é o direito justo, quer na falta de previsão legal (*praeter legem*) quer contra a própria lei (*contra legem*)” (Reale, 2013, p. 339). Note-se, assim, que a tentativa de gerar segurança jurídica por meio do aprisionamento do direito na lei (assertivas prévias sobre fatos futuros), afastando-o, assim, da moral e do próprio fato em si, ensejou, de um lado, a necessidade de se confiar, na prática, na discricionariedade do

julgador, a fim de se chegar ao fechamento sistêmico e, de outro, alimentou adeptos do realismo jurídico a buscarem a mitigação da norma e o fortalecimento do valor Justiça (ex: Kantorowicz e Fórmula de Radbruch).

Nada obstante, hodiernamente, há corrente filosófica no direito que não reconhece legitimidade a esse método decisório. Para essa vertente, o intérprete, dentro do Estado Democrático de Direito, mesmo em casos extremos, é obrigado a decidir em conformidade com o direito. Porém, como seria possível prescindir da discricionariedade mesmo nos casos limítrofes (*hard cases*)?

3 DOS “PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO” AOS “PRINCÍPIOS PRAGMÁTICOS”

Rafael Tomaz de Oliveira apresenta-nos uma interessante e esclarecedora distinção das concepções dos princípios que, como ele próprio alerta, não necessariamente evolutiva. Assim, mostra-nos haver três concepções: (a) princípios gerais de direito; (b) princípios jurídico-

epistemológicos; e (c) princípios problemáticos ou pragmáticos (Oliveira, 2008).

Os **princípios gerais de direito** são extraídos indutivamente da própria legislação. Veja-se, acreditava-se que, “no fundo de cada regra positiva, se encontra latente um princípio”. Por exemplo, por trás do tipo penal do furto pode-se extrair indutivamente o princípio do *neminem laedere* (não lesar ninguém). Este princípio geral está implícito em praticamente todo o Estatuto Penal repressor e, ainda, nas regras civis sobre a responsabilidade civil. Denominou-se essa percepção dos princípios de doutrina dos princípios ocultos (Oliveira, 2008, p. 49).

Com efeito, uma vez descobertos de maneira abstrata na lei (ex: furto), os princípios gerais do direito transformam-se em axiomas abstratos (*neminem laedere*) e, em caso de lacuna, aplicados dedutivamente ao caso concreto, preservando-se, assim, a unidade sistemática do ordenamento. Frise-se, em todo esse proceder, a centralidade legislativa. Até mesmo quando de sua aplicação, eles recorrem ao método subsuntivo próprio da

lei: regra geral (axioma) + caso específico (teorema) = conclusão (solução lógica) (Oliveira, 2008, p. 51).

Veja-se que a teoria do direito, no positivismo, cinde o direito e o fato. O direito, a norma é objeto de preocupação da teoria pura do direito, de estudos profundos dos teóricos: a origem da norma, a validade dela. O fato, por outro lado, é algo incidental, acontece naturalmente, e, nessa circunstância, atrai a incidência da norma jurídica. Lembre-se, com Ana Pinho, das meras oito páginas sobre interpretação no robusto Teoria Pura do Direito de Kelsen (Pinho, 2013, posição 2534).

Os **princípios jurídico-epistemológicos** são aqueles cuja função é facilitar o conhecimento de determinada disciplina, de modo unitário e coerente. Não representam uma evolução dos princípios gerais do direito; em verdade, desenvolvem-se no mesmo período de consolidação das codificações e dos movimentos que visavam ao desenvolvimento de uma ciência do direito. Como exemplo desses princípios têm-se o princípio da imputação na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen (próprio de uma teoria geral do direito) e os princípios do contraditório,

da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição, específicos de determinado ramo do direito.

Por fim, os **princípios pragmáticos ou problemáticos**³ surgem na segunda metade do século XX, conferindo primazia ao *momento concreto de aplicação* do direito, em detrimento do momento abstrato-sistematizante. Destaca que, nessa nova sistemática, o direito (*ius*) definitivamente é visto como algo distinto da lei (*lex*), abarcando, portanto: direitos fundamentais, cláusulas gerais, enunciados abertos e princípios. “Todos estes elementos [...] são reconhecidos independentemente da lei ou apesar dela” (Oliveira, 2008, p. 59).

Importa pontuar ser “neste contexto que aparecem as diversas teorias jurídicas que, de alguma maneira, privilegiam o momento retórico-argumentativo do raciocínio jurídico”. Dentre outras teorias, cite-se como exemplo a metódica estruturante de Friedrich Muller e a teoria da argumentação de Robert Alexy (Oliveira, 2008, p. 58). Referenciando Castanheira Neves, Rafael Oliveira leciona que “a radicalização desta perspectiva

³ Note-se que os adjetivos “problemáticos” e “pragmáticos” visam a dar primazia ao momento da interpretação e aplicação da norma, diminuindo, mas não desprezando, a importância da abstração (previsão de condutas, códigos) e do método dedutivo.

jurisprudencialista passa a reivindicar a discussão dos problemas jurídicos em vez de simplesmente descrevê-los” (Oliveira, 2008, p. 59).

Cabe destacar, porém, que a transição da noção de “princípios gerais do direito” para “princípios pragmáticos” (“normas-princípio”) não representa uma superação linear do positivismo, mas uma complementação teórica que convive, na práxis, com métodos positivistas. Essa coexistência, longe de ser insidiosa, se bem aplicada, revela-se funcional e necessária: o positivismo oferece segurança jurídica aos casos rotineiros, enquanto a teoria dos princípios fornece ferramentas para casos complexos.

O próprio Dworkin, ao abordar as normas jurídicas, destaca a coexistência das normas-regra com as normas-princípio. Considera ambas as espécies normativas “padrões” úteis para decisões particulares, distinguindo-as quanto à natureza lógica de aplicação apenas. “Nos casos fáceis (por exemplo, quando um homem é acusado de violar uma lei que proíbe dirigir a mais de 90 km/h), parece correto dizer que o juiz está aplicando uma regra preexistente a um novo caso”, porém,

essa lógica não é cabível nos *hard cases*, como quando a Suprema Corte derruba um precedente que permite a segregação escolar ou quando reconhece a ilegalidade de procedimento policial que, até então, vinha sendo tolerado (Dworkin, 2010, p. 8).

Explicando melhor, Dworkin diz que as regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada, quer dizer, ocorrido o fato: ou a regra prevista para ele é válida, e, portanto, aplicada (a resposta dela é aceita), ou, inválida, e, assim, nada contribui para a decisão (Dworkin, 2010, p. 40).

Já os princípios possuem uma dimensão que as regras não detêm, qual seja a do peso ou da importância. Quando conflitam entre si, deve haver sopesamento entre eles, não análise de validade. Quando um princípio não prevalece em determinada situação concreta, diversamente da norma, não deixa de existir (não é invalidado), apenas reconhece-se, para a hipótese específica, a prevalência de um em detrimento do outro. A sua validade é preservada e, futuramente, em outro caso, ele pode ser invocado e prevalecer na argumentação decisória (Dworkin, 2010, p. 42).

O grande desafio, porém, está em delimitar critérios objetivos para identificar quando aplicar cada uma dessas abordagens. Um primeiro passo é buscar a existência ou não de norma válida. E aqui, relevante lembrar que as normas infralegais e infraconstitucionais passam por um filtro de constitucionalidade, devendo respeito, para serem válidas, às normas da Constituição. Havendo, todavia, regra válida, aplica-se a norma-regra, sem necessidade de ponderação.

Um norte que pode auxiliar na identificação de qual padrão argumentativo se deve seguir pode ser encontrado nos problemas críticos apresentados pelo positivismo que levaram ao surgimento de uma nova sistemática interpretativa da norma. Badaró, por exemplo, reconhece a falha do positivismo em **afastar fato e direito**. Nesse sentido, denuncia que, embora a **possibilidade epistêmica** de se *atingir um conhecimento amplo* faça parte de pesquisa milenar da filosofia, até pouco tempo, foi ignorada pelas carreiras jurídicas. Segundo ele, havia, em verdade, uma certa indiferença do aplicador do direito ao chamado “juízo de fato” (Badaró, 2019, p. 83-84).

