



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
CENTRO DE HUMANIDADES
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM SOCIOLOGIA

JOSÉ LENHO SILVA DIÓGENES

**O SUBSISTEMA PENAL MILITAR E SUAS CONTINGÊNCIAS: UMA
SOCIOLOGIA DO CRIME MILITAR À LUZ DE NIKLAS LUHMANN**

FORTALEZA-CE

2017

JOSÉ LENHO SILVA DIÓGENES

**O SUBSISTEMA PENAL MILITAR E SUAS CONTINGÊNCIAS: UMA
SOCIOLOGIA DO CRIME MILITAR À LUZ DE NIKLAS LUHMANN**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia, da Universidade Federal do Ceará (UFC), como parte dos requisitos para obtenção do título de Doutor em Sociologia.

Orientador: Prof. Dr. César Barreira.

FORTALEZA-CE

2017

Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária

Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

D622s Diógenes, José Lenho Silva.

O subsistema penal militar e suas contingências: uma sociologia do crime militar à luz de Niklas Luhmann / José Lenho Silva Diógenes. – 2017.
189 f.

Tese (doutorado) – Universidade Federal do Ceará, Centro de Humanidades, Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Fortaleza, 2017.

Orientação: Prof. Dr. César Barreira.

1. Sociologia do Direito de Niklas Luhmann. 2. Subsistema Penal Militar. 3. Decisões Judiciais. 4. Contingências. I. Título.

CDD

JOSÉ LENHO SILVA DIÓGENES

**O SUBSISTEMA PENAL MILITAR E SUAS CONTINGÊNCIAS: UMA
SOCIOLOGIA DO CRIME MILITAR À LUZ DE NIKLAS LUHMANN**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia, da Universidade Federal do Ceará (UFC), como parte dos requisitos para obtenção do título de Doutor em Sociologia

Aprovada em: 31/05/2017.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. César Barreira - Orientador
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Profa. Dra. Linda Maria de Pontes Gondim
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Maurício Bastos Russo
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Profa. Dra. Maria Glaucéria Mota Brasil
Universidade Estadual do Ceará (UECE)

Prof. Dr. Geovani Jacó de Freitas
Universidade Estadual do Ceará (UECE)

Para meus pais, Teresinha e Lucrécio

AGRADECIMENTOS

A Deus, por minha vida, minha família e meus amigos.

Aos meus pais e à minha irmã, pelo cuidado, incentivo constante e infinita cumplicidade.

À minha esposa, Adriana, pela força nos momentos de angústia e inquietação.

Aos meus filhos, Bianca e Levi, por me darem a oportunidade de amar incondicionalmente.

Aos meus amigos, especialmente minha prima Inêz, por ser a amiga certa das horas incertas.

Ao meu orientador, prof. Dr. César Barreira, pela paciência, compreensão e orientação.

Aos colegas do LEV (Laboratório de Estudos da Violência), especialmente ao Marcos Silva, pelo acolhimento.

Aos colegas de doutorado, especialmente Cleyton Monte, que nos últimos momentos da tese, foi um parceiro valioso.

Ao amigo David Barbosa de Oliveira, pelo empréstimo de material para a tese.

A todos que compõem o Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFC, pelos ensinamentos e partilha de experiências.

Aos professores Linda Maria de Pontes Gondim, Maria Glaucíria Mota Brasil, Geovani Jacó de Freitas e Maurício Bastos Russo, pelas contribuições para o desenvolvimento do trabalho.

À Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), pelo incentivo financeiro concedido.

[...] as verdades são ilusões, das quais se esqueceu que o são, metáforas que se tornaram gastas e sem força sensível, moedas que perderam sua efígie e agora só entram em consideração como metal, não mais como moedas (NIETZSCHE, 2009).

RESUMO

O objeto de estudo da tese é o subsistema penal militar. O trabalho está estruturado com base na linguagem sociológica de Niklas Luhmann. Foram realizados os seguintes procedimentos metodológicos: revisão de literatura da obra desse autor; levantamento histórico acerca do processo de institucionalização das organizações da justiça penal militar; e, pesquisa jurisprudencial nos *sites* eletrônicos do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre crime militar. Em síntese, pode-se dizer que são três os objetivos da pesquisa: reconstruir uma versão da sociologia do direito de Niklas Luhmann; observar, a partir dela, a diferenciação do subsistema penal militar; e, compreender como esse subsistema processa informações e redundâncias, de modo a evidenciar suas contingências. Os resultados da pesquisa indicam que, com o aparecimento e desaparecimento de diferentes organizações, as comunicações jurídicas foram se concentrando em torno de uma distinção específica (crime militar/não crime militar), com base na qual, diferenciou-se o subsistema. A partir das decisões coletadas, verificou-se que as instâncias decisórias desse subsistema desenvolvem suas comunicações através da organização de autorreferências e heterorreferências para produzir informações e redundâncias. Os resultados indicam que o subsistema penal militar é mais restritivo nas interpretações dos direitos humanos de acusados ou condenados pela prática de crime militar. Tais restrições decorrem de um ponto de vista normativo que se formula no próprio subsistema e acarretam a negação de benefícios penais aos processados ou condenados por crime militar e a não aplicação de princípios constitucionais para descriminalização de determinadas condutas.

Palavras-chave: Sociologia do Direito de Niklas Luhmann. Subsistema Penal Militar. Decisões Judiciais. Contingências.

ABSTRACT

The object of study of the thesis is the military criminal subsystem. The work is structured on the basis of the sociological language of Niklas Luhmann. The following methodological procedures were carried out: literature review of the author's work; historical survey of the process of institutionalization of military criminal justice organizations; and, jurisprudential research on the electronic websites of the Federal Supreme Court (STF) and the Superior Court of Justice (STJ) on military crime. In summary, it can be said that there are three objectives of the research: to reconstruct a version of Niklas Luhmann's sociology of law; to observe, from it, the differentiation of the military penal subsystem; and, understand how this subsystem processes information and redundancies, in order to highlight its contingencies. The results of the research indicate that, with the appearance and disappearance of different organizations, legal communications were concentrated around a specific distinction (military crime/non-military crime), on the basis of which the subsystem was differentiated. From the collected decisions, it was verified that the decision-making bodies of this subsystem develop their communications through the organization of self-references and heteroreferences to produce information and redundancies. The results indicate that the military criminal subsystem is more restrictive in the human rights interpretations of those accused or convicted of military crime. These restrictions derive from a normative point of view that is formulated in the subsystem itself and entail the denial of criminal benefits to those prosecuted or convicted of military crime and the non-application of constitutional principles to decriminalize certain conduct.

Keywords: Sociology of law by Niklas Luhmann. Military Penal Subsystem; Judicial Decision; Contingencies;

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 A SOCIOLOGIA SISTÊMICA DE NIKLAS LUHMANN.....	23
2.1 Metodologia sócio-sistêmica.....	23
2.2 Paradoxos e conceitos gerais da sociologia sistêmica.....	35
2.3 Uma caracterização da sociologia do direito luhmanniana.....	51
2.4 Sobre a produção de informações no sistema jurídico.....	65
3 A DIFERENCIAÇÃO DO SUBSISTEMA PENAL MILITAR	79
3.1 Uma reconstrução da diferenciação do subsistema.....	82
3.2 Identificando o código de referência do subsistema.....	94
3.3 A incriminação penal militar e o acoplamento do subsistema.....	115
4 INFORMAÇÕES DO SUBSISTEMA PENAL MILITAR.....	127
4.1 A racionalidade penal militar.....	129
4.2 As prestações punitivas do subsistema.....	141
4.3 Interpretações do subsistema sobre a criminalização da sexualidade.....	154
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	166
REFERÊNCIAS.....	173

1 INTRODUÇÃO

O direito penal militar não tem tradição como objeto de estudo nas ciências sociais brasileiras. Tratando-se de teses e dissertações, o número de trabalhos é bem reduzido. Quando se analisam fragmentos da realidade policial militar, costuma-se realizar um corte empírico bem delimitado. É possível analisar um programa de governo, como o ronda do quartirão desenvolvido em âmbito cearense, remetendo-se a algumas companhias específicas, normalmente as mais acessíveis ao pesquisador. Entrevistam-se policiais, analisam-se documentos legais, notícias de jornais e dados estatísticos, mas quase sempre, senão sempre, deixam-se de lado as expectativas penais militares. Os estudos jurídicos, por outro lado, estão restritos a uma abordagem dogmática do direito, não oferecendo uma colaboração mais significativa para a compreensão sociológica. Em face disso, intentando dar uma contribuição em relação ao tema, este texto procura descrever e problematizar, do ponto de vista sociológico, o subsistema penal militar.

Nele, defendo a tese de que, no âmbito do sistema jurídico brasileiro, o referido subsistema se diferencia através do emprego de uma distinção específica, que é usada nas comunicações jurídicas: a distinção crime militar/não crime militar. A partir disso, observo como, em função dela, são produzidas informações e redundâncias no direito e as contingências não manifestas explicitamente nas comunicações jurídicas. A pergunta que orientou a pesquisa é: *o que fica contingente quando se observa o direito penal militar como um subsistema do sistema jurídico brasileiro?* Trata-se de uma sociologia do direito que tem como referência teórica Niklas Luhmann (1983, 1985, 2005b). Importa dizer, o foco de interesse da pesquisa é o do direito como sistema de sentido.

Como se sabe, Luhmann sustenta que caso a sociologia do direito prescindia do sentido das estruturas jurídicas, como produzidas no âmbito do sistema do direito, corre-se o risco de argumentar e explicar realidade diversa do próprio direito. Em outras palavras, "o direito desaparece da sociologia do direito" (LUHMANN, 1983, p. 9). Diante disso, admite-se que "o *sentido* constitui para o jurídico uma 'preliminar do objeto' duplicada ao infinito pela relatividade dos processos de objetivação do direito" (ASSIER-ANDRIEU, 2000, p. 311). Partindo da compreensão segundo a qual o direito positivo moderno é autorreferencial, Luhmann

fornece importantes recursos para a compreensão do direito, entretanto não parece apropriado articular suas formulações sem esclarecê-las minimamente. Deve-se observar que Luhmann ocupa uma posição relativamente marginal nas ciências sociais brasileiras, embora, em um balanço já não tão recente, Anthony Giddens qualifique-o como um dos maiores sociólogos contemporâneos¹ (GIDDENS, 2001, p. 16). Ademais, como observam seus intérpretes, a compreensão de sua obra requer, no limite, uma reformulação da linguagem sociológica. Por isso, tentarei esclarecer em que consiste a metodologia sistêmica, a forma de construção conceitual de Luhmann e os principais conceitos de sua sociologia do direito.

Através de inúmeras publicações, Luhmann desenvolveu ferramentas teóricas distintas dos clássicos e de seus contemporâneos, obtendo como resultado final, um modelo teórico um tanto inconciliável com os demais. Tem-se, no autor, um edifício teórico marcado pela insistência em que os conceitos sociológicos somente podem ser usados quando tornam visível aquilo que excluem. Trata-se de uma estratégia epistemológica que contapõe ao pensamento normativo e linear o pensamento circular. De certa maneira, apropriar-se de suas formulações significa contrariar pontos de vista e expectativas institucionalizadas, assumindo-se o risco de desconstruir o peso da autoevidência que os próprios conceitos sociológicos adquirem ao longo do tempo. Importa contraditar bases conceituais aceitas, já abertamente assumidas pelos demais, podendo-se, com isso, tornar-se incômodo. Quem arrisca uma iniciativa desse tipo, afirmou o próprio Luhmann, precisa problematizar o que é suposto tacitamente ou mesmo expressamente aceito, dirigindo o foco da atenção para o seu objeto de interesse. O risco de tal empreendimento é, com frequência, desencorajadoramente alto e envolve a necessidade de reconstrução da contingência social (LUHMANN, 1983, p. 82-83).

Por isso, a ideia de realizar uma sociologia do direito penal militar a partir de Luhmann pareceu-me, inicialmente, ousada e, talvez, inexecutável. O fato de ser um dos primeiros trabalhos a dialogar com o autor no Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFC, mais familiarizado com outros pensadores e, principalmente, com antropólogos, deixava-me, de alguma forma, em uma posição confortável, no

¹ O que não significa que o próprio Giddens não seja crítico de Luhmann. Nesse sentido, conferir a apresentação de *A Constituição da Sociedade* (2003), do sociólogo britânico. Para conhecer a trajetória acadêmica de Niklas Luhmann, ver, dentre outros, IZUZQUIZA, Ignacio. *La sociedad sin hombres: Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*. 2. ed. Barcelona: Anthropos Editorial, 2008.

sentido de que minha tese poderia trazer alguma novidade. Além disso, o apoio do meu orientador para que eu não desistisse da empreitada, foi um estímulo indispensável para que eu avançasse. A quantidade de trabalhos que foram sendo demandados para compreender a sociologia do direito luhmanniana preocupou-me ao longo de todo o percurso. Algumas leituras que eu já havia feito por ocasião do mestrado em Direito e a dedicação quase exclusiva a isso favoreceram a exequibilidade do projeto dentro dos limites de duração da pesquisa, que agora se mostra com dupla face: apreender uma das versões possíveis da teoria de sistemas e pensar com ela o direito penal militar. Convém esclarecer que não foram razões biográficas que motivaram o trabalho, mas a compreensão da sociologia do direito de Luhmann. Os adjetivos que circundam seu nome nem sempre são os mais delicados, mas acredito que se se quer tentar escapar do senso comum douto, isso não deve inibir a pesquisa (BOURDIEU, 1989).

A base da construção teórica de Luhmann é a compreensão de que a Sociologia não pode se esquivar de refletir criticamente os fundamentos dos conceitos que emprega, considerando que todo pré-juízo (ou preconceito) se baseia em categorizações anteriores. Disso decorre que toda investigação sociológica precisa se reconhecer a um só tempo como uma investigação sobre si mesma, de maneira a tornar acessível a um observador de segunda ordem seus próprios pré-juízos. Isso só é possível se ela for capaz de fazer aparecer reflexivamente sua estrutura teórico-metodológica no campo de seu próprio objeto de estudo, isto é, reconhecer que a linguagem teórica é sempre parte constitutiva de seu objeto (LUHMANN, 1998, p. 427). As primeiras leituras de Luhmann pode deixar um leitor deslocado em face das digressões por diversas disciplinas até se chegar ao sentido de sua terminologia. No meu caso, após algumas rodadas de leituras, na medida em que a compreensão ganhava fôlego, *insights* foram aparecendo e crescendo minha vontade de pensar questões diversas do meu tema. Cheguei a rascunhar algumas coisas e, por vezes, meu orientador chamou a atenção para eu não perder o foco. Desde o último ano, a compreensão ficou mais consistente. Durante o percurso, escrevi fragmentos para um capítulo específico sobre a sociologia dos sistemas. Semanas depois revia-os e, quase sempre, achava-os confusos. Largava-os! Tempos depois, retomava-os. Apagava alguns, reescrevia e remendava outros, tentando estabelecer uma síntese (se é que é possível). Às vezes, senti que se

escrevesse com demasiado respeito ao vocabulário luhmanniano ninguém leria o que escrevi. Tentei fixar uma linguagem intermediária, mas, lendo os rascunhos depois, eu me dizia, como o personagem Paulo Honório de Graciliano Ramos, em São Bernardo: "que diabo! O mingau virou água!" (RAMOS, 2016). Desisti de algumas versões, para, ao final, ceder ao texto que coloquei no capítulo 1.

Sem antecipar as discussões desenvolvidas nas segunda e terceira parte o capítulo 1, pode-se dizer que Luhmann dá novo sentido aos conceitos convencionais da sociologia do direito - norma, função do direito, validade etc. Segundo ele, da forma como a tradição vetero-européia os construiu, tais conceitos são dotados de forte carga normativa e não são, portanto, apropriados à reflexão sociológica do direito da sociedade moderna. Quando se define norma como aquilo que prescreve o que deve ser, incorre-se em "una simbolización tautológica de la normatividad: las normas designan aquello que es debido" (LUHMANN, 2005b, p. 573). Norma é, meramente, uma expectativa de expectativa² e, nesse sentido, sua função não é orientar a ação ou o comportamento humano: "no es orientar las motivaciones (allí entrarían demasiadas casualidades)" (LUHMANN, 2005b, p. 192). A função social de todas as normas é "prepararse, al menos en el nivel de la expectativas, ante un futuro incierto - genuinamente incierto" (LUHMANN, 2005b, p. 187). A validade também não pode ser concebida como se já estivesse implícito que o válido deve ser válido, mas, tão somente, como um símbolo: "el derecho es válido cuando está acompañado por el símbolo de la validez - y cuando no, no" (LUHMANN, 2005b, p. 87). Do ponto de vista da sociologia, o próprio direito não pode ser definido como algo dotado de uma peculiar força normativa. Sociologicamente, "el derecho no tiene ningún poder obligatorio. Se compone únicamente de comunicaciones y sedimentaciones estructurales de comunicación, las cuales desembocan en una interpretación normativa" (LUHMANN, 2005b, p. 87). O direito enquanto sistema³ social "no puede hacer otra cosa que crear formas (oraciones) en el medio del sentido a través de la comunicación" (LUHMANN, 2005b, p. 89). Implica dizer, o direito é um sistema atado ao tempo presente e não à ação

² Expectativa, conforme se verá no capítulo 1, designa tanto um estado atual de consciência de um indivíduo como o aspecto temporal do sentido na comunicação. Aquilo que se espera como sequência da comunicação quando se comunica algo.

³ Sistema não é um emaranhado de normas, mas "un entramado de operaciones fácticas que, como operaciones sociales, deben ser comunicaciones - independientemente de lo que estas comunicaciones afirmen respecto al derecho" (LUHMANN, 2005b, p. 96).

ou comportamento; e, do ponto de vista da sociedade, sua função "se relaciona con la posibilidad de comunicar expectativas y de llevarlas al reconocimiento en la comunicación (LUHMANN, 2005b, p. 182). Com isso, o autor estabelece um ponto de ruptura com o referencial clássico da sociologia do direito, que "acentuó su función social recurriendo a conceptos como los de "control social" o "integración"" (LUHMANN, 2005b, p. 183).

Segundo Luhmann, "el análisis empírico convencional de la sociología del derecho no describe, por lo tanto, en forma alguna, el sistema jurídico como un sistema jurídico. Da cuenta de su objeto parcialmente" (LUHMANN, 2005b, p. 616). É com relação a isso que Luhmann procura dar sua maior contribuição. Seus esforços são para demonstrar que a descrição sociológica do sistema jurídico precisa contemplar a própria autodescrição do direito "como una autodiferenciación de un sistema funcional cerrado en sí mismo y operativamente dependiente de él mismo, al igual que como una construcción continúa de una *second order observing*⁴ en el sistema" (LUHMANN, 2005b, p. 606). O observador externo ao direito não pode nomear os acontecimentos jurídicos ao seu bel prazer, sem levar em consideração a forma como o próprio sistema jurídico os concebe. Pautado nessa compreensão, observei como as comunicações jurídicas sobre o crime militar se retroalimentam como uma permanente construção de pontos de vista, graças à inexistência de condições fundamentais no sistema jurídico que possam ser declaradas para sempre com a razão. Considero válida, portanto, a conclusão de que "el sistema no puede prever posiciones que, *pase lo que pase*, tengan la razón o a las cuales se les conceda *siempre* la razón, sin consideración alguna de las condiciones del sistema" (LUHMANN, 2005b, p. 624). Em outras palavras, todos os pontos de vista jurídicos examinados no âmbito desta tese o são como contingências, isto é, como perspectivas que não são nem necessárias nem impossíveis. Dessa forma, procura-se reconstruí-los de modo a permitir uma compreensão sobre como, ao processar informações, do ângulo do sistema jurídico, desenvolve-se uma racionalidade peculiar.

⁴ A observação de segunda ordem ocorre através da auto-observação e da hetero-observação, o que chama a atenção para a necessidade de realizar uma referência sistêmica. Na sociedade moderna, ela se torna reflexiva, de maneira que os sistemas funcionais se estabelecem nesse nível de observação (LUHMANN, 2000).

No contexto moderno, a razão jurídica é o símbolo da autorreferencialidade do sistema direito e a positividade é "la fórmula bajo la que los observadores de los observadores pueden ponerse de acuerdo en observar lo mismo, a saber: el derecho vigente" (LUHMANN, 2005b, p. 606). A positividade indica que "todo derecho descansa en decisiones que pueden observarse y ser recordadas como tales, esto es, en relación a otras posibilidades" (LUHMANNb, 2005, p. 606). A racionalidade assinala que, nas seleções do direito, "es necesario que existan fundamentaciones que, en última instancia, se fundamenten a sí mismas" (LUHMANN, 2005b, p. 606). Em conjunto, essas duas características do direito moderno revelam que "el sistema opera sin un sustento trascendental, sin ningún tipo de *períechon*⁵ cósmico y sin ninguna intervención indicativa divina" (LUHMANN, 2005b, p. 606). O direito é um sistema "que se observa y se describe a sí mismo y que, por consiguiente, al desarrollar sus propias teorías se comporta de manera constructivista" (LUHMANN, 2005b, p. 77). A auto-observação do sistema jurídico indica que em suas comunicações "de lo que se trata es de lo conforme (o lo discrepante) con el derecho" (LUHMANN, 2005b, p. 569). A autodescrição enuncia que a unidade do direito é uma representação do próprio direito, que entra em jogo sempre que é necessária uma tematização do próprio sistema: "la autodescripción es la elaboración de un texto autológico, un texto que se refiere a sí mismo" (LUHMANN, 2005b, p. 570).

A versão da sociologia luhmanniana que procuro mobilizar não acredita na existência de um pretense subsistema penal militar que esteja, ontologicamente, no mundo para ser descoberto. Pelo contrário, trata-se de algo em permanente deslocamento e reconstrução e que não permite, portanto, qualquer intento de verificar se ele satisfaz tais ou quais formulações teóricas. Assim, a dimensão teórica que tento colocar em jogo no trabalho pode ser compreendida como uma forma de construir um ponto de vista a partir do qual é possível reduzir a complexidade da investigação sobre o crime militar. Como esclarece Luhmann (1993), sendo a teoria social fruto de um mundo construído de maneira policontextural⁶, a única certeza

⁵ Isto é, "um continente que traza una demarcación circundante" (DUQUE, 2001, p. 19).

⁶ Contexturalidade é um domínio lógico de uma estrutura estritamente valorada em dois valores. A lógica aristotélica, por exemplo, é moncontextural: apenas o "ser" e o "não ser" seriam possíveis: ou algo é conforme determinada lógica, ou não o é, de forma que uma terceira opção não seria possível. Descrição policontextural é aquela que considera o universo como uma intersecção de um número ilimitado de contexturalidades duplamente valoradas, isto é, uma pluralidade de contexturalidades, ou

que ela oferece é que existem outros pontos de partida para a observação sociológica. Enfim, minha pretensão é colher e organizar, a partir de uma perspectiva temporal⁷, informações e redundâncias do próprio sistema jurídico sobre os crimes militares, de forma a permitir que um observador de segunda ordem possa avaliar a hipótese da diferenciação do subsistema objeto da análise. Confirmada a plausibilidade desse argumento, observar-se-á como o dito subsistema opera e produz informações e redundâncias, generalizando expectativas normativas militares. O *corpus* da presente pesquisa são comunicações jurídicas cuja compreensão procura-se obter através de observação, isto é, "un operar con distinciones" [que] sólo se realiza cuando se recurre a una distinción determinada, a saber, la de sistema y entorno (LUHMANN, 1998, p. 89). Dessa forma, com base na compreensão que procuro fixar no capítulo 1, a presente tese aborda o sistema jurídico como um sistema de comunicação e, portanto, como um observador de segunda ordem que observa a si mesmo e a outros observadores externos (LUHMANN, 1998).

Por intermédio da referência ao sistema jurídico, observam-se as redes de comunicações, descrições e reflexões sobre os crimes militares, foco em duas instâncias decisórias do sistema - o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) - para colher decisões judiciais veiculadas em seus sítios eletrônicos de jurisprudências⁸. O objetivo é identificar distinções, indicações e processos recursivos manifestos no sistema jurídico brasileiro, por meio dos quais as realidades relativas aos crimes militares são construídas. De posse do material coletado na pesquisa empírica, procuro esclarecer, nos capítulos 2 e 3, como no sistema jurídico combinam-se séries de distinções, de forma a serem produzidas identidades de sentido e o que elas representam do ponto de vista da Sociologia do Direito. Na perspectiva adotada, as comunicações do STF e do STJ são seleções do subsistema penal militar, que implicam configurações de redundâncias que se

seja, uma situação de *policontexturalidade*. Luhmann considera que a lógica monocontextural não é suficiente para pensar contextos hipercomplexos, que reclamam várias lógicas, de vários códigos diferenciados formadores de várias contextualidades, cada uma com seu respectivo par ordenado "conforme/em desconformidade" (LUHMANN, 2006a).

⁷ Isto é, com o intuito de verificar como as formas de sentido se manifestam antes e depois das operações do sistema.

⁸ Conjunto de decisões reiteradas de juízes e tribunais sobre algum tema; orientação uniforme dos tribunais na decisão de casos semelhantes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/>. Acesso em 25.10.2016.

tornam objeto de expectativas. Considerando que, no sistema jurídico, os acórdãos⁹ revelam maior grau de redundância, foquei a atenção nestes documentos e obtive, inicialmente, uma quantidade significativa de material. A primeira análise que fiz do apanhado consistiu em identificar as decisões que, direta ou indiretamente, discutiam crimes militares, de forma a organizar as decisões em função dos assuntos tratados. Para tentar reduzir a complexidade, deixei de lado os acórdãos nos quais os assuntos principais diziam respeito a questões de natureza meramente processual¹⁰.

A partir disso, tentei identificar as distinções que entraram em cena para a construção das decisões jurídicas, observando os argumentos usados para defender certos pontos de vista. As decisões das quais se extraem os argumentos empregados para afirmar, em cada caso, o que é (ou não) crime militar foram obtidas nos sites do STJ e do STF. O STJ é composto por 33 ministros que internamente se dividem para julgar a maioria das matérias em órgãos colegiados: o plenário; a corte especial; as seções e as turmas. As seções são compostas por dez ministros cada e as turmas por cinco ministros cada, sendo que, à pesquisa interessam as decisões emitidas na terceira seção, quinta turma e sexta turma, que julgam as matérias de direito penal militar. Tratam-se, portanto, de decisões de órgãos especializados no julgamento dos conflitos de competência que envolve a Justiça Militar, *habeas corpus*, recursos em *habeas corpus* e recursos especiais. O STF é composto por onze Ministros, que, dentre suas principais atribuições julgam ações constitucionais que podem invalidar estruturas penais. Compete-lhe, também, julgar, em grau de recurso, o *habeas corpus* sobre crimes militares decididos em única instância pelo Superior Tribunal de Justiça e Superior Tribunal Militar, se denegatória a decisão; e, em recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida contrariar dispositivo da

⁹ Acórdão é um documento escrito contendo uma decisão ou resolução proferida por um tribunal. Segundo o glossário jurídico que consta no *site* do STF, trata-se de "decisão final prolatada por órgão colegiado; julgamento colegiado proferido por tribunal, o qual serve como paradigma para solucionar casos análogos". Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/glossario/>. Acesso em 25.10.2016.

¹⁰ Como exemplo desse tipo de decisão, veja-se o recurso de Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial nº 2015/0110467-6, de 02/03/2016: "1. No caso, não se aplica o prazo previsto no art. 540 do CPPM porquanto este dispositivo é específico para a hipótese de embargos de declaração opostos contra decisão proferida pelo Superior Tribunal Militar. Incide, na verdade, o previsto no art. 3º do CPPM, que estabelece que, havendo omissão na legislação castrense, aplica-se a legislação processual penal comum. 2. São intempestivos embargos de declaração opostos após o prazo de 02 (dois) dias, previsto no artigo 619 do Código de Processo Penal. 3. Embargos declaratórios não conhecidos" (BRASIL, 2016).

Constituição. Escolhi esses dois tribunais porque, o STJ é o tribunal responsável por uniformizar a interpretação do Código Penal Militar em todo o Brasil, nos termos do artigo 105, I, "d", da Constituição Federal de 1988 (CF/88). Trata-se do tribunal que, constitucionalmente, é responsável pela resolução dos conflitos de competência entre outros tribunais, quando há dúvida sobre a competência para o julgamento de uma ação penal entre a justiça penal militar e a justiça penal comum - estadual ou federal. O STF, por sua vez, é o órgão de cúpula do Poder Judiciário, que detém a última palavra no sistema jurídico sobre o sentido das estruturas constitucionais, conforme estabelece o artigo 102 da CF/88. As decisões em matéria penal militar de ambos os tribunais têm grande impacto sistêmico e podem ser colhidas nos *sites* www.stf.jus.br e www.stj.jus.br, onde foram obtidos os seguintes resultados:

Tabela 1 - Distribuição das decisões encontradas e analisadas por tribunal

Decisões do STJ sobre crime militar	
Acórdãos	615 documento(s) encontrado(s)
Súmulas	1 documento(s) encontrado(s)
Decisões Monocráticas	2303 documento(s) encontrado(s)
Informativos de Jurisprudência	24 documento(s) encontrado(s)
Decisões do STF sobre crime militar	
Acórdãos	2769 documento(s) encontrado(s)

Fonte: Elaboração do próprio autor (2017)

Realizada uma primeira triagem, os documentos foram analisados como formas de redução da complexidade nas quais se desenvolvem linhas de argumentações selecionadas pelos ministros dos tribunais para fundamentar pontos de vista possíveis para tomadas de decisão. Procurou-se identificar as distinções que o sistema jurídico emprega para apreender e reduzir a complexidade que envolve o tema e, dessa forma, observar as estruturas de sentido que são atualizadas, condensadas e generalizadas nas comunicações do sistema. Não se trata, é claro, de analisar a forma correta (ou não) de decidir contidas nas comunicações desses tribunais, em razão de determinados juízos, como é comum

no âmbito da teoria do direito¹¹. Opta-se por observar o direito através de suas comunicações, isto é, considera-se que a unidade do direito, incluindo seus limites e estruturas, produz-se e reproduz-se, exclusivamente, por meio de suas comunicações plenas de sentido¹². Considera-se que o direito remarca aquilo que maneja como comunicação especificamente jurídica, observando o direito penal militar de maneira construtivista, isto é, partindo-se da distinção sistema/entorno e reconhecendo-se que a observação e descrição desse direito dependem de uma distinção. Para ele ser designado e problematizado é necessário, antes de tudo, distingui-lo, adotando-se, então, a diferença direito/não direito como recurso para observar como o sistema jurídico brasileiro produz as distinções e descrições que utiliza para construir o crime militar.

Provavelmente, meu interesse em desenvolver esta análise decorre da simbiose de minhas experiências na Polícia Militar do Estado do Ceará (PMCE) com a docência de Direito Penal. Trabalhei na corporação de 1993 a 2007. Quatro anos em cursos de formação e o restante como soldado e primeiro tenente. Ainda no serviço ativo, iniciei o curso de direito, despertando um interesse especial pelo estudo do Direito Penal, o que, nos últimos anos, levou-me à docência nessa disciplina. Desde os tempos de polícia, eu queria compreender a relação entre o direito penal militar e a Polícia Militar e, depois de meu afastamento da corporação, tentei formular um problema que refletisse esse tema. Ingressei no mestrado em Direito da Universidade Federal do Ceará, mas não havia no programa um ambiente propício ao desenvolvimento da pesquisa. Procurei fazê-lo no Mestrado em Políticas Públicas e Sociedade da Universidade Estadual do Ceará, apostando na noção de *ethos* policial militar. Neste estudo, tentei compreender como as normas e valores militares se relacionam com as experiências concretas dos agentes da PMCE, embora, antes mesmo de concluí-lo, tenha reconhecido que a explicação não estava satisfatória. Foi possível, porém, situar o direito penal militar no contexto da

¹¹ Com relação à concepção da Ciência do Direito como campo de estudo que desenvolve *métodos orientado a valores* como se as valorações fossem susceptíveis de confirmação e de crítica racional, veja-se, por exemplo, LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

¹² Noutros termos, considera-se que "ni el papel ni la tinta, ni el hombre ni otros organismos, ni los tribunales de justicia y sus recintos, ni los aparatos telefónicos o las computadoras que allí se utilizan, formen parte constitutiva del sistema. Este límite exterior está ya previamente constituido por la sociedad" (LUHMANN, 2005b, p. 89-90).

organização militar, de forma a preparar o terreno para aprofundar o estudo no doutorado em Sociologia que agora se finda.

No capítulo 2, procuro compreender se no contexto atual é possível vislumbrar a diferenciação de um subsistema penal militar, como uma trama de comunicações que se organiza em torno de uma distinção específica e que se desprende do restante do sistema jurídico brasileiro. Marco um percurso da formação histórico-social da realidade jurídico-penal-militar brasileira, de maneira a selecionar alguns acontecimentos relativos ao fenômeno em estudo. O objetivo geral desse capítulo é tentar compreender se, com relação ao tema, é possível verificar a existência de um código de referência complementar ao código direito/não direito. Nesse sentido, observo as diferenças que se fixaram ao longo da história e as linhas de intersecções que se desenvolveram entre elas. Princípio do final do século XVIII, tendo em vista ser o contexto em que surgiram novas organizações incumbidas da função de estabilizar as expectativas normativas militares, indicando uma institucionalização da justiça penal militar. A partir disso, acompanho os desdobramentos que ocorrem, de forma a tentar demonstrar que, somente após a adoção de um Código Penal Militar e da institucionalização de organizações tipicamente judiciárias para aplicá-lo é que se verifica uma diferenciação do subsistema penal militar.

Com base nisso, observo as decisões do STF e do STJ para identificar as distinções empregadas pelo sistema jurídico nacional para construir o crime militar e verificar qual o código de referência do subsistema em estudo. De acordo com o que se verá, sempre que esses tribunais se deparam com a necessidade de afirmar se a competência para processar e julgar uma ação penal é da justiça penal comum ou da justiça penal militar, eles precisam afirmar de antemão se o comportamento que o caso envolve é crime militar (ou não). Por isso, considere que as decisões emitidas em Conflito de Competência (CC), Habeas Corpus (HC), Recurso Especial (RESP) ou Recurso Extraordinário (REXT) que atacam a competência do juízo julgador de expectativas que possam ser consideradas crimes militares são as decisões que permitem evidenciar o código de referência do subsistema penal militar. Verificada a diferenciação do subsistema e reconhecido seu código de referência como sendo o código crime militar/não crime militar, observo como ocorre sua assimetriação e através de quais semânticas ele produz informações. Concluído que isso ocorre

através dos tipos penais militares, procuro analisar, por fim, quais os tipos penais militares se estruturam nas comunicações do subsistema. Com isso, procuro reduzir a complexidade do problema e eleger uma gama reduzida desses tipos, como forma de orientar a busca por informações e redundâncias do subsistema no capítulo seguinte.

No capítulo 3, observo como através de suas referências o subsistema penal militar extrai consequências que consolidam expectativas, isto é, como as auto-observações do subsistema produzem liberdades e restrições, através de suas operações. Operação do subsistema penal militar é qualquer modificação do direito penal militar que ocorre quando se indica uma norma a ser modificada, como por exemplo, os esforços para afirmar que um determinado artigo do Código Penal Militar não está de acordo com a Constituição Federal. Procuro compreender como, na alternância de suas operações, o subsistema usa a distinção constitucional/inconstitucional para anexar ou desanexar o símbolo da validade em algumas estruturas normativas. Considero que, mesmo quando uma comunicação dure só um instante, toda comunicação emprega o tempo, e nesse sentido, "fija el tiempo en el sentido de que determina el estado del sistema desde el que habrá de partir la siguiente comunicación" (LUHMANN, 2005b, p. 183-184). Por isso, Coloco as decisões em sequência temporal, de forma a se "distinguir la fijación de sentido que se emplea en el uso destinado a la repetición: el sentido de las palabras, de los conceptos, de las afirmaciones verdaderas" (LUHMANN, 2005b, p. 184). Essa fixação de sentido é compreendida como semântica penal militar, isto é, um armazenamento de sentido que se destina ao uso repetido que conduz a consolidações no tempo. Além disso, analiso as interpretações do STF sobre a criminalidade militar da sexualidade na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 291, que foi julgada em 2015. Esse tipo de ação constitucional relativa aos crimes militares é especialmente relevante para a observação da semântica mobilizada no sistema¹³, na medida em que questionou-se nela a constitucionalidade do artigo 235 do CPM, que criminalizava a chamada, até então, prática de pederastia no interior de organizações militares (BRASIL, 1969).

¹³ Essa escolha levou em consideração o grau de redundância que elas geram no sistema jurídico, na medida em que, a decisão definitiva proferida em ADPF é dotada de efeito vinculante em relação às demais instâncias jurídicas do País, sempre que se discuta matéria idêntica.

2 A SOCIOLOGIA SISTÊMICA DE NIKLAS LUHMANN

Ciente de que uma das dificuldades para a compreensão do pensamento de Niklas Luhmann é a linguagem empregada na construção de sua obra, tentarei fornecer, no presente capítulo, alguns elementos para a compreensão dos aspectos teórico-metodológicos que orientam a sociologia do direito que procurarei desenvolver. Autor caracteristicamente interdisciplinar, Luhmann resgata formulações teóricas de diversas disciplinas e dialoga com pensadores das mais variadas correntes de pensamento, colocando quem se esforça por compreendê-lo, não raras vezes, em uma posição de *déficit* semântico em relação a suas reflexões. Evidentemente, qualquer esforço para rastrear suas influências ou enfrentar uma arqueologia de seus conceitos esbarrariam nos limites estabelecidos a uma tese que não se proponha exclusivamente a este fim. Poder-se-ia dizer, parafraseando o próprio autor, ao finalizar *Sistemas Sociais*, que seria necessário escrever outras teses dentro da tese para alcançar um objetivo desta natureza. Neste sentido, limitar-me-ei a caracterizar a metodologia sistêmica, esclarecer o papel de alguns paradoxos para a compreensão do direito, registrar as identidades e diferenças fundamentais da sociologia sistêmica do direito; e, ao final, oferecer uma síntese da descrição de como o sistema jurídico moderno processa informações.

2.1 Metodologia sócio-sistêmica

Como forma de estabelecer um fio condutor para a compreensão da metodologia peculiar à sociologia dos sistemas sociais, convém considerar o papel do sentido, conforme aprofundarei na próxima seção. Ao caracterizar o sentido como um horizonte de possibilidades que nos é acessível em cada experiência concreta, o autor tenta escapar à contraposição, tradicional no contexto alemão, entre ciências da natureza e ciências do espírito. No plano metodológico, isso significa uma ruptura com a tradição que trabalha a relação sujeito/objeto, como se isso fosse "premissa para toda elaboração de informação" (LUHMANN, 2011, p. 162). Seu argumento principal é que, concernente às ciências sociais, há fatos que não podem ser

relacionados unicamente a essa diferença, na medida em que, o social nunca pode ser reduzido à consciência individual, "nem pode ser captado como adição aos conteúdos da consciência de vários indivíduos, muito menos como redução dos conteúdos da consciência a áreas de consenso" (LUHMANN, 2011, p. 162). A impossibilidade de redução do social aos processos de consciência dos indivíduos é considerada pela sociologia sistêmica, então, a autorreferência de todos os sistemas sociais e, nesse sentido, uma conversa, uma aula, o direito ou a ciência seriam seus próprios sujeitos (LUHMANN, 1998b, 2006a).

Em face disso, o papel que o sujeito ocupa na metodologia convencional é ocupado, na metodologia sistêmica, pelo observador, isto é, qualquer sistema psíquico ou social que emprega diferenciações, formas de dois lados, para observar o mundo e produzir informações. Define-se um sistema social pela diferenciação que este utiliza para produzir informações e isto repercute na forma como se compreende a própria sociologia, que, na perspectiva sistêmica, passa a ser encarada como um observador que usa a diferenciação manifesto/latente¹⁴, recuperada de Robert Merton, para produzir informações. Como matriz sociológica, a disciplina se coloca como uma forma de observação dos demais sistemas sociais, enquanto diferenciações que produzem informações. O objetivo da Sociologia é identificar informações manifestas nos diversos sistemas, seja o direito, a ciência, a arte, a política ou o amor; para, a partir daí, tentar compreender o que lhes resta contingente, isto é, o que fica latente nos sistema como possibilidades não atualizadas. Cada diferenciação sistêmica é considerada o resultado das próprias operações que no mesmo sistema se reproduziram historicamente, isto é, das comunicações que, por sua vez, ocupam o lugar ocupado pela noção de objeto na metodologia convencional. Enfim, é como se o esquema sujeito/objeto fosse substituído pela distinção observador/comunicação (ARNOLD-CATHALIFAUD, 2006; ARNOLD; RODRÍGUEZ, 1999).

Nesta configuração, observar é a um só tempo indicar e distinguir a realidade, isto é, um acontecimento instantâneo produtor de uma forma: "se puede considerar que el distinguir y el indicar son, en realidad, una única operación" (LUHMANN, 2016, p. 31). Indicar é designar um lado, e não o outro daquilo que se observa, implica dizer, é "constituir uma operação paradoxal, porque atualiza uma

¹⁴ Trata-se de uma distinção que segundo a concepção metodológica aqui adotada funciona como um "mecanismo explicativo que diferencia entre lo latente y lo manifiesto" (ARNOLD, 2006, p. 225).

dualidade como unidade; de uma tacada, digamos” (LUHMANN, 2011, p. 177). A compreensão de que quem indica algo também o distingue advém de Georges Spencer-Brown (1979) e enfatiza que somente o tempo permite ao observador “desparadoxizar’ seu próprio paradoxo: primeiramente o lado esquerdo; depois, o direito” (LUHMANN, 2011, p. 158). Com base nisto, compreende-se que, obtida uma diferenciação, sua capacidade de dotação de sentido depende de assimetrias, como por exemplo, figura/fundo, acima/abaixo, direita/esquerda ou sistema/entorno (LUHMANN, 2016a, p. 31). Seja como for, conforme esclarecem Bechmann e Stehr (2001), em Luhmann, distinções não são diferenças objetivas, mas construções para a descrição de fenômenos como o direito, a ciência ou a arte (LUHMANN, 1996b, 1998b, 2006, 2016a).

Ancorada nesse entendimento, a sociologia sistêmica não concebe seu domínio de objetos "como um conglomerado de coisas, análogo a fatos que possuam uma forma definida" (BECHMANN; STEHR, 2001, p. 188). Conseqüentemente, um sistema social não se concebe mais como um conjunto de partes que compõem um todo, mas como uma série de distinções que estabelecem linhas de intersecção entre si. Por isso, o foco da atenção do observador sociológico são diferenças entre o que se mantém fixo (identidade) e o que é diferente (diferença) e, ao observar o mundo social dessa forma, considera-se que objetos sociológicos não têm qualidade de substância, abandonando-se por completo todo tipo de dedução e causalidade que conduziram o pensamento lógico-empírico (LUHMANN, 1998b; 2016a). Isto não implica reduzir a sociologia a uma espécie de filosofia, aliás, costuma-se dizer que a sociologia sistêmica, a despeito do alto grau de abstração, segue sendo uma perspectiva empírica de outra espécie. Ela se sustenta no fato de que todo conhecimento somente é possível porque os sistemas cognitivos não podem se por em contato direto com a realidade e, portanto, que o conhecimento mesmo "se sustenta en sus operaciones exclusivas: orgánicas para los sistemas vivos, de conciencia en los sistemas psíquicos o comunicativas para los sistemas sociales" (ARNOLD; ROBLES, 2004, p. 54).

Evidentemente, o reconhecimento de um maior grau de autonomia das operações sociais acarreta uma "des-subjetivación de lo social, donde las referencias a cerebros o conciencias son desplazadas a sistemas compuestos por comunicaciones, diferenciados funcionalmente, operativamente cerrados y

autorreferenciais" (ARNOLD; ROBLES, 2004, p. 54). Com isso, confere-se um lugar de destaque ao tempo. As pesquisas sistêmicas são fortemente marcadas pela temporalidade, como um reconhecimento de que toda observação é uma operação que nunca se encontra em dois pontos temporais simultaneamente. Esta ênfase, como se perceberá ao longo deste capítulo, é absolutamente necessária para compreender o papel da observação de segunda ordem no plano de todos os sistemas sociais: nenhuma observação "é uma presença divina, embora pressuponha simultaneidade de ambos os lados da diferença e, conseqüentemente, a simultaneidade do mundo" (LUHMANN, 2011, p. 158). Em decorrência do fato de nenhum observador poder observar enquanto observa os dois lados da diferenciação, todo observador está sujeito a um ponto cego: "um ponto de invisibilidade, que garante a unidade da diferença" ¹⁵ (LUHMANN, 2011, p. 160). O ponto cego de qualquer observação somente pode ser observado em um momento posterior, por um mesmo observador ou por outro, através de uma observação de segunda ordem, que alcança apenas o passado, jamais o presente atual (LUHMANN, 2000, 2005a).

Pondera-se que a sociedade moderna é marcada pela observação de segunda ordem e se caracteriza por "uma permanente observação da observação, como expressão da circulação do ponto cego" (LUHMANN, 2011, p. 172). Na modernidade, a pedagogia observa como as crianças observam; a política se orienta pela observação da opinião pública, que substitui a observação de indivíduos particulares; o sistema econômico observa os preços do mercado; e, assim por diante (LUHMANN, 1998a, ARNOLD; RODRÍGUEZ, 1999). De modo geral, é como se não fosse mais possível a sociedade se situar "na ordem da natureza, nem na das intenções da vida boa e verdadeira da antiga filosofia política" (LUHMANN, 2011, p. 173). Diante desse estado de coisas, em que tudo parece artificial, mutável e carente de constantes explicações, o objeto de interesse da sociologia sistêmica é a reorganização das informações sobre o mundo social em um nível emergente da realidade. Isto chama a atenção para o papel que o sentido, a linguagem e a comunicação desempenham com relação ao que se compreende como objeto de

¹⁵ De acordo que o que registra o próprio Luhmann, o tema do *ponto cego* é abordado no livro *Observing Systems* de Heinz von Foerster, onde se afirma que "não só não se vê o que não se vê, como o *não ver* é condição de possibilidade do ver" (LUHMANN, 2011, p. 171).

estudo sistêmico, conforme será especificado adiante (ARNOLD, 2004a, 2004b; LUHMANN, 2016a).

O foco de atenção da sociologia sistêmica em uma realidade emergente, decorrente de observações, como esclarece Arnold, alinha-se à versão do construtivismo que é marcada pela renúncia à crença no conhecimento da realidade social como ela realmente é. Consideram-se, por um lado, que os resultados de toda investigação são indicações sobre a realidade e não descobrimentos desta e, por outro, que não é a razão que fundamenta o conhecimento sociológico, mas as teias de argumentação por meio das quais as comunicações, as relações e os processos observados são descritos e validados no âmbito da comunidade sociológica. Firmada nesta compreensão, a sociologia procura fitar as observações realizadas no âmbito dos sistemas sociais como construções da realidade através de processos de indicação, distinção e descrição construtores de condensações de significados que ingressam na sociedade como um mundo de sentido comum (ARNOLD-CATHALIFAUD, 2006; LUHMANN, 1998b, 2016a).

Argumenta-se que o ser humano tem acesso ao mundo exclusivamente por meio do sentido e que não é possível uma observação pura do mundo nem conhecer dados, leis da natureza ou objetos externos que possam ser postulados independentemente dos observadores¹⁶ (LUHMANN, 2006a). Nesse sentido, toda realidade decorre de um observador e é sempre contingente: "o que é dado (experimentado, esperado, pensado, imaginado) o é 'à luz de um possível estado diferente'" (LUHMANN, 2011, p. 169). Baseada nisso, a sociologia sistêmica chama a atenção para o fato de que, no cotidiano, as repetições das construções de sentido que experimentamos acabam conferindo uma espécie de objetividade e autenticidade ao conhecimento, como se o mundo social fosse o que temos acesso através do sentido (ARNOLD; ROBLES 2004; LUHMANN, 1998b). Daí em diante, ela se coloca como uma forma de observação de segunda ordem do mundo, assumindo, segundo Luhmann, uma qualidade tóxica, corroendo o modo de

¹⁶ Convém recordar que Luhmann caracteriza a Ontologia como "um esquema de observação: uma teoria, uma maneira de pensar, uma hipótese, e não uma afirmação da realidade, com a qual todos teriam de concordar, contanto que observassem razoavelmente" (LUHMANN, 2011, p. 150). Embora o conhecimento se refira quase imediatamente à realidade, de forma que, o que conhecemos remete à ideia do existente, não é suficiente para afirmar o caráter 'ôntico' ou de 'essência' da realidade. Por isso, a sociologia sistêmica afirma que a realidade tem um caráter puramente operativo e, por decorrência, que todo sistema que opera é real, tem um lugar no mundo. A realidade não é do campo do ser e o mundo não é um receptáculo do que nele acontece como se fosse um grande armazém da realidade (LUHMANN, 1996, p. 71).

observação de primeira ordem que ele ainda conserva. Nessa perspectiva, é possível interpretar o papel da sociologia como sendo "socavar antigas autodescrições de la sociedad moderna [...] para fundar una ética de la contingencia" (FARÍAS; OSSANDÓN, 2009, p. 3). Como observador de segunda ordem, ela não se interessa particularmente pela sabedoria nem ama demasiadamente o conhecimento. Em vez disso, almeja compreender como e por quem o conhecimento é produzido e quanto tempo a ilusão por ele criada pode durar¹⁷ (ARNOLD, 2006). A distinção entre observação de primeira e de segunda ordem é explicada por Luhmann:

Observação de primeira ordem é uma indicação de algo em oposição a tudo o que não é indicado. Nesse tipo de observação, a distinção entre distinção e indicação não é tematizada. O olhar permanece fixo no objeto. O observador e sua atividade observadora permanecem inobservados. Com a ocorrência da observação de segunda ordem, a situação muda - quer o observador seja ou não. Agora a observação indica que a observação ocorre como observação, que deve usar uma distinção, e talvez até mesmo o tipo de distinção se deve usar. O observador de segunda ordem encontra a distinção entre distinção e indicação. Ele trata o instrumento de observação como a forma de observação, o que implica que pode haver outras formas (e observadores). [...] uma observação de segunda ordem está presente sempre que o foco está em distinções ou, para usar uma formulação mais ponderada, quando a própria atividade de distinguir e indicar se refere a outras distinções e indicações. Observar no modo de observação de segunda ordem é distinguir distinções - no entanto, não simplesmente colocando distinções lado a lado como a demonstrar que 'há objetos grandes e pequenos, coisas agradáveis e desagradáveis, teólogos e outros acadêmicos' e assim por diante *ad infinitum*. Em vez disso, o que é observado como uma distinção - uma distinção que tanto distingue como observa - deve ser observado em operação de modo que as características do conceito de observação saltam à vista: a simultaneidade da distinção e indicação e a sua ligação em rede recursiva com observações prévias e posteriores¹⁸ (LUHMANN, 2000, p.60-61).

¹⁷ Conferir o seguinte fragmento original: "second-order observation has a toxic quality. It alters one's immediate contact with the world, eroding the mode of first-order observation, which it nonetheless retains. It plants the seeds of suspicion within the life-world (in the Husserlian sense) without being able to leave that world. While the first-order observer could still cherish the hope of penetrating beneath the surface and grasping a Being beyond appearance, the second-order observer harbors suspicion about this "philosophical" project. He is not particularly fond of wisdom and know-how, nor does he love knowledge. Rather, he wants to understand how knowledge is produced and by whom, and how long the illusion might last" (2000, p. 95-96).

¹⁸ No original, "first-order observation is an indication of something in opposition to everything that is not indicated. In this kind of observation, the distinction between distinction and indication is not thematized. The gaze remains fixed on the object. The observer and his observing activity remain unobserved. With the occurrence of second-order observation, the situation changes — whether or not the observer is the same. Now the observation indicates that the observation occurs as observation, that it must use a distinction, and perhaps even what kind of distinction it must use. The second-order observer encounters the distinction between distinction and indication. He treats the instrument of observation as the form of observation, which implies that there might be other forms (and observers). [...] an observation of the second order is present whenever the focus is on distinctions or, to use a more pointed formulation, when one's own activity of distinguishing and

Enquanto na observação de primeira ordem a diferença entre distinção e indicação não é tematizada, isto é, o observador e sua atividade não são observados por ele mesmo, na observação de segunda ordem, este ponto cego se torna observável. O que há de comum é o fato de que ambas ocorrem em um espaço não marcado, como se o que garantisse a continuação de todas as observações fosse o deslocamento permanente entre o que é observado e o que permanece não observado. O observador de segunda ordem se refere a um observador de primeira ordem e, ao fazê-lo, indica e distingue uma observação como observação, de forma que, aquela está presente sempre quando o foco da atenção são distinções, ou seja, quando a própria atividade de distinguir e indicar se refere a distinções e indicações (ARNOLD, 2006; LUHMANN, 2016a). Observar desse modo é distinguir distinções, considerando-as como distinções que tanto distinguem como observam através da ligação em rede recursiva com observações prévias e posteriores. Nesse sentido, a metodologia do observador de segunda ordem se coloca como tautológica: "reconhece que o que faz é apenas uma observação e não acredita ser necessário oferecer alguma garantia externa do que faz" (LUHMANN, 2006a, p. 108).

Em conformidade com essa proposição, como esclarece Arnoldo (2006), o objetivo da observação de segunda ordem é tão somente observar como um sistema social observa o mundo e proporcionar ganhos de informação sobre seu ponto cego, esforçando-se por registrar o que este não observou, isto é, formas e distinções não reconhecidas (ARNOLD-CATHALIFAUD, 2006). A partir daí, verificam-se quais reconstruções contingentes não foram levadas em consideração, com o interesse de explicar o âmbito dos efeitos não reconhecidos pelo sistema observado (LUHMANN, 2011; ARNOLD, 2006b). Isto não induz a crer que a observação sociológica seja melhor ou superior a outras, já que não se reconhece existir uma hierarquia de formas essenciais no mundo que possa conferir prioridade

indicating refers to further distinctions and indications. To observe in the mode of second-order observation is to distinguish distinctions — however, not simply by placing distinctions side by side in the manner of "there are large and small objects, pleasant and unpleasant things, theologians and other academics" and so forth ad infinitum. Rather, what is observed as a distinction — a distinction that both distinguishes and observes — must be observed in operation so that the features we identified above as constitutive of the concept of observation come into view: the simultaneity of distinction and indication (keeping an eye on the other side) and their recursive networking with prior and subsequent observations, which, for their part, must also be distinguishing indications" (LUHMANN, 2000, p. 60-61).

às distinções ou seleção usadas para a construção do conhecimento (LUHMANN, 2011, p. 168). Como já foi frisado, o observador de segunda ordem também opera marcando distinções, tornando visível algo, mas, precisamente com isso, ocultando o que, na mesma distinção, não pode indicar (CORSI; ESPOSITO; BARALDI, 1996; LUHMANN, 2006a).

A observação sociológica se caracteriza por observar o conhecimento produzido por outros sistemas sociais na qualidade de contingências, reconhecendo que a informação total contida no mundo não pode ser concentrada em um ponto qualquer, a menos que se considere o observador um Deus. Nessa linha, procura-se problematizar os pontos cegos das observações de primeira ordem apreendendo domínios mais amplos de seletividade e identificando contingências onde o observador de primeira ordem acredita que está seguindo um caminho necessário ou está agindo de maneira inteiramente natural. De certa forma, pode-se dizer que o sociólogo atua como um inventor do mundo das possibilidades que, para os observadores de primeira ordem, permanece latente; e, assim, produz seu próprio conhecimento como informações e redundâncias. Ele compreende informação como uma forma dual, ao estilo de Gregory Bateson (1976, 1993), ou seja, como uma diferença que faz a diferença (*a difference that makes a difference*), como uma concepção genérica que abrange tudo aquilo que modifica o estado próprio de um sistema social "a través de la introducción de una diferencia" (LUHMANN, 2005, p. 141). Informação denota uma seleção, um evento irrepetível, que, como acontecimento, ocorre apenas uma vez, e somente no lapso mínimo necessário para sua aparição. Não se trata de algo que possa ser transportado de um sistema a outro e que, conforme veremos adiante, deve ser interpretado à luz da noção de temporalidade, indicando que a instantaneidade e surpresa sempre são inerentes à informação: "uma informação cujo caráter de surpresa se repita, já não é *informação*" (LUHMANN, 2011, p. 140). Isso não significa que, encerrado o acontecimento em que ela consista, perca-se ou desapareça a informação, pelo contrário, toda informação produzida em um sistema permanece nele sob a forma de redundâncias (LUHMANN, 1996b, 2011; CORSI; ESPOSITO; BARALDI, 1996).

Redundâncias são conhecimentos nos quais o valor de surpresa, a informação mesma, encontra-se reduzida, na medida em que elas se fixam em identidades na forma de palavras, conceitos, números etc., condensando,

sintetizando, sentidos decorrentes da reiteração de referências a um lado de uma diferença que se constitui como um limite próprio relativamente independente do contexto (CORSI; ESPOSITO; BARALDI, 1996, p. 88 e 136; LUHMANN, 2011, p. 141; 2016a). Não se tratam de cópias, imitações, reflexos ou representações de uma realidade existente em si mesma, mas de organizações de diferenças por meio das quais se procura obter informação acerca do mundo (LUHMANN, 1998b, p. 390). Toda identidade resulta do processamento recursivo de informação: "las identidades no 'subsisten', tienen unicamente la funcion de ordenar las recursiones de tal manera, que en todo procesamiento de sentido pueda recuperarse y anticiparse lo que es utilizable reiteradamente" (LUHMANN, 2006a, p. 29). As identidades surgem de condensações seletivas e generalizações que corroboram "que aquello que se distingue de lo otro puede designarse como lo mismo" (LUHMANN, 2006a, p. 29). Consoante interpreta Arnold, um simples traço em um papel ou um som que rompe o silêncio marca o mundo instaurando diferenças, isto é, informações que em uma segunda observação precisam ser levadas em conta, de maneira que, o mundo social e sua ordem se desprendem da ordem físico-química através destas diferenciações fixadas comunicativamente (2006b, p. 226). Estabelecidas tais diferenças, formam-se identidades de sentido, que organizam as expectativas sociais na proporção em que viabilizam a realização de referências a algo que permanece relativamente estável e é disso que pode surgir a ilusão de que uma identidade seja a qualidade de um objeto, como se fosse algo dado no mundo (LUHMANN, 1998b; 2016a; 2011).

Seja informação, seja redundância, trata-se sempre de uma construção de um observador que trabalha o sentido e que surge quando formas assinalam lados em um mundo indiferenciado, deixando em aberto a possibilidade de cruzamento de um lado a outro¹⁹ da forma (CORSI; ESPOSITO; BARALDI, 1996, p. 89). Desse ponto de vista, é o referir que diferencia o mundo, produzindo formas. Como ato inaugural de uma forma, uma referência a algo fixa a própria forma através da qual a observação pode se orientar e estabelecer distinções, indicando

¹⁹ A realidade não se cria de novo em cada interação linguística. A construção da realidade vai muito de um determinismo linguístico. O poder, a fé, o dinheiro, a verdade, o amor, as disposições de sentido que proveem as semânticas culturais, ou mecanismos simbióticos que incluem a gestualidade e a cinestésica, jogam importante papel nas configurações da realidade social, mas pressupõem a linguagem e, paradoxalmente, só com ela pode-se experimentar e vivenciar socialmente conteúdos de sentido não linguisticamente comunicados (ARNOLD, 2006b, p. 228).

um lado e não o outro como foco de atenção. Como indicação a algo já diferenciado, uma referência se converte em observação e indica que o observador busca obter informação sobre aquele lado da forma (LUHMANN, 2016). Neste sentido, como operação de um sistema, a observação é uma operação composta, ou seja, é "la distinción de una cosa en el contexto de la diferenciación de otra cosa" (LUHMANN, 1998b, p. 392). O conceito de forma é deveras relevante para a sociologia sistêmica e indica uma distinção de dois lados, que pressupõe a presença simultânea de ambos. Caso se tome apenas um lado em consideração, inviabiliza-se a forma e a observação, de maneira que, uma forma sem um dos lados se dissolve em um estado não marcado. Uma marca indica que os dois lados de uma forma jamais são equivalentes. Sempre, apenas um lado de uma distinção pode ser indicado em um dado momento. Indicando-se os dois ao mesmo tempo, dissolve-se a distinção:

tendo dois lados, uma forma pressupõe a presença simultânea de ambos os lados. Um lado, tomado por si só, não é um lado. Uma forma sem outro lado se dissolve em um estado não marcado; assim, ela não pode ser observada. Contudo, os dois lados não são equivalentes. A 'marca' indica isso. [...] apenas um lado de uma distinção pode ser indicado a qualquer momento; indicando ambos os lados ao mesmo tempo dissolve-se a distinção. Assumimos ainda que um sistema operativo deve executar operações subseqüentes sempre do seu lado marcado, e este é o significado da indicação²⁰ (LUHMANN, 2000, p. 65).

Luhmann reconhece que há uma significativa semelhança entre os conceitos de forma, distinção e observação. O observador usa uma distinção para indicar o que observa. Isso acontece em um determinado momento no tempo. Caso alguém queira observar como aquele observou, não é suficiente empregar uma distinção, é preciso também indicar a distinção. O conceito de forma serve para isso. O instrumento da observação - a distinção - é uma forma, dentre outras formas que resultam de diferentes observações. Quem observa as formas observa os outros observadores no sentido rigoroso de não estar interessado na materialidade, nos motivos ou nas expressões dos mesmos, mas estritamente e exclusivamente no uso das distinções. A observação de segunda ordem não exclui, por isso, a observação de primeira ordem. Pelo contrário, pressupõe e baseia-se nesta última. Sem ver ou

²⁰ Na edição original, "being two-sided, a form presupposes the simultaneous presence of both sides. One side, taken by itself, is not a side. A form without another side dissolves into the unmarked state; hence it cannot be observed. Yet, the two sides are not equivalent. The 'mark' indicates this. [...] only one side of a distinction can be indicated at any given time; indicating both sides at once dissolves the distinction. We assume further that an operative system must execute subsequent operations always on its marked side, and that this is the meaning of the indication" (LUHMANN, 2000, p. 65).

ouvir, ler ou escrever as intuições do direito, nenhuma observação de segunda ordem poderia ser realizada. Mas é necessário saber onde encontrar sentenças judiciais e juízes, quais edifícios, *sites* da internet para identificar como jurídicos determinados textos, a par dos quais a observação sociológica transforma tudo, inclusive os próprios textos observados no nível da observação de primeira ordem, alterando o que parece ser dado, dotando-o de contingência, isto é, da possibilidade de ser diferente (LUHMANN, 2000, 1996, 1998b, 2005, 2006). Conseqüentemente, para a presente tese, a questão é como observar, a partir de uma perspectiva de primeira ordem, decisões judiciais como objetos, de modo a ter acesso a uma observação dos observadores.

É importante fixar, como corolário das ideias de forma e de contingência de toda referência, o reconhecimento de que "no existe, ne en el sentido natural ni en el subjetivo, una posición naturalmente correcta para la observación", toda descrição "debe indicar desde qué posición un observador ve lo descrito" (LUHMANN, 1998b, p. 413). De acordo com esta compreensão, o sentido de qualquer informação permanece obscuro se não se "mencionar a referência sistêmica que está sendo pressuposta na utilização do conceito de informação" (LUHMANN, 2005, p. 42). É por isso que, ao observar o sistema jurídico, por exemplo, o sociólogo não pode empregar sua própria diferenciação para atribuir-lhe uma informação, mas sim a diferença que no sistema observado é utilizada para produzir informações (LUHMANN, 1998b, 2005b). Ao realizar uma referência à diferença de um sistema social, o sociólogo considera que toda informação pertence a este ou ao seu entorno e, tratando-se dos sistemas funcionais da sociedade a distinção guia é um código binário. Inteirado deste, recuperam-se as indicações e distinções com as quais, no sistema observado, foram construídos seus conhecimentos, por meio da observação de suas comunicações (ARNOLD, 2006b; LUHMANN, 1996b; 1998b).

A vantagem dessa estratégia metodológica é que, ao observar os sistemas sociais através da diferença básica dos códigos binários (direito/não direito; poder/não poder; verdade/não verdade), a sociologia emprega uma terminologia autorreferencial, evitando que seus conceitos aflorem de maneira normativa (LUHMANN, 2005a, 2061). Códigos binários não são normas, mas formas de "diferenciar lo perteneciente/lo no perteneciente al sistema" (LUHMANN, 2005b, p.

271). Os códigos binários são formas sem conteúdo essencial e, por isso, eles permitem que cada dotação de sentido acerca dos sistemas sociais seja obtida através da negação²¹ de seu contrário, de modo que, o direito e a verdade, por exemplo, podem surgir como conceitos sociológicos através da negação do não direito e da falsidade, e não por intuição ou tradição (LUHMANN, 1996b, 2000). Como tais codificações não têm substância ontológica, elas "no tiene ningún efecto seguro de exclusión, ellos mismos producen su material; postulan que bajo su punto de vista específico, todo adquiere uno u otro valor" (LUHMANN, 1998b, p. 393). Além disso, faz-se justiça à sociedade moderna, que está diferenciada em sistemas funcionais autorreferenciais especializados na atribuição de um dos dois lados dos códigos binários, produzindo, em consequência, um distanciamento das fontes de informação dos interlocutores na comunicação. De fato, no contexto moderno ocorre uma radicalização da autorreferência dos códigos binários, de forma que, a referência se integra àquilo que é descrito por ela, isto é, "designa algo en lo que ella misma está incluida" (LUHMANN, 1998b, p. 394). Deixarei para aprofundar tal questão, contudo, na próxima seção.

Segundo Luhmann, caso a sociologia queira pensar a sociedade em sua complexidade, necessário se faz abandonar os conceitos ideais e a lógica de descrição monocontextual²² da complexidade. A sociedade moderna está sujeita a uma pluralidade de descrições de sua complexidade e isso demanda uma descrição policontextual e uma nova postura metodológica. A metodologia, no contexto das sociedades complexas, não pode se conformar em "interrumpir el continuo inmediato de realidad y conocimiento del cual proviene la sociedad" (LUHMANN, 2006a, p.22). Sua função não é exclusivamente assegurar uma descrição correta (não errônea) da realidade, mas proporcionar formas refinadas de produção e tratamento de informações internas ao sistema científico, permitindo-o surpreender-se a si mesmo. A ficção metodológica segundo a qual se deve recortar um objeto de pesquisa para depois analisá-lo, separando-o do restante da realidade não satisfaz as características da sociedade moderna. Esta tendência da metodologia tradicional

²¹ Segundo Luhmann, "toda negacion potencia (y con esto conserva) lo que explicitamente niega, y con ello reestablece aquel *unmarked space* en el cual se incrusta mediante una distincion toda operacion, aun aquella que niega" (LUHMANN, 2006, p. 31-32). A negação é sempre uma operação específica que pressupõe a identidade do que nega, justamente por isso, sempre é possível afirmar-se o que se nega. Conforme veremos na seção 1.3, tal compreensão tem um papel fundamental para configuração da sociologia do direito luhmanniana.

²² Para recordar essa noção rever nota 6.

põe entre parênteses que aquilo que é recortado como objeto "*está regulada por los mismos sistemas sociales*, ademais de que la utilizacion del sentido en los sistemas sociales siempre *lleva aparejadas referencias a lo desconocido, a lo excluido, a lo indeterminado, a las carencias de información, a la ignorancia*" (LUHMANN, 2006a, p.22).

2.2 Paradoxos e conceitos gerais da sociologia sistêmica

Apoiado no que até aqui se expôs, considero relevante refletir sobre alguns constructos da teoria de sistemas ou pelo menos sobre aspectos gerais da teoria que se relacionam com os conceitos da sociologia do direito que pretendo mobilizar na presente tese. Farei isso concebendo a teoria não como um manual que sirva de fonte de informação para a interpretação da realidade social, mas como fruto de um mundo já construído, e, nesse sentido, como algo que já não fornece propriamente informações, mas pontos de partida para a observação do direito por meio de suas distinções. Não custa lembrar que: "a semântica da Teoria dos Sistemas não proporciona por si mesma nenhuma informação, mas sim uma técnica teórica ou uma estratégia que oferece a oportunidade de colocar à prova conceitos" (LUHMANN, 2011, p. 203). Parto, assim, da compreensão de que somente é possível realizar uma sociologia do direito indicando e distinguindo fragmentos da realidade, dentre os quais se devem incluir as próprias teorias que orientam isso (LUHMANN, 1998b; ARNOLD; RODRÍGUEZ, 1999). Nesse sentido, intentarei esclarecer, nesta seção, a função que alguns paradoxos desempenham na teoria de sistemas sociais, compreendendo que deles emergem importantes conceitos da sociologia do direito que procurarei desenvolver nos capítulos seguintes.

É inevitável para a sociologia tentar alcançar sua reflexão por meio da fundamentação de seus conceitos na medida em que ela é apenas mais um sistema parcial do sistema-parcial-ciência (LUHMANN, 1998b, p. 431). Como sistema, ela se encontra pressionada a comentar de imediato o que move a opinião pública e nisso concorre com os meios de comunicação de massa. Considerando-se cada relato que se faz dentro da sociedade como uma autodescrição da sociedade, "ninguno de los planteamientos escogidos puede exigir validez ultima o reclamar la funcion de juzgar a los demas" (LUHMANN, 2006a, p. 897). Nesse sentido, a teoria sociológica

se sujeita à proibição de autocolocação em um ponto de exceção inalcançável à crítica, devendo incluir-se a si mesma dentro de seu objeto. Isto exige o abandono de pontos fixos - história e valores, em favor da explicação de seus meios teóricos - formas e distinções - e da exposição destes à observação. Ao expor suas formas e suas distinções, a teoria expõe seus pontos cegos, ou seja, o que sendo para ela invisível permite-lhe ver o que vê²³, abrindo-se democraticamente à crítica (LUHMANN, 2006a, p. 897). Como toda descrição da sociedade é sempre uma operação que pode ser observada e descrita de múltiplas maneiras, ao se expressar, a sociologia precisa deixar à disposição do observador de segunda ordem a forma como entende seu ofício: "como instruccion o como critica, como disposicion de verdades que otros deben aceptar o como instancia que confiere sentido" (LUHMANN, 2006a, p. 899). Por isso, é necessário expor as estruturas teóricas das descrições aqui adotadas, para que a comunicação permita constatar o que se oferece à observação e à aceitação ou recusa.

A largada da argumentação e construção teórica de Luhmann é a compreensão de que a tradição de conceitos vetero-europeia cria um tipo de ilusão em relação à sociedade moderna que, segundo o próprio, seria "difícil de resolver mediante términos cotidianos de fácil comprensión" (LUHMANN, 1998b, p. 118). A sociedade moderna demanda uma semântica peculiar, capaz de explicar como os sistemas sociais se tornaram autorreferenciais e fechados em suas comunicações e como eles, dessa forma, produzem informações no contexto contemporâneo (LUHMANN, 1998a, 1993). Pode-se dizer que a opção teórica de Luhmann para construir tal semântica é tomar os paradoxos²⁴ da sociedade moderna como um marco zero para a construção de muitos de seus conceitos, como observador, mundo, tempo, sentido, forma, informação, conhecimento etc. Tais conceitos que se propõem a funcionar como formas de redução de complexidade da sociedade moderna, "complejidad como dinamismo, como exceso de posibilidades, como presencia de múltiples alternativas, como reino de diferencias" (IZUZQUIZA, 2008, p.

²³ Em toda observação do mundo sempre são terceiros excluídos a unidade da distinção e o observador, de maneira que, "ninguno de los planteamientos escogidos puede exigir validez ultima o reclamar la funcion de juzgar a los demas. Cada uno opera ciegamente con respecto a si mismo" (LUHMANN, 2006, p. 897).

²⁴ A tarefa de uma sociologia que se ofereça como contribuição para a autodescrição da sociedade não consiste, simplesmente, em copiar um objeto dado: "se podria pensar en reanimar la tecnica de las paradojas de la retorica clasica, la cual perseguia precisamente el objetivo de formular problemas de otra manera en vista de soluciones novedosas" (LUHMANN, 2006, p. 898).

10). Por isso, acredito ser possível conferir maior inteligibilidade à sociologia do direito luhmanniana tocando em alguns desses paradoxos, ainda que de forma abreviada (LUHMANN, 1998b; 2011).

Uma estratégia se repete várias vezes no pensamento de Luhmann: identifica-se um paradoxo e observa como a sociedade convencionalmente o desdobra através de certas diferenciações; daí estabelece um permanente contraste entre o sentido convencional e o respectivo contra-sentido, formulando, a partir disso, uma terminologia autorreferencial. Isso, que para alguns poderia ser um problema para o raciocínio, é encarado por Luhmann como um recurso para não pressupor nada nos conceitos sociológicos, considerando o próprio paradoxo uma "técnica para abalar o conhecimento consolidado, para sacudir uma *communis opinio*, um senso comum" (2005a, p. 192). O argumento é que, embora esta figura conduza a uma autocontradição performativa, com base nela, a teoria de sistemas pode evitar "surgir de forma dogmática ou prescrever receitas" (2005a, p. 193). Evidentemente, não lhe interessa produzir normas em vistas de uma verdade ou fundamento racional determinado intersubjetivamente, mas, tão somente, estabelecer pontos de vista para a observação dos sistemas sociais.

Nesta perspectiva, cada sistema social é uma diferenciação e, no limite, um paradoxo. Implica dizer, não é uma identidade, objeto ou conceito dado, mas na diferença entre si mesmo e o ambiente. Esta diferença básica é repetida no interior dos sistemas e, a partir daí, conectam-se a outras diferenciações, constituindo uma técnica de orientação no mundo por meio de distinções. Esse modo de conceber e observar os sistemas sociais resulta em um sistema teórico que, segundo o próprio Luhmann, assemelha-se "más a un laberinto que a una autopista con un final feliz" (LUHMANN, 1998b, p. 390). E, a ambição é se tornar uma fórmula geral para pensar qualquer sistema social, desde uma interação (conversa), uma organização (universidade ou tribunal) ou um sistema funcional (direito ou ciência). Nesse sentido, a teoria dos sistemas sociais postula ser uma teoria geral e, com isso, intenta suprir o que, para o autor, foi uma lacuna até a década de 1950. Nesse contexto, tinham-se duas teorias de sistemas, mas não uma teoria geral: uma de

sistemas abertos e outra de sistemas fechados; e a crítica a estas, argumenta Luhmann, acabou se tornando uma crítica à Teoria de Sistemas²⁵ (LUHMANN, 2011).

A questão é que, até o referido decênio, a observação dos sistemas sociais era realizada acreditando-se que um pesquisador externo, dotado de capacidade cognitiva (representado como sujeito), observava de fora um sistema como se este fosse um objeto. Neste contexto, duas perspectivas metodológicas se destacavam: a) caso se delegasse ao sujeito definir o que seria um sistema, um meio ou o limite entre ambos, falava-se em perspectiva analítica; e, b) caso o sujeito reconhecesse que os sistemas sociais já estão constituídos, cabendo-lhe apenas reconhecer como estes são na realidade, denominava-se a perspectiva de concreta (prática) (LUHMANN, 2011)²⁶. O que não se problematizava, contudo, eram questões do tipo: O que é um sistema social? Como se produz socialmente a diferença entre um sistema social e a sociedade? O que permite que um sistema se reproduza como uma espécie de rede? Nas décadas de 1960 e 1970 uma geração de pesquisas interdisciplinares, que ficou conhecida como cibernética de segunda ordem e cibernética da cibernética, tentou responder tais questões. A partir das conclusões destas pesquisas, a teoria de sistemas retira os principais estímulos para se levantar como sistema teórico.

Para fins de aproximação, é possível reduzir a complexidade que esse tema envolve, destacando-se das pesquisas do filósofo alemão especialista em Hegel, Gotthard Günther, a ideia de paradoxo como uma forma de aquisição de informação; do matemático britânico Georges Spencer-Brown, relativas ao cálculo matemático baseado em uma única operação, a ideia de diferença como forma de observação, conforme vimos na seção anterior; do físico vienense Heinz von Foerster, sobre observação e auto-organização, a ideia de que um sistema social se observa a si mesmo, no sentido também introduzido anteriormente; e do biólogo

²⁵ Segundo Luhmann, essa crítica não se sustenta diante de uma observação minuciosa. Em suas palavras, "essa crítica teve raízes basicamente ideológicas dirigidas, sobretudo, contra: a) a parte tecnocrática do modelo sistêmico; e, b) a preferência do modelo pela estabilidade; ou seja, pelo *status quo*. No entanto, a crítica nunca foi apropriada [...] ela é compreensível, mas não justificável, no sentido de não ter [...] fundamento teórico suficiente" (LUHMANN, 2011, p. 72).