A confiança do positivismo na razão era tão grande que se afiançava possível, independentemente do grau de complexidade do caso concreto, de forma abstrata e antecipada, solucionar os problemas futuros; se não pela subsunção direta, através dos métodos integrativos. Note-se, por essa perspectiva, tempo e espaço (que dão contorno aos fatos) são meros incidentes, pois a verdade jurídica e a solução do problema dependem, majoritariamente, da validação e da metodologia de aplicação da norma⁴. Por isso, a crítica nos parece pertinente:

⁴ “O linguistic turn foi fundamental para demonstrar o papel de intermediação da linguagem com a realidade. Mas isso não autoriza que se rompa toda e qualquer conexão entre o conhecimento e a realidade. A realidade externa existe e constitui o padrão de medida, o critério de referência que determina a verdade ou a falsidade dos enunciados fáticos, no caso, da imputação penal. A premissa da tese, portanto, é que a verdade deve ser concebida segundo a teoria da correspondência.” BADARÓ. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*, 2019, p. 85-86. Aqui, creditamos tal postura, com a qual concordamos, à íntima relação existente entre a prova e as ciências naturais, notadamente as ciências forenses, além de se necessitar de um modelo mais simplificado para as demandas do dia-a-dia, mas sim da verdade aristotélica, ou seja, verdade como correspondência. Para nós, porém, isso não é uma incongruência. No ponto, deve-se registrar que Badaró labora no campo probatório, em que se tem envolvimento direto com as ciências naturais, perícias científicas e a confrontação com situações ontológicas (do mundo do ser). Os standards probatórios são categorizados a partir da confrontação e correspondência entre os enunciados acusatórios presentes na denúncia e o que se logrou de êxito em produzir de conteúdo de prova. A dúvida, em vez de levar à argumentação ou construção hermenêutica, é axiologicamente resolvida no plano normativo: motivo inexorável para a absolvição. Portanto,

As faculdades de Direito são [...] escolas de lei. Por outro lado, nas mais diversas atividades diárias, todo indivíduo se depara com a necessidade de realizar **juízos sobre fatos passados**, tendo que decidir, a partir de constatação indireta, sobre a ocorrência ou não de acontecimentos que não presenciou ou percebeu por seus sentidos (Badaró, 2019, p. 83-84).

Veja-se, porém, que a cisão promovida pelo positivismo não foi apenas direito-fato.

Para alcançar a científicidade almejada, o positivismo prescindiu da moral e propôs a **cisão também direito-moral**. Ana Pinho aponta que o ocidente, no pós-segunda guerra

é comprensível e defensável que Badaró permaneça na lógica da verdade como correspondência e critique, a um só tempo: a verdade hermenêutica e a cisão direito-fato promovida pelo iluminismo positivista. A proposta aqui defendida, inclusive, não sustenta uma visão única para solucionar os casos concretos, mas sim a convivência do modelo de normas-regras, para os casos mais simples, e de normas-princípios, para os casos difíceis. Portanto, em vez de invalidar a hermenêutica, a crítica de Badaró reforça a sua convivência o positivismo e sua destinação específica aos hard cases. E como estes casos são identificados? Primeiro, deve-se observar, diante do caso concreto, se há ou não uma norma-regra clara e válida aplicável. Se houver, não será um hard case e deverá ser resolvido com a referida regra. O ponto de maior cuidado deve ser o referente à validade, pois, quando se promove esse exame, o intérprete deve se voltar aos comandos dos princípios constitucionais e, havendo violação a norma principiológica, a regra não será válida e, por isso, não deve ser aplicada. A propósito: CARVALHO, Vinícius Yscandar de. **Verdade e cadeia de custódia:** estudo sobre os limites do conhecimento no processo penal militar. Brasília, 2024. Pendente de publicação.

mundial, viu-se diante de **perplexidades** resultantes da outrora festejada cisão positivista entre direito e moral (Pinho, 2013, posição 245). Nesse sentido, Barroso destaca que os movimentos políticos e militares do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e, pior, em nome da lei, promoveram a barbárie.

José Afonso da Silva, a seu turno, é categórico em afirmar que o legalismo de Kelsen desembocou em regimes ditatoriais:

A concepção jurídica de **Kelsen** também contribuiu para deformar o conceito de Estado de Direito. [...] **Como, na sua concepção, só é Direito o direito positivo, como norma pura, desvinculada de qualquer conteúdo, chega-se, sem dificuldade, a uma ideia formalista do Estado de Direito ou Estado Formal de Direito, que serve também a interesses ditatoriais** (Barroso, 2024, p. 190).

Nada obstante, a crítica de José Afonso da Silva ao formalismo kelseniano merece contextualização. Kelsen, até mesmo por ser judeu e ter sido perseguido pelo regime, jamais

validou o nazismo em si. A teoria do austríaco, inclusive, fundamentava-se na supremacia da constituição (poderes constituídos), não do Füer, esta foi defendida e levada a efeito por Carl Schmitt (Amado, 2019).

Por outro lado, deve-se reconhecer que os principais acusados de Nuremberg invocabam o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas de autoridade competente (Barroso, 2024, p. 190).

Com efeito, é defensável argumentar que o formalismo positivista em geral (não Kelsen especificamente) apresenta fragilidade axiológica que, em contextos patológicos, pode instrumentalizar regimes autoritários. O problema não está, portanto, na teoria de Kelsen *per se*, mas na insuficiência de qualquer teoria puramente formal para resistir a manipulações em contextos de colapso institucional⁵. Isso não invalida o

⁵ “Diz-se que o predomínio do kelsenismo na doutrina jurídica da época de Weimar haveria adubado o terreno para que, nos tempos do nazismo, os juristas não pudessem tomar plena consciência da ilegitimidade e da radical injustiça daquelas normas. Mas um mínimo de rigor no exame da situação jurídico-doutrinária presente na República de Weimar e na época de Hitler demonstra, sem margem de erro, que todos esses pressupostos são rigorosamente inexatos, ou seja, são mentiras deliberadas, escusas sem mais razão de ser que o desejo de livrar de responsabilidade autores ou funcionários que, diga-se de passagem, nunca foram kelsenianos; aliás, bem

positivismo, mas expõe seus limites, justificando complementações materiais – como a teoria dos princípios – sem, contudo, descartá-lo inteiramente.

Vale frisar que o descrédito ao positivismo, naquele momento histórico de pós-guerra, revelou-se medida útil para responsabilizar os crimes perpetrados pelos nazistas. Veja-se que, dentro do positivismo, jamais se alcançaria punição sem lei anterior definidora da conduta típica (os agentes estatais atuavam cumprindo ordens e regras). Foi necessário, assim, recorrer-se ao direito natural.

Naquele cenário mundial, “**noções mais primárias de justo e injusto, certo e errado pareciam ruir.**” (Pinho, 2013, posição 245). Por isso, alternativas sistêmicas e doutrinárias começaram a surgir, a exemplo da *Fórmula de Radbruch*, à qual o Tribunal de Nuremberg recorreu para afastar o princípio da *nulla poena sine lege*. Em Radbruch, “os conflitos entre a segurança jurídica (decorrente da aplicação do direito posto) e a

ao contrário.” AMADO, Juan Antonio García. É possível ser antikelseniano sem mentir sobre Kelsen? *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 52-118, maio/ago. 2019. Disponível em: https://www.emerj.tj.rj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v21_n2/revista_v21_n2_52.pdf. Acesso em: 6 out. 2025.

justiça (que estaria num plano supralegal, de índole jusnaturalista)", podem ser solucionados através dos seguintes critérios: (a) o **Direito Positivo**, baseado na legislação e no poder estatal, mesmo quando injusto e não benéfico às pessoas, tem *aplicação preferencial*; porém, (b) a **justiça** prevalece sobre a lei quando esta se revela *insuportavelmente injusta*, de modo que a norma injusta revela-se tão somente um tracejo do *direito injusto* em que está contida (Rodrigues Júnior, 2012).

Entretanto, ao se valer do valor “justiça” para corrigir o Direito Positivo, Radbruch entrega-se ao Direito Natural. Tal postura é problemática porque suprime o avanço positivista, qual seja o de retirar a coerção do campo de validação do direito, e retoma à dificuldade original: justificar a obrigatoriedade normativa, não pela legitimidade da autoridade que profere o ato de vontade, mas sim por um outro fundamento: força, coação (Rodrigues Júnior, 2012). Como já visto, o próprio Austin, um positivista, teve sua teoria criticada por Hart, outro positivista, por sustentar a força da norma na imposição de um grupo que a ela não se submete. Hart precisou, para refutar a tese, valer-se das normas secundárias (que dizem

como e quem tem legitimidade para criar normas primárias) e da norma de reconhecimento.

Com efeito, diante da necessidade, de um lado, de segurança jurídica, e, de outro, de valores éticos mínimos que assegurassem também o valor justiça, surgem, sem prejuízo de outras⁶ (mas que aqui não serão examinadas), as propostas de Gadamer, na senda da hermenêutica, e de Dworkin, na seara dos princípios. Estes autores são, por isso, utilizados como referenciais teóricos de Ana Pinho em sua interessante obra: “Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal”. A partir de então, trabalharemos alguns conceitos que a autora traz à lume.

4 DA JURISPRUDÊNCIA (STF E STM) E DAS BASES TEÓRICAS

Tradicionalmente, o Superior Tribunal Militar apresenta-nos uma jurisprudência bastante calcada no texto da lei. Não raro, inovações legislativas verificadas no âmbito do CPP

⁶ Cite-se como exemplo, o positivismo inclusive de Hart, que reconhece a aderência da moral ao direito, desde que feito por norma de reconhecimento.

comum têm trânsito obstado ao processo penal militar sob a justificativa da “especialidade” ou da “índole” do processo penal castrense⁷. E isso é compreensível, porém, deve ser mais bem estudado e compreendido.