²⁶ As abordagens analíticas foram desenvolvidas a partir da teoria transcendental e adotaram como estrutura o conceito de *a priori* (os do teórico). Com base nisso, compreendiam que "o que se vê é determinado pela maneira de ver do observador" (LUHMANN, 2011, p. 75). Em sintonia com isto, o conceito de sistema seria apenas uma construção teórica do observador. As análises concretas (práticas) partiam do pressuposto de que "aquilo que é pesquisado já está colocado na realidade, e nela permaneceria, ainda que não se investigasse sobre isso" (LUHMANN, 2011, p. 75). Em ambos os casos, o observador estaria fora do sistema.

chileno Humberto Maturana, sobre a reprodução da vida, a noção de *autopoiesis* como autorreprodução do sentido, da comunicação e dos sistemas sociais. No conjunto, essa epistemologia se diferencia do construtivismo por agregar à compreensão do conhecimento como construção a compreensão de que "o observador observante observa a si mesmo como observador" (LUHMANN, 2005a, p. 187). Com base nisso, a sociologia sistêmica se estabelece como um esforço reiterado no sentido de encontrar respostas para as perguntas *quem é o observador que fez afirmações ou negações sobre o mundo e como ele procedeu para fazer isso?*

O objeto de interesse da sociologia sistêmica pode ser descrito como o paradoxo, que surge quando qualquer observador questiona as condições de possibilidade de sua observação. Implica dizer, quando um observador tenta tornar visível para si mesmo o ponto cego de sua observação ele conclui que o não ver é condição de possibilidade do ver. Ao dar essa forma de paradoxo àquilo que o observador observa, a sociologia sistêmica estabelece uma estação de passagem para identificar distinções costumeiras que ocultam o paradoxo. Em seguida, ela reabre a questão: "que outras distinções 'desdobram' o paradoxo, quer dizer, podem desfazê-lo novamente?" (LUHMANN, 2005a p. 193). Nesse contexto, não se questiona o que é o mundo ou a sociedade, mas "como é possível aceitar as informações sobre o mundo e sobre a sociedade como sendo informações sobre a realidade quando se sabe *como* elas são produzidas?" (LUHMANN, 2005a, p. 194). Concebido o objeto de interesse da sociologia a partir do paradoxo, ao observador, e em particular ao sociólogo, não cabe identificar conceitos e objetos correspondente, construídos fora de si, no mundo ou construí-los a partir de um *a priori*.

O mundo, dirá Luhmann, não é um armazém de objetos, mas um potencial de informações virtuais, onde cada informação é, para repeti-lo, "un acontecimiento que produce el enlace de las diferencias, «una diferencia que produce una diferencia»" (LUHMANN 1998b, p. 90). Diferença é outra forma paradoxal²⁷, que, em face da noção de objeto sociológico retromencionada e da ambição sociológica de compreender a produção de informações nos sistemas sociais, assume o papel de protagonista na teoria de sistemas. A través da diferença,

²⁷ Diferença é um paradoxo porque toda diferença é o mesmo e o diferente. Só se sai do paradoxo através de uma autorreferência e "la autorreferencia del concepto de diferencia constituye la unidad de la diferencia" (LUHMANN, 1998, p. 419).

entende-se possível explicar a ordem social sem recorrer a conceitos essencialistas e singularizantes, manifestos como identidades de objetos. Seguindo a perspectiva de Spencer-Brown, caracteriza a sociologia dos sistemas diferença como uma forma sem conteúdo essencial, uma autorreferência desenvolvida através do tempo, que não depende de axiomas ou premissas para ser explicada. Sendo assim, como toda diferença se fundamenta a si mesma, acredita-se que, com base nela, pode-se construir como um sistema de auto-observação, recursivo, circular e autopoietico²⁸ que, segundo Luhman, seria uma alternativa "às abordagens problemáticas que hoje se enunciam sob a noção de pós-modernismo" (LUHMANN, 2011, p. 79).

Enquanto conceito tautológico, uma diferença não transmite por si só informação, dependendo da observação de distinções do meio social que a assimetizam²⁹. Como a própria sociedade contém diferenças como direito/não direito, verdade/não verdade, poder/não poder ou propriedade/não propriedade, todas estas diferenciações podem assumir a forma de observadores sociais que produzem informação através do tempo. E, o tempo é outro conceito sistêmico construído a partir de um paradoxo que chama a atenção para o fato de que cada observador tem uma relação diferente com o tempo (LUHMANN, 1998b). A sociologia luhmanniana lembra que a humanidade não sabe ao certo o que é o tempo e refuta, por isso, a noção de tempo da tradição de pensamento da filosofia ocidental. Alega-se que esta dota o tempo de característica ontológica como se ele tivesse uma qualidade imutável que dá fundamento ao que se move, induzindo a pensar, quando se comunica sobre o tempo, "sempre em algo estável (duradouro, perdurável)" (LUHMANN, 2011, p. 206). O problema de observar o tempo desse modo é a ilusão que se gera de que *o tempo é, está ali*, de forma que a sociologia sistêmica propõe observar o tempo como paradoxo e identificar, a partir disso, as diferenciações sociais e as semânticas por meio das quais se desdobra esse paradoxo.

As sociedades expressam uma consciência da temporalidade através de formas semânticas que produzem um efeito de marcação, distinguindo o antes do depois, o duradouro do efêmero e o passado do futuro. Tais semânticas não são o

²⁸ Autoreprodutor.

²⁹ Assimetrizar é levar em consideração somente uma das partes de uma distinção como valor reflexivo para produzir informação, isto é, "en el caso de la distinción de figura y fondo, solo lo será la figura; solo ella podrá, por ejemplo, ordenarse a sí misma, en cuanto obra de arte, como diferencia de forma y contexto" (LUHMANN, 2016, p. 32).

próprio tempo, mas desdobramentos do paradoxo que é o tempo, de forma a compreendê-lo como um mero constructo de um observador, que só emerge no momento em que se realiza uma observação. O tempo não é "uma dimensão preexistente, colocada ali de modo substancial - como o pensa a ontologia" (LUHMANN, 2011, p. 211). São as observações do mundo que criam e impulsionam o tempo, embora quando se procure descrever o instante preciso em que uma observação ocorre, depare-se com a necessidade de estabelecer outras indicações, como se o tempo se deslocasse em direção ao infinito. Como construção, o tempo é um pressuposto de toda observação, mas, com relação à observação em si, ele é pura simultaneamente e, por isso, não desempenha um papel fundamental em relação à observação: "tudo o que acontece, sucede ao mesmo tempo" (LUHMANN, 2011, p. 212).

A observação inaugura uma marca que separa com um limite dois lados de uma forma, o antes e o depois, "como distinção, as partes são simultaneamente atuais; já como referência da descrição apenas, elas estão postas em uma sucessão" (LUHMANN, 2011, p. 212). Quando vai se realizar uma segunda observação, a marca criada pela primeira se torna condição de possibilidade para pensar ou comunicar sobre aquela. O tempo emerge, dessa forma, quando se coloca em jogo a distinção para organizar acontecimentos de modo que estes não permaneçam indiferenciados na pura simultaneidade. Este é um fato sociológico que não pode ser negado e é justamente por isso, a sociologia de Luhmann rejeita a semântica segundo a qual o tempo *é, está aí*, compreendendo que esta renuncia "ao pressuposto de que tudo o que é, é simultâneo" (LUHMANN, 2011; 1998b). Pondera-se que a sociedade moderna, de certa forma, acostumou-se a isso e tenta controlar o tempo e estruturar o futuro, como se todo acontecimento não fosse simultâneo, um tipo de ilusão que nega a realidade de que tudo "sucede pela primeira e última vez" ³⁰ (LUHMANN, 2011, p. 215). Isso não significa que a simultaneidade seja a realidade do tempo, mas o fundamento daquilo que

³⁰ Luhmann reconhece que, em 1932, Alfred Schutz já havia expressado isso, ao afirmar que "os seres humanos envelhecem simultaneamente. Ninguém pode envelhecer mais rápido do que o outro (independentemente das manifestações temporais do envelhecimento). Isto é, vivemos na simultaneidade, independentemente de quão fascinante e ou tediosa seja a vida para cada um" (LUHMANN, 2011, p. 216). A ideia básica é que ninguém pode se colocar em nosso futuro, para depois nos instruir sobre ele, como ninguém pode permanecer mergulhado no passado. Só se vive o presente!

chamamos presente, um curto fragmento temporal no qual se torna possível construir tempos para localizar, passados e futuros.

O que precisa ser retido para a observação da sociologia do direito com relação a esta compreensão da temporalidade são as implicações daí decorrentes para a caracterização do presente, passado e futuro, que repercutem na própria concepção do direito. Definir o tempo como uma construção de um observador implica reconhecer que, do ponto de vista deste, o passado é sempre uma reconstrução; o futuro é sempre uma expectativa, uma virtualidade; e o presente é o ponto cego que lhe possibilita observar o mundo por meio da distinção entre passado e futuro. Do ponto de vista sociológico, quando um observador busca observar o presente, percebe que este se contrai a ponto de ficar praticamente demarcado como um tênue fio que origina a diferença entre passado e futuro: "o presente é, portanto, o fragmento no qual começa a ser possível o passado ou o futuro" (LUHMANN, 2011, p. 220). No limite, ele é apenas a perspectiva de um observador que observa o tempo com o auxílio de uma diferenciação, sendo ele próprio inobservável: "constitui um fragmento tão curto de tempo, que tem somente a função de evitar que *passado* e *futuro* fiquem fundidos" (LUHMANN, 2011, p. 221).

Essa concepção de tempo implica reconhecer que nenhum observador "está em posição (na perspectiva temporal) de vantagem ou desvantagem" (LUHMANN, 2011, p. 216). Daí decorre a necessidade de os sistemas psíquicos e sociais tomarem decisões, isto é, de passar de um acontecimento a outro, aceitando que o presente é o que é: "a única opção de agir com liberdade" (LUHMANN, 2011, p. 223). Na medida em que se compreende isso, o futuro revela-se aberto, incerto e imprevisível, e a realização de deliberações, escolhas, seleções, decisões, é considerada como uma técnica para tentar reverter a simultaneidade do tempo, tentando "dar estrutura ao futuro" (LUHMANN, 2011, p. 221). De certa forma, é como se as decisões tentassem agarrar o tempo, segurá-lo com se fosse possível substituir o desconhecido, introduzindo algo novo através de decisões: "novos passados e novos futuros, em um mundo incalculável, que nunca permanece o mesmo" (LUHMANN, 2011, p. 222). Nessa perspectiva, as decisões "determinam sua própria identidade como acontecimentos de um tipo especial, enquanto relações recursivas a um passado e a um futuro que elas mesmas designam" (LUHMANN, 2011, p. 221). Integram o passado e o futuro, sem que tal integração esteja dada na

natureza: "não realizam um mundo perfeitamente ordenado, mas sim uma seleção contingente; sendo que, apenas de maneira secundária, elas podem ser descritas em termos de bem ou mal, de bem feitas ou mal feitas, ou de segurança e risco" (LUHMANN, 2011, 2011, p. 222).

De fato, o conceito de decisão decorre do paradoxo do tempo e tem relevante significado para a compreensão do direito, sendo uma forma de dar identidade às expectativas normativas. Temporariamente, convém chamar a atenção apenas para o fato de que toda decisão se dá a conhecer através do sentido, este um dos poucos conceitos luhmannianos que não pode ser explicado segundo a semântica da diferença. Isso porque, o sentido sempre se refere a si mesmo e sempre é sentido, além de estar em permanente mutação. A sugestão de Luhmann é que se destautologize o sentido através da diferença entre o atualmente dado e o possível, que caracteriza como informação a experiência através de palavras, tipos, conceptos ou esquemas (LUHMANN, 2011, 1998). Nessa perspectiva, sentido é o meio dos pensamentos e das comunicações possíveis e em cada pensamento e comunicação determinada é uma forma atual que se manifesta através de palavras e sons. Sentido também é um paradoxo e, "en ultimo termino, una distincion que vuelve a reaparecer en si misma como lo distinguido"³¹ (LUHMANN, 2006a, p. 38). Ao caracterizar o sentido como paradoxo, a sociologia sistêmica refutar qualquer conceito de sentido segundo o qual este seja algo substancial ou que tenha uma unidade quantitativa. Nesta perspectiva, o sentido é apenas uma espécie de diferença entre atualidade e possibilidade, não se referindo ao sujeito, como se o sentido mesmo fosse uma qualidade do ser (LUHMANN, 2011).

Considerando-se os sistemas de consciência e os sistemas sociais intransparentes uns para os outros, desvincula-se o sentido da ideia de sujeito, acreditando-se que "o sentido não tem de estar dirigido a um domicílio expreso, nem estar referido a um sujeito, ou a um portador especial, e tampouco a uma agência de constituição de sentido" (LUHMANN, 2011, p. 232). A recursividade do sentido é sempre organizada, no presente atual, à luz de um horizonte de possibilidades, através de palavras ou de objetos dotados de sentido social, como

³¹ Como forma, o sentido "es una forma que se contiene a si misma, es decir, es la distincion entre distinguir y senalar [e] muestra que la descripcion es solo posible en forma de paradoja: la forma que reentra en la forma es la-misma y no-la-misma. [...] De una situacion asi solo puede salirse dando un salto, des-paradojizando, ocultando la paradoja con otra distincion" (LUHMANN, 2006, p. 38).

por exemplo, uma bola, um objeto sacro ou uma moeda (LUHMANN, 2006a, p. 27). Em consequência, como em relação a todas as coisas, sensações, emoções ou comunicações é possível questionar o *quando*, o *que*, e o *como* dos temas e assuntos sobre os quais se comunica, a diferença entre a atualidade e possibilidade do sentido pode ser diferenciada em três dimensões de sentido: "esta diferenciación de las diferencias, esta descomposición en tres dimensiones, constituye un primer paso hacia la destautologización de la autorreferencia del sentido" (LUHMANN, 1998b, p. 90-91). Trata-se das dimensões temporal, objetiva³² e social. Conforme veremos adiante, isso tem repercussão na forma como se compreende a função do sistema jurídico. Por ora, contudo, deve-se destacar que cada uma dessas dimensões é destautologizada através de duplas estruturas de remissão, duplos horizontes de sentido, que funcionam como formas de diferenciação do sentido; sendo os horizontes da dimensão social *ego* e *alter*³³. Implica dizer, sempre se exige de qualquer sentido uma referência ao social: "a todo sentido se le puede preguntar si el otro lo vive como yo o de otra manera" (LUHMANN, 1998b, p.90-95).

Interpretando-se o sentido à luz das noções de forma e de tempo, compreende-se que palavras, conceitos, teorias, leis, preços e tudo mais são formas através das quais o sentido se atualiza na comunicação, não existindo um substrato de sentido nos sistemas sociais como algo que perdure para além do presente. Todo sentido surge e se reproduz através de uma remissão a um excedente de referências a outras possibilidades, embora o próprio sentido não seja a remissão, mas sua localização no presente em referência a qualquer situação sobre a qual se possa obter informação. Como um espaço de potencialidades, como horizonte da totalidade de remissões, o sentido se atualiza em cada dotação de sentido somente no presente³⁴ (LUHMANN, 1998b, 2011, p. 238). Quando ele remete ao passado, remete aos resultados de (comunicações ou pensamentos) disponíveis no presente

³² Isto pode ser traduzido também como "dimensão *real*", conforme o significado de *real* no jargão jurídico. Os italianos a traduziram como dimensão *materia*" (LUHMANN, 2011). Cf. nota 9 da Aula IX do livro *Introdução à teoria dos sistemas*.

³³ Com relação a isso, convém observar que "los conceptos ego y alter no designan aquí papeles, personas o sistemas, sino horizontes especiales que agregan y cargan de peso las remisiones plenas de sentido" (LUHMANN, 1998b, p. 95). Cf. também (IDEM, 2011, p. 246).

³⁴ Aquilo que não pode ser atualizado, simplesmente não está aí, não existe. Entre o fenômeno do sentido e a questão da complexidade existe uma relação muito compacta, trabalhada por Luhmann nas décadas de 1960 e 1970. Nas primeiras publicações, ele fala em 'redução de complexidade', como parte do conceito de sentido. A partir do momento em que ele opta pelo conceito de *autopoiesis*, como categoria central de sua teoria, o sentido se torna, por excelência, *autopoiesis* (Cf. *Sistemas Sociais*, p. 86).

e não a um passado que esteja lá, cristalizado no tempo. Quando remete ao futuro, remete a uma expectativa, isto é, ao mundo como realidade virtual. No contexto geral da sociologia sistêmica o sentido é o meio universal da comunicação e dos pensamentos, cuja origem e reprodução são explicadas segundo o paradigma da *autopoiesis*³⁵, isto é, o sentido se produz e reproduz a si mesmo na trama, no contexto da totalidade de remissões apreensível por meio de identificações atuais.

Apoiado nos elementos expostos até aqui, é possível caracterizar a comunicação como uma síntese de três seleções: seleção de um ato de comunicar de *alter* (emissor) com a expectativa de obter atenção de *ego* (receptor); seleção de informações, isto é, "de un repertorio (conocido o desconocido) de posibilidades" (LUHMANN, 1998b, p. 142); e, um ato de entendimento de *ego* (receptor) da diferença entre o ato de comunicar de alguém e a informação³⁶ comunicada. O mundo como potencial ilimitado de informações coloca a *alter* a restrição de só poder comunicar sobre um leque restrito de informações, isto é, impõe-lhe uma seleção. Como os sistemas psíquicos de *alter* e *ego* estão separados pelo mundo, este ato em si apenas pode ser considerado "una oferta de selección" (LUHMANN, 1998b, p. 153). Consequentemente, todo empreendimento comunicativo carrega consigo apenas uma expectativa de compreensão, isto é, somente no futuro se pode verificar se ocorreu: "sólo en la conducta siguiente puedo controlar que se me entienda, si esto no ha sucedido" (LUHMANN, 1998b, p. 145). Ainda que eventualmente ocorram mal-entendidos corrigíveis, quando há da parte de *ego* uma decisão de aceitação ou rejeição da proposta de sentido de *alter*, fecha-se o ciclo da comunicação. Percebe-se que a comunicação sempre integra o comportamento de no mínimo duas pessoas diferentes e, por isso, "la comunicación no debe ser entendida como acción" (LUHMANN, 1998b, p. 153). A comunicação é uma realidade emergente que não se confunde com o ato de *alter* ou com o de *ego* e que sempre pressupõe um meio comum a ambos, o sentido.

Aceitação e rejeição são simétricas: "cada frase, cada exigencia, abre muchas posibilidades de la negación: no eso, sino aquello; no así; no ahora,

³⁵ O sentido mesmo é o resultado de todas as sequências de re-entry, isto é, de reentrada da forma atualidade/potencialidade em si mesma.

³⁶ Embora seja possível uma comunicação aparecer isolada (como um grito de advertência: cuidado!, ou com uma compra de um ingresso para o cinema), o foco de interesse da sociologia sistêmica é a complexidade, isto é, as comunicações que se relacionam com outras a ponto de desenvolverem sistemas. Para isso, a negação tem uma função primordial.

etcétera. Estas posibilidades permanecen abiertas como referencia al sentido" (LUHMANN, 1998b, p. 153). Daí, aquilo a que Luhmann chama de autorreferência basal da comunicação significa que ato de comunicar, informação e entendimento se referem mutuamente uns aos outros de maneira circular. Com base nesse raciocínio, a comunicação - e não a ação - é a base da sociologia, na medida em que comunicação é seletividade coordenada. Embora haja uma relação mútua entre ação e comunicação, considera-se que a ação pode ser descrita de modo mais satisfatório com base no conhecimento da situação do que no da pessoa. Somente quando presente uma situação em que *ego* entende que *alter* emitiu uma informação se está diante da situação que caracteriza a ação comunicativa, independentemente de este conseguir o resultado desejado e de aquele aceitar a informação. Em decorrência, é da relação entre dois sistemas fechados, sistemas sociais e sistemas psíquicos, que emerge a ação social (IDEM, 1998, p. 120). Estabelece-se uma situação social que permite esperar uma decisão de enlace e, com esta, a comunicação se torna "un suceso completamente autónomo, autorreferencialmente cerrado" (LUHMANN, 1998, p. 149).

Definida nesses termos, a comunicação enfrenta três tipos de improbabilidades, que vão sendo superadas na medida em que os processos comunicacionais evoluem³⁷, suscitando uma "consolidación de las expectativas alrededor de las cuales la sociedad construye más tarde sus sistemas sociales" (LUHMANN, 1998b, p. 157; 2006: 42 e seg.). A primeira delas diz respeito à improbabilidade de entendimento comum, que decorre do isolamento e individualização das consciências, isto é, da autorreferência dos sistemas psíquicos, "es improbable que *ego* entienda lo que pretende *alter*" (LUHMANN, 1998b, p. 157). A segunda se refere à dificuldade de a informação chegar aos destinatários, uma vez que, cada ser humano desenvolve uma relação particular com o mundo e as restrições impostas pelo tempo e pelo espaço dificultam a percepção da informação pelos receptores. A terceira concerne à possibilidade de êxito. Como cada palavra pronunciada suscita um contra-sentido, é improvável que *ego* aceite o conteúdo da informação (LUHMANN, 1998b, 2006a). Em suma, a comunicação é dissuadida

³⁷ Evolução não é no pensamento de Luhmann um conceito normativo: "la historia de la evolución sociocultural, basada en la comunicación no ofrece la imagen de un progreso que busca una comunicación cada vez mejor" (LUHMANN, 1998b, p. 158). Apenas enfatiza que "cuando la comunicación rebasa el círculo de los presentes, se hace más difícil comprender y más fácil rechazar" (LUHMANN, 1998, p. 158).

quando as pessoas "não têm garantias suficientes de que sua mensagem vai chegar a outras pessoas, de que vai ser compreendida e de que vai cumprir os seus objectivos" (LUHMANN, 1998b, 2006a: 43).

Quando surgem meios próprios de comunicação - linguagem, meios de difusão e meios de comunicação simbolicamente generalizados - tais improbabilidades se transformam em probabilidades (LUHMANN, 1998b; 2006). A linguagem, ao intensificar a compreensão para além do perceptível, através da generalização simbólica de signos acústicos e óticos, aumenta a probabilidade de entendimento de forma que "casi cualquier acontecimiento pueda aparecer y ser trabajado como *información*" (LUHMANN, 1998b, p. 158; 2006a, 46). A linguagem diminui a possibilidade de duplos sentidos, liberando-se a atenção de *ego* "para la comprensión de lo que se dice" (LUHMANN, 1998b, p. 152). A linguagem funciona como um meio de comunicação *sine qua non*, especialmente apto para poder funcionar cumulativamente com qualquer outros dos meios de comunicação identificados por Luhmann. Segundo esta concepção, é possível comunicação sem intenção de comunicar ou sem o uso da linguagem, como por exemplo, "por medio de una sonrisa, miradas interrogantes, vestimenta, ausencia y, en general, por desviarse de las expectativas cuyo conocimiento se puede dar por probado" (LUHMANN, 1998b, p. 152). Por outro lado, se *alter* faz um movimento, por exemplo, caminha apressado, a despeito do que *ego* possa imaginar sobre tal movimento (pode-se imaginar que *alter* não quer interagir ou que *alter* simplesmente está apressado) é preciso levar em consideração a intenção de *alter* para diferenciar se se quer informa algo ou não. Quando se usa a linguagem, a intencionalidade já está implícita. Os meios de difusão - escrita, imprensa e meios eletrônicos - reforçam a difusão de informação e ensejam a renúncia à integração espacial³⁸ das comunicações da sociedade (LUHMANN, 2006a, p. 242). Contudo, nem linguagem nem meios de difusão amplificam a probabilidade de êxito da comunicação, que ocorre exclusivamente com os Meios de Comunicação Simbolicamente Generalizados (MCSG). Verdade, amor, propriedade/dinheiro e poder/direito, em seus âmbitos comunicativos específicos, tornam mais provável a aceitação do

³⁸ Integração espacial "significa que los grados de libertad de los sistemas (el numero de posibilidades que pueden realizar) dependen del lugar en el espacio en que en cada caso operan, y con ellos de las condiciones locales concretas" (LUHMANN, 2006, p. 242). A retração da integração espacial das comunicações indica a independência da presença daquele que dá-a-conhecer a informação (LUHMANN, 2006, p. 244).

conteúdo da informação de *alter* como premissa para a comunicação de *ego* (LUHMANN, 1998b).

Tais meios surgem como uma demanda normal do aumento de complexidade das comunicações sociais. Com o desenvolvimento da comunicação por meio da linguagem, desenvolve-se a redundância, isto é, um excedente de possibilidades informativas, minimizando-se o risco de perda de informação: "si A informa a B acerca de algo por medio de la comunicaci3n y se recibe la informaci3n, C y cualquiera otro pueden dirigirse tanto a A como a B si quieren informarse"³⁹ (LUHMANN, 1998b, p. 169). A partir da3, o mesmo conhecimento pode se repetir in3meras vezes, produzindo-se uma ilus3o de objetividade: "la impresi3n de objetividad, de autenticidad normativa o cognoscitiva" (LUHMANN, 1998b, p. 169). Dessa forma, a comunica3o se estrutura, embora continue em aberto a possibilidade de protesto, isto 3, duplica-se a informa3o, mas continua em aberto a possibilidade de nega3o: "la negaci3n de cualquier comunicaci3n es posible y comprensible en el nivel del lenguaje" (LUHMANN, 1998b, p. 169). E, com o aumento da complexidade das informa3es, situa3es triviais da vida cotidiana come3am a colocar em quest3o as refer3ncias da comunica3o, em determinados 3mbitos comunicativos. Surgem quest3es do tipo *quem disse que 3 assim?*, *quem garante?*, etc., indicando desconfian3a em rela3o 3 autenticidade da informa3o o que diminui a probabilidade de aceita3o da comunica3o (LUHMANN, 2006a, p. 245).

Desenvolvem-se, ent3o, formas especificas, como teorias cient3ficas ou leis do direito, atraves das quais se enfrenta o problema do desengano e da aceita3o, tornando-se prov3vel "*uma combina3o altamente improv3vel de sele3o e motiva3o*" (LUHMANN, 2006a, p. 249). Sele3o e motiva3o n3o designam "estados psicologicos (para que la comunicacion tenga exito es irrelevante lo que siente quien paga cuando da el dinero), sino construcciones sociales que se realizan en la comunicacion misma mediante recursiones — y para las cuales basta con dar por supuestos los estados de conciencia correspondientes. Que las comunicaciones

³⁹ Dado o conte3do explicativo, conv3m conferir a nota 75 do cap3tulo 4 de Sistemas Sociais, em que, referindo a Gregory Bates3n, Luhmann esclarece que "la met3fora de transmisi3n limita el planeamiento del problema y lo dirige hacia el consenso/disenso entre dos interlocutores: «En un universo m3s amplio, que es definido por el punto de vista del observador, esto no aparece m3s como "transmisi3n" de la informaci3n, sino m3s bien como difusi3n de la redundancia. Las actividades de A y B se combinaron para hacer el universo del observador m3s predecible, m3s ordenado, m3s redundante»" (LUHMANN, 1998b).

se acepten significa tan solo que su aceptacion se toma como premisa de la siguiente comunicacion, independientemente de lo que ocurra en la conciencia individual (LUHMANN, 2006b, p. 249). Por exemplo, quando se questiona se algo é prejudicial à saúde ou se alguém violou o direito, respectivamente, acoplam seleção e motivação entre si, algo que é uma exceção em relação ao imenso número de possibilidades de comunicação linguística que existem na sociedade. Isso ocorre em âmbitos comunicativos nos quais o problema de êxito se encontra no mesmo tipo de comunicação, como no caso da verdade, do amor, do poder/direito e da propriedade/dinheiro (LUHMANN, 2006a, p. 249-256). Nesses casos, um tipo específico de comunicação passa a remeter a uma rede recursiva de reutilização de comunicações que se torna dependente de códigos de dois valores (verdade/não verdade; direito/não direito), que passam a organizar a comunicação. Em torno desses códigos, desenvolvem-se os MCSG com a função de tornar esperável a aceitação da comunicação (LUHMANN, 2006a, p. 308).

Os MCSG não são tipos de linguagens particulares nem meios de difusão, mas um meio a parte. "Simbolicamente generalizados" é uma expressão oriunda de Talcot Parsons e se refere à diferença entre *ego* e *alter*. Simbólico indica que os "medios superan una diferencia y dotan a la comunicacion con perspectivas de aceptacion" (LUHMANN, 2006b, p. 248). Generalizados "se refiere a la diversidad de las situaciones, es decir, a la dimension objetual del sentido en proceso. La idea (igual que el concepto de regla de Wittgenstein) es que solo se puede alcanzar concordancia social cuando la base comun perdura mas alla de una unica situacion" (LUHMANN, 2006, p. 245). MCSG são "otra forma, otra clase de *distinción*, otro tipo de *códigos*" (LUHMANN, 2006b, p. 247). Eles se formam quando se desenvolve uma relação circular de maneira que os códigos passam a funcionar como condição de possibilidade da reutilização⁴⁰ de certos tipos de comunicação, que, por sua vez intensificam a utilização dos próprios códigos e a independência da comunicação. Com isso, aumenta a demanda pelo controle de atribuição dos códigos, isto é, por formas que digam quando se pode dizer se algo é verdade (ou não), se é lícito (ou não), se é lucrativo (ou não), se é pecado (ou não) e assim por diante.

⁴⁰ Neste ponto, o argumento de Luhmann é circular e, segundo o mesmo, só se torna plausível à luz da compreensão da noção de tempo que o autor emprega, isto é, à luz da noção de "presente como limite entre passado e futuro" (LUHMANN, 2006b, p. 309).

Surgem, então, programas para avaliar se a atribuição do código é realizada corretamente (ou não), aparatos semânticos de controle - teorias, métodos científicos, legislações - altamente complexos que se aglutinam em torno dos códigos. Na modernidade, a complexidade dessas semânticas aumenta a tal ponto que se torna praticamente impossível controlá-las em termos de religião ⁴¹ ou de moral (LUHMANN, 2006a, p. 284). Na verdade, a sociedade moderna se caracteriza por não ter nenhum suprimeio, como a moral ou uma eticidade razoável por exemplo, a que se possam referir todas as comunicações como unidade que lhes sirva de base (LUHMANN, 2006a, p. 280). Nesse contexto, o controle passa a se realizar através de abstrações e, em alguns casos, através de uma codificação secundária que promove a tecnificação do código. No que concerne especificamente ao presente estudo, interessa observar que isto ocorre com a codificação secundária da do poder através do direito e, que, com isso, o valor positivo do código se duplica ⁴² (LUHMANN, 2005a). Retomaremos esta questão ao tratarmos do funcionamento do direito como sistema autopoietico na seção 1.4.

Por enquanto, cumpre destacar que a função dos MCSG é ordenar a comunicação através de generalizações simbólicas e, evidentemente, nenhum deles ordena a totalidade das comunicações relativas a certos temas que se desenvolvem na vida cotidiana nem alcança congruência com o código da moral (LUHMANN, 2005a, p. 318). Sempre há mais direito na sociedade do que aquele garantido pelo Estado, mais verdade que a verdade científica, como também há direito e verdade imoral. Além disso, não há nenhum tipo de hierarquia entre os MCSG. Seus códigos são autorreferenciais e, assim como o código geral da linguagem (sim/não), têm dois valores opostos (direito/não direito, verdade/não verdade), mas diferentemente

⁴¹ A binariedade indica que "el valor es entonces a la vez identidad y diferencia, es decir, el mismo y no el contravalor — y de igual manera en el lado opuesto. De este modo se llega a una relación autorreferencial que se repite en sí misma, y en consecuencia a una forma que disuelve la diferencia de identidad/diferencia de nuevo en una diferencia — precisamente en una determinada distinción entre valor positivo y negativo, que se puede diferenciar de otras distinciones del mismo tipo de otros códigos. Esta peculiaridad se aparta radicalmente de todos aquellos intentos de atribuir la diferencia en última instancia a la unidad — ya sea mediante una fórmula religiosa o mediante el "espíritu" como fórmula de aquello que es "en sí mismo diverso" (LUHMANN, 2006, p. 284).

⁴² Chama-se *tecnización* de um MCSG "a ese facilitar el paso que va y vuelve del valor al valor opuesto — técnica entendida como un descargarse por parte de los procesos de procesamiento de información, de asimilar y considerar todas las referencias de sentido que están implicadas" (LUHMANN, 2006, p. 286). Com a duplicação, torna-se possível, por exemplo, "usar la propiedad del dinero para efectuar los pagos o para no efectuarlos, y se puede usar el poder de manera conforme a derecho o de manera disconforme, aunque, evidentemente, ninguno de los dos está disponible si no se tiene alguna propiedad y si no se tiene algún poder (LUHMANN, 2006, p. 286). Alguns meios não podem ser objetos de *tecnización*, como o amor e a arte (LUHMANN, 2006, p. 287).

daquele, são *códigos de preferência*. Paradoxalmente, o código de um MCSG revela uma preferência ao definir o que por ele se trata (LUHMANN, 2006a, p. 280). Implica dizer, os valores verdade/não verdade, direito/não direito e propriedade/não propriedade, por exemplo, são postos, respectivamente, no direito, na verdade e na propriedade. Esta *autocolocação* do código em um de seus valores permite ao valor positivo (verdade, direito, propriedade) estruturar o entrelaçamento das comunicações (jurídicas, científicas, econômicas etc.) (LUHMANN, 2006a, p. 289).

2.3 Uma caracterização da sociologia do direito luhmanniana

O horizonte de compreensão até aqui fixado permite tomar como ponto de partida para interpretar a sociologia do direito luhmanniana a contraposição tradicional nas ciências sociais entre *ser* e *dever ser* (1983, 1985, 2005). A sociologia sistêmica compreende a distinção *ser/dever ser* como uma semântica que oculta o paradoxo do conhecimento⁴³, que emerge quando se indica o *ser* para definir o âmbito de estudo sociológico e dele excluir o *dever ser*. A distinção *ser/dever ser*, enfatiza Luhmann, não é algo dado *a priori* nem a única distinção que desdobra o paradoxo do conhecimento do direito. Examinando-se a questão à luz de outras possibilidades, verifica-se que a distinção entre normativo e cognitivo também desdobra aquele paradoxo. Aferrado a esse entendimento, a sociologia do direito luhmanniana redimensiona o objeto de estudo da sociologia do direito (LUHMANN, 1983, p. 58 e seg.). Considera-se que não há fundamentos para excluir do escrutínio sociológico o *dever ser*, ao contrário, cabe à sociologia sistêmica problematizar e esclarecer o que se compreende com tal conceito (LUHMANN, 1985, p. 198).

Entendendo a realidade como uma construção e a negação como uma realidade linguística que não dispõe de força destruidora daquilo que nega, é inconcebível transformar linguisticamente a realidade a que se refere o *dever ser* como se este fosse um *não ser*. Segundo Luhmann, isso não é "sociologicamente sustentável" (LUHMANN, 1985, p. 196). O *dever ser* é uma identidade de sentido não menos real que a de *ser*, isto é, seu sentido "não é menos fático que o de *ser*" (LUHMANN, 1983, p. 57). Sendo assim, a contraposição convencional do fático ao

⁴³ O paradoxo consiste em que somente conhecemos porque não conhecemos.

normativo é abandonada pela sociologia sistêmica, "como uma construção conceitual equivocada, como no caso de se querer contrapor ser humano e mulheres" (LUHMANN, 1983, p. 57). Nessa perspectiva, o direito, assim como a verdade, é uma espécie de conhecimento e sua pesquisa pela sociologia é orientada pela distinção entre normativo e cognitivo: "o oposto adequado ao normativo não é o fático, mas sim o cognitivo" (LUHMANN, 1983, p. 57). Como todo conhecimento somente é possível através do sentido, isto é, atualiza-se de momento a momento, tanto o direito como a verdade são realidades apenas no presente atual, mas simples expectativas em relação ao futuro: expectativas cognitivas e expectativas normativas.

Cabe à sociologia sistêmica do direito, então, pesquisar e explicar como, através da fixação de expectativas normativas, o direito estrutura o futuro no presente, dando maior visibilidade a determinadas expectativas em detrimento de outras e, assim, criando uma disjunção moral (LUHMANN, 1985, p. 196). Expectativa⁴⁴ é uma forma de redução da complexidade do mundo por meio da qual o ser humano lida com o futuro, vislumbrando menos possibilidades do que, de fato, este proporciona. Uma expectativa é um horizonte futuro da vida consciente, uma noção que indica serem a vida humana e a comunicação orientada para o futuro, para a continuação da experimentação (LUHMANN, 1985, p. 166). Trata-se de uma forma de sentido, que funciona como meio para que as pessoas construam relações com o futuro. Através da comunicação as expectativas são manifestadas, simbolizadas, representadas ou recusadas em relação a uma coisa concreta (um livro, uma porta; uma mesa, uma casa, uma montanha), uma pessoa, uma tarefa, um ambiente social, uma instituição, um processo etc. (LUHMANN, 1983, p. 96-97; CORSI; ESPOSITO; BARALDI, 1996, p. 79-80). Ter uma expectativa é esperar, como provável, apenas algumas possibilidades de acontecimentos futuros, é enganar-se com respeito a real complexidade do mundo, permanecendo-se, exposto a desapontamentos (LUHMANN, 1983, p. 55).

⁴⁴ O conceito de expectativa não supõe que existam no mundo físico-natural objetos correspondentes a ele: "a natureza não determina o que seja uma expectativa, onde ela começa e termina, que detalhes concretos ela contém" (LUHMANN, 1983, p. 96). Expectativa é a intencionalidade que aponta para o futuro do fluxo da experimentação, que experimenta a realidade como mudança ininterrupta do mundo. Trata-se sempre de uma experiência presente, na qual o tempo age apenas como horizonte do foi e do que será, de forma que, presentifica-se o passado com base de expectativas e o futuro como possibilidade de reação diante da frustração (IDEM, 1983, p. 96-97; 1985, p. 194).

A constatação de que o futuro é aberto e incerto, de que nele tudo pode mudar repentinamente, de que tudo é possível, sobrecarrega o ser humano de insegurança e as expectativas transformam esse problema no "problema da experimentação eventual do desapontamento, contra o qual pode ser feito algo concreto" (LUHMANN, 1983, p. 55). Quando se espera de maneira cognitiva, constatando-se, no futuro, o desapontamento, imputa-se o erro à expectativa e não ao comportamento humano. A expectativa se adapta à realidade assimilando-se o desapontamento em termos de aprendizado. Esperava-se, por exemplo, que a terra fosse plana. Desapontada a expectativa, ela foi reformulada, de maneira que, na sociedade atual, é censurada como errada. Quando se espera de maneira normativa, havendo frustração da expectativa, imputa-se o erro ao comportamento humano e não à expectativa, que é mantida contrafaticamente, isto é, contra os fatos que a desapontam. Espera-se que aquele que chegue a um atendimento bancário entre na fila ou siga a sequência das senhas distribuídas e, por mais que tal expectativa tenha sido frustrada ao longo da história, ela é mantida, contra os fatos, imputando-se o erro ao comportamento desapontador, que passa a ser rotulado em termos de desvio (LUHMANN, 1983, p. 56). Em ambos os casos, a noção de expectativas não implica nenhum tipo de certeza, mas, tão somente, a possibilidade de fazer algo em face de sua frustração: aprender ou normatizar.