Veja-se que o Código de Processo Penal Militar reverbera essa tônica positivista. Antes de prosseguir, importa notar que o CPPM é datado de 1969. Antecede, portanto, ao movimento filosófico verificado no pós-segunda Guerra Mundial.

Em seus dois primeiros artigos, percebe-se a primazia da *lei* na aplicação do direito: “o processo penal militar *reger-se-á pelas normas contidas neste Código*” (art. 1º) e “a lei de processo penal militar deve ser interpretada no sentido literal de

⁷ Exemplos não são poucos, apenas a título ilustrativo: BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Petição Criminal nº 7000937-92.2023.7.00.0000**. Relator: Ministro(a) Péricles Aurélio Lima de Queiroz, julgado em 21/03/2024, DJe de 05/04/2024. No mesmo sentido: “As medidas cautelares diversas da prisão são inaplicáveis no âmbito desta Justiça castrense, em observância ao princípio da especialidade.” BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Habeas Corpus 7000221-02.2022.7.00.0000**. Relator: Odilson Sampaio Benzi, julgado em 26/05/2022. BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Apelação Criminal 7000876-71.2022.7.00.0000**. Relator: Leonardo Puntel, julgado em 22/06/2023, DJe de 04/07/2023; e BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Apelação Criminal 7000918.86.2023.7.00.0000**. Relator: Odilson Sampaio Benzi, julgado em 12/06/2025, DJe de 04/08/2025.

suas expressões” (art. 2º), sem excluir, porém, vale frisar, a possibilidade da interpretação extensiva ou ampliativa. Somente após apresentar a primazia da lei positiva, conforme visto, é que, já no art. 3º, o CPPM passa a tratar da jurisprudência e dos princípios, considerados também ali *fontes secundárias ou assessórias do direito* (mecanismos de suprimento de lacunas e omissões).

A propósito:

Art. 3º Os casos omissos neste Código serão supridos:

- a) pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar;
- b) pela jurisprudência;
- c) pelos usos e costumes militares;
- d) pelos princípios gerais de Direito;
- e) pela analogia.

4.1 A constitucionalização do processo penal

Importante destacar, todavia, que, assim como o CPP o CPPM é anterior à **Constituição Federal de 1988**. Por isso, ambos precisaram ser recepcionados e exigem constante

atualização com os valores e objetivos da República Federativa do Brasil realinhados na Carta magna.

Frise-se, nessa medida, que diversas alterações legislativas do CPP têm sido promovidas com o fito de equalizar o devido processo legal criminal aos ditames da nova ordem constitucional. Nesse ponto, interessante citar as lições de Pacelli sobre as incongruências verificadas entre o CPP de 1941 e a CF88:

Se a perspectiva teórica do CPP era nitidamente autoritária, prevalecendo sempre a preocupação com a segurança pública, como se o Direito Penal constituísse verdadeira política pública, a CR de 1988 caminhou em direção diametralmente oposta. Enquanto a legislação codificada pautava-se pelo princípio da culpabilidade e da periculosidade do agente, o texto constitucional instituiu um sistema de amplas garantias individuais, a começar pela afirmação da situação jurídica de quem ainda não tiver reconhecida a sua responsabilidade penal por sentença condenatória passada em julgado: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (art. 5º, LVII, CF). A mudança foi radical (Pacceli, 2020, p. 32).

Com efeito, no âmbito da Justiça comum, diversas alterações legislativas foram promovidas, como dito, para readequar o Código Adjetivo Penal:

- Lei nº 11.719/2008: interrogatório ao final da instrução criminal (CPP, art. 400); apresentação de resposta à acusação, logo após o recebimento da denúncia, com possibilidade de absolvição sumária do acusado (CPP, arts. 396, 396-A e 397); e fixação de valor mínimo a título de reparação do dano causado pelo ilícito (CPP, art. 387, IV)
- Lei nº 12.403/2011: medidas cautelares diversas da prisão (CPP, art. 319)
- Lei nº 13.964/2019: Juiz das garantias (CPP, art. 3º-B e ss.); arquivamento no âmbito do MP, com ciência ao juízo (CPP, art. 28); Acordo de Não Persecução Penal (CPP, art. 28-A); cadeia de custódia (CPP, art. 158-A)

Diversos princípios constitucionais podem ser citados como prestigiados nessas alterações, dentre os quais:

contraditório, ampla defesa, devido processo legal, proporcionalidade e razoabilidade, duração razoável do processo. Isso, de modo claro, poderia obstar a aplicação de regras do CPPM, incompatíveis com mencionados princípios, e ensejar a aplicação das normas do CPP. A interpretação poderia ser feita tanto pelo modo tradicional do art. 3º, a, do CPPM, que permite a aplicação da legislação processual penal comum, quanto por aplicação direta dos referidos princípios constitucionais, cuja força normativa é inegável.

Todavia, o que se verificou inicialmente foi a recalcitrância quanto às modificações:

A Corte rejeita o argumento da **aplicação do art. 400** da Lei nº 11.719/2008 no âmbito desta Justiça Especializada, o que ensejaria a nulidade do feito, a contar da qualificação e interrogatório do Réu. Omissão não configurada. A Lei Adjetiva Castrense autoriza a aplicação subsidiária da legislação processual penal comum ao caso concreto, no caso de omissão e desde que não haja prejuízo para a índole do processo penal militar⁸. (Brasil, 2011) (Grifou-se).

⁸ Conf.: Superior Tribunal Militar. **Embargos de Declaração nº 0000069-94.2014.7.11.0211**. Relator: José Barroso Filho, julgado em 04/11/2015, DJe de 19/11/2015.

EMENTA: HABEAS CORPUS. [...] INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO DA **RESPOSTA À ACUSAÇÃO** NO PROCESSO PENAL MILITAR. NÃO CERCEAMENTO DE DEFESA. [...] O Código de Processo Penal Militar e o Código Penal Militar são diplomas legais especiais, tendo como razão para isso os peculiares traços da Caserna e dos bens jurídicos tutelados. Destarte, por força do princípio da especialidade, são diplomas com disciplinas próprias, infensos, portanto, às modificações e preceitos da lei processual comum, dentre elas a que introduziu o instituto da "resposta à acusação". Precedentes do Superior Tribunal Militar.⁹ (Brasil, 2020) (Grifou-se).

APELAÇÃO. MPM. FIXAÇÃO DO VALOR MÍNIMO INDENIZATÓRIO NA SENTENÇA. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO ART. 387, INCISO IV, DO CPP. NÃO ACOLHIMENTO. VEDAÇÃO AO HIBRIDISMO NORMATIVO. LEI PROCESSUAL PENAL MILITAR. SENTENÇA. CONTEÚDOS OBRIGATÓRIOS ESTABELECIDOS NA LEGISLAÇÃO CASTRENSE. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO NA NORMA ADJETIVA PENAL MILITAR. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE.¹⁰ (Brasil, 2022) (Grifou-se).

⁹ Conf.: Superior Tribunal Militar. **Habeas corpus 7000082-21.2020.7.00.0000.** Relator.: Luís Carlos Gomes Mattos, julgado em 07/05/2020, DJe de 22/06/2020.

¹⁰ Conf.: Superior Tribunal Militar. **Apelação Criminal 7000876-71.2022.7.00.0000.** Relator: Leonardo Puntel, julgado em 22/06/2023, DJe de 04/07/2023.

HABEAS CORPUS. IPM. VIOLÊNCIA CONTRA INFERIOR. LESÃO LEVE . "TROTE" DE MILITARES DO EFETIVO PROFISSIONAL DO EXÉRCITO EM SOLDADOS DO EFETIVO VARIÁVEL. [...] **MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO.** INAPLICABILIDADE. ESPECIALIDADE DA JUSTIÇA MILITAR. [...] Especialidade da Justiça Militar. Inaplicabilidade das medidas cautelares diversas à prisão na JMU. Precedente STM.¹¹. (Brasil, 2020) (Grifou-se).

Cumpre destacar que **praticamente todos** esses precedentes se encontram **superados**, como será a seguir examinado. O fato interessante é que o movimento modificativo não veio, originariamente, do STM.

Inicialmente, o STF, assim como a Corte castrense, sem analisar propriamente o caso concreto, centrava-se em princípios como especialidade e índole do processo penal militar, para negar as regras do CPP:

CRIME DE FURTO EM RECINTO CASTRENSE. APLICAÇÃO DO RITO PREVISTO NA LEI N. 11.719/2008 COM A REALIZAÇÃO DO INTERROGATÓRIO AO FINAL DA INSTRUÇÃO. ART. 302 DO

¹¹ Conf.: Superior Tribunal Militar. **Habeas Corpus 7000393-12.2020.7.00.0000**, relator: Lúcio Mário de Barros Góes, julgado em 26/08/2020, DJe de 09/09/2020.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR. NORMA ESPECIAL. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que não se pode mesclar o regime penal comum e o castrense, de modo a selecionar o que cada um tem de mais favorável ao acusado, devendo ser reverenciada a especialidade da legislação processual penal militar e da justiça castrense, sem a submissão à legislação processual penal comum do crime militar devidamente caracterizado. Precedentes. 2. Se o paciente militar foi denunciado pela prática de crime de furto em recinto castrense, o procedimento a ser adotado é o do art. 302 e seguintes do Código de Processo Penal Militar. 3. Ordem denegada com revogação da liminar deferida. (HC 122673, Relator(a): CARMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 24-06-2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 31-07-2014 PUBLIC 01-08-2014).

Para além de não encontrar amparo legal, não há indicação de que modo a incidência do **art. 396-A do Código de Processo Penal comum**, que dispõe sobre a resposta à acusação, beneficiaria o agravante. Não demonstrado qualquer ato ou fato sobre o qual o acusado não teve possibilidade de se manifestar e que teria, em virtude disso, gerado prejuízo capaz de invalidar toda a instrução criminal. Sem a demonstração de efetivo prejuízo causado à parte não se reconhece nulidade no processo penal (pas de nullité sans grief). (HC 154618 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 22-06-2018,

PROCESSO ELETRÔNICO DJe-153 DIVULG
31-07-2018 PUBLIC 01-08-2018)

Ocorre que os tribunais não podem recusar direitos pelo simples fato de não ter uma norma-regra. Isso porque eles, quando diante de um caso difícil (sem regra clara), podem e devem aplicar padrões argumentativos outros. E que padrões são esses? Dworkin nos diz: “naqueles casos difíceis [...], eles recorrem a padrões que não funcionam como regras, mas operam diferentemente, como princípios, políticas e outros tipos de padrões” (Dworkin, 2010, p. 36).

Assim, alterando seu padrão argumentativo, a Corte Suprema, primeiro deixou de lado o exame formalista das fontes (art. 4º da LINDB ou art. 3º do CPPM) e examinou o cabimento ou não do **interrogatório** do réu ao final da instrução criminal sob o prisma constitucional. Após muito debate, valendo-se de método interpretativo da máxima efetividade dos direitos fundamentais, o em. Min. Toffoli, relator do acórdão, dissertou que “a não observância do CPP na hipótese acarreta prejuízo evidente à defesa [...] em face dos princípios constitucionais em jogo”, quais sejam contraditório e ampla defesa. Citando Juarez

de Freitas, afirmou que, “se a norma especial colidir se a norma especial colidir, parcial ou totalmente, com o princípio superior, há de preponderar o princípio superior” (Brasil, 2016)¹².

Em outro julgado digno de nota, agora atinente à **resposta à acusação**, a Suprema Corte trilhou caminho semelhante. O em. Min. Fachin, iniciou explicando que é o art. 394, § 4º, do CPP, que dispõe sobre a aplicabilidade dos arts. 395 a 398, nos quais se incluem a resposta acusação e a absolvição sumária. No referido parágrafo §4º, destacou o Ministro, estão abrangidos todos os procedimentos penais de primeiro grau, ainda que não regulados no Código. E não só. De modo ainda mais enfático, e aqui é o que mais nos interessa, aduziu que essa aplicação atende mais adequadamente aos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e duração razoável do processo (Brasil, 2024)¹³.

Saliente-se que o fenômeno interpretativo não pode ser menosprezado. Conforme Carlos Maximiliano, “hermenêutica

¹² Conf.: Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 127.900/AM**. Relator: Dias Toffoli, julgado em 03/03/2016, DJe de 03/08/2016.

¹³ Conf.: Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus 142.608/SP**. Relator: Edson Fachin. Relator do acórdão: Dias Toffoli, julgado em: 12/12/2023, DJe de 12/04/2024.

Jurídica tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”. O mestre ensina que “as **leis positivas são formuladas em termos gerais**; [...] sem descer a minúcias. É tarefa primordial do executor a pesquisa da relação entre o texto abstrato e o caso concreto” (Maximiliano; Mascaro, 2022, p. 18).

4.2 O resgate dos fatos (tempo e espaço) e da moral (axiologia)

Por meio da hermenêutica de Gadamer, procura-se demonstrar ser possível recuperar fato e moral para o direito, sem perder critérios mínimos de racionalidade e controle. Além dessa teoria, será vista, com um pouco mais de detalhes, a crítica substancialista de Dworkin.

Em Gadamer, primeiro, comprehende-se que o Iluminismo promoveu uma ruptura entre conhecimento e tradição, de modo a permitir construção, a partir de então e, em bases totalmente racionais, uma nova história. “A aplicação de métodos, de lógica racional, como forma de levar o experimento

[...] à possibilidade de comprovação empírica, norteou toda a teoria do conhecimento da época. Às Ciências do Espírito, pouca coisa restava.”. Em verdade, elas não tinham uma epistemologia própria, pois estavam impregnadas pelo modelo das ciências naturais (Pinho, 2013, posição 1248).

Assim, Gadamer rejeita a pura e simples importação do modelo científico para as ciências do espírito. Reforça que o homem é um **ser histórico e finito** (existe em determinado tempo e espaço), além de pertencer, querendo ou não, a uma tradição, antes mesmo de poder compreender o que isso signifique. Por esse motivo, **a tradição é condição de possibilidade** de toda e qualquer compreensão humana, inclusive do próprio Direito, que, frise-se, é permeado da moralidade oriunda da tradição (grifou-se) (Pinho, 2013, posição 1243).

Isso, porém, não implica aceitação acrítica da tradição. Esta deve sempre levar à reflexão, a qual será levada a termo por meio da experiência da estranheza e do mal-entendido (conceitos que, para Schleiermacher, são capazes de fornecer contornos universais à hermenêutica):

é possível que a coisa transmitida pela tradição cause estranheza [...] a autoridade vinda com a tradição não implica obediência cega. A tradição deve levar à reflexão. O passado pode (e deve) ser colocado em xeque. Ressalta Gadamer que, de fato, existe uma polaridade entre **familiaridade e estranheza** “e nela se baseia a tarefa da hermenêutica” (Pinho, 2013, posição 1356).

Note-se, ainda, que Gadamer insere no círculo hermenêutico um outro conceito importante: a “coisa mesma” (o texto). Ele ensina que, ao lado da posição prévia, conferida pela tradição e pela historicidade, a **coisa mesma** (o texto), “a coisa interpretada, ela mesma, já acontece, ou seja, a coisa já antecipa o seu sentido” (Pinho, 2013, posição 1358), mitigando arbitrariedades oriundas de intuições ou noções populares. Logo, a interpretação se inicia com uma expectativa de sentido, que deverá ser confirmada ou não na coisa mesma (no texto) (Gadamer, 1997, p. 406).

Essa confirmação da antecipação de sentido acontece por meio da distinção dos **preconceitos autênticos e inautênticos**. Nesse ponto, percebe-se o surgimento de uma relação, uma interação que ocorre entre o passado (tradição) e o presente (interpretação-aplicação da coisa mesma), que, no positivismo

era rejeitada. No positivismo, a história não era tão importante, pois a verdade era única, não era contextual, mas sim conceitual. Porém, para Gadamer, a histórica é um dos pressupostos para se compreender. Por isso, é natural que, à medida que se avance no processo interpretativo, os sentidos previamente apresentados sejam confirmados no texto ou substituídos por outros mais adequados (Pinho, 2013, posição 1356-1368).

É exatamente aqui que se comprehende que interpretar e aplicar o direito não é um processo dedutivo, extraído de premissas e conclusão, mas sim um **raciocínio circular**, em que o todo e a parte se comunicam interativamente. Isso porque Gadamer percebe, com Schleiermacher, que “*o particular* só pode resultar do contexto e, em última análise, do todo”, porém, ao mesmo tempo, “*o todo*, a partir do qual se deve compreender o individual, não pode ser dado [...] antes desse individual”. Logo, “nada do que se deve interpretar pode ser compreendido de uma só vez”, inexoravelmente passa-se pelo todo e pelo particular, num círculo hermenêutico (Pinho, 2013, posição 1278).

Por essa razão, adiante-se que se defende neste texto que estruturas normativas pré-moldadas (*ex ante*) têm diminuta relevância para casos dificeis (*hard cases*). Entende-se que, nessas situações, o intérprete deve examinar, além da norma, a tradição, os fatos, em um raciocínio circular que lhe permita melhor interpretar a norma.

Com efeito, a tradição não deve levar necessariamente à aceitação, nem tampouco a coisa mesma. O intérprete tem o dever de promover a interação entre ambas, promovendo a concretização da norma para o caso concreto.