Segundo Luhmann, do ponto de vista histórico, o trato das expectativas cognitivas evoluiu de suposições hipotéticas sobre a realidade ao conceito de verdade praticado pelas ciências contemporâneas e o das normativas à projeção normativa praticada no direito garantido pelo Estado moderno. Em ambos os casos o avanço da evolução acarretou o desenvolvimento de diversas estratégias de minimização de riscos, dentre as quais, a normatividade do esperar se constitui como uma das principais formas sociais de neutralização de possibilidades indesejadas, como se o direito fosse a negação do futuro como horizonte temporal que se mantém em aberto a outras possibilidades. A compreensão é que a segurança do esperar, como se o futuro estivesse estruturado, pronto, seja através de estratégias psíquicas ou da fixação de normas sociais (como por exemplo, a fixação de um sinal de trânsito, que permite a *alter* esperar que *ego* saiba que deve parar no sinal vermelho), é a base da interação e até mais significativa para a

sociedade do que a própria satisfação, caso a caso, da expectativa (LUHMANN, 1983, p. 55, p. 52).

Essa diferenciação elementar da sociologia do direito acompanha Luhmann até a fase madura de sua produção acadêmica, embora com alguns reparos na fase final de seu pensamento, conforme se nota em referência feita por ele de forma retrospectiva, quando da publicação de sua obra síntese sobre o direito: "en la distinción entre expectativas cognitivas y expectativas normativas el problema era si la sociedad estaba dotada de la disposición a aprender, de si podía adaptarse a los constantes desengaños de sus expectativas" (LUHMANN, 2005b, p. 630-631). A par dela, caracteriza-se o normatizar como generalizar expectativas normativas desapontadas, de maneira que, quando a sociedade se recusa a abdicar de uma expectativa frustrada, formam-se normas sociais, isto é, expectativas de que determinadas expectativas, embora não se cumpram, seguem válidas como tal. Nisso consiste o símbolo do dever ser, uma identidade de sentido que expressa a expectativa de uma vigência contrafática, que imprime ao conceito de norma uma inerência da noção de vigência. Daí, no contexto da sociologia sistêmica, considerar-se que toda norma vige, independentemente, de sua satisfação fática (ou não).

Toda norma pressupõe uma expectativa. Somente em face de desvios que contrariem determinada expectativa, esta se torna norma, isto é, "sólo en el caso de la variación surge el interés por aquellos aspectos de la selección que se pueden reutilizar" (LUHMANN, 2005b, p. 323). Na medida em que expectativas sociais não são desapontadas elas se tornam tão autoevidentes que dispensam a normatização e, evidentemente, é muitíssimo mais amplo o contexto das situações em que isso ocorre, a exemplo das expectativas de distância que os parceiros devem manter em uma conversação ou em relação às sequências de alguns tipos de comunicação, a ponto de fazer soar absurdo, que se tente desenvolver uma conversa presencial a 5 metros de distância do parceiro ou que a um "bom dia" se retruque: que dia, até quando, em que sentido? Nesses casos, a expectativa se manifesta de forma direta e quase inconsciente, que sequer se imagina a possibilidade de um desapontamento (LUHMANN, 1983, p. 59). Uma norma é a estrutura de sentido vigente que reforça a indiferença em relação ao futuro traduzida por uma expectativa.

Enquanto o conceito de expectativa significa esperar, de maneira indiferente em relação ao futuro, e tentar transcender além daquilo que poderia ocorrer inesperadamente, o de norma ou estrutura "reforça essa indiferença contra eventos futuros imprevisíveis" (LUHMANN, 1985, p. 166). Por isso, todas as estruturas dos sistemas sociais "son estructuras de expectativas que presentan algunas posibilidades de comunicación hacia las cuales el sistema se puede orientar" (CORSI; ESPOSITO; BARALDI, 1996, p. 73). As estruturas vigentes de um sistema social são expectativas que indicam a seleção de relação entre comunicações (ou pensamentos) através da repetição de identidades de sentido em contextos distintos ⁴⁵ (CORSI; ESPOSITO; BARALDI, 1996, p. 73). Essa compreensão de vigência das normas sociais, como acima delineada, fundamenta-se na complexidade social, isto é, na impossibilidade fática de obter concordâncias e divergências em todos os momentos e para todas as expectativas de todas as pessoas (LUHMANN, 1983, p. 53). Nesse sentido, o conceito sociológico de norma, como expectativa de expectativa ou expectativa reflexiva, aparta-se radicalmente do conceito de norma corrente na literatura jurídica, conforme esclarece Luhmann:

de modo distinto a como se define en la literatura teórica del derecho ampliamente difundida, el concepto de norma no se define echando mano de características esenciales de la norma, sino mediante una distinción, la distinción: posibilidades de comportamiento en caso de que la expectativa se frustre; o se renuncia a la expectativa a causa de la decepción, o se mantiene la expectativa, a pesar de la decepción. [...] Por lo tanto, el concepto de norma determina un lado de una forma que tiene (también) dos lados. Sin este otro lado, la norma no existiría. [...] El concepto de norma es el resultado de la opción que tiene un observador y que sólo se actualiza empíricamente, cuando alguien distingue, utilizando precisamente esa forma" (LUHMANN, 2005b, p. 190-191).

Na dimensão temporal do sentido, uma norma é a identidade de uma expectativa, isto é, uma forma de simplificação e generalização que evidencia uma duração contra fatos indesejados: "una expectativa de conducta que se estabiliza

⁴⁵ Esta noção de estrutura tem um significado especial para o entendimento da sociologia direito no panorama geral da sociologia sistêmica e se relaciona com a compreensão de Luhmann sobre o tempo. Estrutura é algo que reforça a indiferença em relação ao futuro e que, de certa forma, produz um tipo de autoevidência. Diante disso, a tarefa da sociologia, como esboçada no tópico 1.1, seria, justamente, problematizar a ilusão daí decorrente, de maneira a oferecer uma descrição da realidade do direito com maior grau de complicação e de riqueza em alternativas. É por isso que, imagino, foi adotada essa linha de reflexão para repensar a sociologia do direito tradicional, considerando, neste caso, que a distinção *ser/dever* ser adquiriu a forma de uma estrutura. Considerando-a uma contingência que determinava os limites da disciplina, Luhmann procurou ver outras possibilidades, e nisso, encontrou no pano-de-fundo da disciplina a distinção *expectativa normativa/expectativa cognitiva*.

incluso en contra de los hechos (contrafácticamente)" (LUHMANN, 2005b, p. 191). A função de toda norma social (costumes, normas morais, normas jurídicas etc) é "prepararse, al menos en el nivel de la expectativas, ante un futuro incierto" (LUHMANN, 2005b, p. 192). Com relação a isso, observa-se que se a frustração de uma expectativa simples é resolvida pela normatização, a frustração da norma é enfrentada nos sistemas sociais por mecanismos especializados no processamento de desilusões, isto é, explicações: "processos simbólicos de exposição das expectativas e de tratamento do evento desapontador" (LUHMANN, 1983, p. 67). Como identidade de sentido, a sociedade processa o desapontamento de todas as normas sociais não para impô-las eficazmente, mas sim para criar a possibilidade de expectativas normativas contrafáticas, que se antecipem aos desapontamentos, seja através de sanções sobrenaturais, do escândalo, de sanções jurídicas etc. De todo modo, qualquer explicação somente se dá a conhecer na comunicação, conforme delineada anteriormente, através da qual usa-se a argumentação; exigem-se, apresentam-se ou aceitam-se esclarecimentos, justificativas, desculpas ou escusas recorrendo-se ao sentido (LUHMANN, 1983).

No que tange especificamente ao sistema jurídico moderno, Luhmann esclarece que "a explicação através da bruxaria foi substituída por uma explicação amplamente fictícia: a suposição de culpa individual" (LUHMANN, 1983, p. 71). A explicação da culpa estabiliza no plano temporal as normas jurídicas, na medida em que a explicação em si do comportamento desapontador de uma expectativa já pressupõe a norma que permite interpretá-lo como desvio. De certa forma, a própria explicação confirma a existência da norma⁴⁶ e eventuais sanções "representam o interesse puramente temporal da estabilização contrafática" (LUHMANN, 1983, p. 116). Evidentemente, na vida cotidiana há uma variedade considerável de explicações de desapontamentos e formas de reação sem característica de sanção, como a utilização de aspectos não verbais. De fato, a sanção somente se manifesta

⁴⁶ Isto porque, quando se explica, desculpa-se ou justifica-se algo se está, indiretamente, afirmando que não é a expectativa que está errada, mas o comportamento é que está errado ou desviante: "não se trata de esclarecer um erro, mas de questionar o comportamento. Dessa forma a norma já está salva, e aquele que a rompe está quase que perdido. Apesar da discrepância ter sido igualmente causada por ambos os lados" (LUHMANN, 1983, p. 68-69). Raciocinemos com a seguinte passagem Bíblica (a lei do pecado): "Que diremos, pois? É a lei pecado? De modo nenhum! Mas eu não teria conhecido o pecado, senão por intermédio da lei; pois não teria eu conhecido a cobiça, se a lei não o dissera" (ROMANOS, 7:7). Há algo de familiar nisso com o raciocínio de Luhmann. A interpretação dessa passagem ilustra que, sem a norma, a cobiça seria tão somente um comportamento qualquer. Tomando-se a Bíblia como parâmetro, o sistema religioso qualifica o comportamento.

em alguns casos e é justamente por isso que se deve ter cuidado com definições do conceito sociológico de norma por meio da disposição ao uso de sanções nos casos de sua transgressão. Recorrer à sanção para explicar o conceito de norma, conforme esclarece Luhmann, é uma estratégia que restringe demasiadamente o problema e parte de uma contradição, na medida em que não considera que, em muitos casos, aquele que espera e aquele que desaponta "cooperam para reabilitar a norma atingida" (LUHMANN, 1983, p. 73).

Da forma como aqui se tem pontuado, todos os sistemas sociais normatizam expectativas, de maneira que, com a evolução social, aumentam os conflitos entre as normas dos diversos sistemas, tornando-se necessário saber quais normas são válidas para toda a sociedade. É aí que o direito entra, assumindo a função de resolver este problema, através da institucionalização de "*processos específicos, por meio dos quais são tomadas decisões institucionalizadas como possuindo efeito vinculativo coletivo*" (LUHMANN, 1983, p. 117). A ponderação de Luhmann é que, se na sociedade arcaica era possível o consenso fático, na sociedade moderna, este é antecipado "como pressuposto, não mais precisando, em geral, ser concretamente expresso" (LUHMANN, 1983, p. 80). Com isso os terceiros perdem, no que tange à institucionalização de normas, sua função de *alter ego* e a co-participação institucionalizante é substituída pelo anonimato (LUHMANN, 1983, p. 90). Nesse contexto, como a institucionalização sempre inclui terceiros, que não podem participar de tudo, considera-se que "todos são potenciais terceiros entre si" (LUHMANN, 1983, p. 78). Terceiros precisam ser cortejados, motivados, conduzidos ao papel de espectadores para poderem afirmar se concordam ou discordam com algo e, por isso, a eles não é confiada a institucionalização. Em um mundo complexo como é o moderno, a atenção consciente de terceiros é escassa e é, na suposta opinião de desconhecidos, de terceiros anônimos, que se sustenta a instituição através de papéis profissionais como o de juiz (LUHMANN, 1983, p. 79).

Na medida em que, no âmbito dos estados de direito, normas produzidas em diversos sistemas sociais (por exemplo, um edital de seleção para um curso de Doutorado) podem ser submetidas à apreciação do Poder Judiciário, que tem, digamos assim, a última palavra sobre a norma, a institucionalização de normas

válidas para a sociedade se expressa através de uma decisão judicial⁴⁷, que, de certa forma, é a identidade de uma expectativa na dimensão social. Como se percebe, diferentemente da concepção Kelsiana, a fundamentação do direito de Luhmann não se explica no sentido de "uma norma superior justificando a inferior, ou do estável sustentando o instável, mas sim ao contrário: é aquele mecanismo que gera as possibilidades do esperar-se normativamente" (1983, p. 76). Mas, como isso se tornou possível confiar a um indivíduo a função de identificar normas válidas para todos, especialmente quando quase todos não o conhecem? Como se sustenta socialmente, por exemplo, que um juiz afirme a norma válida em uma situação que repercute no processo político relativo ao governo do País, principalmente, quando pesa sobre ele dúvidas sobre sua imparcialidade? A explicação da sociologia sistêmica é que, em sociedades complexas, confia-se, para realizar a institucionalização, não em pessoas, mas em papéis e programas, isto é no fato de um anônimo ter sido selecionado segundo determinados requisitos, formado e reciclado para desempenhar tal papel; e no fato de que o mesmo atuará segundo determinados programas, isto é, normas verbalmente fixadas para a tomada de decisão.

Papéis generalizam expectativas sociais através da indiferença em relação às pessoas que os executam, de forma que, quando estas frustram uma expectativa se imputa a elas e não ao papel a frustração, de forma que o papel fique a salvo de questionamentos sociais que o coloquem em risco (LUHMANN, 1983, p. 102). O mesmo ocorre com os programas, em um grau mais elevado ainda de abstração, na medida em que estes podem ser avaliados ou modificados sem que as pessoas ou os papéis sejam modificados. O argumento é que o consenso fático enquanto uma concordância sincrônica no tempo de todos os interessados é raro e muito difícil um pleno consenso como fundamento da institucionalização, que se volta, então, apenas para umas poucas situações sociais, de maneira que, "o consenso social geral só precise ser coberto pela experiência atual de algumas pessoas, em alguns sentidos e em alguns momentos" (LUHMANN, 1983, p. 80). Nesta perspectiva, as instituições se fundamentam não na concordância fática de determináveis manifestações de opiniões, mas sim no sucesso ao superestimá-las:

⁴⁷ O que sustenta a institucionalização do próprio direito é a suposição do consenso (LUHMANN, 1983, p. 91-92).

sua continuidade está garantida enquanto quase todos suponham que quase todos concordem; e possivelmente até mesmo enquanto quase todos suponham que quase todos suponham que quase todos concordem. [...] Constituídas sobre a areia movediça da experiência concreta, através de mecanismos de seleção, as instituições podem tornar-se amplamente independentes da distribuição fática das experiências reais com respeito a temas e momentos, e também das entradas e saídas de seus participantes, passando então a moldar elas mesmas a estrutura de expectativas desses processos. Ao nível das expectativas sobre expectativas de terceiros, elas atingem um grau tão característico de sedimentação, ao ponto de não mais tolerarem um recurso à realidade concreta das opiniões e do comportamento (LUHMANN, 1983, p. 85).

O fato de todos os sistemas sociais generalizarem normas também proporciona um alto grau de discrepância de significados com relação às mesmas realidades sociais, como por exemplo, com relação a noções como justiça, igualdade, exploração, abuso etc. Cada sistema social desenvolve uma semântica própria com relação a determinados temas e isso gera a possibilidade de que as expectativas se bloqueiem mutuamente. Vários sistemas sociais conferem um significado particular ao crime, por exemplo, mas somente o sistema jurídico diz, caso a caso, os comportamentos que configuram o crime e o faz seguindo certos programas da Constituição Federal, do Código Penal e do Código de Processo Penal etc, além de inúmeras abstrações sedimentadas pela dogmática jurídica. Nesta perspectiva o sentido jurídico das palavras estabiliza expectativas na dimensão objetiva.

De um modo geral, sociologicamente o direito é uma forma de generalizar congruentemente expectativas comportamentais⁴⁸ e, nesse sentido, o ele existe em qualquer sociedade, embora seu grau de diferenciação se modifique "na medida em que a complexidade da sociedade aumenta" (LUHMANN, 1983, p. 119). Na dimensão temporal, as expectativas normativas são estabilizadas contra frustrações através da normatização, isto é, através da produção de normas que dispõem de mecanismos para o processamento de frustrações. Assim, do ponto de vista temporal, uma norma representa a duração de uma expectativa. Na dimensão social, a estabilização ocorre através da institucionalização que, na sociedade

⁴⁸ "Generalizar significa imunizar simbolicamente expectativas contra outras possibilidades, isto é, reduzir a complexidade através da indiferença" (LUHMANN, 1983, p. 110). Quando se fala em generalização congruente "não se esconde o fato de que a generalização significa exigências altamente discrepantes em cada uma das dimensões nem permite supor que se processe continuamente de modo idêntico, como que referido a uma espécie de verdade natural ou que sempre generalizem as mesmas expectativas" (LUHMANN, 1983, p. 110).

moderna, apoia-se na suposição de um consenso fático, isto é, no consenso suposto e na institucionalização do próprio ato de institucionalizar através de papéis e programa, que tornam certas expectativas independentes de aprovação individual caso a caso. Na dimensão objetiva as expectativas são estruturadas através da fixação de um sentido idêntico, que, no contexto dos sistemas jurídicos contemporâneos, passa por diversos planos de abstração, conforme veremos adiante (LUHMANN, 1983, p. 109-110). Do ponto de vista da sociedade, o direito é uma forma de minimização de riscos: "o risco é amenizado na medida em que se apresentem, para enfrentá-lo, diferentes formas correspondentes de encaminhamento das expectativas" (LUHMANN, 1983, p. 114).

A concepção sociológica do direito não significa, obviamente, que ele elimine projeções normativas, institucionalizações, identificações ou ações divergentes. Mas, somente que ele oferece uma segurança que não existe no mundo da natureza. Segurança jamais é certeza na perspectiva luhmanniana e a decepção é sempre uma realidade inerente ao futuro. O que a perspectiva sistêmica enfatiza é que, embora todas as normas jurídicas possam ser desapontadas, "el derecho no puede estar continuamente diciendo: usted tiene razón, pero desgraciadamente no podemos ayudarlo" (LUHMANN, 2005b, p. 210). O direito precisa, ao menos, oferecer substitutos para o esperado (multas, indenizações etc.) e ter a capacidade de impô-las, isto se quiser oferecer uma segurança mínima no esperar dos outros (LUHMANN, 2005b, p. 209). Seja como for, a função imediata do direito não pode ser compreendida como imposição jurídica do comportamento normatizado, garantia do controle social, integração social, inclusão de indivíduos na sociedade ou a condução da sociedade como um todo (LUHMANN, 2005b, p. 201-209). Conforme veremos em seguida, a noção de programa condicional exclui justamente isso.

Desde a modernidade, o sistema jurídico desempenha sua função como um sistema autopoiético, autorreferencial, fechado operacionalmente e aberto do ponto de vista cognitivo. O direito desempenha sua função como uma espécie de memória social, substituindo aquilo que, nos primórdios da humanidade, era exercido pela memória⁴⁹ dos vivos; e, depois, pelo registro escrito como forma de

⁴⁹ Em Luhmann, "la memoria no es simplemente la provisión de los hechos pasados, sino en primera línea un modo de organizar el acceso a la información. Es esta organización, y no lo que realmente

"limitación de aquello que se debe conservar en calidad de premisa para los tratamientos de casos futuros" (LUHMANN, 2005b, p. 174). Desde os primeiros processos de comunicação, as sociedades que já dispunham da comunicação verbal dependiam ainda da memória dos sistemas psíquicos, de sua capacidade de esquecer, recordar e narrar plausivelmente o que se sucedeu a quem não o presenciou. Desde que a escrita se tornou disponível, perdeu-se essa facilidade de esquecer, descartar, e reconstruir o passado, como se a memória da sociedade se endurecesse com a escrita e se descondicionasse psiquicamente. Na medida em que a escrita assumiu a função de memória social, o direito variou do domínio da repetição para o domínio da representação; e da coerência ritual para a coerência textual: "la escritura se vuelve condición de validez del derecho" (LUHMANN, 2005b, p. 312)⁵⁰. O direito "ya no se puede conocer simplemente por el séquito de apoyo al juramento que los partidarios pongán a disposición" (LUHMANN, 2005b, p. 316). Implica dizer:

se debe recordar únicamente el derecho que ya ha sido comprobado, y no el puramente afirmado; se deben recordar sólo los aspectos normativos del caso y no la argumentación lograda en circunstancias discutidas. Es decir, se debe tener en la memoria sólo aquello que realmente ha servido para la puesta en marcha de la autopoiesis y que pueda ser reutilizado para ese fin (LUHMANN, 2005b, p. 177).

Ao mesmo tempo, o direito passou a pressupor que, nas relações sociais, os outros são capazes de manejar a diferença entre signo e sentido, isto é, difundiu-se socialmente que "los signos de la escritura no son el derecho mismo, sino que únicamente lo expresan" (LUHMANN, 2005b, p. 316). Cada vez mais, em contraposição à tradição oral, na qual as dúvidas sobre as expectativas sociais eram sanadas *in loco*, nos contextos de interação face à face, a escrita simbolizou o ausente, suscitando medidas condicionais para sanar dúvidas comuns às produções de direito escrito. Inicialmente, esse problema foi resolvido por uma semântica de

sucedió en el pasado, lo decisivo para la realización de las operaciones concretas del sistema - que se efectúan siempre en el presente (LUHMANN, 2005b, p. 175).

⁵⁰ Na medida em que a escrita fixa normas em textos, "el sistema se encuentra aferrado a su propia memoria. Olvidar será algo que se vuelva más difícil, y habrá que contar con la permanente referencia a normas que, por accidente, fueron dejadas de lado" (LUHMANN, 2005b, p. 102). É por isso que na transição da Idade Média para a Moderna, no direito desenvolveram-se: 1) "la doctrina del derecho y la habilidad profesional para ocuparse eventualmente de los textos - para el caso de los casos; y 2) el aceptar los cambios en las normas que, mediante un proceso adecuado, se introducen en el sistema mismo - lo que se tendrá como un equivalente funcional del olvido" (LUHMANN, 2005b, p. 175).

caráter religioso, fundamentando-se supralegalmente o direito com base na vontade divina. Na medida em que a escrita se torna disponível em formas fáceis de perceber (fonética, alfabeto), os textos jurídicos se diferenciam dos textos religiosos: "el derecho se vuelve autónomo en el sentido de que no sólo utiliza la escritura, sino que se apoya en una clase de textos que se deslindan de otros" (LUHMANN, 2005b, p. 315). Isso ensejou o desenvolvimento da hermenêutica e, desde então, as leis são usadas como informações que perdem seu valor informativo na medida em que são reutilizadas:

la estabilidad precaria y contrafáctica de la que se cree capaz la expectativa normativa se equilibra mediante la forma escrita⁵¹. Como no se puede saber si las expectativas se cumplirán y porque no se quiere ceder, aprendiendo, en el caso de que las expectativas no se cumplan, resulta siempre ventajoso renovar la información sobre aquello que es válido (LUHMANN, 2005b, p. 317).

A superação da tradição oral do direito e a fixação de expectativas normativas (estruturas do direito/normas) em textos escritos tornou possível distinguir conflitos jurídicos de simples desenganos e ensejou a administração de conflitos verbalizados através do desenvolvimento de procedimentos, apoiados no princípio de uns poucos em lugar de todos, para a decisão sobre quem está com direito. Com o desenvolvimento de procedimentos, tornou-se possível "que sea suficiente que algunos (jueces, legisladores) consideren obligatorio para todos la validez de las normas, con tal de que así lo decidan" (LUHMANN, 2005b, p. 323). Isso substituiu o consenso como condição de validez do direito, tornando possível "una mayor especificación de las normas y una sensibilidad elaborada para los problemas jurídicos y para las insuficiencias de una situación normativa existente" (LUHMANN, 2005b, p. 323). As estruturas clericais da Idade Média viabilizaram essa segunda transição que, no limite, resultou na diferenciação funcional da sociedade moderna, quando "el principio de *unos en lugar de todos*" es substituido por el principio neutro de: sistema del derecho de la sociedad" (LUHMANN, 2005b, p. 324). A evolução do direito⁵², nesse sentido, não é nem cega nem intencional, nem muito

⁵¹ Isso não significa que a estabilidade das expectativas sociais repouse nos signos linguísticos: "no existe ningún interés por la estabilidad del sentido en sí" (LUHMANN, 2005b, p. 317).

⁵² Vale a pena reafirmar, evolução não é um termo que signifique aumento do grau de felicidade dos seres humanos nem muito menos que reflita o estado fático que a sociedade alcançou. Cuida-se de um tipo de processo que ocorre quando se acoplam diferentes condições (variação, seleção e estabilização do sistema): "la evolución no es un proceso de planificación [...] la evolución no es un

menos uma reação ponto a ponto a impulsos exteriores ao direito: "opera circularmente ante los impulsos externos: en parte, responde con variación; en parte, reacciona con estabilidad para volver a impulsar las innovaciones" (LUHMANN, 2005b, p. 339). Segundo esta concepção circular, o direito se retroalimenta, cultiva a si mesmo, por meio de intervenções reguladoras na vida cotidiana ao produzir situações que, tão logo se tornem realidade, tornam-se parâmetros para conflitos que demandam outras soluções e, portanto, mais produção de direito.

Com os procedimentos especificamente jurídicos "ya no argumentan únicamente *ad hoc* ni tampoco *ad hominem* [...] ya no procede tampoco la institución de confirmación de las pretensiones legales por medio del juramento y de los conjurantes" (LUHMANN, 2005b, p. 324). Em vez disso, formam-se, no direito, conceitos e regras de decisão aos quais se refere à argumentação jurídica. Em longo prazo, isso redundou na produção de termos e máximas, princípios e regras, conceitos dialéticos e uma doutrina reguladora de casos particulares. Fixaram-se por escritos ditames (e não apenas leis) na busca pela sistematização conceitual, de maneira que, a tradição prática do direito se condensou em uns poucos livros; e, com o advento da imprensa, "se abre la posibilidad (y la necesidad) de simplificar, sistematizar y proceder metódicamente; lo que acabará por marcar a la ciencia jurídica continental" (LUHMANN, 2005b, pp. 334-335). Tem-se, agora, uma dogmática jurídica que leva em conta a sistemática conceitual e a coerência histórica que conduz à expansão dos institutos jurídicos: "la estabilización y reestabilización del derecho se desplaza de la validez simple (y casi siempre religiosa) hacia las *normas de su consistencia*" (LUHMANN, 2005b, p. 337). O direito é, então, considerado como um sistema:

como totalidad de soluciones aplicadas de manera consistente y que se seleccione una para el problema existente; que en la interpretación de la ley se suponga que el legislador quería proceder de una cierta manera y que, en el caso de que no se pudiera encontrar ninguna regla, que el juez introduzca una que sea adecuada al caso y que se pueda generalizar. En este sentido, el derecho vigente se impulsa a sí mismo hacia la innovación, pero también a conservar la estabilidad (LUHMANN, 2005b, p. 339).

Com a democratização do sistema político e com a canalização da influência política na legislação, nos séculos XIX e XX, ocorreu um aumento massivo

proceso que se dirige hacia una meta, sino un producto colateral no intencionado: un resultado epigenético que simplemente se da" (LUHMANN, 2005b, p. 330). A evolução do direito "opera circularmente ante los impulsos externos: en parte, responde con variación; en parte, reacciona con estabilidad para volver a impulsar las innovaciones" (LUHMANN, 2005b, p. 339).

da legislação: "ya no son únicamente los conflictos los que hacen variar el derecho - y que en caso dado son ocasión para preferir otras reglas -, sino la política que persigue sus propios propósitos" (LUHMANN, 2005b, p. 340). Nesse contexto, cada vez menos as leis se interessam pela consistência, o que demanda do direito um apoio na interpretação que "realiza una prueba de consistencia al examinar qué comprensión de una norma cabe en el contexto de otras" (LUHMANN, 2005b, p. 340). Através do recurso à ambiguidade, a conceitos jurídicos indeterminados e em formulas de ponderação "los tribunales llegan sí a soluciones *ad hoc* aparentemente adecuadas" (LUHMANN, 2005b, p. 341). Assim, como resultado da evolução, "para el sistema del derecho existe sólo el derecho positivo. Es decir: sólo existe el derecho que entra en vigor mediante el derecho mismo, a través del símbolo de la validez jurídica" (LUHMANN, 2005b, p. 342). Segundo Luhmann, isso se aplica tanto à tradição do direito civil continental como à tradição do *Common Law*⁵³. A validez do direito, nessa perspectiva, "no radica en la unidad sino en la diferencia. La validez no se puede ver, no se puede encontrar: se da simplemente en la reproducción permanente" (LUHMANN, 2005b, pp. 342-343).

Com relação a tudo isso, a violência física sempre foi um pressuposto. Antes de o sistema jurídico ter se fechado em sua operação, a solução de conflitos se dava de maneira violenta, como se houvesse uma integração entre a violência física e direito e isso era considerado algo normal "hasta la alta Edad Media" (LUHMANN, 2005b, p. 344). A desintegração ocorreu quando a política "asumió el control de la violencia física y prometió la paz" (LUHMANN, 2005b, p. 344). Desde então, o direito está acoplado estruturalmente à política, de modo que "la acción penal, ahora, no se concebirá en primer lugar como lesión - que se puede defender o sobre la que se puede demandar satisfacción - a una víctima; sino como lesión a la ley penal misma" (LUHMANN, 2005b, p. 344). A proteção de bens jurídicos que depende, agora, da mediação do legislador, como se a semântica *nulla poena sine*

⁵³ A referência à tradição de direito civil continental indica a referência ao direito escrito. Com relação à tradição do *common law*, o dicionário jurídico inglês-português esclarece: "o *common law* não tem origem certa e designa, na origem, o conjunto de princípio e normas gerais do direito que dispõe sobre a propriedade, a posse, o uso, a transmissão da herança e a conduta dos indivíduos, que foram obedecidos desde a mais remota antiguidade, baseados nos usos e costumes imemoriais e consubstanciados nas decisões judiciais, em oposição à *lex scripta* (direito escrito) emanado dos éditos reais ou do poder legislativo, e cujo poder vinculante e força de lei eram gerados por esse mesmo uso imemorial e pela aceitação universal de todos" (MELLO, 2006, p. 593).

*lege*⁵⁴ indicasse que "el derecho original de responder a la violencia con violencia se ha roto: el Estado es el único actor facultado para ello" (LUHMANN, 2005b, p. 345). O direito corta a referência externa à violência, que domina o fato, e a substitui pela autorreferência que passa a se relacionar com a vontade geral dos detentores do poder político. Dessa forma, a violência se ajusta através dos procedimentos judiciais autorregularizados, de forma que, não mais se admite juridicamente a realização violenta do direito, salvo em casos limites como a legítima defesa. Nestes casos, em que o próprio direito considera lícito o uso da violência por particulares, revela-se um paradoxo integrado ao sistema: "*siempre que la violencia está en juego, aparece la paradoja de la codificación del derecho, pero en una forma tal que la paradoja se desenvuelve dentro del derecho a través de ciertos condicionamientos, y lo que se logra es que la paradoja se torne invisible*" (LUHMANN, 2005b, p. 347).

2.4 Sobre a produção de informações no sistema jurídico

Há tempos, o desenvolvimento de processos comunicacionais propriamente jurídicos promoveu uma autonomização das estruturas jurídicas e, com isso, o direito tendeu cada vez mais a liberar-se "dos entrelaçamentos com a linguagem, com as interpretações globalísticas do mundo, com a verdade, com a *praxis* racional e, finalmente, até mesmo com outras esferas normativas, entre elas principalmente a moral" (LUHMANN, 1983, p. 122-123). Com a chegada da modernidade, essa tendência se radicalizou, de forma que o sistema jurídico passou a se comportar como um sistema social autorreferencial e autopoietico, reconhecendo como suas operações próprias as comunicações jurídicas, e nada mais. Cabe lembrar que, no contexto da produção das obras Sociologia do Direito I e Sociologia do Direito II, Luhmann caratecrizava o direito como "*estructura de um sistema social que se baseia na generalização congruente de expectativas comportamentais normativas*" (LUHMANN, 1983, p. 121). O *Direito da Sociedade* é uma fase a mais no pensamento do autor em que o direito é apenas um sistema social especializado entre outros, não estando no topo da sociedade como um metasistema, como descreviam as concepções europeias tradicionais. O direito está

⁵⁴ É nula a pena se não há lei anterior que a defina.

ao lado dos outros sistemas sociais e se relaciona com eles em distintos níveis, com intercâmbios e atritos e nele o ser humano em sua totalidade não está incluído, mas acoplado por meio do sistema psíquico. Acredita-se, com Garcia, que tal descrição decorre da preocupação de Luhmann com a compreensão sociológica do direito moderno e não com a justificação do direito (GARCIA, 2005, p. 20. *In* LUHMANN, 2005b). A ponderação de Luhmann é que "los sistemas psíquicos observan el derecho (y no lo producen), de otro modo el derecho quedaría encerrado en la profundidad de aquello que Hegel alguna vez expresó: 'en la oscura interioridad de los pensamientos'. Por eso no es posible considerar a los sistemas psíquicos, a las conciencias, o a todo el ser humano, como una parte o como componentes internos del sistema de derecho" (LUHMANN, 2005b, p. 103-104).

Evidentemente, isso não implica afirmar "que haya derecho sin sociedad, sin hombres, sin las condiciones físico-químicas de nuestro planeta" (LUHMANN, 2005b, p.130). A sociedade é também comunicação, "no es, por lo tanto, sólo el entorno del sistema jurídico. Ella es en parte más, - en la medida en que incluye las operaciones del sistema jurídico; y en parte menos, - en la medida en que el sistema del derecho tiene que ver también con el entorno de la sociedad: realidades físicas y mentales de los seres humanos; fenómenos físicos, químicos y biológicos que el sistema jurídico declare relevantes" (LUHMANN, 2005b, p. 111). Certo é que, são as comunicações jurídicas que produzem o efeito diferenciador do sistema, de maneira que, após cada comunicação tem-se um novo sistema, como se o próprio sistema fosse cada acontecimento em torno do qual se processam informações. Significa dizer que, o sistema jurídico por completo sempre se coloca em jogo em cada operação singular e se reconstrói no momento em que se realiza cada comunicação jurídica. Justamente por isso, o sistema jurídico somente pode ser descrito através de uma observação de segunda ordem, isto é, uma segunda observação que leva em consideração outra realizada no passado, como por exemplo, uma decisão de um juiz ou tribunal. Nos termos da sociologia sistêmica, esclarecidos anteriormente, isto é algo empiricamente inevitável: "el sistema opera en el nivel de la observación de segundo orden: no sólo ocasionalmente, sino siempre" (LUHMANN, 2005b, p. 117).

Nessa perspectiva, o ponto de partida fundamental para realizar uma pesquisa sistêmica do direito é identificar as comunicações jurídicas pertinentes ao

foco da atenção do pesquisador. Considera-se comunicação jurídica toda aquela na qual um código de dois valores é usado como exigência de validade contrafática: "derecho/no derecho" (LUHMANN, 2005b, p. 123). Sempre que este código for manejado em uma observação de segunda ordem e produzir um efeito de inclusão e exclusão simultânea, está-se diante de uma comunicação jurídica. Sempre que o direito de *alter* e o não direito de *ego* se excluem mutuamente, está-se diante de uma comunicação jurídica e sempre que não for possível ordenar a comunicação com tal código, esta não pertence ao sistema jurídico, mas ao seu entorno social. O simples manejo do código por um observador de primeira ordem não é suficiente para produzir comunicação jurídica: "es indiferente respecto al hecho de si los observadores de primer orden - actores o víctimas -, clasifican su relación con el mundo de acuerdo al derecho o en desacuerdo a él" (LUHMANN, 2005b, p.126). Uma vez identificadas quais as comunicações jurídicas, segundo o critério do código, deve-se tentar compreender como elas se relacionam entre si, de forma a compor uma rede recursiva de informações.

A referência recursiva de uma comunicação jurídica a outra é proporcionada pelas normas, estruturas que, de forma circular, somente se manifestam nas próprias comunicações do sistema: "el sistema es el que en cada caso las utiliza o las deja de lado, las recuerda o las olvida" (LUHMANN, 2005b, p. 118). Isso só é possível porque o sistema jurídico funciona como um sistema autopoietico, isto é, como um sistema histórico que sempre parte de um estado imediatamente anterior que ele mesmo criou. As comunicações jurídicas desempenham, então, uma dupla função dentro do sistema: "ser factores de producción y ser conservadores de las estructuras" (LUHMANN, 2005b, p. 103-105). Essa descrição do funcionamento do sistema jurídico rompe com as descrições tradicionais das normas jurídicas que as dotam de qualidade ou substância diversa das comunicações. O fato de não se aceitar este tipo de explicação, tradicional no âmbito da teoria do direito, tem a ver com a forma como se compreende o tempo. Como se observou na seção 1.1 do presente capítulo, passado e futuro sempre são contemporâneos e relevantes apenas na simultaneidade, isto é, "son horizontes de tiempo de cada una de las operaciones y pueden tan sólo como tales ser distinguidos en el presente. Su enlace recursivo se produce únicamente en cada una de las operaciones actuales" (LUHMANN, 2005b, p. 101). Daí que, "las normas

adquieren estructura sólo cuando se las cita explícita o implícitamente; las expectativas sólo cuando se expresan en la comunicación" (LUHMANN, 2005b, p. 118).

Cada norma somente existe em uma comunicação, que sempre se dá no presente atual, de forma que a validez do direito não pode ser obtida a partir de uma hierarquia de normas. A validez sistêmica, complementando-se o que fora fixado na seção anterior, é sempre considerada unicamente um símbolo de associação que permite "cruzar de un lado al otro - cruzar el límite - del código derecho/no derecho" (LUHMANN, 2005b, p. 163). Refuta-se, assim, a compreensão clássica de Hans Kelsen segundo a qual a validez do direito seria obtida a partir de uma escala durável, hierárquica, que pode ser reutilizável em distintas ocasiões, olhando-se para cima ou para baixo da escala. A maneira kelsiana de fundamentar normativamente a validez, argumenta Luhmann, "se perdería en un regreso al infinito; o dicho de otro modo: tendría que presuponerse a sí mismo, tendría que presuponerse su propio etcétera" (LUHMANN, 2005b, p. 166). No contexto contemporâneo, com a intensificação da diferenciação entre direito e religião e direito e ciência, a validez jurídica torna-se inexplicável como algo derivado de uma hierarquia de normas que seja dada pela natureza ou pela lógica. Validez como um símbolo de associação "es un logro de la semántica de la modernidad" (LUHMANN, 2005b, p. 161). Não se trata de um símbolo de uma existência do acontecer jurídico, mas, tão somente, de um símbolo que se fundamenta na simultaneidade do tempo:

Simultaneidad significa: no poder influir causalmente ni saber lo que acontece en ese lapso de lo simultáneo; por eso se depende de las suposiciones, de la ficciones, de las imputaciones. Sobre la base de esa *incapacidad* se sostiene el símbolo de la validez. No se puede hacer otra cosa sino suponer, sin necesidad de análisis, que otras operaciones del sistema jurídico y de su entorno social y psíquico confirmarán, en un momento dado, el símbolo de la validez [...] todas las operaciones fácticas del sistema sociedad y de su entorno: todo lo que sucede, acontece simultáneamente en el ahora - y no en el pasado ni en el futuro [...] La validez del mañana es, con tal que la función del símbolo sea la misma, otra validez, ya que hoy se decidirá algo (LUHMANN, 2005b, p. 166).