Nesse contexto, a solução jurídica (a interpretação, “a verdade”) jamais será obtida por meio da aplicação de um método lógico racional, por mais complexo e bem elaborado que seja (ex: dedutivo, indutivo, com auxílio de códigos). Ela, tal qual um evento, é **revelada**, sobrevém, pela **dialética hermenêutica** (Pinho, 2013, p. 1228): “A verdade não é conceptual, não é facto – acontece [...], não se alcança metodicamente, mas dialeticamente”, diz Palmer (*apud* Pinho, 2013, posição 1231).

Veja-se que, assim como a tradição, a coisa mesma também passa por um teste, que é viabilizado pela distinção entre os *preconceitos autênticos e inautênticos*. O modo como isso se dá é pela ***distância temporal***, que viabiliza a **fusão de horizontes** de passado e presente (historicidade), cujo objetivo é viabilizar a aferição da autenticidade dos preconceitos (tradição, moral).

É a fusão de horizontes de passado e presente. A tradição vem transmitida pelo passado e funde-se no presente. Compreendo meu presente porque estou, desde sempre, inserido na tradição que me transmitiu meu passado. Não há como separar os horizontes. Eles seguem implicados, sem o que não se pode falar em compreensão (Pinho, 2013, posição 1554).

Diante dessa realidade, assimila-se que compreender, além de não ser uma questão de método, é sempre fruto da **fusão de horizontes** presumivelmente dados por si mesmos: a tradição, de um lado, e o texto (a coisa mesma), de outro.

E mais, esse horizonte não se encerra, ele se desloca com o intérprete, que não deve buscar a intenção do legislador, mas do texto (a coisa mesma) no contexto histórico e cultural

(tradição), através do círculo hermenêutico. É por meio desse conceito, vale frisar, que o filósofo supera o modelo científico sujeito-objeto, mostrando que a relação do intérprete não se dá com a coisa, com o objeto.

Assim, Gadamer não propõe um método ou um procedimento adequado para se compreender melhor. Ele contenta-se em esclarecer as **condições sob as quais a compreensão pode surgir** (condições de possibilidade da compreensão), dentre elas encontra-se a tradição, a linguagem e o pertencimento histórico ou historicidade. Confira-se:

A hermenêutica, assim, **nada tem a ver com método**. Não é seu objetivo desenvolver um procedimento compreensivo, mas “esclarecer as condições sob as quais surge a compreensão” (esclarecer as condições de possibilidade da compreensão). As condições de compreensão não se buscam em um método, elas têm de estar dadas, pelos preconceitos (legítimos) transmitidos pela tradição. Esses preconceitos e opiniões prévias não se encontram à livre disposição do intérprete. **O intérprete não está em condições de distinguir por si mesmo e de antemão os preconceitos produtivos** (autênticos – aqueles que tornam possível a compreensão) **daqueles outros que obstaculizam a compreensão** e levam a mal-entendidos (inautênticos – aqueles que são falsos) (Pinho, 2013, posição 1505).

Veja-se que Gadamer, ao projetar uma hermenêutica das ciências do espírito, não busca a **verdade como correspondência**. “A verdade hermenêutica jamais é total ou destituída de ambiguidade”, ela “se fundamenta na dialética (negatividade da interrogação), na fusão de horizontes entre o contexto do sujeito e o contexto da tradição.” (Pinho, 2013, posição 1243). Por isso, não tem por ambição identificar correspondência entre o compreender e o objeto, embora, não rejeite essa possibilidade para as ciências naturais, tal qual, inclusive, Badaró prefere no campo probatório (Badaró, 2019, p. 85-86).

Gadamer, portanto, demonstra, pelo *viés hermenêutico filosófico*, não ser possível cindir fato e direito nem direito e moral. Isso porque a **historicidade**, ou seja, o pertencimento ao espaço e ao tempo (cultural), impõe ao intérprete, inexoravelmente, a **tradição**, cujo *conteúdo moral* lhe é inerente (Pinho, 2013, posição 1610). Porém, este ator, no presente, ao realizar a **fusão de horizontes** de passado e futuro, não fica preso a uma tradição inerte (pré-compreensão), pois esta precisa,

ante o texto normativo (coisa em si mesma) passar pelo *teste do estranhamento*, para que se verifique se é autêntica, logo reafirmada, ou inautêntica, e, assim, precise ser rejeitada.

A teoria de Gadamer é associada por Pinho à de Dworkin. Assim, passe-se ao pensamento do norteamericano.

Dworkin desenvolve uma **teoria do direito como integridade** que, ao lado da teoria da argumentação de Gadamer, apresenta parâmetros jurídicos robustos para o que denomina de **resposta constitucionalmente correta**. Destaque-se, porém, que esta resposta, embora traga em seu rótulo o termo “correta”, não tem pretensão de verdade metafísica, sequer defende que se origina do consenso; ela é **única, provisória, finita e para o caso concreto**. Em outros termos, é a melhor resposta possível, justificada pelos princípios de moralidade política que estruturam o ordenamento, dentro de circunstâncias históricas e institucionais específicas.

Assim, é “correta” no sentido de ser superior argumentativamente às alternativas, não por corresponder a uma essência jurídica transcendente. Sua pretensão, por meio dessa exigência de esforço argumentativo, é fornecer, na própria

argumentação, **mecanismos de controle** de decisões arbitrárias e não fundamentadas (Pinho, 2013, posição 3183).

Veja-se que, com isso, Dworkin visa apenas **trazer de volta para o direito** (campo hermético) – o que Kelsen havia conseguido fazer, porém, abrindo espaço para a discricionariedade, ante a limitação dos axiomas prévios – o que é dele próprio: a **interpretação jurídica**, o que inclui a **decisão judicial**, afastando-se de recorrer a questões de fato. A teoria, como se verá, é sofisticada, e será através do **respeito aos princípios** (o que ele denomina de *moralidade política*) que o jusfilósofo resolverá a questão da cisão entre direito e moral (convencionalismo) e, ao mesmo tempo, o voluntarismo (pragmatismo). Por isso, para o teórico, toda divergência no direito e sobre este é uma **divergência teórica** (Pinho, 2013, posição 1648).

Mas, entendamos melhor a tese.

Inicialmente, Dworkin discorda dos **convencionalistas**, por reduzirem o direito às convenções passadas, ou seja, a um dado fático sem relação axiológica com o presente. Para o convencionalismo, “o Direito seria uma simples questão de fato,

de *descobrir o que pretendaram* os antepassados”, “[...] as instituições jurídicas, como as legislaturas [...] e os tribunais”. Há, por trás desse sistema, a crença metafísica na possibilidade de descortinar a vontade do autor (legislador ou tribunal) e, uma vez não satisfeita, ante a falibilidade da precisão semântica, cair-se na vala que se queria evitar: discricionariedade do intérprete-aplicador (Pinho, 2013, posição 1656-1793).

Mas Dworkin também contesta os **pragmatistas**. Para estes, o direito é o oposto dos primeiros: desapego completo em relação ao passado e compromisso tão somente com o futuro, que é desenhado por *escolhas e vontades utilitárias*. As questões de direito, para eles, seriam, na verdade, questões de política disfarçadas (questões de fato), devendo, por isso, o julgador, em cada caso concreto, inventar o direito justo, inclusive em detrimento da lei (Pinho, 2013, posição 1656-1795).

Ambos, convencionalistas e pragmatistas, como se vê, guardam, em comum, a **refutação do direito como questão teórica**. Dworkin, porém, traz o debate para o âmbito do direito. Segundo ele, as controvérsias no e sobre o direito não se limitam à discussão se os juízes devem seguir determinada lei ou adaptá-

la tendo em vista interesses de justiça. Isso porque, primeiro, a observância da lei é peremptória; e, segundo, a questão precípua não está em seguir ou não a lei, mas sim em *saber atingir o significado* da lei em determinado caso concreto (Pinho, 2013, posição 1682-1694).

O ponto de partida da teoria de Dworkin está em compreender que o texto da lei não se confunde com o direito (produto da interpretação). Dessa noção extrai-se a conclusão de as divergências estão sempre inseridas no direito, não se confundindo com mera questão de fato:

O texto da lei (entidade física), lembra Dworkin, não se confunde com o direito por ele criado (produto da interpretação). Aqui reside explicação basilar para entender-se por que o direito não é simples questão de fato. Discutir sobre o que é o direito implica, necessariamente, discutir sobre o produto do texto, que é a interpretação. **O direito, assim, é, sempre, uma prática interpretativa**, jamais semântica. Até porque, por mais claro que seja o texto, ainda que não traga vaguezas ou ambiguidades, haverá questões mais complexas no momento de decidir qual a solução jurídica adequada para o caso (Pinho, 2013, posição 1694).

Dworkin consegue, assim, fazer retornar para o direito a questão da validade da coerção, levada por Kelsen para a norma hipotético-fundamental (metafísica), mas perdida no pós-segunda guerra mundial. Assim, superados os traumas da guerra, a fórmula de Radbruch cede lugar ao ***Direito como integridade*** e, ao mesmo tempo, como ***prática argumentativa*** (conceito interpretativo), que se volta à solução de problemas: a interpretação no/do Direito é, sempre, criativa e construtiva, mas não subjetiva, solipsista, como se verá (Pinho, 2013, posição 1742).