Nesse sentido, a função da validez jurídica é apenas viabilizar a alternância das comunicações do sistema jurídico, possibilitar-lhe ir de uma comunicação à outra sem perder sua unidade, permitindo-o, com isso, identificar uma comunicação como típica do sistema (LUHMANN, 2005b, p. 155-159). Validez é a unidade da diferença entre um estado de direito vigente anterior e um estado de

direito vigente posterior e indica que nenhuma comunicação do sistema pode se validar pontualmente, mas apenas de maneira recursiva: "la validez se asegura únicamente mediante la integración recursiva de las operaciones a la red, con el mínimo de esfuerzo con respecto a la información (redundancia)" (LUHMANN, 2005b, p. 166). Através da recursividade, o símbolo da validez se anexa às expectativas normativas manifestadas na comunicação jurídica, qualificando as normas como válidas (ou não). Com isso, o sistema jurídico se fecha do ponto de vista normativo e, ao mesmo tempo, abre-se do ponto de vista cognitivo (LUHMANN, 2005b, p. 162). Implica dizer, o direito observa-se e refere-se a si mesmo (auto-observação/autodescrição) exclusivamente por meio de seu código de referência e ao resto do mundo (heterorreferência) por meio de suas normas válidas.

Por um lado, a codificação assegura o fechamento normativo na medida em que o sistema emprega um código (e só um), "que no puede ser utilizado en ninguna otra parte en la sociedad" (LUHMANN, 2005b, p. 150). Fechamento normativo quer dizer que a moral não tem validez imediata dentro do sistema jurídico, embora seja possível a convergência de fundamentação entre direito e moral, definindo-se o direito como um mínimo ético. Contudo, tais coincidências, do ponto de vista empírico, "no tienen ninguna importancia dentro de la masa de decisiones de los tribunales y mucho menos en la orientación jurídica de la vida cotidiana" (LUHMANN, 2005b, p. 135). Por outro lado, a programação garante a abertura cognitiva especificando aspectos e ocasiões em que o sistema processa informações através de normas que assumem a forma de programas condicionais do tipo: "si está presente la realidad a, entonces la decisión x es conforme con el derecho; si no, no" (LUHMANN, 2005b, p. 140-149). Abertura cognitiva significa que o sistema jurídico só leva em consideração acontecimentos externos como informação gerada internamente: "sólo como '*difference that makes a difference*'" (LUHMANN, 2005b, p. 141). Se em face de um acontecimento exterior o sistema variou, isto se deve a que se tenha referido à aplicação do direito e, em última instância, ao código jurídico.

A descrição do funcionamento do sistema jurídico até aqui esboçada parte da constatação empírica de que, na modernidade, embora o esquematismo binário da moral seja o mesmo para toda a sociedade, os programas da moral (os critérios de distinção entre fato bom/fato mau ou entre bondade/maldade) não

produzem o consenso necessário para a tomada de decisões jurídicas. Na sociedade moderna, é a legislação escrita que oferece critérios de distinção claros para a tomada de decisões judiciais e serve como programação das decisões jurídicas e condição de validade da observação do código do direito. Em torno da legislação forma-se um subsistema no âmbito do sistema jurídico que se diferencia a partir da distinção entre membros e não membros do sistema e "*se sustenta en la reflexividad del proceso de normativo*" (LUHMANN, 2005b, p. 203). Apesar de tradicionalmente esse subsistema ser descrito como hierarquia de órgãos ou de normas, do ponto de vista sócio-sistêmico, seu processo primordial é a reprodução circular e recursiva de decisões jurídicas e a padronização de regras de procedimento que viabilizam a aplicação generalizada do direito para a estruturação dos problemas da vida cotidiana (LUHMANN, 2005b, p. 204).

À medida que a sociedade moderna intensificou sua diferenciação em sistemas, no direito, aumentou a necessidade de se afirmar, em sentido oficial, o que é conforme o direito (ou não). O sistema se tornou, então, mais dependente desse subsistema de tomada de decisões e este, ante a impossibilidade de garantir as co-expectativas de todos os interessados, conforme pontuado no tópico anterior, resulta indiferente frente à institucionalização da expectativa normativa: "todo depende de lo que decida el juez" (LUHMANN, 2005b, p. 206). Dessa forma, o direito moderno passa, cada vez mais, a ser posto à disposição dos usuários abstraindo-se o contexto social, como um custo que a sociedade moderna tem de pagar por tê-lo separado de seu nicho social (LUHMANN, 2005b, p. 207). Consequentemente, passa-se a depender muito mais do subsistema de decisões do que de um amplo apoio político: "el derecho es justamente más derecho cuando se puede esperar que la expectativa normativa se aguarde normativamente" (LUHMANN, 2005b, p. 201-202). Neste sentido, "el derecho no está determinado jerárquicamente (desde arriba), sino heterárquicamente: en forma colateral y estructurando las inmediaciones en forma de redes " (LUHMANN, 2005b, p. 201-202).

Depois da diferenciação do direito em tribunais, a observação imediata do direito, a observação de primeira ordem, através da qual se identifica se as expectativas normativas se cumprem ou se frustram é sobreposta com uma observação da observação, que "*se reserva el derecho de comprobar si la*

expectativa o la conducta decepcionante es (fue, será) de conformidad (o de no-conformidad) con el derecho" (LUHMANN, 2005b, p. 225). E, diante da codificação do direito, desenvolvida ao longo da história, demanda-se uma decisão entre dois valores do código jurídico (o positivo e o negativo), sempre postos simultaneamente à disposição do sistema. Isto permite ao sistema se irritar (estimular) permanentemente e realizar suas distinções próprias (LUHMANN, 2005b, p. 232). Os valores são simétricos, simultâneos, e se excluem mutuamente: "el valor positivo se aplica cuando un asunto coincide con las normas del sistema. El valor negativo se aplica cuando un asunto infringe las normas del sistema" (LUHMANN, 2005b, p. 236). Em face do código, o fechamento operativo do direito, depende apenas da regra segundo a qual tudo o que não é conforme ao direito está do lado do não-direito e vice-versa (LUHMANN, 2005b, p. 232).

Como sistema funcional, o direito produz suas distinções próprias identificando assuntos, estruturando comunicações através da codificação, e "no reconoce ninguna instancia externa que pudiera dictarle lo que es un 'asunto'" (LUHMANN, 2005b, p. 237). Como se observou quando da discussão sobre os meios de comunicação simbolicamente generalizados, na medida em que o código do direito se coloca na modernidade como código complementar do poder, ocorre uma tecnificação do direito, isto é, uma facilitação do cruzamento de um valor a outro: "el 'cruce' (*crossing*) de la frontera" (LUHMANN, 2005b, p. 242). Com isso, o êxito da identificação da comunicação que afirma se algo é jurídico (ou não) passa a depender de poucas condições técnicas e não das características pessoais do sujeito que realiza o cruzamento (LUHMANN, 2005b, p. 242). O direito moderno passa, assim, a reclamar de seus observadores somente a capacidade de saber observar condições sociais e mobilizar os segmentos correspondentes do conhecimento sobre o mundo que o direito considera relevante. Implica dizer: "primero hay que buscar en la legislación, y la pregunta es tan sólo, ¿dónde?" (LUHMANN, 2005b, p. 242). Apesar desse aspecto, a tecnificação do código é uma condição e estímulo à decisão racional, que pode funcionar como contraponto ao arbítrio, servindo ao desenvolvimento de uma racionalidade jurídica. Sem deduzir uma racionalidade para toda sociedade, a codificação permite ao sistema desenvolver uma racionalidade jurídica que serve como parâmetro para estabelecer, por exemplo, que certas pessoas boas não tenham capacidade para uma decisão

jurídica e que algumas más a tenham. Reduzem-se qualidades muito diferentes a uma forma de atribuição de valores, diferenciando a avaliação propriamente jurídica (decisões) das demais avaliações sociais, isto é, a forma de uma decisão jurídica, "que por principio también hubiera podido ser de otra manera" (LUHMANN, 2005b, p. 241).

A racionalidade do sistema jurídico, contudo, não pode jamais ser confundida com qualquer tipo de certeza, na medida em que, tal ilusão, eliminaria a contingência de todas as decisões do subsistema decisório. É inerente ao direito um *déficit* de definitividade permanente no sistema, levando a concluir que a reprodução do direito é "la reproducción de la posibilidad de reutilización del código" (LUHMANN, 2005b, p. 238). Como o sistema não oferece segurança absoluta e toda decisão que confirma o direito (ou o não-direito) produz, por sua vez, assuntos conforme-direito ou não-conforme-direito, não se poder descrever o direito como um sistema orientado teleologicamente, como se fosse dirigido a uma meta positiva; como se servisse, por exemplo, de instrumento para a sociedade alcançar um estágio qualquer de felicidade dos seres humanos, embora, eventualmente ele faça isso. Ademais, não há um estado final do sistema que se possa alcançar e toda orientação sistêmica como meta determinada só ocorre como episódio, como processos jurídicos que, regulados como episódios temporalmente limitados, são iniciados com uma demanda e concluídos com uma decisão (LUHMANN, 2005b).

O modelo de processos temporalmente limitados foi justamente o que permitiu ao sistema jurídico desenvolver sua autorreferencialidade, na medida em que lhe permitiram decidir sem introduzir "otros valores o supervalores (como puntos de vista religiosos, sentencias divinas, etcétera) al sistema" (LUHMANN, 2005b, p. 268). Finalizados os processos judiciais, tomada uma decisão, encerram-se as interações, mas não o próprio direito: "el derecho es una historia sin fin, un sistema autopoiético que sólo produce elementos para poder seguir produciendo más elementos: la codificación binaria es la forma estructural que garantiza precisamente eso" (LUHMANN, 2005b, p. 238). Do ponto de vista da autorreferencia, o código jurídico é uma forma de processamento de incertezas⁵⁵, que deixa em aberto os

⁵⁵ O princípio e o fim de todo sistema processual são marcas produzidas pelo próprio sistema. O que observam os observadores externos é unicamente a autoorganização do processo. As iniciativas externas só tem relevância como formas se o processo mesmo as identifica em qualidade de início. Nesta perspectiva, não são acontecimentos do mundo exterior ao processo - um acidente, um crime - o que iniciam o processo (LUHMANN, 2005b, p. 267).

critérios para a atribuição correta (ou equivocada) do que é conforme (ou não-conforme) com o direito. A sociologia sistêmica considera que a postergação da decisão e a produção de incerteza mediante processos jurídicos é a forma que a sociedade encontrou de legitimação do direito por meio de processos reflexivos, que permitem distinguir o sistema normativo do direito do sistema normativo da moral. Conforme esclarece Luhmann:

No existe ningún otro orden normativo que haya desarrollado una reflexividad tal que se realice a través de los procesos. Sólo se le encuentra en el derecho, y no, por ejemplo, en la moral. Y quizás es aquí donde se encuentra el criterio decisivo de delimitación de estas dos codificaciones, y que habilita al derecho, a diferencia de la moral, a ser un sistema autopoietico. Sólo el derecho dispone de las *secondary rules* tan discutidas desde Hart; sólo el derecho puede dudar, desde el derecho, de sí mismo; sólo el derecho dispone, en sus procesos, de formas que permiten asegurar a alguien legalmente de su situación ilegal; y sólo el derecho conoce los valores límite (incluidos o excluidos), de la indeterminación temporal de la cuestión jurídica. La moral puede tratar problemas de aplicación del código a sí misma pero sólo en forma de discursos fundantes, es decir, sólo en forma de una ética: sólo en forma de abstracciones semánticas cuyo valor de orientación permanece incierto (2005b, p. 270).

A compreensão sociológica de processos como produção de incerteza se contrapõe às concepções instrumentalistas dos processos jurídicos como procedimentos orientados a fins, comumente difundidos no âmbito jurídico. Compreende-se que, caso se afirme que um processo serve para realizar um fim, v.g. a justiça, ficaria sem resposta a pergunta sobre os processos que não cumprem tal expectativa. Como indaga Luhmann, eles não seriam processos? (LUHMANN, 2005b, p. 269). Imagina-se que a análise sociológica não pode deixar pendente de resposta tal questão, mas questionar o outro lado da moeda, a distinção que utiliza um observador quando designa algo como processo. Nesse sentido, é mais apropriado conceber processos como entrelaçamentos de programas condicionais e não de programas orientados por fins, uma vez que, estes obscurecem a diferença entre o futuro e o presente, cada vez mais importante na modernidade, com a diminuição da confiança no progresso (LUHMANN, 2005b, p. 257-258). Quanto mais considerações sobre fins uma decisão jurídica registra, maior a probabilidade de erro: "porque el futuro sigue siendo desconocido, aun para el juez. Las consideraciones sobre el fin lo exponen a una crítica empírica, y sólo la autoridad del cargo y la obligación de tomar una decisión, validan entonces el fallo" (LUHMANN,

2005b, p. 261). Nessa perspectiva, quando o direito instaura um processo, mais que buscar atingir a um fim, deflagra um tipo de jogo social que legitima o próprio direito:

Utiliza la incertidumbre para motivar las aportaciones, para alentar la participación, para ofrecer oportunidades (pero no resultados) y con ello llamar a los participantes a que colaboren; es decir, los convoca al reconocimiento, hasta que al fin se conviertan en prisioneros de su propia participación, teniendo pocas perspectivas de negar posteriormente la legitimidad del proceso (LUHMANN, 2005b, p. 267).

Assim como todo sistema codificado, o direito produz a busca por pontos de vista subsequentes como informações e, nisto, ou tem êxito ou desaparece; ou está adaptado ou não existe. E, o que permite a produção de informações no sistema são os programas, isto é, instruções suficientemente claras que indicam os pontos de vista a partir dos quais os valores do código direito/não-direito se atribuem corretamente ou erroneamente (LUHMANN, 2005b, p. 248). Compreende-se que, a partir da Idade Média, a programação do direito através da legislação passou a ser utilizada para reintegrar o direito na sociedade, de maneira que, prescindiu-se do direito natural e passou-se a considerar os programas condicionais como suplementos da codificação e, desde então, estes "sirven para dar direccionalidad a la semántica condicionada por un (y solo un) código. Por ello, el 'derecho positivo' existe ahora ya únicamente producido en el propio sistema jurídico" (LUHMANN, 2005b, p. 251). Por fim, quando na modernidade se instituiu a proibição de denegação de sentença⁵⁶, instaurou-se uma forma de reprodução de normas jurídicas que acabou por criar uma impressão de que o direito se reproduz através de suas próprias normas, o que, de certa forma, ainda é comum entre os juristas. Do ponto de vista sociológico, contudo, não se pode apegar aos programas e esquecer o código, pois é este que garante a *autopoiesis* do direito e orienta sua observação:

el jurisconsulto puede dejar fuera de consideración que *toda fijación* del derecho produce un no-derecho correspondiente, y no obstante puede ver que hay casos en la práctica jurídica que son problemáticos y que, en caso dado, tienen que designarse como no-conforme-a-derecho [...] De la misma manera, el espectador de una obra de teatro, o el lector de una novela pueden observar y descubrir cómo en la historia presentada, los personajes se engañan a sí mismos y entre ellos; incluso puede saber que (en el caso de una novela policiaca) él mismo ha sido engañado para que siguiera una pista falsa. Pero sólo podrá observar todo eso mientras no considere al mismo tiempo que la propia narración es un engaño, y que no le corresponde ninguna realidad. La forma dentro de la forma representa la

⁵⁶ Isto, aliás, tem previsão na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro.

forma, y la paradoja de esta representación consiste precisamente en que se trata y, a la vez no se trata, de la misma distinción (LUHMANN, 2005b, p. 265).

Os programas condicionais do sistema jurídico instruem a relação entre autorreferência e heteroreferência, orientando o sistema para o ambiente e a estrutura deles é a fórmula *se isto/então isto*. Trata-se de uma forma primitiva que sobreviveu à diferenciação social moderna e que "se le encuentra muy tempranamente después de la introducción de la escritura en Mesopotamia, específicamente en los textos adivinatorios de las ciencias de la sabiduría, en los textos médicos y en los textos jurídicos (LUHMANN, 2005b, p. 255). Muito antes de existir a possibilidade de que os enunciados lógico-explicativos se remetessem a princípios ou regras de direito, já existia uma ordem garantida em forma de sentenças através da forma de programas condicionais (LUHMANN, 2005b, p. 255). Consequentemente, diante de programas condicionais, a atribuição dos valores do código jurídico depende "de aquello que en el momento de la decisión se considere como pasado" (LUHMANN, 2005b, p. 256). Implica dizer, o sistema jurídico opera "siempre como un sistema a posteriori, *i.e.*, como un sistema retroalimentado" (LUHMANN, 2005b, p. 256). É por isso que o observador sociológico pode descrever a praxis jurídica como uma tautologia: "derecho es lo que el derecho denomina derecho" (LUHMANN, 2005b, p. 262).

Os programas acoplam estruturalmente o sistema jurídico com seu ambiente, permitindo que se produzam no sistema surpresas, irritações, e se deflagre o processo de produção de informações. O acoplamento entre o sistema jurídico e os demais sistemas sociais não é algo que possa ser determinado livremente por um observador: "la forma «acoplamiento estructural» no constituye un tema normativo, como si pudiera ser prescrita" (LUHMANN, 2005b, p. 513). Pelo contrário, depende de observação histórica, levada a cabo empiricamente de maneira a evidenciar como se desenvolvem relações entre diversos sistemas. Com base em ampla pesquisa histórica, que não cabe aqui reproduzir, Luhmann argumenta que, a sociedade alcançou um grau tão elevado de complexidade que se diferenciou em sistemas funcionais que estão acoplados entre si. Na sociedade segmentária, "parece existir solamente el mecanismo general del acoplamiento estructural entre derecho y violencia" (LUHMANN, 2005b, p. 514). Na sociedade

estratificada, "el peso principal de un acoplamiento estructural de este tipo de la sociedad recae sobre la institución de la «casa en su totalidad»" (LUHMANN, 2005b, p. 515). E, desde os anos 1800, "las instituciones jurídicas de la propiedad y el contrato se adapten de tal modo que adquieran la capacidad de acoplar el sistema económico. Casi al mismo tiempo hace su aparición un concepto nuevo de Constitución para la relación entre sistema político y sistema de derecho" (LUHMANN, 2005b, p. 519).

Contemporaneamente, o sistema jurídico está acoplado estruturalmente "con el sistema político y con el sistema económico por medio de instituciones (Constitución, propiedad, contrato)" (LUHMANN, 2005b, p. 510). No que tange à sociedade como meio, o direito se acopla através de expectativas normativas: "la forma normativa de la expectativa se ajusta explícitamente a las sorpresas; supone el acoplamiento - aunque no precisamente la congruencia - entre los sistemas de conciencia y la comunicación" (LUHMANN, 2005b, p. 512). São estes acoplamentos estruturais que permitem ao sistema jurídico se irritar, considerando-se irritação uma forma pela qual o sistema percebe o entorno, "una forma de percepción *sin un correlato en el entorno*" (LUHMANN, 2005b, p. 510). O observador sociológico pode captar uma irritação do meio social ao sistema jurídico observando como este registra informação sobre "quién tiene la razón en caso de conflicto" (LUHMANN, 2005b, p. 510). A partir daí, é possível descrever as estruturas do sistema que foram mobilizadas para processar a surpresa ou, no caso de o registro ter sido feito nos termos do meio, descrever a corrupção do sistema jurídico (LUHMANN, 2005b, p. 513). Para tanto, ele precisa compreender a relação entre autorreferência e heterorreferência sistêmica, como assunto básico do sistema jurídico, através de uma observação de duas operações específicas do sistema: a interpretação jurídica das normas e a argumentação usada na construção do caso em torno do qual o sistema se concentra.

A interpretação constrói a autorreferência do sistema através de conceitos jurídicos, aquilo que é percebido no sistema como redundâncias e que "sirven para restringir las construcciones que son enlazables dentro del sistema y que pueden ser asociados con la circulación simbólica de la validez" (LUHMANN, 2005b, p. 458). Isto permite "el acometimiento (elegido libremente) sobre las distinciones que han sido conservadas, sin que haya necesidad de volver sobre el proceso que dio pie a

la secuencia: los conceptos, en su nuevo nivel, organizan distinciones emergentes"⁵⁷ (LUHMANN, 2005b, p. 449). Os conceitos jurídicos formam uma espécie de metatexto⁵⁸, que reforça a redundância do sistema permitindo-lhe acoplar distintos comportamentos a distintas consequências e conservar distinções para aplicação a casos futuros (LUHMANN, 2005b, p. 449). Exemplo disso são os conceitos de dolo e de culpa, por meio dos quais o sistema penal atribui a quem dá causa à morte de alguém, respectivamente, a pena de 6-20 (12-30) anos de reclusão ou de 1-3 de detenção, sem que o sistema político tenha definido o que seja dolo. Ao reforçarem redundâncias do sistema, os conceitos jurídicos distanciam a linguagem do direito da linguagem cotidiana, extraindo sua validade do contexto do próprio sistema jurídico.

A argumentação constrói a heterorreferência identificando os interesses que considera relevante proteger e que estão descritos em petições, protocolos, documentos notariais e ponderações que representam os interesses do mundo, desde que estejam apresentados como uma demanda de decisão judicial. Isto viabiliza a produção daquilo que o sistema percebe como informação e que, uma vez ingressado no sistema é formulada, segundo a autorreferência em termos jurídicos, o que "obliga al sistema (y únicamente a este sistema) a distinguir entre intereses legítimos e intereses ilegítimos" (LUHMANN, 2005b, p. 458). Imagine-se a situação na qual um militar, condenado por um determinado crime, pede ao Supremo Tribunal Federal a declaração de inconstitucionalidade de uma norma penal que restringe sua liberdade, por exemplo, impedindo a concessão da suspensão condicional da pena. O interesse, no caso, é a ampliação da liberdade do condenado. Luhmann esclarece a diferença entre conceitos e interesses:

Los conceptos son experiencia almacenada a partir de los casos jurídicos - pero que ya no se admiten como experiencias ni se discuten críticamente. Al contrario, los intereses remiten a los catalizadores de autoorganización de las relevancias que están en el entorno (LUHMANN, 2005b, p. 457).

⁵⁷ Segundo Luhmann, conceitos jurídicos são distinções que "llaman la atención sobre las diferencias y con esto delimitan el espectro para la argumentación de lo que puede ser considerado como parecido o como análogo" (LUHMANN, 2005b, p. 452). Eles não fornecem instruções suficientes para as decisões do sistema, diferentemente dos programas. São apenas "pedras de toque para las construcciones de derecho, las que, a su vez, están insertas en programas condicionales cuya relevancia práctica producen efectos retroactivos en los contornos de los conceptos" (LUHMANN, 2005b, p. 452).

⁵⁸ Texto que descreve ou explica outro texto (HOUAISS; VILLAR, 2001).

Com base nas operações de argumentação, o sistema jurídico desenvolve uma cultura própria e, desde a diferenciação da sociedade em sistemas funcionais, a argumentação enquanto elaboração de argumentos em vista de outros observadores se fecha recursivamente no nível da observação de segunda ordem. Como nos demais sistemas de função, a preparação da argumentação se apresenta sempre de forma abreviada, de forma que "la coordinación entre la autodescripción y la autodotación de sentido requiere de algo enfático que ya no puede cuestionarse más" (LUHMANN, 2005b, p. 468). Assim como os demais sistemas funcionais, o sistema jurídico desenvolve uma cultura argumentativa sustentada em "reglas conclusivas para lograr su autodotación de sentido" (LUHMANN, 2005b, p. 469). Essas regras tomam uma forma que já não se questiona mais: "se trata de 'la aplicación de la norma' y si es todavía necesario para la argumentación de 'comentario de un texto'" (LUHMANN, 2005b, p. 469). Quando se buscam os fundamentos últimos desta conclusão, tanto no caso de aplicação de normas como no de comentário de textos legais, esbarra-se na autorreferencialidade do sistema.

Em síntese, o sistema jurídico reage apenas a estados e condições próprias e com uma distinção de uso interno entre sistema e ambiente para produzir informações (LUHMANN, 2005b, p. 631). Isso depende da constância da função normativa sem a qual o direito não seria direito e que, na contemporaneidade, sofre uma tendência de temporalização: as normas jurídicas e sua validade "viven y se manejan como proyecciones temporales. Tienen una validez «provisional». Se experimentan con ello no sólo como algo contingente" (LUHMANN, 2005b, p. 632-633). Na sociedade moderna, as expectativas dirigidas ao direito se modificam, na medida em que "es cada vez más difícil exigir legitimidad en el sentido de una orientación dirigida por principios o valores indubitables y que tengan también, por ello, constancia temporal" (LUHMANN, 2005b, p. 633-634). Daí que "el derecho de la sociedad moderna *debe salir adelante sin un futuro cierto*" (LUHMANN, 2005b, p. 634). Embora ele ainda continue com a mesma função, reflète a imagem da própria sociedade moderna, vendo-se obrigado a se observar e se descrever como algo arriscado. Com o aumento da instabilidade temporal da estrutura normativa, o sistema jurídico diminui sua capacidade de oferecer segurança: "lo único que los riesgos adquieren en el sistema jurídico es una forma jurídica específica" (LUHMANN, 2005b, p. 637).

3 A DIFERENCIAÇÃO DO SUBSISTEMA PENAL MILITAR

Há divergências sobre a viabilidade da aplicação do pensamento de Niklas Luhmann para a compreensão do sistema jurídico brasileiro. Marcelo Neves sugere que, entre nós, há uma falta de autonomia do sistema jurídico decorrente da sobreposição do código direito/não direito pelos códigos de referência da política ou da economia (NEVES, 2006, 2007). Há quem refute esse argumento sustentando que, em se tratando de sistema jurídico brasileiro, haveria não uma indiferenciação sistêmica, mas uma "sobrecarga de informação advinda do ambiente do subsistema que, por não ser devidamente filtrada, gera problemas de operacionalização por sua instância central" (VILLAS BOAS, 2009, p. 383). Defende-se que, de fato, o que haveria seria uma incapacidade dos tribunais de processar as demandas que lhe são postas, diante da "excessiva 'porosidade' da periferia [...], que acarretaria um 'hipercontato intra-sistêmico', afetando o auto-isolamento cognitivo dos tribunais" (VILLAS BOAS, 2009, p. 384). Nos termos exatos do argumento do autor, há uma "incapacidade da periferia do subsistema jurídico em funcionar como uma espécie de 'filtro', 'almofada' ou 'pára-choque' que preserve o centro do subsistema de uma sobrecarga de variedade, que pode criar um curto-circuito em sua teia operacional" (VILLAS BOAS, 2009, p. 383-384). Para ilustrar seu raciocínio Villas Boas usa quase como única referência empírica uma pesquisa realizada, em 1993, pelo Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo, acerca do Judiciário, e informações do Banco de Dados do Poder Judiciário do ano de 1990. Com base

nesses dados, sentencia que o Poder Judiciário não estaria apto a lidar com o alto grau de demanda a que é submetido e, por outro, que:

legislação e contratos não são capazes de evitar o acesso em juízo de questões que não foram suficientemente alocadas em outras instâncias programatórias. A periferia dos sistemas jurídicos periféricos é incapaz de oferecer aos Tribunais auto-isolamento cognitivo. O sistema político universaliza temas. A periferia do sistema jurídico não é capaz de processá-los em termos jurídicos. Esses temas têm acesso ao centro do sistema jurídico, ou seja, aos tribunais, que são obrigados a fornecer decisões baseadas em programas inexistentes, omissos ou parciais, mas não podem fugir ao código a que estão obrigados a observar. [...] Os tribunais são obrigados a decidir. Mas como os casos chegam aos Tribunais em estado bruto e com a capacidade de produzir e aceitar o 'não' atinge limites quase insuportáveis, muitas vezes tanto as demandas quanto as soluções aguardam por momentos propícios ao tratamento político das questões. [...] Não é a seletividade do direito que se deixa corromper pela seletividade da política (VILLAS BOAS, 2009, p. 384-385).

Parece-me mais razoável esse segundo ponto de vista, uma vez que, o próprio Luhmann afirma que, enquanto sistema de sentido, não há meio termo, algo ou se diferencia na linguagem e, então, fala-se em sistema, ou não e, neste caso, sequer se forma um campo semântico. Não parece ser necessário aprofundar tais questões no âmbito desta tese, sendo suficiente destacar aqui que, do ponto de vista da sociologia luhmanniana, não parece razoável generalizar tais formulações para todo o sistema jurídico brasileiro nem uniformizá-las em relação a todos os seus subsistemas de forma a rotulá-los disso ou daquilo, prescindindo da pesquisa empírica. Contudo, quem acompanha a reprodução de sentido das redes de comunicações que se desenvolvem junto à justiça penal militar, à justiça penal comum, à justiça civil e à justiça eleitoral, verá significativas diferenças empíricas nas operações desses subsistemas.

É possível ver como ponto cego uma dose de normativismo em observações que descrevem o sistema jurídico brasileiro como um sistema aberto ou como se nele ocorresse, indistintamente, um hipercontato intrasistêmico etc. Não se está afirmando que isso não ocorra em um ou outro caso, mas parece ser necessário especificar em relação a quais programas especificamente tais formulações estão se referindo, sob pena de não se respeitar as diferenças entre as diversas áreas de abrangência do direito brasileiro e não se permitir a um observador de segunda ordem compreender como tais formulações foram construídas. Por isso, minha pretensão é começar a abordar o direito penal militar pela consideração de que um sistema social se diferencia quando a uma

comunicação se seguem outras do mesmo tipo, produzindo-se uma rede contínua de comunicações de um determinado tipo. Nesse sentido, assumo, digamos assim, o pressuposto de que o sistema jurídico brasileiro está diferenciado socialmente da ciência, da política, da religião, da economia, da arte, do amor etc. e, a partir daí, observo as comunicações que circulam no sistema jurídico sobre o direito penal militar.

Explicado isso, tomo a sociologia do direito de Luhmann como ponto de vista para tentar compreender, neste capítulo, se no contexto atual é possível vislumbrar um subsistema penal militar como uma trama de comunicações que se organiza em torno de uma distinção específica e que se desprende do restante do sistema jurídico brasileiro. Para não me antecipar, na primeira parte do texto, falarei em subsistema penal militar de maneira um tanto hipotética, utilizando o prefixo *sub* para indicar que, sendo confirmada tal diferenciação, o código de referência do subsistema complementa o código direito/não direito do sistema jurídico, assim como o código manifesto/latente/não manifesto do subsistema sociologia complementa o código verdade/não verdade do sistema científico. Procurarei, então, observar algumas distinções que transitaram entre o sistema político e o sistema jurídico brasileiro, através da seleção de alguns acontecimentos, marcando, assim, um percurso da formação histórico-social da realidade jurídico-penal-militar brasileira. Para reduzir a complexidade que o problema envolve, selecionarei alguns momentos de grande variabilidade político-jurídica, com o objetivo de destacar como foi realizada na história recente a função de estabilização das expectativas normativas militares e as distinções que concorreram para isso. O objetivo geral é observar se, com relação ao tema, é possível verificar a existência de um código de referência complementar ao código de referência direito/não direito.

Esclarecer se há um código de referência que orienta as comunicações sobre a estabilização das expectativas normativas militares é uma medida fundamental para que as observações das redundâncias e informações que serão realizadas daqui por diante não corram o risco de atribuí-las sentido diverso do jurídico. O caminho a seguir para fazer isso é investigar as diferenças que se fixaram ao longo da história e as linhas de intersecções que se desenvolveram entre elas. Historicamente, cada comunicação sobre as expectativas normativas militares atualizaram um lado de uma distinção que ficou marcado como ponto de partida

para outras comunicações (LUHMANN, 2016a). Na medida em que avançou o tempo, cada comunicação foi marcando um lado de uma forma e deixando outro lado não marcado, um lado vazio, como se a unidade da operação (a forma mesma) fosse complementada por um conceito-sombra que indica haver algo diferente daquilo que a comunicação marcou (LUHMANN, 2016a). Nesse sentido, a hipótese com a qual se trabalha aqui é que, caso o subsistema penal militar esteja diferenciado, isso ocorre em razão de uma diferença, uma forma, que exclui algo como lado não marcado, isto é, um ambiente. A diferenciação do subsistema decorre de uma reentrada de tal forma (subsistema/ambiente) no lado marcado, que caracteriza o subsistema. O final do século XVIII é o ambiente histórico apropriado para começar a observar as comunicações relevantes para a apuração das informações que interessam à pesquisa.

3.1 Uma reconstrução da diferenciação do subsistema

Escolher as últimas décadas do século XVIII para começar a observar o direito penal militar não é uma eleição arbitrária nem significa que este direito não remonte à origem dos exércitos e não tenha se formado a partir da estabilização de expectativas no âmbito das próprias organizações militares. Em suas origens, o direito penal militar era produzido e aplicado diretamente pelos militares, de modo *ad hoc*⁵⁹, e foi somente com a diferenciação de normas e processos relativos às expectativas militares que foram se produzindo soluções válidas para casos futuros e, compondo-se uma memória sistêmica escrita. Em decorrência, potencializou-se a capacidade de discriminação entre o sim e não com relação às expectativas militares e surgiram formas no meio do sentido como motim, deserção, pederastia e o próprio conceito de crime militar. Nessa perspectiva, do ponto de vista temporal, é plausível considerar o subsistema penal militar como uma forma de enfrentar o problema do futuro das organizações militares. Com a institucionalização de normas e processos, as organizações militares se liberaram da ideia de que tudo poderia variar inesperadamente e desenvolveram formas de esperar através de normas e processos e não, propriamente, da confiança em pessoas.

⁵⁹ Significa aqui agora.

A sociologia do direito aqui adotada diferencia confiança de crença e de salvaguarda da confiança, em função da relação de complexidade que entra em jogo: de um lado está a complexidade total e desestruturada, aquilo que está fora do horizonte de compreensão das pessoas. Com relação a isso, sequer se têm noção do que é possível esperar; do outro, está a complexidade estruturada por expectativas, aquilo que se espera e que é passível de frustração. A relação que se desenvolve no primeiro caso, seja no plano dos pensamentos ou das comunicações, é de crença: "no se puede confiar en el caos. Si nada se conecta con nada o todo con todo, es imposible constituir generalizaciones" (LUHMANN, 1996a, p. 65). No segundo, quando se conhecem as alternativas e tenta-se calcular os riscos, engaja-se em uma situação de confiança, que se apoia em expectativas que se projetam nas outras pessoas (LUHMANN, 1996a). A noção de confiança se centra na liberdade de ação do ser humano, sendo "la expectativa generalizada de que el otro manejará su libertad, su potencial perturbador para la acción diversa, manteniendo su personalidad - o más bien manteniendo la personalidad que ha mostrado y hecho socialmente visible" (LUHMANN, 1996a).

Com o aumento da complexidade que ocorreu na modernidade, nos sistemas sociais, a confiança se separa mais claramente da lei, que pode ser compreendida como salvaguarda da confiança. Os riscos são individualizados e tratados em legislações, contratos, etc., mostrando que a confiança já não é mais requerida e controlada diretamente pela sociedade (LUHMANN, 1996b, p. 57). Nesse contexto, várias disposições legais funcionam como salvaguarda da confiança, a exemplo das normas penais militares em relação aos policiais militares (LUHMANN, 1996b, p. 58). Quando se espera que os poderes legais delegados à polícia não serão mal empregados não se faz isso porque se conhece pessoalmente cada cada policial individualizado, mas porque se acredita que tais pessoas foram instruídas adequadamente, recicladas periodicamente e fiscalizadas por instâncias de controle (LUHMANN, 1996b, p. 58-59). Nesses casos, o conceito de confiança somente se torna pertinente em relação à correção da informação prestada por tais instâncias, como por exemplo, a confiança que se tem na informação de um representante da polícia de que o serviço policial estará funcionando às três horas da manhã.

Nessa perspectiva, o que interessa esclarecer é que a institucionalização de normas e de processos penais militares revela um modo de esperar por meio de estruturas como se essas assegurassem que os membros das organizações militares não abandonarão o campo de batalha a seu bel prazer, não subverterão a disciplina e a ordem hierárquica ou praticarão outros comportamentos que, se generalizados, comprometeriam a diferenciação daquelas organizações. Assim, somente depois de atingido certo grau de indiferença em relação ao contínuo controle dos comportamentos dos militares foi possível remeter o processamento de determinados desapontamentos de expectativas, de determinados temas inerentes ao mundo militar, à administração de instâncias judiciárias. Parece que, somente depois de um longo percurso histórico ocorreu a transição histórica que desencadeou a diferenciação do subsistema em questão. Tudo indica que isso se deu no contexto da diferenciação funcional da sociedade moderna, conforme pode demonstrar uma observação empírica acessível a um observador de segunda ordem. Segundo registros históricos, foi na Europa daquele período, que o exército prussiano abandonou a organização com base no voluntarismo e na coragem e passou a se organizar a partir da disciplina, ocorrendo uma reestruturação das forças militares europeias (SILVA; SOUZA, 2016; GUINIER, 2014).

Esse acontecimento resultou no surgimento de novas organizações incumbidas da função de estabilizar as expectativas militares, como, por exemplo, os Conselhos de Guerra, criados em Portugal em fevereiro de 1763. Tais organizações foram instituídas, inicialmente, "como pequenos tribunais, atrelados aos Regimentos, para funcionar como primeira instância da justiça militar" (SILVA; SOUZA, 2016, p. 364). Desde então, ampliou-se a preocupação em seguir o 'registro da lei' e ocorreu uma transformação social e reformulação no direito português. A justiça penal militar passou a ser "gradativamente instituída como área específica do domínio jurídico, com lógica e temas próprios, que deveriam pôr em prática procedimentos regulares de disciplinarização da tropa e de resolução de conflitos" (SILVA; SOUZA, 2016, p. 365). Nessa conjuntura, a estabilização das expectativas militares passou a ser realizada de maneira institucionalizada por duas organizações: os Conselhos de Guerra (CG) e o Conselho Supremo Militar e de Justiça (CSMJ).

A princípio, nenhuma dessas organizações operava com base em uma legislação específica - um Código Penal Militar - que incriminasse tipos penais

militares, isto é, não existiam ainda instâncias programatórias preexistentes no âmbito da sociedade. As instâncias decisórias atuavam a partir de costumes militares e da legislação penal comum, o que, em grande medida, impedia o fechamento operacional em torno de um código de referência exclusivo de um subsistema do sistema jurídico. Além disso, tais organizações iniciaram suas atividades atuando ora como órgãos judiciais, ora como órgãos administrativos encarregados, por exemplo, das promoções de militares, sendo que, o CSMJ era presidido pelo próprio imperador. Somente com o passar do tempo, as operações das referidas organizações suscitaram a questão sobre quais crimes lhes estariam submetidos e qual o seu alcance jurisdicional. Isso levou a que, em 1802, fosse criada pelo príncipe regente, Dom João, uma junta encarregada de elaborar o primeiro Código Penal Militar (CPM). Em 1806, contudo, essa junta foi dissolvida sem que se aprovasse um CPM, devido à falta de consenso sobre quais os limites da competência da justiça penal militar (SILVA; SOUZA, 2016).

Como observam Silva e Souza, havia, à época, duas posições antagônicas sobre o papel da justiça militar no âmbito dessa junta. A primeira defendia que a justiça militar deveria ser uma espécie de objeto honorífico, no sentido de que deveria ser concebida como uma forma de assegurar aos oficiais o direito de administração da justiça e uma liberdade mais ampla para a interpretação das leis. Isso não só lhes dava acesso a uma justiça especial como lhes garantia amplo poder jurisdicional sobre as regiões onde se encontravam as tropas militares. A segunda posição advogava a compreensão de que a justiça penal militar não deveria ser um privilégio, mas uma forma de disciplinar a tropa a fim de aumentar a eficácia das forças militares (2016: p. 367-368). Como não se chegou a um acordo e permaneceu um quadro de incerteza em relação aos programas a partir dos quais operariam o CG e CSMJ, a justiça penal militar permaneceu aberta, sendo possível "levar – sem qualquer critério – civis a tribunais militares, e tirar oficiais do alcance da justiça comum" (SILVA; SOUZA, 2016: p. 368). Antes da dissolução dos trabalhos para elaborar um CPM, contudo, conseguiu-se aprovar uma ordenança, em 9 de abril de 1805, que representa um avanço na programação do subsistema penal militar. Criminalizou-se⁶⁰ a conduta que passou a caracterizar o crime de

⁶⁰ Conforme disposto na seção 3.3, criminalizar significa incluir um tipo de ação em leis penais, institucionalizando uma sanção.

deserção para as praças em tempo de paz, bem como, criaram-se os conselhos de disciplina para julgá-lo⁶¹ (SILVA; SOUZA, 2016: p. 366).

Com a chegada da família real no Brasil, em 1808, foi introduzido formalmente esse modelo jurídico português, tendo sido criado um Conselho Supremo Militar e de Justiça no Brasil, que, segundo a autodescrição da própria justiça militar, foi o embrião de todas as justiças brasileiras. Também se instalou um CG, que desempenhava funções de caráter administrativo e judiciário: "ao mesmo tempo em que julgava os processos criminais, desempenhava atividades como, por exemplo, concessão de patentes, requerimentos de reforma, de pensão, de promoção, entre outras" (SILVA; SOUZA, 2016: p. 365). Algo semelhante ocorria com o CSMJ, que ora se comportava como organização judiciária ora como organização administrativa. Ele contava de duas seções: "um Conselho de Justiça, que mantinha a função de tribunal militar, e um Conselho Militar, destinado às questões burocráticas da caserna" (SILVA; SOUZA, 2016, p. 367). Certo é que, dada a história da justiça militar, esta se autodeclara a mais antiga do País. Conforme consta em vídeo institucional do Superior Tribunal Militar (STM), paradoxalmente, afirma-se que durante o período imperial e início do republicano, a justiça militar fazia parte do Poder Executivo (BRASIL, 2017). Somente com a Constituição de 1934, ela foi incluída no Poder Judiciário e, com a Constituição de 1946, o CSMJ passou a se chamar STM.

Nesse contexto, as organizações que estabilizavam as expectativas normativas militares ainda operavam sem uma diferenciação precisa dos limites da justiça penal militar e do crime militar e podiam ser acionadas para julgar as infrações ao Código Penal comum, inclusive as praticadas por civis⁶² (SILVA; SOUZA, 2016, p. 370). Ainda era relativamente comum a instituição de tribunais militares *ad hoc*, que funcionavam à margem da sua estrutura principal, como as Comissões Militares e as Juntas de Justiça Militar (SILVA; SOUZA, 2016, p. 365). Não havia ainda, do ponto de vista sistêmico, indícios de uma diferenciação do

⁶¹ Esses conselhos eram compostos por três oficiais superiores e dois capitães que não podiam pertencer à companhia do réu. Caso ficasse configurado o crime de deserção, a competência seria do Conselho de Guerra. Somente por meio de decreto de 26 de maio de 1835, as penas para o crime de deserção dos oficiais do Exército e da Armada foram reguladas, criando-se, também um órgão específico para julgá-lo, o Conselho de Investigação (SILVA; SOUZA, 2016).

⁶² Além disso, a lei nº 631, de 18 de setembro de 1851, considerava militar "vários crimes que comprometessem a segurança do Estado, fosse o agente civil ou militar, submetendo-os aos Conselhos de Guerra" (SOUZA, 2013).

subsistema penal militar, o que é notório pelo fato de a Constituição de 1824 nada ter afirmado (ou negado) sobre a justiça penal militar ou sobre os crimes militares. Nenhuma palavra há nela sobre isso (BRASIL, 1824). Contudo, sob a vigência da Constituição imperial, em 1890, publicou-se, em cinco de novembro, o Decreto nº 949, que instituiu o primeiro Código Penal Militar (CPM). Essa nova legislação fixou a programação a partir da qual aquelas organizações atuariam e ficou caracterizada, nos discursos republicanos da época, como uma forma de suprir a lacuna fruto do que teria sido uma indiferença do regime imperial para com as necessidades de "uma sábia organização militar" (SILVA; SOUZA, 2016).

Com pouco tempo de operações controladas pela programação fixada no CPM, a Constituição de 1891 estabeleceu, em seu artigo 77, parágrafo 1º, que os militares teriam um foro especial nos delitos militares, a ser exercido por um Supremo Tribunal Militar (STM) e por conselhos militares (BRASIL, 1891). Além disso, estabeleceu-se a participação de uma organização tipicamente judiciária na estabilização das expectativas militares, na medida em que, o artigo 81 fixou a possibilidade de os processos criminais, inclusive os militares, serem revistos a qualquer tempo pelo Supremo Tribunal Federal (SILVA; SOUZA, 2016: p. 372). Dois anos depois, em 18 de julho de 1893, foi editado o decreto legislativo nº 149, que transformou o CSMJ em STM, representando mais um significativo acontecimento em direção à diferenciação do subsistema penal militar. Com sua instalação, essa nova organização passou a ser presidida por um de seus integrantes e não mais pelo imperador, como ocorria com o extinto CSMJ (SOUZA, 2013, n. p.). Dessa forma, embora o STM tenha continuado a exercer as funções de natureza administrativa de competência do extinto CSMJ, considera-se que ele representa uma maior diferenciação sistêmica entre política e direito.

Como desdobramento desses acontecimentos, foi editada a lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, que, ao organizar a Justiça Federal da República, redimensionou a competência da justiça penal militar, "realocando, ainda que de forma incipiente, a Justiça Militar no âmbito do sistema judiciário nacional" (SOUZA, 2013, n. p.). Desde então, percebe-se que entra em jogo para a afirmação da competência dessa justiça especializada uma programação prévia específica. Verifica-se uma tendência de fechamento operacional das comunicações sobre o crime militar em torno de algumas distinções, começando a ganhar consistência a

construção da realidade penal militar através de uma distinção. Um sinal disso foi que, em 30 de outubro de 1920, foi publicado o Decreto nº. 14.544, instituindo o Código de Organização Judiciária e Processo Militar ⁶³ (COJPM), que dividiu o território brasileiro em doze circunscrições para efeitos de administração de justiça penal militar. A mesma legislação criou os cargos de procurador-geral da justiça penal militar, promotor de justiça militar e advogado-de-ofício, funções outrora exercidas, todas ao mesmo tempo, por integrantes da primeira instância (SOUZA, 2013). Formaram-se novas instâncias decisórias no âmbito do direito brasileiro: as auditorias militares, que passaram a funcionar como primeira instância da justiça castrense e o Supremo Tribunal Militar como instância de recurso ⁶⁴.

A Constituição de 1934 confirma o estágio de diferenciação do subsistema penal militar, na medida em que estabeleceu a primeira previsão constitucional de juízes e tribunais militares, em seu artigo 63. Nesse sentido, pode-se dizer que, desde sua base histórica, a distinção militar/civil não foi a distinção diretiva do sistema, mas a distinção crime militar/não crime militar, conforme se nota no artigo 84 dessa constituição: "os militares e as pessoas que lhes são assemelhadas terão foro especial nos delitos militares. Este foro poderá ser estendido aos civis, nos casos expressos em lei, para a repressão de crimes contra a segurança externa do país, ou contra as instituições militares" (BRASIL, 1934). Ademais, em seu artigo 167, definiu as polícias militares como reservas do Exército, sujeitas à justiça penal militar (BRASIL, 1934). Posteriormente, a Lei Federal nº 192, de 17.01.1936, regulamentou esse dispositivo constitucional, estabelecendo em seu artigo 19 que os policiais militares estariam sujeitos à justiça penal militar (BRASIL, 1936).

Em 11 de setembro de 1936, através da lei nº 244, foi criado Tribunal de Segurança Nacional (TSN) e em 22 de junho de 1938, através do decreto-lei nº 510, ampliou-se, formalmente, a competência da Justiça Militar para julgar civis que cometessem crimes contra o dever militar, delito de usurpação de autoridade militar, contra a propriedade militar e contra a disciplina das Forças Armadas (SOUZA,

⁶³ Desde então, o processo penal militar passou a se iniciar com o recebimento da denúncia pelo auditor e se extinguir com a sentença definitiva (SAMPAIO, 1976; SILVA; SOUZA, 2016).

⁶⁴ Atualmente, a primeira instância da justiça militar da União é composta por 39 juízes, distribuídos em 12 Circunscrições Judiciárias Militares (CJM), com 20 Auditorias Militares. Os julgamentos são realizados por Conselhos Permanentes de Justiça, quando os réus são praças e por Conselhos Especiais de Justiça, quando oficiais.

2013). Com a entrada em vigor do Código Penal comum de 1940, a justiça penal militar voltou a julgar apenas com base nos programas do CPM e, em 1944, foi editado um segundo Código Penal Militar (CPM), por meio do Decreto-Lei nº 6227, de 24 de janeiro, que revogou o Código de 1890 e permaneceu em vigor até 1969. Nesse ano, entraram em vigor, em 21 de outubro, um novo Código Penal Militar, através do Decreto-Lei nº 1.001; um novo Código de Processo Penal Militar (CPPM), por meio do Decreto-Lei nº 1.002; e uma lei de Organização Judiciária Militar da União, através do Decreto-Lei nº 1.003. Essa última lei foi revogada com a publicação, em 1992, da lei nº 8.457, de 04 de setembro, que, atualmente, disciplina a organização da Justiça Militar da União. Tanto o CPM como o CPPM continua vigente, mesmo depois da promulgação da Constituição de 1988, sem mudanças significativas em suas estruturas. Com a inclusão do artigo 124 na Constituição de 1988, reafirmou-se a competência da justiça penal militar para julgar os crimes militares definidos em lei, corroborando o processo de diferenciação do subsistema penal militar (BRASIL, 1988).

No contexto contemporâneo, a observação externa ao sistema jurídico brasileiro permite perceber que, aquilo que outrora as organizações militares operavam diretamente, acerca das expectativas militares, agora organizações tipicamente judiciárias operam a partir de suas comunicações, a saber, a afirmação da existência do crime militar (ou não). Atualmente, todas as decisões que digam se algo é crime militar (ou não) estão organizadas em torno do que se pode chamar subsistema penal militar, que pré-seleciona as possibilidades de comunicação jurídica sobre o tema. Minha tese é que esse subsistema se diferenciou na medida em que uma solução para um problema comunicativo se repetiu a ponto de estabilizar uma distinção específica. Sendo assim, através da análise das decisões do STF e do STJ, procurarei averiguar quais as distinções entram em jogo no sistema para a construção do crime militar e de sua punição, de forma a tentar verificar qual delas representa o código referencial do subsistema em estudo. As distinções que limitam as comunicações admitidas (ou não) no sistema jurídico brasileiro sobre os desapontamentos de expectativas normativas militares, tornando sistematicamente mais provável a tomada de decisões sobre isso, serão o foco de minha atenção. Como os juízes e tribunais da justiça militar, federais ou estaduais, desenvolvem as comunicações típicas do sistema através de hierarquizações de

instruções constantes em normas constitucionais que se articulam aos programas do CPM e CPPM, pesquisei decisões que tratassem sobre o crime militar. Pode-se questionar se o fato de o Superior Tribunal Militar ainda contar com a maioria de julgadores oriundos das Forças Armadas não seria um obstáculo ao reconhecimento dessa diferenciação. Acredito que não. O subsistema penal militar é um subsistema de sentido. É inegável que esse tribunal é uma estrutura relevante, mas também há de se reconhecer que é expressiva a quantidade de acontecimentos em que o STM adota uma decisão, geralmente desfavorável ao réu, e o STF a anula. Ademais, não é o STM que tem a última palavra sobre os crimes militares, conforme veremos, especialmente, nos casos envolvendo militares estaduais. Nesses casos, quem decide definitivamente as ambiguidades jurídicas é o STJ e o STF. Justamente por isso, escolhi esses dois tribunais para a realização da pesquisa empírica.

Quando se colhem as decisões do STF e do STJ sobre os crimes militares, percebe-se que em torno do o artigo 9º do CPM, forma-se uma teia de comunicações que utiliza semelhantes endereços sistêmicos, desenvolvendo redes de decisões, que funcionam como formas de absorção da complexidade. Meu argumento é que, pode-se vislumbrar o subsistema penal militar e descrevê-lo, nos termos da sociologia sistêmica, como centro e periferia. Aquele, ocupado pelos tribunais de justiça militar, sistemas organizacionais caracterizados pela proibição de denegação de justiça. Esta, pela legislação penal militar, o CPM. O centro é composto pelo STF, STJ, STM e tribunais federais e estaduais e é ele que organiza o fluxo comunicativo do sistema. As operações do sistema se desenvolvem em diferentes tipos de ações judiciais, seja Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), habeas corpus, conflitos de competência, recursos especiais, recursos extraordinários etc. Compreende-se que o subsistema penal militar se fecha operacionalmente em torno da recursividade das comunicações que lhes são típicas, produzindo decisões que criam o próprio direito penal militar. Dessa forma, o exame das decisões dos tribunais revelará o estado histórico do subsistema, de suas redundâncias e informações, permitindo compreender qual seu código referencial.

A Constituição Federal de 1988 afirma, respectivamente, em seus artigos 124 e 125, parágrafo quarto, que "à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei"; e que "compete à Justiça Militar estadual

processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei [...], ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil" (BRASIL, 1988). Enquanto expressão do texto constitucional, o crime militar é condição de validade da atuação da Justiça Militar o que coloca para o sistema jurídico a necessidade de reduzi-lo a conteúdos jurídicos, distinguindo-o de outros temas e assuntos tratados no sistema. Com relação a isso, já se formou redundância no âmbito do sistema jurídico, conforme revela a súmula 90 do STJ: "competete à justiça estadual militar processar e julgar o policial militar pela prática do crime militar, e à comum pela prática do crime comum simultâneo àquele" (BRASIL, 1993). Implica dizer, antes de julgar a adequação de um comportamento ao direito, o próprio direito precisa dizer se ele é crime militar ou crime comum, de forma a atribuir a competência para as comunicações subsequentes a um endereço específico do sistema. Isso não significa que o crime militar seja apenas um conceito jurídico - embora ele também não o deixe de ser -, mas, além disso, trata-se de uma parte de uma distinção que torna possível ao sistema desenvolver o processo comunicativo e a produção de informações relativa à frustração das expectativas militares. O crime militar é o lado de uma forma da qual o outro lado é o não crime militar, embora sempre seja possível descrevê-lo de modo diverso, o que, aliás, o sistema político tenta fazer, na medida em que procura fixá-lo através de um texto legislativo, conforme se verifica na leitura do artigo nono do Código Penal Militar:

Art. 9º **Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:**

I - **os crimes de que trata este [sic] Código**⁶⁵, quando **definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente**, salvo disposição especial;

II - **os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum**, quando praticados: a) **por militar** em situação de atividade ou assemelhado, **contra militar** na mesma situação ou assemelhado; b) **por militar** em situação de atividade ou assemelhado, **em lugar sujeito à administração militar**, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formação, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;

⁶⁵ O artigo 9º, I, de certa forma, já revela a re-entrada da forma crime militar/não crime militar no lado do crime militar: "consideram-se crimes militares, em tempo de paz: I - os crimes de que trata este [sic] Código" (BRASIL, 1969a).

III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos: a) **contra o patrimônio** sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar; b) **em lugar sujeito à administração militar** contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo; c) **contra militar** em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras; d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, **contra militar** em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior (BRASIL, 1969, negrito meu).

Embora esse texto permita ao sistema jurídico manter, através de suas operações, alguns acontecimentos em um espaço não marcado, criando uma zona de redundâncias e outra de indiferença, evidentemente, ele mesmo não é o crime militar. Trata-se tão somente de uma dentre outras estruturas normativas que permitem ao sistema jurídico selecionar o que será (ou não) tematizado no seu interior, indicando que tais seleções são realizadas, de maneira relativamente determinada (LUHMANN, 1994, p. 185). Para além do texto legislativo, a observação externa do sistema jurídico revela que o crime militar é apenas a parte de uma distinção e que, enquanto identidade de sentido, surge de uma reentrada da diferença em um dos lados da forma - crime militar - quando se marca este como indicação da negação do não crime militar (LUHMANN, 2016; 2016b). Quando se observam as decisões judiciais com essa distinção, percebe-se que, de fato, o subsistema está construído sobre um paradoxo, que oculta a distinção entre o mundo como de fato ele é e o mundo penal militar como construído pelo sistema. Este trata as distinções entre si mesmo e o resto do mundo e entre autorreferência e heterorreferência como se fossem a mesma coisa, ou seja, ele fala do crime militar como se esse existisse no mundo, independentemente de sua atuação.

É possível sair do paradoxo através da observação do estado que o subsistema alcançou, a ponto de pressupor-se a si mesmo, através da observação da distinção entre autorreferência e a heterorreferência. Assim, podem-se identificar os interesses tratados e reproduzidos no subsistema, através dos quais se acoplam as comunicações sistêmicas ao seu próprio estado de informação para descobrir novidades, surpresas e com isso valores informativos (LUHMANN, 1998b; 2005a,

2005b). A observação das decisões permite perceber que fica no ponto cego do sistema jurídico certa ilusão de que o crime militar existe como algo dado no mundo e não como construção autorreferencial do próprio sistema jurídico. O fato de o sistema político ter tentado definir o crime militar fortalece isso, conforme se nota quando surgem ambiguidades e dúvidas sobre quais acontecimentos são crime militar (ou não), comprometendo-se o endereçamento da comunicação competente para processá-lo. O curioso é que o legislador penal comum não procedeu dessa forma. Não há, no sistema jurídico brasileiro um conceito legal de crime. Não há nenhuma norma válida em nossas leis que tente definir cabalmente o crime comum (BITENCOURT, 2015; GRECO, 2015; NUCCI, 2014; PRADO, 2015).

A afirmação (ou negação) do crime militar faz toda a diferença, na medida em que dela depende a definição da organização judiciária responsável pelo julgamento do caso. Os juristas recorrem de maneira reiterada ao artigo 9º do CPM para dirimir tais dúvidas e disso, acredita-se, decorre como que uma ilusão de ótica, que é fortalecida por não haver no sistema uma definição legal do crime comum. Por isso, é tão necessário fixar que, como identidade de sentido, o crime militar é uma espécie de metatexto que se forma quando os juízes e tribunais indicam um lado dessa distinção crime militar/não crime militar, que se desprende historicamente das comunicações sobre as expectativas militares, e a ela associam outras distinções produzidas pelo sistema político, compondo uma rede recursiva de comunicação. Conforme se observa ao analisar as decisões judiciais, a distinção crime militar/não crime militar é ocultada por outras distinções que são empregadas no texto legislativo e que entram em jogo para a produção de informações no sistema: 1) conduta incriminada *por* legislação penal militar/conduta incriminada *por* legislação diversa da penal militar; 2) conduta praticada *por* militar da ativa, de serviço ou no exercício da função/conduta praticada *por* militar da inatividade ou civil; 3) conduta praticada *contra* militar da ativa, instituições militares, patrimônio de organização militar, ordem administrativa militar, funcionário de ministério militar ou da justiça militar/conduta praticada *contra* militar da inatividade ou civil, instituições não militares, patrimônio ou ordem administrativa não militar; 4) conduta praticada *em* lugar sujeito à administração militar/conduta praticada *fora* de organização militar.

As diversas combinações possíveis dessas distinções ensejam ambiguidades que colocam ao sistema jurídico a necessidade de proferir decisões e é relativamente comum observar na prática forense de juízes, tanto da justiça comum como da militar, interpretações conflitantes que terminam por deflagrar o chamado conflito de competência (CC) perante o STJ. Conflito de competência (CC) é uma ação judicial para decidir qual autoridade judiciária tem poder para agir em determinada situação. A ação é proposta quando há questionamento acerca da competência do órgão jurisdicional (juízes ou tribunais) para conduzir o processo judicial e é chamada de conflito positivo, quando duas ou mais autoridades judiciárias se declaram competentes para julgar o caso ou conflito negativo, quando se consideram incompetentes, atribuindo um ao outro a atribuição. A ação pode ser proposta pela parte interessada, pelo Ministério Público ou por uma das autoridades em conflito. O STJ tem competência para julgar o conflito entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, "o" da CF, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos (art. 105, I "d" da CF). Nesses casos, o tribunal precisa afirmar se a competência para processar e julgar a ação penal é da justiça penal comum ou da justiça penal militar, o que depende da afirmação (ou negação) do crime militar, conforme veremos a seguir em várias decisões emitidas em CC, *habeas corpus* e recursos especiais. Algo semelhante ocorre no âmbito do STF, em diversos procedimentos que atacam ações penais iniciadas a partir de uma determinada concepção do crime militar.

3.2 Identificando o código de referência do subsistema

Diante das distinções que se destacam no processamento de informações sobre as expectativas normativas militares no sistema jurídico brasileiro, é possível imaginar que a distinção civil/militar seja o código referencial do subsistema penal militar. Aliás, constata-se, do ponto de vista empírico, que quando se comunica sobre o crime militar na sociedade, circula em torno desse tema uma ideia segundo a qual crime militar é aquele praticado por militar. Analisando-se o conjunto das decisões observadas também é possível ter uma primeira impressão que a distinção última que faz a diferença para a existência (ou não) do crime militar é o fato de alguém ser (ou não) militar. Contudo, uma análise mais acurada das operações do

sistema jurídico permite à sociologia do direito aqui adotada percebe que a distinção civil/militar não pode ser o código referencial do subsistema, especialmente porque o Brasil não tem seguido a tendência moderna de exclusão de pessoas civis da jurisdição penal militar. O sistema jurídico nacional admite que a justiça penal militar julge pessoas civis, mesmo que essas não tenham nenhuma relação funcional com as organizações militares. No próprio sistema jurídico circula o conhecimento do anacronismo que isso representa.

Há registro, no âmbito do STF, de que é uma tendência histórica de nosso tempo afirmar juridicamente que a justiça penal militar não tem competência para julgar ilícitos penais praticados por pessoas civis. Com relação à incriminação de civil pela legislação penal militar, verificou-se que, nos sistemas jurídicos dos seguintes países, foram introduzidas mudanças recentes para não mais se sujeitar civis à justiça penal militar. Em Portugal desde a quarta revisão constitucional de 1997, alterou-se a Constituição de 1976 para não mais se aceitar o julgamento de civil pela justiça penal militar. Na Colômbia, no Paraguai e no México ocorreu algo similar, através, respectivamente, da Constituição colombiana de 1991; da Constituição paraguaia de 1992; e, da Constituição mexicana de 1917. No Uruguai, a Constituição de 1967 e a lei 18.650/2010 também excluem as pessoas civis da competência da justiça penal militar e, na Argentina, a lei federal nº 26.394/2008 promoveu modificação sistêmica similar (BRASIL, 2013a). As decisões de alguns tribunais internacionais de direitos humanos também revelam essa tendência, embora elas não tenham produzido irritação no âmbito do sistema jurídico brasileiro. Nesse sentido, cabe registrar que, em 19/12/2013, ao decidir o *habeas corpus* nº 110.237/PA, o STF recordou redundância usada como argumento para ele mesmo decidir em julgamento pretérito:

[...] a Corte Interamericana de Derechos Humanos, em 22/11/2005, no julgamento do 'Caso Palamara Iribarne vs. Chile', determinou à República do Chile, dentre outras providencias, que ajustasse, em prazo razoável, o seu ordenamento interno aos padrões internacionais sobre jurisdição penal militar, de forma tal que, se se considerasse necessária a existência (ou subsistência) de uma jurisdição penal militar, fosse esta limitada, unicamente, ao conhecimento de delitos funcionais cometidos por militares em serviço ativo. Mais do que isso, a Corte Interamericana de Derechos Humanos, na sentença proferida no "Caso Palamara Iribarne vs. Chile", determinou que a República do Chile estabelecesse, em sua legislação interna, limites à competência material e pessoal dos Tribunais militares, em ordem a que, "en ninguna circunstancia un civil se vea sometido a la

jurisdicción de los tribunales penales militares (...) (BRASIL, 2013a, pp. 11-12).

Além disso, também já se destacou no mesmo tribunal o seguinte:

Cabe rememorar, por oportuno, histórica decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos da América (verdadeira '*landmark ruling*'⁶⁶), proferida no julgamento, em 1866, do caso "*Ex Parte Milligan*". A Suprema Corte dos Estados Unidos da América, nesse importante precedente, ao examinar decisão condenatória motivada por fatos ocorridos no curso da Guerra Civil americana, veio a invalidar tal condenação, que impusera a pena de morte (enforcamento), por traição, a um acusado civil, Lambden P. Milligan, por entender que, mesmo que se tratasse de um crime praticado nas circunstâncias de tempo e de lugar em que ocorrera, ainda assim um civil não poderia ser julgado por uma Corte militar ('*martial court*'), desde que os órgãos judiciários da Justiça comum estivessem funcionando regularmente [...] Concluiu-se, por tal razão, naquela decisão, que o julgamento de civis, por tribunais militares (cortes marciais), era inadmissível nos locais em que houvesse tribunais civis em pleno e regular funcionamento (BRASIL, 2013a, pp. 5-6).

A despeito das ressonâncias que tais decisões das cortes de direitos humanos produziram no sistema jurídico nacional, ao interpretá-las à luz de sua autorreferência sistêmica, não ocorreu variação no tratamento do tema. Pode-se dizer que, é uma estrutura do sistema a possibilidade de pessoa civil ser julgada pela justiça penal militar, o que somente não ocorre em relação à jurisdição penal militar estadual. Esse entendimento está condensado na semântica jurídica nacional através da súmula nº 53 do STJ: "competete à justiça comum estadual processar e julgar civil acusado de prática de crime contra instituições militares estaduais" (BRASIL, 1992). No que concerne à jurisdição penal militar federal, contudo, é redundante o entendimento de que essa não está restrita aos integrantes das Forças Armadas. No âmbito do próprio STF em várias decisões isso foi afirmado, conforme se nota no seguinte fragmento do acórdão em que se julgou o *habeas corpus* nº 106.171/AM. Nesse caso, destacou-se que a competência da justiça especializada em questão:

É aferível, objetivamente, a partir da subsunção do comportamento do agente – de qualquer agente, mesmo o civil, ainda que em tempo de paz –

⁶⁶ Decisão histórica, que serve de parâmetro no sistema jurídico para outras decisões, isto é, uma decisão que serve de referência para fixar uma jurisprudência.

ao preceito primário incriminador⁶⁷ consubstanciado nos tipos penais definidos em lei (o Código Penal Militar). Segundo esse raciocínio, a justiça penal militar da União não existe para os crimes dos militares, mas, para os delitos militares, *'tout court'*⁶⁸. E o crime militar, comissível por agente militar ou, até mesmo, por civil, só existe quando o autor procede e atua nas circunstâncias taxativamente referidas pelo art. 9.º do Código Penal Militar, que prevê a possibilidade jurídica de configuração de delito castrense eventualmente praticado por civil, mesmo em tempo de paz (BRASIL, 2013b, p. 1).

Observando-se a autorreferência sistêmica, percebe-se que é o próprio crime militar, enquanto lado de uma forma, que, de maneira circular, marca a comunicação, e atrai para a competência jurisdicional da justiça penal militar acontecimentos envolvendo pessoas civis. Uma vez atraído para o sistema, somente ao final do processo penal militar é que emerge o crime militar como estrutura jurídica capaz de conectar a sanção penal militar à pessoa. No conjunto das decisões do STF, visualiza-se que acontecimentos envolvendo a prática de conduta criminalizada no CPM por civis, em tempos de paz, somente estruturam o crime militar quando ocorre uma conexão da distinção civil/militar com outras distinções. Em geral, estabelecem-se linhas de argumentação que se interconectam distinções diferentes para se produzir a autodescrição da competência penal militar. Em geral, isso ocorre nos casos em que está presente a chamada ofensa a bem jurídico envolvendo as funções de natureza militar, como a defesa da Pátria, a garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem (BRASIL, 2013n, pp. 8-9). Afirma-se que tal competência "deve ser interpretada restritivamente quanto ao julgamento de civil em tempos de paz por seu caráter anômalo" (BRASIL, 2013n, pp. 8-9)⁶⁹.

Isso pode ser lido por um observador externo como um simples argumento retórico, na medida em que essa própria interpretação já abre duas possibilidades de atuação da justiça militar em relação às pessoas civis: situações criminalizadas exclusivamente nas descrições do CPM e ações criminalizadas,

⁶⁷ A parte de uma norma penal que descreve a conduta incriminada.

⁶⁸ Expressão de origem francesa que significa sem mais nada, simplesmente, somente, só isto.

⁶⁹ Há várias decisões do STF em que se afirma que a competência da justiça militar para julgar civis deve ser interpretada restritivamente, dentre os quais, conferir: HC 86.216/MG, rel. Ayres Britto, DJe 24.10.2008; HC 81.963/RS, rel. Celso de Mello, DJe 18.06.2002; . Ver voto do Min. Celso de Mello no HC 109.544-MC/BA: "não se tem por configurada a competência da Justiça Militar da União, em tempo de paz, tratando-se de réus civis, se a ação eventualmente delituosa, por eles praticada, não afetar, de modo real ou potencial, a integridade, a dignidade, o funcionamento e a respeitabilidade das instituições militares que constituem, em essência, os bens jurídicos penalmente tutelados. Mostra-se grave, por isso mesmo, a instauração, em tempo de paz, de inquérito policial militar (IPM) contra civil, com o objetivo de submetê-lo, fora dos casos autorizados em lei, a julgamento perante a Justiça Militar da União!" (DJe 31.8.2011).

simultaneamente, pelo CPM e CP. Percebe-se, com relação a isso, algo que lembra o diagnóstico de Assier-Andrieu (2000) no contexto francês, isto é, o potencial simbólico decorrente da manipulação semântica de enunciados jurídicos postos por escrito. Citando um artigo do Código dos Usos de Barcelona escrito no século XII - que afirmava o poder soberano de um conde catalão sobre determinado território e o direito de uso da terra pelas pessoas -, o antropólogo do direito lembra que oito séculos depois, esse artigo serve para fundamentar a manutenção de costumes pastorais contra projetos de reestruturação turística nos Pireneus franceses. Bastou uma palavra para a reprodução do direito, a palavra *empriu*, que significaria mais ou menos um direito de uso imprescritível (ASSIER-ANDRIEU, 2000, p. 23).

O acontecimento envolvendo pessoa civil incriminada exclusivamente pela legislação penal militar não gera ambiguidade no sistema com relação à definição da competência, a saber, a dúvida se a competência para julgá-lo é da justiça penal comum ou da justiça penal militar. Veja-se o exemplo do tipo penal militar previsto no artigo 183 do CPM, que criminaliza a insubmissão nos seguintes termos: "deixar de apresentar-se o convocado à incorporação, dentro do prazo que lhe foi marcado, ou, apresentando-se, ausentar-se antes do ato oficial de incorporação" (BRASIL, 1969). Conforme esclarece a dogmática jurídica, pode ser acusada desse crime a pessoa civil e o objetivo da norma é proteger o dever militar com relação ao jovem que completou 18 anos, no sentido de evitar que tais pessoas não participem do processo de alistamento, quando convocado para prestar o serviço no ano em que atingir 19 anos (NUCCI, 2014, pp. 423-242). Como as condutas descritas nesses tipos somente estão criminalizadas no CPM, o encaminhamento da comunicação no sistema é menos complexo, o que fica evidente pela inexistência de ocorrências de conflitos de competência envolvendo-os. Afirma-se que o crime é militar e encaminha-se a comunicação à organização da jurisdição penal militar competente, diferentemente de acontecimentos envolvendo conduta duplamente criminalizada. Nessas situações, o sistema enfrenta uma ambiguidade que às vezes não pode ser dissimulada, percebendo-se uma dificuldade de encaminhamento da comunicação, o que pode ser percebido pela quantidade de conflitos de competência que se desenvolvem nesses casos. O sistema se vê diante da necessidade de afirmar de antemão se o crime é militar (ou não) e a argumentação e interpretação que se levam a cabo no próprio sistema é o

fator preponderante para a conclusão a que se chega, no sistema. Um exemplo típico dessa situação é o do estelionato previdenciário.

A conduta típica desse ilícito penal é criminalizada no artigo 171, parágrafo terceiro do CP, e no artigo 251 do CPM, de modo que essa ambiguidade enseja que um acontecimento possa ser rotulado por diferentes juízes como crime militar ou como crime comum. A criminalização do estelionato previdenciário no CP se dá da seguinte forma: "obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento [...] se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência" (BRASIL, 1940). A pena é de 1 a 5 anos, aumentada de 1/3. No CPM, a criminalização do estelionato prevê que se a mesma conduta for praticada em detrimento da administração militar - diga-se, também entidade de direito público - o crime é militar e a pena é de 2 a 7 anos, com a incidência de uma agravante (BRASIL, 1969). Gera-se uma ambiguidade e, em situações como essa, a fórmula que o sistema jurídico emprega para resolver o problema de comunicação é, em regra, reconhecer o conflito de competência e encaminhar o caso ao STJ para que se afirme (ou negue) a caracterização do crime como militar. A necessidade de indicar a organização judiciária competente para o julgamento do caso leva a que os ministros do tribunal afirmem (ou neguem), em alguns momentos, que o crime é militar (ou não), independentemente do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Desenvolvem-se comunicações no sistema que, uma vez reconstruídas, revelam que a diferença crime militar/não crime militar é complementada por outras distinções previstas no artigo 9º do CPM. Essa distinção dá início às sequências de comunicação do sistema e, de modo circular, aparece como a diferença que faz a diferença para, ao final de um longo processo penal, condenar-se (ou não) uma pessoa - seja civil seja militar - por crime militar. Ao emergir a dúvida se o crime é militar (ou não), as demais distinções presentes nas argumentações e interpretações do sistema funcionam como forma de dirimir a incerteza. Ainda quando não se deflagra um conflito de competência, o sistema jurídico precisa afirmar em diversas outras situações se o crime é militar (ou não), para julgar *habeas corpus* e outros tipos de recursos processuais. Em uma das decisões mais recentes do STF, verifica-

se que essa lógica se reproduz no sistema, isto é, a indispensabilidade de afirmar se o crime é militar (ou não) para indicar a organização jurisdicional responsável pelo julgamento de um acontecimento.

Em 29/11/2016, o tribunal julgou o *habeas corpus* nº 136.536/CE, no qual se questionava a competência da justiça penal militar para julgar pessoa civil acusada da prática de conduta criminalizada pelo tipo penal militar do artigo 251 do CPM. No caso, a acusada não comunicou o óbito de sua mãe, ex-pensionista de organização militar, e continuou a sacar os depósitos de proventos de pensão na conta bancária da ex-beneficiária. Por seu comportamento, foi condenada na primeira instância da justiça militar à pena de quatro anos de reclusão e apelou ao Superior Tribunal Militar, alegando que o crime seria comum e, em decorrência, a competência para julgá-lo seria da justiça penal comum (BRASIL, 2016d). O STM negou provimento ao recurso e a condenada ingressou com o referido *habeas corpus* no STF, pedindo o reconhecimento da incompetência absoluta da justiça penal militar para julgar civis em casos como aquele.

No STF, a defesa argumentou que não se justificaria o julgamento de civis por juízes militares não togados pela prática de condutas igualmente tipicadas na legislação penal comum. Ponderou-se que, na pior das hipóteses, em se tratando de acusado civil, caso se reconhecesse a competência da justiça militar, não caberia o julgamento ao conselho permanente de justiça⁷⁰, mas ao juiz auditor. O relator do *habeas corpus* no STF argumentou que, segundo a lei de organização judiciária militar, lei nº 8.457/1992, no primeiro grau de jurisdição da justiça militar, "o julgamento ocorre por meio de colegiado, não havendo regra expressa que exclua os civis do mesmo tratamento" (BRASIL, 2016d, p. 6). Com base nesse argumento e remetendo-se à interpretação do STM sobre o tema, o ministro do STF concluiu não ser possível, no caso, "extrair qualquer ilegalidade ou arbitrariedade passível de ser sanada pela via processual do *habeas corpus*" (BRASIL, 2016d, p. 6). Como desdobramento, reconheceu-se no sistema que o conselho permanente de justiça "é o juiz natural competente para processar e julgar civis que cometem delitos militares" (BRASIL, 2016d, p. 7). Dessa forma, o tribunal rejeitou a contestação da defesa fazendo referência à seguinte interpretação do STM:

⁷⁰ Conforme o artigo 16 da lei que estrutura a justiça militar da união, lei nº 8.457/92, o Conselho Permanente de Justiça é constituído pelo Juiz-Auditor, por um oficial superior, que será o presidente, e três oficiais de posto até capitão-tenente ou capitão.