Embora condicionado por fatores subjetivos, o juiz, em sua decisão, não pode fundamentar com base em uma *moral subjetiva pessoal*. Ele deve decidir com base em princípios de ***moralidade política***, onde se encontram os limites do ato decisório: “os princípios de moralidade [...] impõem-se ao juiz. Não são fruto de escolha arbitrária.” Antes, são fruto da ***tradição*** e dos ***princípios comuns*** que regem à sociedade (Pinho, 2013, posição 1811-1877).

E é nesse sentido que se tem observado que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem caminhado. Vejamos, então, casos concretos.

Identificam-se, em parcela da jurisprudência do STF sobre o direito processual penal militar, elementos compatíveis com a ponderação principiológica e argumentação construtiva. É verdade que essa constatação não valida automaticamente essas teorias nem comprova a sua aplicação adequada (objeções como ativismo judicial e legitimidade democrática da ponderação são possíveis). Porém, o que se pretende demonstra é que o diálogo interinstitucional (STM-STF), em razão da divergência de paradigmas teórico-decisórios, pode estar sendo quebrado.

4.3 Análise de caso

Com efeito, percebe-se dos exemplos citados acima (interrogatório, resposta à acusação) que o diálogo institucional entre STM e STF não está mais sendo efetivo. Enquanto o STM, em geral, continua argumentando, nos casos difíceis, a partir do método subsuntivo, padrão próprio das regras, inclusive quando invoca princípios como especialidade, não se verificando um

círculo hermenêutico, o Supremo Tribunal Federal passou a analisar as situações, sob a ótica dos princípios, valendo-se do sopesamento. Vejamos dois precedentes do STM, um no qual se adota o método clássico da interpretação e outro em que se verifica a hermenêutica concretizadora, buscando-se a melhor solução para o caso concreto. No **IRDR 7000457-17.2023.7.00.0000**¹⁴, sobre o ANPP no âmbito da JMU, vemos a

¹⁴ “EMENTA: DIREITO PENAL MILITAR. DIREITO PROCESSUAL PENAL MILITAR. DIREITO PROCESSUAL PENAL COMUM. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR). SUSCITADO DE OFÍCIO. PRELIMINAR INADMISSIBILIDADE. DPU. PREENCHIMENTO REQUISITOS. REJEIÇÃO. UNANIMIDADE. MÉRITO. INAPLICABILIDADE. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP). SURSIS PROCESSUAL. JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. RÉUS CIVIS E MILITARES. INCOMPATIBILIDADE. ESPECIALIDADE. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR (CPPM). AUSÊNCIA. OMISSÃO ELOQUENTE. BASE PRINCIPIOLÓGICA. SEGURANÇA JURÍDICA. ENUNCIADO Nº 18 DA SÚMULA DE JURISPRUDÊNCIA DO STM. MANUTENÇÃO. TESE. FIXAÇÃO. 1^a E 2^a INSTÂNCIAS. ADOÇÃO. OBRIGATORIEDADE. DECISÃO POR MAIORIA. 1. A finalidade do IRDR é concentrar, por meio de apenas um processo, o julgamento de determinada questão, unicamente de direito, repetida em vários processos, conforme o art. 976 e posteriores do Código de Processo Civil (CPC). Atendidos os seus requisitos, o IRDR pode ser instaurado, a pedido das partes ou de ofício. A admissibilidade do IRDR em Acórdão pretérito, cujo objeto era o exame dos seus requisitos, dispensa reanálise. Preliminar da DPU rejeitada. Decisão unânime. 2. O ANPP e o sursis processual são institutos de direito processual penal comum. As vedações à sua aplicabilidade, no âmbito da JMU, têm fortes razões principiológicas e fundamentos para existirem e

Corte castrense invocando “*fortes razões principiológicas*” para negar o benefício, **sem** promover a ponderação entre princípios. Note-se que o acórdão não necessariamente erra ao **concluir** pela vedaçāo do ANPP na JMU – essa pode ser uma resposta constitucionalmente adequada **se bem fundamentada**. O

assim permanecerem, os quais estão lastreados por indelével interesse público. 3. A Legislação Castrense, pautada no resguardo dos vetores basilares da Hierarquia e da Disciplina e na proteção da ultima ratio do Estado, inadmite, em regra, a disposição da persecução penal. Essa maior rigidez na sua atuação se justifica ao repercutir seus julgados, sobremaneira, no seio das Forças Armadas, segmento armado do Estado-Nação. 4. Os homens e as mulheres integrantes das Armas são escravos da grandeza de servir, sendo imprescindível que haja um sistema mais severo, em prol da manutenção da Hierarquia e da Disciplina. 5. Aos civis, como eventuais agentes de crimes militares definidos em lei, também se aplica o rito especial da JMU, subsistindo para que assim considerem e observem as Forças Armadas, as quais lhes garantem paz social, soberania, ordem e progresso. O objetivo da existência da JMU reside em, pedagogicamente, introjetar nos cidadãos, civis ou militares, o respeito, a preservação material, imaterial, humana e principiológica das Forças Armadas, educando-os para a sustentação dos fundamentos constitucionais indicadores da sua regularidade e permanência. 6. O Pacote Anticrime aprovado pelo Poder Legislativo deixou de inserir o ANPP no CPPM. A proposital omissão foi eloquente e demonstrou a escolha por inviabilizá-lo no Ordenamento Castrense. 7. O sursis processual, um dos benefícios previstos na Lei nº 9.099/95, é vedado na Justiça Militar de forma explícita, conforme se observa na redação do art. 90-A da supracitada legislação, em plena vigência. A Lei nº 13.491/17 não derrogou, por qualquer ângulo, o art. 90-A da Lei dos Juizados Especiais, o qual, cedendo à necessária especialidade da JMU, foi literal. Ela apenas trouxe, entre outros, os delitos de menor potencial ofensivo para o universo dos crimes militares, desde que preenchidos os requisitos do CPM. 8. Assim, a aplicação desses dois institutos processuais civis (ANPP e sursis

problema está no **método**: invoca “hierarquia e disciplina” sem demonstrar **concretamente** como o ANPP comprometeria esses valores. Observe-se que uma análise proporcional exigiria demonstrar que: (a) o ANPP realmente não é adequado para reprovar/prevenir crimes militares específicos; (b) não há alternativa menos restritiva (ex: ANPP com condições mais rigorosas); (c) o benefício da vedação total supera o custo da restrição a direitos fundamentais. Sem essa fundamentação

processual) na Justiça Militar da União seria, em última análise, inovação indevida, a ponto de subverter, completamente, a índole do Processo Penal Militar, cuja essência está resguardada pelo art. 3º, a, in fine, do CPPM. Os efeitos seriam deletérios, a ponto de permitir a permanência, nas Forças Armadas, de militares indignos e não vocacionados a essa nobre missão constitucional se beneficiados por medidas despenalizadoras desse jaez. 9. A isonomia entre civis e militares na JMU está garantida com a vedação da aplicabilidade do ANPP e do sursis processual. Isso porque, na Justiça comum, os civis e os militares têm direito aos referidos institutos, ao passo que na JMU, de forma totalmente justificada, ambos os universos não alcançam tais benefícios. 10. A tese fixada em IRDR, cuja observação nas 1^a e 2^a Instâncias da JMU torna-se obrigatória, é: “O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP), PREVISTO NO ART. 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL (CPP), E O “SURSIS” PROCESSUAL, PREVISTO NO ART. 89 DA LEI Nº 9.099/95, NÃO SE APLICAM NA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO, INDEPENDENTEMENTE DA CONDIÇÃO DE CIVIL OU DE MILITAR DO ACUSADO”. BRASIL. Superior Tribunal Militar. **INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS nº 7000457-17.2023.7.00.0000**. Relator para o Acórdão: Marco Antônio de Farias, julgado em 19/11/2024, DJe de 25/02/2025.

analítica, a decisão se torna dogmática, mesmo que a conclusão fosse potencialmente correta.

Isso ganha especial dramaticidade quando se considera que a Justiça Militar da União detém competência para processar e julgar civil que, eventualmente, venha a praticar, por exemplo, estelionato previdenciário contra as Forças Armadas. Frise-se que o ANPP não é um perdão do crime, não é um vácuo punitivo, até porque, dentre seus requisitos estão condições ou obrigações a serem impostas aos acusados, que se revelem necessárias e suficientes para reprovar e prevenir a conduta criminosa.