(...) Consoante a dicção do art. 124 da Constituição Federal, compete à Justiça Militar da União o processamento e julgamento dos crimes militares definidos pelo Código Penal Militar, cabendo à legislação ordinária a sua organização, funcionamento e competência. Consumada a prática delituosa descrita no artigo 251, caput, do Código Penal Militar, caracterizado pelo saque indevido de benefício de pensão militar, essa conduta afeta bens e serviços das instituições militares, atraindo, por via de consequência, a competência da Justiça Militar para o processamento e julgamento do feito, ainda que perpetrado por réu civil [...] A legislação de regência não contempla a possibilidade de julgamento monocrática de réu civil pelo Magistrado togado da primeira instância da Justiça Militar da União. Nos termos da Lei nº 8.457/1992, compete aos Conselhos de Justiça o processamento e julgamento dos crimes militares, independentemente da condição de militar ou civil do réu (BRASIL, 2016d, pp. 3-4).

A análise do acórdão em questão revela que é a distinção crime militar/não crime militar que desencadeia uma série de argumentações e interpretações que, ao final, redundam na afirmação do crime militar e na competência da justiça militar para julgar civil. Isso também ocorre em acontecimentos envolvendo a desobediência, que tem a conduta típica criminalizada pelo CP e CPM, respectivamente, nos artigos 330 e 301. Enquanto crime comum, a desobediência é descrita como "desobedecer a ordem legal de funcionário público" e tem como pena a "detenção, de quinze dias a seis meses, e multa" (BRASIL, 1940). Como crime militar, consiste em "desobedecer a ordem legal de autoridade militar" e é punível com "detenção, até seis meses" (BRASIL, 1969). Em 13/08/2013, o STF julgou o *habeas corpus* nº 115.671/RJ, no qual se questionou a competência da justiça penal militar para julgar civis acusados da prática de desobediência. O caso dizia respeito a uma pessoa civil que fora denunciada perante a justiça militar por ter desobedecido "à ordem de apresentar sua documentação e sair de seu veículo, proferida por militares que realizavam serviço de patrulhamento (atividade típica de segurança pública) na via pública" (BRASIL, 2013I, p. 5).

A defesa da acusada ingressou com *habeas corpus* perante o STM, pedindo a declaração de incompetência da justiça militar para julgar os fatos e, em consequência, o encaminhamento dos autos à justiça comum. O STM negou o pedido e a defesa ingressou com um *habeas corpus* no STF, argumentando que o teor do enunciado de sua súmula nº 298 foi contrariado pela decisão daquele tribunal militar. A súmula em questão estabelece que "o legislador ordinário só pode sujeitar civis à justiça militar, em tempo de paz, nos crimes contra a segurança

externa do país ou as instituições militares" (BRASIL, 1963). O relator do caso votou pelo deferimento do pedido, entendendo que o crime não era militar e reconhecendo a incompetência para o processamento e o julgamento da causa. Determinou o mesmo, com base nesses argumentos, a anulação da ação penal. Na sequência, outro ministro divergiu do relator e votou pela manutenção da competência com a justiça penal militar, com base no seguinte argumento: "o militar estava atuando na garantia da ordem pública e a partir do poder de polícia, que a segurança pública propriamente dita poderia implementar. O crime é militar e atrai a competência da Justiça Militar" (BRASIL, 2013l, p. 11). A partir dessa interpretação, formou-se a maioria no colegiado para indeferir o *habeas corpus* em questão.

Ainda quando o STF afirma não haver crime militar em um acontecimento qualquer, a diferença crime militar/não crime militar permanece no sistema como forma de construir sequências de argumentações e interpretações que, ao final, conduzem à construções de criminações e incriminações⁷¹ penais militares. Isso pode ser percebido com relação ao desacato, que é incriminado tanto no CP como no CPM, respectivamente, através dos artigos 331 e 299. No âmbito penal comum, a incriminação tem como estrutura básica "desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela" (BRASIL, 1940). Tal conduta é punível com "detenção, de seis meses a dois anos, ou multa" (BRASIL, 1940). O CPM incrimina a mesma conduta como "desacatar militar no exercício da função ou em razão dela", atribuindo-lhe a pena de "detenção, de seis meses a dois anos, se o fato não constitui outro crime" (BRASIL, 1969). O *habeas corpus* nº 112.936/RJ trata de um acontecimento envolvendo militares federais e uma pessoa civil acusada de ter praticado a conduta prevista no artigo 299 do CPM, desacato a militar. No caso, o civil teria proferido palavras ofensivas a militar do Exército Brasileiro, que atuava para a garantia da lei e da ordem no processo de ocupação e pacificação das Comunidades do Complexo do Alemão e da Penha, no Rio de Janeiro/RJ. A denúncia foi recebida pela justiça penal militar e a defesa impetrou *habeas corpus* contra tal ato, alegando o crime era comum e que a competência seria da justiça penal comum. O tribunal competente para julgamento do *habeas corpus* era o STM que, por unanimidade de seus ministros, indeferiu o pedido, afirmando que restou

⁷¹ Criminação pode ser compreendida como procedimento administrativo de investigação criminal e incriminação como processo legal, que vai da denúncia ao trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

configurada a intenção de desmoralizar a atuação dos militares, o que tornaria o crime em militar e revelaria a competência da justiça penal militar (BRASIL, 2013d). O tribunal militar interpretou o caso da seguinte forma:

Dentre outros temas, a Lei Complementar n. 97/1999 trata do emprego das Forças Armadas Brasileiras, dispondo em seu art. 15, §§ 2º e 3º, sobre a possibilidade de auxílio aos Estados-membros na defesa da lei e da ordem, desde que esgotados os instrumentos constantes no rol do art. 144 da Lei Maior, reconhecidos formalmente pelo Chefe do Poder Executivo como 'indisponíveis, inexistentes ou insuficientes ao desempenho regular de sua missão constitucional'. Destarte, a segurança pública, embora ordinariamente caiba aos órgãos arrolados no art. 144 da Constituição Federal, poderá vir a caracterizar função de natureza militar na medida em que a insuficiência dos instrumentos ordinários próprios aos Estados-membros comprometer de forma insofismável a garantia da lei e da ordem, de proteção atribuída constitucionalmente às Forças Armadas. No caso vertente não se vislumbra exercício ordinário de atividade de segurança pública. Trata-se de ação de segurança pública em contexto de pacificação de territórios que se encontravam ocupados por organizações criminosas, sofisticadamente articuladas, que ali instauraram um verdadeiro 'estado paralelo', tudo viabilizado pelo esgotamento e pela insuficiência das forças públicas do Estado do Rio de Janeiro. Plenamente demonstrada, pois, a necessidade de atuação das Forças Armadas para a garantia da lei e da ordem (BRASIL, 2013d, p. 4).

Em 05/09/2013, o STF julgou o *habeas corpus* e anulou a decisão do STM. Contudo, a distinção crime militar/não crime militar continua no sistema. Tanto é que, em acontecimento recente, em 18/05/2017, o STM negou *habeas corpus* a uma pessoa civil que praticou conduta semelhante à descrita no *habeas corpus* nº 112.936/RJ. Refiro-me a um acontecimento em que uma agente da Autarquia Municipal de Trânsito (AMC) de Fortaleza (CE) foi incriminada por desacato a militar por ter, no dia 1º de junho de 2016, ao participar de uma blitz de trânsito, próximo à entrada principal do 10º Depósito de Suprimento, desacatado um tenente do Exército, que desempenhava a função de oficial-de-dia do quartel. Segundo o Ministério Público Militar, o militar solicitou à civil que retirasse os cones colocados em frente ao portão principal do quartel e a agente teria ignorado as solicitações e proferido expressões grosseiras, em tom de deboche. Processada na justiça penal militar da União, a defesa da civil ingressou com o *habeas corpus* no STM para trancar a ação que tramita na Auditoria de Fortaleza. A defesa argumentou que a situação não configuraria crime militar de desacato e que a Justiça Militar da União não seria competente para julgá-la e afirmando que tal criminalização contraria a Constituição Federal, devendo ser reconhecida sua inconstitucionalidade. O relator

do caso no STM argumentou que não haveria dúvida de que o fato constitui, em tese, um crime militar e a maioria da Corte acolheu a opinião do relator, negando o *habeas corpus*.

Em todos esses casos, verifica-se que, primeiro surge a dúvida no plano das comunicações se determinado acontecimento é crime militar (ou não). Somente depois disso, é que as distinções presentes no artigo nono do CPM integram a comunicação como forma de dirimir a dúvida. Dessa forma, protela-se a incerteza no sistema, chamando-se as pessoas acusadas a participarem dos processos e das argumentações, de forma a legitimar a própria competência da justiça penal militar. Isso é observável em relação ao crime de desacato a militar. Sintomático disso também foi um caso tratado no conflito de competência nº 130.996/PA, que ocorreu em face da dúvida sobre a caracterização da conduta de um civil como crime militar (ou não). O Ministério Público Militar havia denunciado uma pessoa civil em razão da suposta prática de conduta incriminada pelo artigo 299 do CPM, desacato a militar, contra militares da Marinha do Brasil que desempenhavam atividade de patrulhamento naval na praia de Alter do Chão/PA. A justiça penal militar afirmou que o crime não era militar e se declarou incompetente para analisar o caso, determinando a remessa dos autos à justiça penal comum, que afirmou ser o crime militar. Quando isso ocorre no sistema, está-se diante de uma questão de ordem pública, que deve ser analisada antes de qualquer outro ato processual, posto que, decisão de juiz incompetente, em razão da matéria, gera nulidade absoluta do processo.

O conflito chegou ao STJ e os ministros concentraram a atenção em torno da questão de saber se a atividade de policiamento naval, que também é exercida por instituições civis, seria suficiente para caracterizar o crime como militar. Afirmou-se que quando a Marinha está à frente da atividade de patrulhamento sua condição de instituição militar é mantida e, sendo assim, configurar-se-ia o crime como militar. Em 12/02/2014, o tribunal julgou o CC e houve divergência entre os ministros da terceira seção do STJ com relação ao caso. O ministro relator destacou que a controvérsia girava em torno de saber se seria crime militar aquele praticado por civil contra militar no exercício de função tipicamente militares. Segundo ele, a "função de natureza militar a que se refere a alínea 'd' do inciso III do art. 9º do Código Penal Militar deve estar relacionada às atribuições precípua das Forças Armadas"

(BRASIL, 2014c, p. 6). A ministra que votou depois do relator divergiu, argumentando que "a fiscalização naval não constitui função tipicamente militar, podendo, portanto, ser realizada por outras organizações não militares. Por isso, não poderia tal critério ser utilizado para definição da competência excepcional da justiça militar, já que se trata de submeter civil à sua jurisdição" (BRASIL, 2014c, p. 11). O voto divergente foi acompanhado por mais duas ministras, tendo prevalecido, ao final, a argumentação do relator, como fundamento para se declarar, por maioria de votos, a competência da justiça penal militar, tendo restado consubstanciado no acórdão os seguintes argumentos:

considera-se crime militar, em tempo de paz, os delitos praticados por civil, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior. A função militar é atribuição específica conferida por lei ao militar, como integrante das forças armadas, exercitadas com características próprias da instituição militar, sobrelevando-se o poder legal conferido à autoridade militar. É militar o crime praticado por civil contra militar no exercício das funções que lhe foram legalmente atribuídas, seja ela de caráter subsidiário ou não (BRASIL, 2014c, p. 5).

Da mesma forma, quando o sistema se depara com acontecimentos que envolvem conduta descrita como crime contra a administração militar a recursividade da comunicação que se estabelece em torno na distinção crime militar/não crime militar acaba criando o crime militar e legitimando a competência da justiça penal militar para julgar civis. Em um evento que envolvia conduta descrita como corrupção ativa praticado por civil contra funcionário da justiça militar, tem-se a seguinte redundância no âmbito do STJ. Em 14/09/2011, ao julgar um conflito de competência em que uma pessoa civil foi denunciada por corrupção ativa por ter, supostamente, oferecido vantagem patrimonial indevida a analista judiciário da justiça militar da União. A justiça penal comum declinou da competência para a justiça penal militar sob o fundamento de que a infração penal praticada caracterizava crime militar. A justiça penal militar, por sua vez, suscitou o conflito de competência alegando que o fato não ocorreu em local sujeito à administração militar, mas na residência do denunciado, por isso, não se trataria de crime militar. Para declarar a competência da justiça militar, o relator do processo no STJ, destacou que quando a conduta é praticada contra funcionário da justiça militar no

exercício da função não é necessário que o fato ocorra em lugar sujeito à administração militar:

O legislador, ao utilizar a expressão *ou* cuidou de duas situações distintas: a primeira, do crime cometido em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade, e a segunda, contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo, sendo que nesta segunda situação não há referência alguma ao local onde o crime deva ser cometido. A essência aqui não é o local, mas sim contra quem se comete o crime: funcionário da Justiça militar no exercício de função inerente ao seu cargo (BRASIL, 2011d, p. 5-6).

No mesmo sentido, em relação a acontecimento envolvendo conduta descrita furto, praticado por civil, em 14/09/2011, o STJ julgou um conflito de competência no qual se destacam os seguintes argumentos e interpretações. Tratava-se de um acontecimento em que uma pessoa civil teria subtraído bem de propriedade privada, um aparelho de som, de um capitão do Exército Brasileiro. A investigação do fato foi inicialmente deflagrada em Abaetetuba/PA e remetida pela justiça penal comum à justiça penal militar de Belém/PA. Entendia aquela justiça que ela mesma era incompetente para julgar o caso, pois os fatos se deram em local sujeito à administração militar. A justiça penal militar também se declarou incompetente, argumentando que o crime era comum e suscitou o conflito de competência perante o STJ. Para tanto, argumentou-se que o aparelho de som pertencia ao militar e não se encontrava sob administração militar, tratando-se, portanto, de crime comum de competência da justiça penal comum. Para declarar a competência da justiça penal comum, destacou o relator do caso que, embora a conduta tenha sido cometida nas dependências de um local sujeito à administração militar, o que se apura não é a invasão à organização, mas tão-somente o furto de aparelho de som que não é bem público, mas particular. Com base nisso, concluiu:

Dúvida não há, portanto, que não se trata de crime militar, mas de crime comum, pois a ação delituosa não atingiu, nem de longe, bens ou interesses da União, aqui corporificada pela Administração Militar [...] A hipótese, portanto, é de crime comum, pois o delito foi praticado por um civil, mas não atingiu as instituições militares, única hipótese apta a caracterizar crime militar, no caso concreto (BRASIL, 2011a, p. 6).

Com relação a civil que praticou condutas descritas ao mesmo tempo pela legislação penal militar e pela legislação penal comum tem-se o seguinte entendimento no STJ. No caso, um civil foi preso em flagrante por se apresentar como tenente-coronel da Aeronáutica, utilizando indevidamente uniforme similar de militar da aeronáutica e, portanto, documentos militares falsificados, consistentes na

Carteira de Identidade Funcional expedida pela Força Aérea Brasileira, Ministério da Aeronáutica e 03 (três) demonstrativos de pagamento expedidos pelo Ministério da Aeronáutica. Além disso, o mesmo havia se identificado como jornalista, utilizando-se Carteira de Identidade Profissional de Jornalista falsa, expedida pela Federação Nacional dos Jornalistas Profissionais, e, uma Carteira de Identidade falsa expedida pelo Instituto de Identificação, Secretaria de Segurança Pública do Estado de Minas Gerais (BRASIL, 2013e, p. 4-5). Competente é a Justiça Estadual para processar e julgar os delitos de uso de carteira de identidade de jornalista ideologicamente falsa e de falsificação/uso de carteira de identidade expedida no âmbito estadual (BRASIL, 2013e, p. 11). Com relação às condutas de uso indevido de uniforme militar e falsificação de documentos públicos que atentam contra a administração militar – tipificadas, em princípio, nos artigos 172 e 311 c/c art. 9.º, III, a, do Código Penal Militar –, em face do disposto no art. 79, I, do Código de Processo Penal devem ser remetidos, ao Ministério Público Militar competente, cópia do Inquérito Policial e o uniforme militar utilizado” (BRASIL, 2013e, p. 12).

Com relação à distinção militar das Forças Armadas (FFAA)/militar das Polícias Militares (PPMM) e Bombeiros Militares (BBMM), em geral, também é possível identificar dois temas básicos abordados nas decisões dos tribunais. Em torno desses temas formam-se duas espécies de metatextos⁷²: os crimes com tipicidade única, isto é, crimes descritos apenas pela legislação penal militar - chamados no âmbito do sistema jurídico de crimes militares próprios - ou apenas pela legislação penal comum; e os crimes com dupla tipicidade, isto é, aqueles descritos tanto pela legislação penal militar como pela legislação penal comum - conhecidos no sistema jurídico como crimes militares impróprios. Em concordância com o que esclarece a dogmática jurídica: "quando a previsão típica incriminadora ocorre somente no Código Penal, a simples condição de militar do agente não transforma o delito em militar" (NUCCI, 2014, p. 34).

De fato, tratando-se de tipicidade única, isto é, de casos em que uma conduta seja incriminada somente pela legislação penal comum⁷³ ou apenas pela legislação penal militar, a complexidade no sistema com relação à diferenciação entre crime militar e crime comum é mais reduzida. No primeiro caso, o sistema

⁷² Texto que descreve ou explica outro texto (HOUAISS; VILLAR, 2001).

⁷³ Indica-se com isso tanto o Código Penal como a legislação penal extravagante, a exemplo da lei de drogas, lei de crimes ambientais etc.

afirma que o crime é comum e que a competência para julgá-lo é da justiça penal comum, independentemente das demais distinções. Assim, mesmo que uma conduta seja praticada por militar da ativa no interior de uma organização militar, caso a incriminação ocorra somente pela legislação penal comum não se configura crime militar. Isso ocorre, por exemplo, com o tipo penal de fraude em licitação, previsto no artigo 90 da lei nº 8666/90. No segundo caso, o sistema estabelece que o crime é militar e a competência é da justiça penal militar, sendo que, as demais distinções do artigo nono não são fazem diferença para afirmar que a conduta praticada é crime militar. O que prepondera é a circunstância de a conduta ser incriminada pela legislação penal militar, como no caso do crime de deserção, previsto no artigo 187 do CPM.

Com relação a ambos os casos em que ocorre tipicidade única, há algumas redundâncias no sistema jurídico, podendo-se destacar alguns julgados que revelam isso através da análise das formas como foram construídas as respectivas decisões. No que tange a militares das FFAA, por exemplo, tratando-se de crime com tipicidade única na legislação penal comum, fica claro na argumentação desenvolvida no âmbito do STJ que as demais distinções do artigo 9º não entram em jogo para a construção da decisão. Em 2016 o sistema se viu diante da necessidade de resolver o conflito de competência nº 146.388, entre a justiça penal militar e a justiça penal comum, com relação à conduta de um militar da ativa, terceiro sargento da Marinha, que supostamente teria praticado crime de fraude em licitação, previsto na lei de licitações, Lei nº 8.666/90, favorecendo empresa de sua própria esposa para prestação de serviços. A justiça penal militar se declarou incompetente para o caso, afirmando que o crime era comum e declinando a competência para a justiça penal comum. Esta, por sua vez, afirmou que o crime era militar e remeteu os autos e também se declarou incompetente, suscitando o conflito de competência perante o STJ. Para decidir o conflito, o sistema destacou que, embora o militar fosse da ativa, o crime de fraude à licitação não estava previsto no CPM, e, por isso, ainda quando praticado por militar contra a administração militar não seria crime militar de competência da justiça castrense. Como se verá, o argumento principal para a construção da decisão foi o fato de que o tipo penal incriminador da conduta se encontra descrito em legislação diversa do CPM. Com base nestas distinções, o subsistema produziu a seguinte informação:

Inexistindo o crime licitatório investigado no Código Penal Militar, é equivocada a aplicação do dispositivo para conduzir à competência da Justiça Castrense no suposto crime licitatório praticados por militares da ativa. Conflito de competência negativo conhecido para declarar competente o juízo da 8ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro/RJ (BRASIL, 2016b, p. 5)⁷⁴.

Concernente a militares estaduais, a ambiguidade também conduz ao conflito e a interpretação do subsistema tende a ser similar, como se pode verificar em um acontecimento de 2013. Nesse ano, ao apreciar um conflito de competência entre a justiça penal militar e a justiça penal comum para julgar a conduta de um terceiro sargento da Polícia Militar do Estado de São Paulo, isso ficou manifesto na comunicação do STJ. No caso, o policial militar ingressou no 22º Batalhão, acessou o computador de uma das salas do quartel e alterou um ofício, confeccionado por outro policial militar. Tratava-se de um documento que seria remetido a um órgão de trânsito e do qual o acusado excluía quatro autos de infrações e a apreensão de um Certificado de Registro e Licenciamento de Veículo. A justiça penal comum se declarou incompetente e determinou a remessa dos autos à justiça penal militar, por entender que o crime era militar, já que a conduta fora praticada por policial militar no interior de organização militar. A justiça penal militar, por outro lado, afirmou que o crime era comum e também se declarou incompetente, suscitando o conflito de competência perante o STJ. Ao construir seu voto no sentido de que a competência seria da justiça comum, a ministra relatora no STJ destacou que a competência militar não é firmada pela condição pessoal de militar do infrator, mas decorre da natureza militar da infração e, em relação a isso, não haveria crime militar porque "a ação delituosa dos autos, inserção de dados falsos em sistema de informação, prevista na lei comum (art. 313-A do Código Penal), não encontra figura correlata no Código Penal Militar"⁷⁵ (BRASIL, 2013, p. 7).

⁷⁴ Esta decisão, de certa forma, rompeu com entendimento anterior do sistema, fixado em decisão na qual se afirmou que, ocorrendo "violação aos interesses da Administração Militar, decorrente da fraude em licitação para contratações do Centro de Instrução Almirante Alexandrino de aquisição de materiais para aquela instituição militar, a competência seria da Justiça Militar" (BRASIL, 2015). Com base nessa interpretação, decidiu-se um conflito de competência em favor do Juízo Auditor da 1ª Auditoria Militar do Estado do Rio de Janeiro, devendo-se destacar que, nesse caso se tratava de crime de peculato, que é descrito também pelo Código Penal Militar, em seu artigo 303. Cf. CC n. 133.582/RJ, Rel. Min. Rogerio Schiatti Cruz, DJe. de 13/4/2015.

⁷⁵ Neste caso, reforçaram-se as seguintes redundâncias: não se caracteriza o crime militar pelo simples fato de a conduta ter sido praticada por militar em local sujeito à administração militar: "a prática de crime de porte de arma de fogo, previsto em lei especial (Lei nº 10.826/03) e sem correspondência no Código Penal Militar, em local sujeito à administração militar, não configura crime militar [...] Assim, na hipótese, a competência é do Juízo comum estadual" Cf. CC nº 112.314/MS,

Ainda que o militar esteja no exercício do policiamento, se o comportamento por ele praticado não for incriminado pelo CPM, não se configura o crime como militar. Segundo a dogmática jurídica, o crime de tortura "jamais será considerado crime militar, pouco importando ser cometido por militar contra civil ou militar contra militar" (NUCCI, 2010, p. 1196). O principal argumento para esse raciocínio é o fato de não haver tipificação do delito de tortura no Código Penal Militar. Nesse sentido, também foi a decisão do STJ em um CC sobre o crime de tortura praticado por policiais militares de Goiás nas dependências de uma delegacia da Polícia Federal. No caso, um preso acusado de roubo teria sido conduzido ao banheiro da Delegacia e torturado por policiais militares e policiais federais. A Polícia Militar goiana instaurou um procedimento investigativo e indiciou os policiais militares e, posteriormente, foi deflagrado um conflito de competência perante o STJ. No tribunal, o relator destacou que a tortura, por ser descrita pela Lei nº 9.455/97, seria de competência da justiça comum federal e, nisso, seu ponto de vista foi seguido pela maioria da turma julgadora (BRASIL, 2010, p. 5).

Em outra oportunidade, observa-se argumentação similar em decisão do STJ proferida em pedido de *habeas corpus* formulado contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ/RJ). No caso, um policial militar foi condenado pela justiça penal comum de primeira instância por prática de conduta descrita como associação para o tráfico, praticada durante o policiamento ostensivo. A defesa do militar apelou para o TJ/RJ, que manteve a decisão do juiz singular. Inconformada, a defesa recorreu para o STJ e, nesse tribunal superior, reconheceu que o militar havia praticado a conduta, mas argumentou que o crime seria militar e, assim, de competência da justiça militar. Argumentou-se que o artigo 290 do CPM também descreve o crime de tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar. Com base nesse argumento, pediu-se a ordem de *habeas corpus* contra a decisão do tribunal carioca, que confirmara a decisão condenatória de primeira instância, à pena de quatro anos de reclusão⁷⁶ pelo crime tráfico. A quinta turma do STJ afirmou que as condutas imputadas na denúncia e acatadas pelo

Rel. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 01/10/10). Ver também CC nº 49.689/RJ, Rel. Min. Og Fernandes, DJe 07/11/2008). Ademais, veja-se a súmula 172 do STJ: compete a justiça comum processar e julgar militar por crime de abuso de autoridade (previsto na lei de abuso de autoridade - Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965), ainda que praticado em serviço (BRASIL, 1996).

⁷⁶ Observa-se que a pena para o crime do artigo 290 do CPM é de "reclusão, até cinco anos". A pena da associação para o tráfico prevista no artigo 35 da Lei 11.343/2006, por outro lado, é de "reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos" (BRASIL, 1969; BRASIL, 1976).

magistrado na sentença configuravam associação para o tráfico e contribuição para o incentivo e difusão do comércio de entorpecentes e, que tais condutas "não se enquadram em nenhuma das previsões legais tipificadas na legislação penal militar" (BRASIL, 2006, p. 1). Como asseverou o referido órgão colegiado, ante a ausência de descrição da conduta no CPM, tratava-se de crime comum de competência da justiça penal comum, sendo pertinente reproduzir os seguintes argumentos selecionados para a construção da decisão:

Os núcleos dos topos previstos no caput e no § 1º, do art. 290 do Código Penal Militar evidenciam que o autor do fato tem contato direto com a substância entorpecente, o que, contudo, não ocorreu no presente caso, já que na denúncia foi imputada ao excipiente⁷⁷ e aos demais policiais militares denunciados a seguinte conduta: 'se associarem de forma prévia estável e permanente, com o fito de assegurar a venda de entorpecente livre e desembaraçada de qualquer ação repressiva por parte de colegas de farda não integrantes da sociedade criminosa, na medida em que, no exercício da função pública e mediante recebimento de 'propina', se articulavam para obstar o patrulhamento ostensivo no Morro Dona Marta e na Ladeira dos Tabajaras e permitir o livre trânsito de usuários a essas localidades e seus pontos de venda [...] Como se vê, não foi imputada ao excipiente a prática de qualquer das condutas previstas no caput e no § 1º do art. 290 do Código Penal Militar, mas sim a conduta de contribuir para o incentivo e difusão do tráfico ilícito de entorpecentes [...] Outrossim, foi imputada ao acusado a prática do crime de associação para o fim de tráfico ilícito de entorpecentes, que só encontra previsão na Lei nº 6.368/76 (BRASIL, 2006, p. 3-4).

No que tange aos casos em que ocorre dupla tipicidade, isto é, naqueles em que a conduta é incriminada tanto pela legislação penal militar como pela legislação penal comum, as ambiguidades são maiores e o sistema atualiza outras distinções do artigo 9º do CPM, articulando-as de maneira a afirmar (ou negar) o crime militar. Tratando-se de conduta praticada por militar da ativa⁷⁸ contra outro militar da ativa, para afirmar se o crime é militar (ou não) o subsistema leva em consideração também o fato de a conduta ter sido praticada dentro ou fora de local

⁷⁷ Aquele que, em processo judicial, opõe qualquer espécie de contestação, tal como a de incompetência.

⁷⁸ Para o sistema jurídico, militar da ativa é aquele que ainda não se aposentou por qualquer motivo, ainda que em gozo de férias, folga ou licença para qualquer finalidade (NUCCI, 2014). A data que o sistema jurídico leva em consideração para afirmar se o militar está na ativa é a da conduta, independentemente do fato de o militar pedir exoneração depois da instauração de processo pela justiça penal militar. Com relação a isso, encontra-se a seguinte redundância no sistema: a competência da justiça penal militar "deve ser fixada em função da qualidade que apresentava no momento do cometimento do fato, não podendo ser alterada posteriormente pela situação fática da exoneração. Não pode o agente furtar-se ao juízo voluntariamente" (BRASIL, 2008).

sujeito à administração militar⁷⁹. Dessa forma, caso o militar-marido lesione a militar-esposa dentro do quartel ou em situação de serviço considera-se o crime militar, já se for dentro da residência comum do casal trata-se de crime comum. Neste caso, a diferença que faz a diferença é *dentro/fora de organização militar*, conforme se nota quando o STF afirma que ocorrendo os fatos investigados na residência do ofendido, ou seja, fora de área militar o crime é de competência da justiça estadual comum (BRASIL, 2013m). Com essa interpretação, a segunda turma do STF concedeu, de forma unânime, "a ordem requerida para declarar a incompetência da Justiça militar e reconhecer, conseqüentemente, a competência da Justiça estadual comum; e anular o Inquérito Policial Militar, bem como eventual ação penal dele originada na Justiça Militar da União" (BRASIL, 2013m, p. 10). Igualmente, tratando-se de conduta descrita simultaneamente no CPM e no CP, praticada por militar contra militar, ambos da ativa, o sistema afirma que sendo praticada fora de situação de atividade e de local sujeito à administração militar e por motivos alheios às funções militares não se trata de crime militar. Nesse sentido, vale a pena transcrever uma interpretação com base na qual o STM adotou uma decisão contra a qual o STF concedeu *habeas corpus*, declarando a incompetência da justiça militar⁸⁰:

Os fatos narrados na denúncia ingressam na esfera de competência da Justiça Militar da União. Além de os sujeitos ativo e passivo do delito em tese praticado ostentarem a condição de militar da ativa, salta aos olhos a nocividade que as condutas descritas representam para a preservação da hierarquia e da disciplina militares. Entrevero ocorrido na presença de outros militares, envolvendo diálogos que, inclusive, teriam sido citadas a graduação do réu e a patente de um dos ofendidos, bem como a antiguidade de ambos. Na hipótese, o fato dos militares se encontrarem fora do ambiente militar é irrelevante. O respeito aos pilares básicos da hierarquia e da disciplina não se restringe aos ambientes militares [...] Tudo está relacionado a uma festa de aniversário de um militar que convidou os seus amigos, a maioria militares, que a certo tempo culminou em discussão por uma lata de cerveja. O almoço comemorativo, em lugar alheio à Administração Militar, durou a tarde toda. Regado a bebida alcoólica, o que é natural para a vida normal das pessoas, a certo tempo acabou em entrevero que culminou em lesões leves e xingamentos entre os envolvidos (BRASIL, 2015c, p. 2-3).

⁷⁹ Tratando-se de casos em que integrante das Forças Armadas pratique crime contra militar estadual ou vice-versa, define-se a competência para julgamento pelo sujeito ativo: União ou Estado (NUCCI, 2014).

⁸⁰ Com relação ao mesmo tema, encontram-se no sistema as seguintes redundâncias: STF, HC 114.523/SP, Min. Gilmar Mendes, *DJe* de 04/06/2013; STF, HC 103.812/SP, Min. Luiz Fux, *DJe* de 16/02/2012; STJ, HC 207.927/RR, Min. Gilson Dipp, *DJe* de 20/06/2012; STJ, HC 119.813/PR, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJe* de 02/02/2009.

No que diz respeito a acontecimentos em que a conduta é praticada por militar da ativa ou por militar em serviço ou em razão de sua função contra qualquer pessoa, diga-se, militar da ativa, inativo ou civil, a afirmação do crime militar também depende das outras distinções do artigo 9º. Neste sentido, foi a decisão do STJ ao definir a competência para julgar a conduta de militar praticada contra funcionário público federal em lugar sujeito à administração militar. No caso, tratava-se de uma representação criminal formulada por uma procuradora da justiça militar, que atribuía a um Segundo-Sargento a prática dos crimes de calúnia, injúria e difamação. O militar teria afirmado que a procuradora era mentirosa, farsante, que já teria sido denunciada por improbidade administrativa, que fazia parte de 'esquema' e que o teria denunciado com base em mentiras. O fato ocorreu diante de outros militares e civis em um hospital militar e a justiça penal militar declinou da competência, afirmando que o crime era comum e a competência seria da justiça penal comum, uma vez que a conduta fora praticada contra a honra de uma funcionária pública federal em razão da função. Por sua vez, a justiça penal comum suscitou o conflito de competência no STJ, onde se afirmou que estava "caracterizado a prática de crime militar, por perfeita equivalência com o art. 9º, II, "b", do Código Penal Militar" (BRASIL, 2009). Para afirmar que o crime era militar e a competência da justiça militar, a argumentação que restou consubstanciada revela que as diferenças que fizeram a diferença foram lugar sujeito à administração militar e militar em situação de atividade, conforme se nota no seguinte fragmento da decisão judicial:

No caso vertente, os delitos supostamente foram praticados em lugar sujeito à administração militar (Hospital Geral de Brasília), por militar em situação de atividade (Segundo-Sargento que estava sendo detido por deserção), contra civil, tudo a atrair a competência da Justiça Castrense para o exame do feito (BRASIL, 2009, p. 4).

Tratando-se de situações com dupla tipicidade em que a conduta descrita é praticada *em* organização militar ou *contra* o patrimônio de organização militar⁸¹ ou *contra* a ordem administrativa militar surgem também ambiguidades. Nesses casos, levam-se em consideração outras distinções do artigo 9º, inciso I. Isso é o que se depreende de decisão do STJ ao decidir um conflito de competência para o julgamento da prática de conduta descrita como crime de estelionato praticado por

⁸¹ Considera-se patrimônio sob a *administração* militar todos os bens colocados à disposição de organização militar. Excepcionalmente, bens particulares, colocados sob administração militar, também se encaixam nessa expressão (NUCCI, 2014).

sargento da aeronáutica, utilizando-se do nome da instituição militar, bem como, de sua função militar e na própria Seção de Aviação Civil. No caso, a justiça penal militar declinou da competência em prol da justiça penal comum, remetendo-lhe os autos do processo, sob o argumento de que "o único iludido e lesado patrimonialmente foi o civil, fato que retiraria da Justiça Militar a competência para processar e julgar o caso" (BRASIL, 2007, p. 3). A justiça comum alegou que o fato de a vítima ser civil não teria relevância para afirmar se o crime era militar (ou não) e que a competência seria da justiça castrense, tendo em vista o acontecimento ter se passado no interior de organização militar (BRASIL, 2007, p. 3). Com base nisso, o deflagrou-se o conflito no STJ, que decidiu nos seguintes termos:

Crime de estelionato praticado por militar, utilizando-se do nome da instituição militar, da sua função de militar da aeronáutica e na própria Seção de Aviação Civil, deve ser processado e julgado pela justiça castrense, por se tratar das hipóteses previstas nas alíneas b e c do inciso II do artigo 9º do Código Penal Militar. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Auditor da Quarta Circunscrição Judiciária Militar do Estado de Minas Gerais, ora suscitado (BRASIL, 2007, p. 5).

Quando a conduta é praticada por militar contra civil as distinções *conduta praticada em lugar sujeito à administração militar (ou não) e militar de serviço (ou não)* também fazem diferença para a produção de informação no sistema. Ao decidir um conflito de competência para julgar conduta descrita como peculato-furto praticado por militar estadual em Delegacia de Polícia, entenda-se lugar não sujeito à administração militar, o STJ afirmou que, em razão do lugar onde ocorreu a conduta e da propriedade do patrimônio, a competência seria da Justiça comum estadual. O caso envolvia o furto, por um policial militar de diversos objetos do interior de uma caminhonete apreendida que se encontrava no pátio da organização policial civil. Tal conduta encontra-se descrita tanto pelo artigo 155 do CP como pelo artigo 303, parágrafo 2º, do CPM. O processo foi distribuído inicialmente para a justiça penal comum, tendo esta se declarado incompetente e remetido os autos à justiça penal militar, que, por sua vez, desencadeou o conflito de competência, declarando-se também incompetente, argumentando que os fatos "não ocorreram em lugar sujeito à Administração Militar" (BRASIL, 2012, p. 2). No STJ, afirmou-se que "o local onde o delito foi praticado não é instituição sujeita à Administração Militar, e, além disso, o acusado estava de folga no momento do crime" (BRASIL, 2012, p. 4-5). Com base nisso, acolheu-se, por unanimidade, o argumento da

relatora de que o crime não era militar e, portanto, a competência era da justiça penal comum.

A diferenciação crime militar/não crime militar é uma forma autorreferencial que não permite elucidar o que seja o próprio crime militar, podendo-se dizer que quando se busca o sentido último de um dos lados desse tipo de forma, depara-se com tautologias e paradoxos que precisam ser assimetrizadas e desdobrados. Cuida-se de uma forma de indicar que o subsistema penal militar é o sistema de referência das distinções e descrições que ele próprio utiliza, de maneira que, suas estruturas e limites são identificados através da identificação das comunicações que remarcam aquilo que "ha de ser manejado en el sistema como comunicación específicamente jurídica" (LUHMANN, 2005: p. 90).

Essa distinção desencadeia conexões com outras distinções previstas na legislação penal militar e na realidade fática, desprendendo-se daí uma realidade penal militar como construção. Na medida em que as comunicações as expectativas militares se fecham operacionalmente, podendo-se falar em subsistema penal militar, que se orienta por tal diferenciação sistêmica e é capaz, de "lembrar-se e esquecer-se *rapidamente*" (LUHMANN, 2005, p. 37). Ocorre, no caso da estabilização de expectativas normativas militares, aquilo a que Luhmann chama de umbral - um limiar ou limite - que se reproduziu ao longo da história e sem o qual, haveria uma indiferenciação tal, que hoje em dia sequer seria possível falar em crime militar. Com base nessa compreensão, observei como, através de seu código referencial o subsistema penal militar observa o mundo e, de posse das decisões colhidas junto aos tribunais observo quais temas são selecionados pelo subsistema e o que fica manifesto e latente em suas comunicações.