Ademais, o precedente vale-se de diversos conceitos vagos, sem delimitar, a partir do caso concreto, porque se mostra tão inadequada a justiça restaurativa no meio castrense. Acordo este, diga-se de passagem, que, conforme nos lembram Jorge César de Assis e Fernando Galvão, é aplicado no âmbito da maior potência militar do mundo, que são os Estados Unidos da América (Assis, 2021). Dentre esses conceitos, além dos já citados, estão: a) “escravos da grandeza de servir”; e b) “pedagogicamente, introjetar nos cidadãos, civis[?] ou militares,

o respeito, a preservação material, imaterial, humana e principiológica das Forças Armadas, educando-os”.

O acórdão não define nenhum desses conceitos abertos. Ressalte-se, assim, que, ainda que essas expressões possuam carga simbólica no *ethos* militar, não substituem argumentação jurídica estruturada. O problema, então, não é usar linguagem valorativa, mas fazê-lo sem conectá-la a critérios objetivos de proporcionalidade aplicáveis ao caso concreto.

Por fim, em retórica argumentativa possibilitada tão somente em razão dos pressupostos criados pelo próprio em. Min. Relator, o acórdão conclui que “a isonomia entre civis e militares na JMU está garantida com a vedação” a ambos. Ora, mas a impossibilidade aos militares foi imposta agora, no acórdão... Na esfera da responsabilidade civil, seria possível invocar o princípio do *tu quoque*.

Note-se que o acórdão não peca por negar o direito ao ANPP, mas sim por negá-lo de modo abstrato, sem examinar pontos essenciais, como o funcionalismo penal, elementos concretos que demonstrassem, no caso concreto, que o acordo

não seria suficiente para reprovar e prevenir o crime. Portanto, o problema não é o resultado, mas o modo.

Assim, em outra sintonia, o Supremo Tribunal Federal, traz a possibilidade ou não do ANPP para o caso concreto, deferindo diversas ordens em *habeas corpus* e, assim, determinando não a aplicação do instituto imediatamente, mas o encaminhamento ao órgão de acusação, para que avalie a viabilidade concreta da concessão. Nesse sentido, colhe-se precedente da Segunda Turma do STF, da lavra do em. Min. Edson Fachin, no HC 232.254/PE, julgado em 29 de abril de 2024, e diversos julgados monocráticos favoráveis de quase totalidade dos ministros, a título de exemplo:

- i) HC 221.238 AgR/RJ, Min. Nunes Marques, DJe. 5.3.24;
- ii) HC 246.656/DF, Min. Luiz Fux, DJe. 14.10.24;
- iii) RHC 249.020/BA, Min. Cármem Lúcia, DJe. 25.11.24;
- iv) HC 249.468/AM – Min. Cristiano Zanin, DJe. 03.12.2024;

- v) HC 216.869/RJ, Min. André Mendonça, DJe. 18.12.2024;
- vi) HC 254.038/CE, Min. Gilmar Mendes, DJe. 10.4.2025;
- vii) RHC 253.388/RJ, Min. Flávio Dino, Dje. 20.5.2025;
- viii) RHC 258.926/MG, Min. Dias Toffoli, Dje. 11.7.25;
- ix) HC 259.170/DF, Min. Alexandre de Moraes, DJe 13.8.2025; e
- x) HC 260.785/DF, Min. Edson Fachin, DJe 1º.9.2025.

Veja-se que não está a louvar um modelo ou outro, o que se pretende demonstrar é que o diálogo institucional, nos casos difíceis (quando não se tem regra clara), depende da aplicação de padrões argumentativos diversos das regras. E mais, que efetivamente haja um esforço argumentativo no sentido de demonstrar, caso a caso, o porquê de a especialidade e a índole do processo penal militar merecer prevalecer em detrimento de outros direitos fundamentais, eventualmente, em conflito.

Reforce-se também que não se está a defender a aplicação cega e irrefletida de todos os institutos do direito

processual penal comum ao direito adjetivo castrense, nem tampouco que o Supremo Tribunal Federal age de modo mais acertado do que o Superior Tribunal Militar. Aliás, um exemplo em que a especialidade se sagrou adequadamente vencedora, nesse embate, e frise-se, *a priori*, mas apresentando argumentação adequada para tanto, foi o caso do porte de drogas em quartel. Confira-se:

A tipologia de relação jurídica em ambiente castrense é incompatível com a figura da insignificância penal, pois, independentemente da quantidade ou mesmo da espécie de entorpecente sob a posse do agente, o certo é que não cabe distinguir entre adequação apenas formal e adequação real da conduta ao tipo penal incriminador. É de se pré-excluir, portanto, a conduta do paciente das coordenadas mentais que subjazem à própria tese da insignificância penal. **Pré-exclusão que se impõe pela elementar consideração de que o uso de drogas e o dever militar são como água e óleo: não se misturam.** Por discreto que seja o concreto efeito psicofísico da droga nessa ou naquela relação tipicamente militar, a disposição pessoal em si para manter o vício implica inafastável pecha de reprovabilidade cívico-funcional. Senão por afetar temerariamente a saúde do próprio usuário, mas pelo seu efeito danoso no moral da corporação e no próprio conceito social das Forças Armadas, que são instituições voltadas,

Vinícius Yscandar de Carvalho

entre outros explícitos fins, para a garantia da ordem democrática. [...] O modelo constitucional das Forças Armadas brasileiras abona a idéia-força de que entrar e permanecer nos misteres da caserna pressupõe uma clara consciência profissional e cívica: **a consciência de que a disciplina mais rígida e os precisos escalões hierárquicos hão de ser observados como carta de princípios e atestado de vocação para melhor servir ao País pela via das suas Forças Armadas.** Donde a compatibilidade do maior rigor penal castrense com o modo peculiar pelo qual a Constituição Federal dispõe sobre as Forças Armadas brasileiras. Modo especialmente constitutivo de um regime jurídico timbrado pelos encarecidos princípios da hierarquia e da disciplina, sem os quais não se pode falar das instituições militares como a própria fisionomia ou a face mais visível da idéia de ordem. O modelo acabado do que se poderia chamar de “relações de intrínseca subordinação” (Brasil, 2011).¹⁵

Reconheceu-se a “pré-exclusão” do princípio da insignificância, ante: (a) a potencialidade lesiva da alteração psíquica provocada pela substância; (b) a reprovação cívico-funcional, por, a um só tempo, afetar a saúde, o moral da corporação e o próprio conceito social desta.

¹⁵ *Conf.:* Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 103684**, Relator: Ayres Britto, julgado em 21/10/2010, DJe de 13/04/2011.

O que se quer transmitir, portanto, é que o diálogo institucional entre as Cortes somente será possível se ambas dialogarem dentro de um mesmo padrão argumentativo. Enquanto o STM aplicar regras, na metodologia subsuntiva, e o STF valer-se de princípios, haverá sempre a tendência de reforma dos acórdãos da Corte especializada. Notadamente em razão dos valores constitucionais, faz-se urgente que o Superior Tribunal Militar, sempre que se vir diante de casos difíceis, com invocação de direito constitucional frente a normas do CPPM (“ultrapassadas” por reformas na legislação processual comum), com princípios jurídicos e de maneira suficientemente exaustiva.

Nesse contexto, importante louvar o seguinte precedente colhido da jurisprudência do STM, que, compreendendo a problemática hermenêutica, promove uma verdadeira revolução no modo de compreender o direito pelo Tribunal castrense. Ao menos com esse grau de profundidade, não é comum encontrar na jurisprudência da Corte um julgado que realize a técnica da ponderação assim:

As garantias constitucionais a um tratamento processual isonômico (art. 5º, inciso I, da Constituição da República – CR/88) e a um

devido processo legal, regido pelo contraditório e pela ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV, da CR/88), além do **princípio da proporcionalidade**, demandam que a resposta legislativa retirável do ordenamento seja equânime a todos os cidadãos em similar situação jurídica.

Para além de ofender as referidas garantias constitucionais, a não extensão expressa pelo Legislador das mudanças trazidas com a Lei 12.403/2011 são desproporcionais e irrazoáveis ao ofenderem tanto a proibição de excesso quanto aquela de proteção insuficiente, pois denegam ao indivíduo investigado e/ou processado pelo CPPM a possibilidade de lhe imporem medidas menos gravosas que a prisão preventiva e retiram de eventuais vítimas a possibilidade de melhor serem protegidas de acordo com a realidade concreta (Brasil, 2024).¹⁶

A Corte realiza, assim, a ponderação de valores e, assim, possibilita que se instaure um verdadeiro diálogo entre suas decisões e aquelas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, órgão no qual se verifica essa técnica decisória há mais tempo. A propósito da ponderação no STM:

¹⁶ Conf.: Superior Tribunal Militar. **RECURSO EM SENTIDO ESTRITO nº 7000411-91.2024.7.00.0000**. Relator(a): Ministro(a) PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ. Data de Julgamento: 07/11/2024, Data de Publicação: 06/02/2025.

Em específico, a não extensão das mencionadas medidas aos processos regidos pelo CPPM mostra-se uma alteração legislativa que, por meio de omissão, não reflete finalidade legítima que possa ser alcançada com tal tratamento distinto (**necessidade**), é igualmente inadequada para atingir um resultado adequado (**adequação**) e traz nítida desproporcionalidade em termos práticos (**proporcionalidade em sentido estrito**).¹⁷

Em conclusão, dispôs-se não se justificar o tratamento desigual fornecido pelo CPPM, tanto a acusados quanto aos ofendidos.

5 CONCLUSÃO

A convivência entre positivismo e ponderação no processo penal militar não representa caos metodológico, mas maturação institucional do sistema jurídico pós-CF/88. Diferentes tipos de problemas jurídicos exigem ferramentas diferentes: casos rotineiros (regras claras, válidas,

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal Militar. **RECURSO EM SENTIDO ESTRITO nº 7000411-91.2024.7.00.0000**. Relator(a): Ministro(a) PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ. Data de Julgamento: 07/11/2024, Data de Publicação: 06/02/2025.

proporcionais) resolvem-se por subsunção, garantindo segurança jurídica, previsibilidade e celeridade; casos complexos (lacunas axiológicas, colisão de princípios, inconstitucionalidades) exigem ponderação, assegurando justiça material, adequação constitucional e integridade sistêmica. O desafio contemporâneo não é escolher entre um modelo ou outro, mas sim compreender ambas as abordagens e quando cada uma delas é apropriada. Além disso, é importantíssimo ter humildade epistêmica para reconhecer que, em casos-limite, nenhuma teoria fornecerá resposta fácil.

O que o direito pode e deve oferecer são critérios públicos de avaliação argumentativa, para que decisões sejam controláveis intersubjetivamente, mesmo quando não consensuais. A fundamentação analítica detalhada, exigida constitucionalmente (art. 93, IX, CF), é o instrumento mais robusto disponível para compatibilizar flexibilidade interpretativa com Estado Democrático de Direito. Não elimina divergências razoáveis, mas obriga o julgador a tornar visível seu raciocínio, permitindo crítica, revisão e aprendizado institucional.

Buscou-se, aqui, demonstrar a viabilização dessa fundamentação e busca da “resposta constitucionalmente adequada” por meio das teorias de Gadamer (condições de possibilidade) e Dworkin (princípios). Ressaltando sempre que o propósito não é o de obter a resposta verdadeira, no sentido metafísico, mas a melhor dentro de determinado contexto histórico-institucional.

Com efeito, a transição paradigmática na jurisprudência militar não está completa. O diálogo iniciado entre STF e STM, mediado por princípios constitucionais, sinaliza caminho promissor: nem legalismo cego, que perpetuaria inconstitucionalidades por inércia legislativa, nem ativismo irrestrito, que esvaziaria a função legislativa e comprometeria a separação de poderes, mas a interpretação constitucionalmente comprometida, fundamentada analiticamente e controlável.

Assim, defende-se que, quando o STM estrutura suas decisões pelo teste de proporcionalidade – como fez no precedente sobre medidas cautelares –, não abdica de sua especialidade; ao contrário, a fortalece, demonstrando que

peculiaridades militares legítimas resistem ao escrutínio constitucional rigoroso.

O processo penal militar do século XXI não pode permanecer aprisionado aos paradigmas de 1969. A Constituição de 1988, frise-se, tem força vinculante, inclusive para a Justiça Militar. Assim, especialidades legítimas dessa justiça não estão ameaçadas; ao contrário, são depuradas e fortalecidas quando se distinguem de anacronismos que comprometem sua legitimidade democrática.

Hierarquia e disciplina, valores constitucionalmente protegidos (art. 142, CF), não se enfraquecem quando juízes da Justiça Militar fundamentam a sua compatibilidade com eventuais institutos de política criminal. Ao contrário, fortalecem-se, porque a fundamentação transparente gera confiança institucional, demonstrando que restrições a garantias individuais não decorrem de arbítrio, mas de necessidade proporcional vinculada a bens jurídicos militares específicos.

REFERÊNCIAS

- AMADO, Juan Antonio García. É possível ser antikelseniano sem mentir sobre Kelsen? *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 52-118, maio/ago. 2019. Disponível em: https://www.emerj.tjrf.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista_v21_n2/revista_v21_n2_52.pdf. Acesso em: 6 out. 2025.
- ASSIS, Jorge César de. A teoria do silêncio eloquente: o novo canto da sereia ecoando na Justiça Militar. *Observatório da Justiça Militar*, 2 maio 2021. Disponível em: <https://www.observatoriодajusticamilitar.info/single-post/a-teoria-do-sil%C3%A3oA-Ancio-eloquente-o-novo-canto-da-sereia-ecoando-na-justi%C3%A3oA7a-militar>. Acesso em: 3 jul. 2024.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 12 ed. São Paulo: SaraivaJur, 2024.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de Filosofia do Direito*. Trad. Luiz Sérgio Henriques. São Paulo: Edipro, 2022.
- BRASIL. Superior Tribunal Militar. *INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS nº 7000457-17.2023.7.00.0000*. Relator para o Acórdão: Marco Antônio de Farias, julgado em 19/11/2024, DJe de 25/02/2025.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 103684*, Relator: Ayres Britto, julgado em 21/10/2010, DJe de 13/04/2011.

Vinícius Yscandar de Carvalho

BRASIL. Superior Tribunal Militar. *RECURSO EM SENTIDO ESTRITO* nº 7000411-91.2024.7.00.0000. Relator(a): Ministro(a) PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ. Data de Julgamento: 07/11/2024, Data de Publicação: 06/02/2025.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. *RECURSO EM SENTIDO ESTRITO* nº 7000411-91.2024.7.00.0000. Relator(a): Ministro(a) PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ. Data de Julgamento: 07/11/2024, Data de Publicação: 06/02/2025.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. *Embargos de Declaração* nº 0000069-94.2014.7.11.0211. Relator: José Barroso Filho, julgado em 04/11/2015, DJe de 19/11/2015.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. *Habeas corpus* 7000082-21.2020.7.00.0000. Relator.: Luís Carlos Gomes Mattos, julgado em 07/05/2020, DJe de 22/06/2020.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. *Apelação Criminal* 7000876-71.2022.7.00.0000. Relator: Leonardo Puntel, julgado em 22/06/2023, DJe de 04/07/2023.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. *Habeas Corpus* 7000393-12.2020.7.00.0000, relator: Lúcio Mário de Barros Góes, julgado em 26/08/2020, DJe de 09/09/2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 127.900/AM. Relator: Dias Toffoli, julgado em 03/03/2016, DJe de 03/08/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus* 142.608/SP. Relator: Edson Fachin. Relator do acórdão: Dias Toffoli, julgado em: 12/12/2023, DJe de 12/04/2024.

CARVALHO, Vinícius Yscandar de. *Verdade e cadeia de custódia: estudo sobre os limites do conhecimento no processo penal militar*. Brasília, 2024. Pendente de publicação.

CARVALHO, Vinícius Yscandar; NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de direito processual penal militar*. 8. ed. São Paulo: Juspodivm, 2025.

DINIZ, Maria Helena. Fontes do direito. *Enciclopédia jurídica da PUC-SP*. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Teoria Geral e Filosofia do Direito. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/157/edicao-1/fontes-do-direito>. Acesso em 12 jun. 2025.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, 3. ed. Trad. Flávio Paulo Meurer, Rev. Trad. Énio Paulo Giachini. Petrópolis, RJ: Vozes, 1997.

GODOI, Arnaldo Sampaio de Moraes. Norberto Bobbio e a Teoria do ordenamento jurídico. *Conjur*, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-nov-21/norberto-bobbio-teoria-ordenamento-juridico/#:~:text=Trata%2Dse%20do%20E2%80%9Cdogma%20da,para%20o%20enfrentamento%20das%20lacunas>. Acesso em 12 jul. 2024.

HERB, Karlfriedrich. Além do bem e do mal: o poder em Maquiavel, Hobbes, Arendt e Foucault. *Revista Brasileira de Ciência Política*, [S].

Vinícius Yscandar de Carvalho

l.], n. 10, p. 267–284, 2013. Disponível em:
<https://periodicos.unb.br/index.php/rbcn/article/view/2060>. Acesso em: 11 jun. 2025.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 9. ed. Trad. José Cretella Júnior. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MAXIMILIANO, Carlos; MASCARO, Alysson. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Decisão Judicial e o Conceito de Princípio: a hermenêutica e a (in)determinação do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

PACCELI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 24 ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PANZA, Luiz Osório Moraes. Direito e historicidade: A evolução do pensamento jurídico através das escolas hermenêuticas. A&C – *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 51, p. 101-120, jan./mar. 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de direito civil*. 1 v. 30 ed. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. – 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

PINHO. Ana Cláudia Bastos de. *Para além do garantismo: Uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares do Direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Revista do Ministério Público Militar

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. Direito Comparado: A fórmula de Radbruch e o risco do subjetivismo. *Conjur*, 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jul-11/direito-comparado-formula-radbruch-risco-subjetivismo/>. Acesso em: 17 jun. 2025.