3.3 A incriminação penal militar e o acoplamento do subsistema

Esta seção destina-se ao exame dos programas por meio dos quais o subsistema penal militar se relaciona com seu ambiente externo e, para tanto, orienta-se a análise através de uma observação empírica. As decisões do STF e do STJ traduzem, na grande maioria dos casos, uma operação avançada do sistema jurídico e, com foi observado, muitos conflitos de competência sobre os quais o STJ decidiu são de diferentes estados da Federação. Diante disso, pode um observador

externo questionar se, ao menos, alguns tipos penais militares se estruturam no sistema jurídico nacional, de modo que, retomo aqui a observação que realizamos na Justiça Militar do Estado do Ceará (BARREIRA, DIÓGENES, 2013). Trata-se de um levantamento no qual, seguindo uma sugestão de Misse (2008, 2011a, 2011b), foi rastreado o processo de incriminação penal militar, com o objetivo de evidenciar os tipos penais militares que adquirem estrutura no início das operações do subsistema. Os resultados daquela pesquisa servem para que a coleta de informações e redundâncias nas decisões dos tribunais, a realizar-se no próximo capítulo, não seja aleatória, mas calcada em um chão empírico. Dessa forma, é possível reduzir a complexidade do problema e estabelecer as referências a partir das quais seja possível identificar os tipos registrados pelo subsistema no processamento de informações.

Convém repetir que, do ângulo do subsistema, são os chamados elementos objetivos dos tipos que estabelecem as condições por meio das quais é possível afirmar se uma conduta é crime militar (ou não). Aquilo a que o sistema jurídico define como elemento subjetivo do tipo penal militar, a saber, a vontade da pessoa, não permite o acoplamento ao ambiente. Conforme esclarece Assier-Andrieu (2000), tais estruturas formam uma distinção já consolidada no direito desde o período medieval. Trata-se do que, para o sistema, é uma forma de ligar as pessoas ao crime através da distinção "entre *elemento objetivo* e *elemento subjetivo* do crime: de um lado, as circunstâncias exteriores, do outro, o estado de espírito do autor" (ASSIER-ANDRIEU, 2000, p. 302). Com essa distinção, o subsistema se refere ao ambiente de forma a criar construções coerentes que repercutem na economia do subsistema e que funcionam como *corpus de referência normativa* em cujo nome se julga (ASSIER-ANDRIEU, 2000, p. 303).

Quando se observam as decisões sobre os crimes dolosos contra a vida de civil praticado por militar, em particular o homicídio, percebe-se isto. A conduta em si é demasiadamente complexa para processar o acoplamento, de forma que, basta a constatação de que um militar deu causa à morte de civil para que se deflagre no sistema o processamento de informação, independentemente de comprovação se o agente quis ou não dar causa ao resultado morte. Tanto é que, quando há dúvidas se está presente (ou não) a assunção do risco de produzir o resultado morte, o sistema afirma que o processo "deverá tramitar na Justiça

Comum - e não na Justiça Militar - o processo que apure a suposta prática do crime cometido, em tempo de paz, por militar contra civil" (BRASIL, 2016). Implica dizer que o simples preenchimento dos elementos objetivos do tipo permite produzir informação no sistema, o que seria mais dificultoso caso fosse necessário eliminar a eventual dúvida sobre vontade do agente. Caso o acoplamento dependesse da afirmação do dolo ou culpa, seria necessário o exame aprofundado de todo o conjunto probatório, de forma que a definição do que é crime militar passaria a depender da coleta de provas durante a instrução criminal, do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa. Enfim, dessa maneira, o sistema não conseguiria produzir informação. Conforme já julgou o STJ, havendo dúvida sobre o dolo, o feito deve tramitar na Justiça Comum (BRASIL, 2014d; BRASIL, 2014g).

Ocorrido um acontecimento desapontador das expectativas militares e deflagrado o processo de criminalização, chega-se ao processo de incriminação penal militar que será observado aqui. Cumpre esclarecer que, compreende-se a criminalização como um processo composto por diferentes níveis analíticos interconectados: a *criminalização* correspondente à inclusão de um determinado tipo de ação “nos códigos, institucionalizando sua sanção”; a *criminação* no sentido de “encaixamento do fato na lei”; a *incriminação* como percurso racional-legal que visa “construir, por meio de provas e testemunhos, a ‘verdade’ da acusação”; e, a *sujeição criminal* consistente na seleção prévia dos “supostos sujeitos que irão compor um *tipo social* cujo caráter é socialmente considerado propenso a cometer um crime” (MISSE, 2008; 2011a; 2011b). Dessa forma, diferencia-se “criminalização militar”, isto é, a instituição de certos tipos de conduta no CPM, da efetiva interpretação de eventos como crimes militares, por oficiais da PMCE, a “criminação militar”, na qual são seguidos procedimentos concretos que selecionam os eventos tratados como crimes militares. Dos procedimentos de criminalização apenas uma fração dos eventos efetivamente interpretados como crimes militares é selecionada para processamento legal pelo Ministério Público Militar e remetida à Auditoria Militar, iniciando-se a “incriminação militar” penal militar.

Dessa forma, reduz-se a complexidade do problema, marcando um foco de interesse. Com relação ao encaminhamento e tratamento de desapontamentos de expectativas normativas militares, deve-se recordar que, ocorre uma variação em função do tipo de conduta e da legislação com a qual se procura proteger as

expectativas. Dependendo do estatuto normativo ao qual a norma pertença, isso pode ser realizado no âmbito da própria organização policial militar ou envolver as organizações judiciárias. Caso a conduta do policial militar seja dolosa contra a vida de civil, ela é tratada como crime comum, sendo processada e julgada pelo Tribunal do Júri. No caso cearense, frustrada uma expectativa normativa contida no Código Disciplinar da Polícia Militar do Ceará (CDPMCE), o processo ocorre na Controladoria Geral de Disciplina dos Órgãos de Segurança Pública e Sistema Penitenciário do Estado do Ceará ⁸². Se se tratar de ação que frustra expectativa normativa contida no CPM, a ação é indiciária da existência de crime militar, podendo ser deflagrado o processo de incriminação militar.

O processo de incriminação policial militar tem seus procedimentos definidos pelo Código de Processo Penal Militar (CPPM), segundo o qual, a polícia judiciária militar é o principal mecanismo de identificação e encaminhamento de frustrações de expectativas do CPM. O exercício da polícia judiciária militar compete aos oficiais das instituições militares, que dispõem dos seguintes instrumentos de *criminação*: se for o caso de prisão em flagrante, adota-se o *Auto de Prisão em Flagrante (APF)*; caso o policial acusado não esteja em flagrante delito, instaura-se um *Inquérito Policial Militar (IPM)*, procedimento administrativo que tem por objetivo apurar se há ou não indícios de ocorrência de crime militar; e, tratando-se de crime de deserção, confecciona-se o chamado *termo de deserção*. A realização desses procedimentos recai, conforme o artigo sétimo do CPPM, em oficial de posto superior ao do indiciado (BRASIL, 1969). Significa dizer que, na medida em que se sob na escala hierárquica, tende-se a aproximar a patente da autoridade encarregada de IPM da dos investigados, sendo que, com relação aos coronéis, último posto da instituição, a atividade de polícia judiciária acaba sendo feita pelos próprios colegas de posto.

⁸² Este órgão foi instituído pela emenda constitucional nº 70, que inseriu o artigo 180-A na Constituição do Estado do Ceará. O referido dispositivo constitucional atribuiu à Controladoria Geral de Disciplina dos Órgãos de Segurança Pública e Sistema Penitenciário do Estado do Ceará o objetivo exclusivo de apurar “a responsabilidade disciplinar e aplicar as sanções cabíveis, aos militares da Polícia Militar, militares do Corpo de Bombeiro Militar, membros das carreiras de Polícia Judiciária, e membros da carreira de Segurança Penitenciária”. Trata-se de um órgão independente em relação à PMCE, de assessoramento direto do governador, tendo autonomia administrativa e financeira, além de competência para realizar, requisitar e avocar sindicâncias e processos administrativos que tenham por objeto a apuração de responsabilidade disciplinar de todos os servidores integrantes da PMCE.

Um olhar sobre a distribuição do pessoal da PMCE permite ilustrar a relação proporcional de pessoal entre os diversos postos e graduações da organização, que é composta basicamente de duas carreiras profissionais: a de oficiais e a de praças. Segundo a legislação estadual, aquela é organizada em postos e esta em graduações ⁸³, sendo que, a carreira dos oficiais contém os postos de coronel, tenente-coronel, major, capitão e primeiro-tenente. A das praças compreende subtenente, primeiro-sargento, cabo e soldado, bem como, as praças especiais aspirantes-a-oficial, cadetes do Curso de Formação Profissional para a Carreira de Oficiais e alunos do Curso de Formação Profissional para a Carreira de Praças. O conjunto dos cargos da instituição forma uma imagem similar a de uma pirâmide, com um vértice estreito, ocupado por poucos coronéis e uma base larga. Em face disso, é de se esperar que os dispositivos de criminalização produzidos no âmbito da PMCE e encaminhados ao MPM e à Auditoria Militar estadual envolvam, em sua grande maioria, as praças.

Tabela 1 - Quantidade de policiais militares do Estado do Ceará ⁸⁴

Posto/Graduação	Quantidade	Percentual (%) em relação ao total
Coronel	35	0,2%
Tenente Coronel	76	0,5%
Major	163	1%
Capitão	264	1,8%
Tenente	173	1,2%
Subtente	689	4,6%
Sargento	1623	10,9%
Cabo	3249	21,9%
Soldado	8588	57,8%
Outros ⁸⁵	4	0,1%
Total	14.864	100%

Fonte: Núcleo de Efetivo e Promoção (NEP) da PMCE

As denúncias do Ministério Público Militar (MPM) contra os policiais militares cearenses são remetidas à justiça militar estadual, onde se procurou identificar a criminalidade militar registrada. A justiça militar cearense é exercida, em primeiro grau de jurisdição, por um juiz auditor e por conselhos de justiça militar, com competência em todo o Estado, sendo dotada de somente uma vara, a Vara Única

⁸³ Cf. Estatuto dos Militares Estaduais do Ceará, Lei n.º 13.729, de 11 de janeiro de 2006, em especial os artigos 30 e seguintes.

⁸⁴ Dados atualizados até agosto de 2013, segundo o Núcleo de Efetivo e Promoção (NEP) da PMCE.

⁸⁵ Há dois alunos do Curso de Formação de Oficiais e dois alunos do Curso de Formação de Soldados. Trata-se de situações atípicas. São casos em que, por haver alguma pendência judicial, os alunos não tomaram posse nos postos e graduações correspondentes.

da Justiça Militar da Comarca de Fortaleza, também conhecida como Auditoria Militar⁸⁶, situada no Fórum Clóvis Beviláqua. Neste órgão judiciário foi realizado o levantamento em questão. Compreendendo-se o processo de incriminação policial militar como um marco para rastrear as expectativas normativas militares, a investigação sobre a criminalidade militar registrada junto à Auditoria Militar cearense relativa aos integrantes da Polícia Militar do Ceará (PMCE) permitiu identificar os tipos penais militares acionados. Cuida-se de normas que deram suporte jurídico à produção da criminalidade policial militar e que serviram como referência para o indiciamento de policiais militares por crime militar. Esta observação é importante porque permite registrar os tipos penais militares que se estruturam na comunicação, isto é, as expectativas que o sistema recorda (ou não).

Na linguagem do subsistema, os tipos penais são instrumentos legais de natureza predominantemente descritiva e que têm por função a individualização de condutas humanas penalmente proibidas ou obrigatórias (ZAFFARONI, 2008). Existe uma variedade ampla de descrições típico-ideais de condutas criminalizadas pelo CPM, muitas delas relativamente desconhecidas pelos próprios policiais militares. Embora o Direito Penal Militar seja ensinado nos cursos de formação policial da PMCE, normalmente apenas alguns tipos penais são incluídos no material didático. Na apostila da disciplina *Fundamentos de Direito Penal Militar*, por exemplo, mais da metade de seu conteúdo trata da parte geral do CPM – princípios gerais do Direito Penal Militar, teorias do crime e das penas – e o restante da exposição dos tipos penais militares⁸⁷. De forma que, apenas alguns tipos penais são selecionados para serem estudados em sala de aula. São eles:

motim e revolta (art. 149); apologia de fato criminoso ou de seu autor (art. 156); violência contra superior (art. 157); violência contra militar de serviço (art. 158); desrespeito a superior (art. 160); recusa de obediência (art. 163); oposição à ordem de sentinela (art. 164); uso indevido de uniforme, distintivo ou insígnia militar por qualquer pessoa (art. 172); violência contra inferior (art. 175); amotinamento (art. 182); deserção (art. 187); deserção especial (189, II); deserção por evasão ou fuga (art. 192); favorecimento a desertor (art. 193); abandono de posto (art. 195); dormir em serviço (art.

⁸⁶ Esta é composta pelo juiz auditor e por quatro Conselhos de Justiça Militar, além da possibilidade de formação de um Conselho de Justiça Militar Especial, a qualquer tempo. Os conselhos comuns julgam os crimes militares imputados às praças e são compostos por quatro oficiais da PMCE. Os conselhos especiais julgam oficiais e são compostos por quatro oficiais superiores ao oficial em julgamento.

⁸⁷ Refiro-me ao material didático utilizado nos dois últimos Cursos de Formação Profissional de Praças realizados pela PMCE. A disciplina em questão foi desenvolvida em cinco encontros de quatro horas cada.

203); homicídio (art. 205); lesão corporal (art. 209); lesão grave (art. 209, § 1º); lesão levíssima (art. 209, § 6º); lesão corporal culposa (art. 210); participação em rixa (art. 211); calúnia (art. 214); difamação (art. 215); injúria (art. 216); injúria real (art. 217); constrangimento ilegal (art. 222); ameaça (art. 223); pederastia ou outro ato de libidinagem (art. 235); ato obsceno (art. 238); furto (art. 240); furto de uso (art. 241); roubo (art. 242); latrocínio (art. 242, § 3º); extorsão (art. 243); apropriação indébita (art. 248); estelionato (art. 251); receptação (art. 254); dano (art. 262); desacato a superior (art. 298); desacato a militar (art. 299); desobediência (art. 301); peculato (art. 303); concussão (art. 305); corrupção passiva (art. 308); corrupção ativa (art. 309); falsificação de documento (art. 311); falsidade ideológica (art. 312); prevaricação (art. 319); condescendência criminosa (art. 322); violência arbitrária (art. 333); tráfico de influência (art. 336) (BRASIL, 1969).

Mesmo levando em consideração a possibilidade de exclusão do material dos chamados tipos penais militares impróprios – aqueles que têm previsão também no Código Penal comum, a exemplo do estupro – vários tipos propriamente militares não são objeto de estudo na formação policial. Confrontando os tipos ensinados nas últimas formações de praças da PMCE com a amostra que recolhida na Auditoria Militar, relativa a crimes militares imputados a soldados, cabos, sargentos e subtenentes, é perceptível que o processo de incriminação militar é deflagrado contra pessoas que, a tirar pela formação, desconhecem o sentido criminoso de sua conduta. É o que demonstram algumas denúncias ofertadas pelo MPM que tiveram como base os seguintes tipos penais do CPM:

Tabela 2 - Artigos do CPM indicados nas denúncias que não foram ensinados nos CFP's

Nome do crime/artigo do CPM	Frequência
Desaparecimento, consunção ou extravio	104
Inobservância de lei, regulamento ou instrução	37
Fuga de preso ou internado	36
Embriaguez em serviço	22
Conspiração	17
Incitamento	17
Abuso de confiança ou boa-fé	10
Ofensa aviltante a inferior	6
Publicação ou crítica indevida	5
Descumprimento de missão	5
Violação do dever funcional com o fim de lucro	5
Organização de grupo para a prática de violência	4
Abuso de requisição militar	2
Rigor excessivo	2
Desafio para duelo	2
Violação de recato	2
Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento	2
Atentado contra viatura ou outro meio de transporte	1
Violação ou divulgação indevida de correspondência ou comunicação	1
Inutilização, sonegação ou descaminho de material probante	1

Fonte: Elaboração do autor, a partir de dados da Justiça Militar Estadual

Confrontando os tipos penais militares que não constam no material didático dos cursos de formação policial com os que mais apareceram nas denúncias do promotor de justiça militar contra soldados, constata-se que há uma correspondência. Os tipos que não foram objeto dos cursos estão entre os que mais dão suporte às denúncias. Os tipos de *conspiração* e *incitamento* exemplificam isso. De todas as denúncias ofertadas com base nestes tipos penais, dezessete por cada tipo, os soldados respondem por 82,4%. O mesmo ocorre com o tipo *fuga de preso ou internado*, que do total, quatorze, 71,4% foram imputados a soldados. A tabela a seguir foi organizada para dar uma ideia geral da distribuição da entrada de dispositivos de criminalização na Auditoria Militar cearense. Conforme demonstram os dados, no Ceará, há um progressivo crescimento no processo de incriminação militar ao longo do período examinado. Entre o primeiro e o último ano, o percentual de registros de dispositivos – inquéritos policiais militares, autos de prisão em flagrantes, termos de deserção, dentre outros, quase duplicou:

Tabela 3 - Registros de dispositivos de criminalização que deram entrada na Auditoria Militar

Ano	Entradas na Auditoria	Percentual (%) em relação aos 5 anos
2004	257	13,5%
2005	308	16,1%
2006	428	22,3%
2007	444	23,2%
2008	478	24,9%
Total	1915	100%

Fonte: Elaboração do autor, a partir de dados da Justiça Militar Estadual

Pesquisas realizadas no âmbito administrativo apontam que a demanda por apuração de condutas de policiais militares a órgãos do Poder Executivo envolve um quantitativo maior de oficiais que de praças. Levantamentos feitos em Corregedorias e Ouvidorias de Polícia de Minas Gerais, Rio de Janeiro, Pará e Rio Grande do Sul, por exemplo, revelam que “a taxa de denúncias contra oficiais da Polícia Militar é superior à de queixas contra praças” (LEMGRUBER; MUSUMECI; CANO, 2003, p. 176). No âmbito da Justiça Criminal Militar, ocorre justamente o oposto. Os dispositivos de criminalização militar que passam pela Auditoria têm como

alvo de investigação um número maior de praças que de oficiais. Na verdade, as praças respondem por mais de 90% de todos os procedimentos que deram entrada na Auditoria. Aliás, levantamento anterior sobre o principal dispositivo de criminalização militar, o IPM, aponta esta mesma tendência. Em pesquisa com policiais militares de Porto Alegre, Russo observou que “os praças somam 96,1% dos denunciados” (2011, p. 317). Os dados a seguir, demonstram a distribuição de dispositivos de criminalização por postos e graduações:

Tabela 4 - Distribuição dos dispositivos de criminalização por postos e graduações

Posto/Graduação	Frequência	Percentual (%) em relação ao total de dispositivos
Soldado	1190	62,1%
Cabo	274	14,3 %
Sargento	209	10,9%
Subtente	77	4%
Tenente	72	3,8%
Capitão	46	2,4%
Major	17	0,9%
Tenente Coronel	17	0,9%
Coronel	13	0,7%
Total	1915	100%

Fonte: Elaboração do autor, a partir de dados da Justiça Militar Estadual

Deste total, apenas uma parte é considerada procedente pelo Ministério Público Militar, servindo de suporte para o oferecimento de denúncias. Neste momento, o sistema penal militar se irrita ou não, deixando de lado alguns casos, criando uma zona de informações e redundâncias e um espaço vazio. Isso pode acontecer por diversos motivos, como o reconhecimento de que o indiciado não praticou a conduta ou que seu comportamento não corresponde ao tipo penal militar. Neste caso, a norma é atualizada nas comunicações do subsistema, de forma que a sensibilidade jurídica incide sobre as conclusões dos procedimentos administrativos, que constroem o suposto fato criminoso, podendo concordância (ou não) com a sensibilidade dos oficiais da PMCE. De um modo geral, há uma sintonia entre as duas instâncias. Conforme ilustram os dados, dos procedimentos que deram entrada na Auditoria, 51% foram considerados procedentes, gerando denúncias do promotor de justiça militar:

Tabela 5 - Distribuição dos dispositivos de criminalização por postos e graduações

Houve denúncia?	Frequência	Percentual (%) em relação ao total de casos
Sim	975	51%
Não	940	49%
Total	1915	100%

Fonte: Elaboração do autor, a partir de dados da Justiça Militar Estadual

Confrontando os quantitativos de procedimentos administrativos produzidos pela PMCE com os de denúncias do MPM, observa-se que parece haver uma seletividade no processo de incriminação policial militar cearense. Conforme apontam os dados, de todas as patentes da PMCE, os soldados são os mais denunciados. Não só em relação às outras patentes, mas na relação denúncia/não-denúncia dentro de cada categoria. Em todos os outros graus hierárquicos da corporação, com exceção dos soldados, o número de não oferecimento de denúncias pelo MPM supera o número de denúncias. Enquanto no vértice da pirâmide hierárquica, o percentual de não-denúncias (62%), é quase o dobro do de denúncias (38%), do total de procedimentos envolvendo soldados que deram entrada na Auditoria, 54% serviram de fundamento para a incriminação militar pelo promotor de justiça, servindo de base para o oferecimento de denúncias, contra 46% dos casos que não geraram denúncias:

Tabela 6 - Quantitativo de denúncias e não-denúncias por posto ou graduação

Post/Grad.	Denúncia	Percentual (%)	Não-denúncia	Percentual (%)	Total
Soldado	643	54%	547	46%	1190
Cabo	136	49%	138	51%	274
Sargento	94	45%	115	55%	209
Subtente	38	49%	39	51%	77
Tenente	33	46%	39	54%	72
Capitão	15	33%	31	67%	46
Major	4	23%	13	77%	17
Ten. Coronel	7	41%	10	59%	17
Coronel	5	38%	8	62%	13
Total	975	51%	940	49%	1915

Fonte: Elaboração do autor, a partir de dados da Justiça Militar Estadual

Os elementos objetivos dos tipos penais militares com base nos quais os militares são denunciados pelo MPM são bastante variados, mas revelam algumas tendências. Conforme observamos, certos tipos estão mais presentes em alguns postos e graduações. Observando as denúncias oferecidas contra oficiais, verifica-se que os tipos penais de *lesão corporal e desaparecimento, consunção ou extravio*

estão presentes nos diversos postos da carreira. Além destes, aparecem também no círculo dos oficiais os seguintes tipos: *violência contra militar de serviço; recusa de obediência; abuso de requisição militar; rigor excessivo; ofensa aviltante a inferior; violação de recato; desobediência; inobservância de lei, regulamento ou instrução; violação ou divulgação indevida de correspondência ou comunicação; inutilização, sonegação ou descaminho de material probante*. No círculo das praças, os tipos que são comuns a todas as graduações são: *fuga de preso ou internado; desaparecimento, consunção ou extravio; abandono de posto; e desacato a superior*. Além destes, verificou-se a ocorrência dos seguintes tipos: *violência contra militar de serviço; recusa de obediência, ofensa aviltante a inferior; violação de recato; desobediência; inobservância de lei, regulamento ou instrução; violação do dever funcional com o fim de lucro; embriaguez em serviço; abuso de confiança ou boa-fé; deserção; conspiração; motim; organização de grupo para a prática de violência; incitamento; violência contra superior; desafio para duelo; desacato a militar; desrespeito a superior; incitamento; organização de grupo para a prática de violência; publicação ou crítica indevida; descumprimento de missão; extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento; desacato a militar; dormir em serviço; interrupção ou perturbação de serviço ou meio de comunicação; e atentado contra viatura ou outro meio de transporte*.

Enquanto programas do subsistema penal militar, os tipos penais não têm qualidade própria e só são observáveis quando existe comunicação jurídica, isto é, "desde el punto de vista empírico, únicamente están dados con las operaciones del sistema: son momentos de la autopoiesis del sistema, no entidades existentes por sí solas" (LUHMANN, 2005b, p. 271). Isso não impede um observador externo de designá-los e descrevê-los como estruturas do sistema e verificar, na comunicação, quais são atualizados (ou não), quais são esquecidos ou recordados, na produção de informações e redundâncias. Nesta perspectiva, é possível reconhecer os seguintes programas do Código Penal Militar como estruturas do sistema penal militar que tipificam as condutas criminosas. A partir daí, é possível observar o livro I do referido código, que trata dos crimes militares em tempo de paz, com o intuito de identificar os programas que descrevem expectativas normativas em relação aos militares estaduais. Empregarei para isso dois pares de distinções: a distinção civil/militar e a distinção militar das forças armadas/militar das polícias.

A utilização da distinção crime comum/crime militar permite observar uma série de programas que não traduzem comportamentos esperados especificamente de militares, como por exemplo, o tipo do artigo 308 que descreve a *corrupção passiva* e o do artigo 240 que descreve o *furto*, ambos do CPM. Programas como esses estabilizam expectativas comportamentais que são esperadas em outros âmbitos sociais, como em relação aos demais funcionários públicos (artigo 317 do CP) e a qualquer pessoa (artigo 155 do CP). O emprego da distinção militar das forças armadas/militar das polícias, por outro lado, permite observar outros tipos, a exemplo daqueles previstos no título I do CPM, que normatiza expectativas alheias ao cotidiano policial militar e que dizem respeito aos militares das forças armadas e à segurança externa do país (BRASIL, 1969). O emprego dessas distinções permite identificar no sistema jurídico a atualização dos programas penais militares previstos no título II, do Livro I, do CPM. Trata-se dos crimes contra a autoridade e disciplina militar, dentre os quais está incluído, a despeito de no CPM constar entre os crimes sexuais, o tipo penal militar do artigo 235 do CPM (o crime que, até 2015, era chamado de *pederastia*) e que descreve a prática de atos libidinosos no âmbito das organizações militares. Isso porque, ao decidir a ADPF nº 291, o STF afirmou que o objetivo dessa norma é "resguardar, sobretudo, a ordem e a rígida disciplina castrense, que resultariam violadas com a livre prática de tais atos dentre os aquartelados" (BRASIL, 2015b, p. 28).

4 INFORMAÇÕES DO SUBSISTEMA PENAL MILITAR

O Código Penal Militar, diferentemente do Código Penal, tem sua parte especial subdividida em dois livros: o livro I que define os crimes militares em tempo de paz e o livro II que trata dos delitos militares em tempo de guerra. Cada tipo penal militar incriminador exerce uma função seletiva de um comportamento proibido ou obrigatório. Do ponto de vista do texto legislativo, os tipos penais militares estão dispostos em função daquilo que, para o próprio sistema, são bens jurídicos (por exemplo, patrimônio, vida, dignidade sexual, hierarquia, disciplina etc.). Cada título indica um bem de forma genérica e seus capítulos e seções de forma específica. Interessa particularmente à presente tese os tipos penais militares do título dois, que elenca os crimes contra a autoridade ou disciplina militar. Esses tipos são compreendidos como programas do subsistema penal militar, funcionando como semântica de controle do uso do código crime militar/não crime militar. Uma compreensão prévia deles é importante para observar como o sistema penal militar atualiza distinções para gerar informações e redundâncias. Uma reconstrução da legislação penal militar evidencia que, nesses artigos da lei penal, há uma ênfase moral na autoridade, na disciplina, na obediência e na ordem das próprias instituições militares (DIÓGENES, 2011). Essa compreensão parece que é trasladada para o subsistema penal militar sem que ocorra a chamada reflexão sistêmica. Por isso, no presente capítulo procuro compreender se, com relação a isso, ocorre aquilo a que, no pensamento de Luhmann, chama-se alienação sistêmica.

Os tipos penais militares que constam dos crimes contra a autoridade ou disciplina militar são o desrespeito a superior e a símbolo nacional ou à farda; a insubordinação; violação do dever militar; insubmissão; deserção; abandono de posto; contra a administração militar; desacato e desobediência. Um bom exemplo da diferença entre as taxas de punição do CPM e CP e o tipo penal militar do

desacato a superior, previsto no artigo 298 do CPM. Segundo essa norma, desacatar superior, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, ou procurando deprimir-lhe a autoridade é punível com pena de — reclusão, até quatro anos, se o fato não constituir crime mais grave (BRASIL, 1969). O CP contém uma norma similar, o artigo 331, que institui o crime de desacato a funcionário público⁸⁸ no exercício da função ou em razão dela, estabelecendo a pena de detenção, de seis meses a dois anos, ou multa (BRASIL, 1940). Dessa maneira, caso um agente da polícia civil desacate um delegado de polícia ele está sujeito a uma pena de detenção de 6 meses a 2 anos, mas se um soldado desacatar um cabo estará sujeito a uma pena de até quatro anos de reclusão. O que interessa a presente tese é interpretar, a partir das comunicações jurídicas, como o subsistema penal militar compreende essa necessidade de punir mais severamente os militares?

O jurista tende a não ver nisso problema e, de fato, a dogmática jurídica explica essa questão como sendo absolutamente natural. Afirma-se que se trata de uma legislação especial em relação à legislação penal comum que tutela bens de valores diferentes, interpretando-se isso como algo natural ou necessário e de competência discricionária do Poder Legislativo. Compete à análise sociológica problematizar esses pontos de vista, observando como o subsistema observa esses tipos e desenvolve, a partir disso, uma racionalidade peculiar. Nesse sentido, a observação sociológica do direito, considerando que a comunicação indica e distingue pontos de vista e versões da realidade, questiona quais as argumentações e interpretações que se destacam nas comunicações do subsistema. Como o próprio subsistema se representa e representa os acusados de violação dos referidos tipo, ao processar informações? Nesse sentido, considera-se que o acoplamento do subsistema penal militar às organizações militares e à sociedade em geral - nos casos em que a justiça militar julga civis - ocorre através dos tipos penais militares, através dos quais o subsistema supõe algumas características de seu entorno (aí incluído os sistemas psíquicos, a natureza humana, etc.). As formas dos tipos penais militares, diria Luhmann, são "*restrictivas y facilitan con ello la influencia del entorno sobre el sistema*" (LUHMANN, 2005, p. 509). Os tipos penais

⁸⁸ Segundo Cezar Roberto Bitencourt, o sujeito ativo desse crime pode ser qualquer pessoa que desacata o funcionário, no exercício da função ou em razão dela. Admite-se, inclusive, outro funcionário público, que exerça ou não a mesma função do ofendido, tenha ou não a mesma hierarquia. Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. Código penal comentado. 5 ed. Atual.. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 331 e ss.

militares suscitam nos sistemas surpresas, irritações, a partir das quais são produzidas as informações, cuja observação permite compreender as contingências do subsistema.

4.1 A racionalidade penal militar

Como sistema funcional, o direito produz suas distinções próprias identificando assuntos, estruturando comunicações através da codificação, e "no reconhece ninguna instancia externa que pudiera dictarle lo que es un 'asunto'" (LUHMANN, 2005b, p. 237). Como se observou quando da discussão sobre os meios de comunicação simbolicamente generalizados, na medida em que o código do direito se coloca na modernidade como código complementar do poder, ocorre uma tecnificação do direito, isto é, uma facilitação do cruzamento de um valor a outro: "el 'cruce' (*crossing*) de la frontera" (LUHMANN, 2005b, p. 242). Com isso, o êxito da identificação da comunicação que afirma se algo é jurídico (ou não) passa a depender de poucas condições técnicas e não das características pessoais do sujeito que realiza o cruzamento (LUHMANN, 2005b, p. 242). O direito moderno passa, assim, a reclamar de seus observadores somente a capacidade de saber observar condições sociais e mobilizar os segmentos correspondentes do conhecimento sobre o mundo que o direito considera revelvante.

Implica dizer: "primero hay que buscar en la legislación, y la pregunta es tan sólo, ¿dónde?" (LUHMANN, 2005b, p. 242). Apesar desse aspecto, a tecnificação do código é uma condição e estímulo à decisão racional, que pode funcionar como contraponto ao arbítrio, servindo ao desenvolvimento de uma racionalidade jurídica. Sem deduzir uma racionalidade para toda sociedade, a codificação permite ao sistema desenvolver uma racionalidade jurídica que serve como parâmetro para estabelecer, por exemplo, que certas pessoas boas não tenham capacidade para uma decisão jurídica e que algumas más a tenham. Reduzem-se qualidades muito diferentes a uma forma de atribuição de valores, diferenciando a avaliação propriamente jurídica (decisões) das demais avaliações sociais, isto é, a forma de uma decisão jurídica, "que por principio también hubiera podido ser de otra manera" (LUHMANN, 2005b, p. 241).

A racionalidade do sistema jurídico, contudo, não pode jamais ser confundida com qualquer tipo de certeza, na medida em que, tal ilusão, eliminaria a contingência de todas as decisões do subsistema decisório. É inerente ao direito um *déficit* de definitividade permanente no sistema, levando a concluir que a reprodução do direito é "la reproducción de la posibilidad de reutilización del código" (LUHMANN, 2005b, p. 238). Como o sistema não oferece segurança absoluta e toda decisão que confirma o direito (ou o não-direito) produz, por sua vez, assuntos conforme-direito ou não-conforme-direito, não se pode descrever o direito como um sistema orientado teleologicamente, como se fosse dirigido a uma meta positiva; como se servisse, por exemplo, de instrumento para a sociedade alcançar um estágio qualquer de felicidade dos seres humanos, embora, eventualmente ele faça isso. Ademais, não há um estado final do sistema que se possa alcançar e toda orientação sistêmica como meta determinada só ocorre como episódio, como processos jurídicos que, regulados como episódios temporalmente limitados, são iniciados com uma demanda e concluídos com uma decisão (LUHMANN, 2005b).

Nessa perspectiva, conforme argumenta Pires, o núcleo identitário dominante da racionalidade penal moderna estabelece "uma equivalência necessária (mesmo ontológica) entre o valor do bem ofendido e o grau de sofrimento que se deve infligir ao transgressor" (PIRES, 2004, p. 43). A racionalidade penal reflete um sistema de pensamento no qual as sanções aflitivas são consideradas o melhor meio de defesa contra o crime ("só convém uma pena que produza sofrimento"). Generalizam-se, no conjunto do direito penal, aquela "justificação quase medicinal", como diz Luhmann, de que "o mal se sana pelo mal" (LUHMANN, 2005b; PIRES, 2004). Nesse sentido, a racionalidade penal moderna se constrói como um sistema de pensamento "pré-político" ou "trans-político", pois se sedimenta *antes* ou *independentemente* das visões políticas do mundo (PIRES, 2004). As construções do subsistema penal militar revela isso, quando observamos como o subsistema administra suas taxas de punição e a concessão (ou não) de benefícios que impliquem mitigação da sanção penal militar. Não somente o confronto dos programas correlatos do sistema penal militar com os do sistema penal comum indica isso, mas também as decisões judiciais das instâncias decisórias do sistema.

É necessário distinguir o crime militar como premissa da comunicação jurídica - isto é, um lado do código referencial do subsistema penal militar - do crime

militar como estrutura do sistema que é requerida para a imposição de uma sanção penal militar. Enquanto estrutura do subsistema, o crime militar é uma construção decorrente do acionamento dos tipos penais e de outras diferenças do sistema, a saber, aquilo a que os juristas chamam ilicitude e culpabilidade. Independentemente da diversidade de concepções que circula no mundo acerca dos comportamentos criminalizados pelos programas jurídicos, o subsistema recorre autorreferencialmente a esses conceitos como forma de desenvolver suas operações e distinguir um comportamento qualquer como crime. Aceitando ou negando interpretações e argumentações o subsistema penal militar vai marcando suas comunicações e desenvolvendo uma racionalidade própria no campo penal militar. A observação da forma como, no subsistema, interpretam-se os princípios constitucionais e os tipos penais militares ajuda a compreender isso.

Através de processos penais militares temporalmente limitados o subsistema penal militar desenvolve sua autorreferencialidade. Para tentar tornar mais acessível à compreensão tentarei estabelecer um contraste com o subsistema penal comum no que tange aos princípios e as formas como ambos os subsistemas administram punições em face de benefícios penais como a aplicação da lei dos crimes de menor potencial ofensivo, a suspensão condicional da pena (o *sursis*), substituição de penas privativas de liberdade por penas restritivas de direitos e concursos de crimes. Cumpre verificar, então, como essas questões fortemente marcadas pela dogmática jurídica são atualizadas nas decisões examinadas. É importante registrar que a referência à dogmática remete a uma função de "control de consistencia con vistas a las decisiones de *otros casos*" (LUHMANN, 1983, p. 34). Sua característica mais marcante dogmática jurídica é "la *prohibición de la negación*: la no-negabilidad de los puntos de partida de las cadenas de argumentación" (LUHMANN, 1983, p. 27). Ela se caracteriza por cadeias de argumentações nas quais os pontos de partida estão subtraídos à crítica, ignorando de certa forma que "algo «en sí y por sí arbitrario» no existe en absoluto en la vida social, y [...] también que toda comunicación humana presupone no-negabilidad" (LUHMANN, 1983, p. 28). No direito moderno, a dogmática é aquela função que permite atingir o maior grau de abstração e generalização que os programas do sistema demandam. Nesse sentido, é próprio à dogmática jurídica ignorar o caráter local da racionalidade jurídica, construindo conceitos que se apresentam como

resultado da auto-observação do próprio sistema jurídico. As questões que levantam diante disso são: *em que nível de abstração se estabelecem as negações da dogmática penal militar? Em quais proibições de negação socialmente instituídas ela se apoia? Qual o aumento de liberdade ela proporciona no trato com experiências e textos dos quais se espera vinculação com relação às expectativas sociais?*

As respostas para esses tipos de questionamentos, como observa Luhmann, passam pela observação de como a dogmática institui símbolos generalizados com os quais o sistema jurídico se orienta em seus processos de decisão. Cumpre destacar que o direito penal militar não faz parte da grade curricular da maioria das Instituições de Ensino Superior do Brasil, quando muito aparece como disciplina optativa. Além disso, é ínfima a produção dogmática sobre o direito penal militar quando comparada a do direito penal comum. Isso pode indicar certa irrelevância da dogmática para os processos decisórios do subsistema penal militar. De fato, conforme se percebe na argumentação desenvolvida entre os ministros dos tribunais observados, há um apego a um critério legal, como se o crime militar fosse aquilo que a lei penal militar descreve como tal. Contudo, não é difícil reconhecer que, não somente o crime comum, mas também o crime militar é inseparável de noções que transcendem o âmbito nacional como proporcionalidade, intervenção mínima, insignificância, igualdade, lesividade, dignidade da pessoa humana etc.

Resta verificar, portanto, como o subsistema penal militar atualiza tais identidades de sentido⁸⁹ em suas decisões. Importa compreender como a experiência proveniente dos casos e dos conceitos se organiza e se mantém disponível para reutilização no subsistema, isto é, a forma como os conceitos são condensados de modo a tornarem-se identificáveis na reutilização. Observando a confirmação de sentidos que se mantêm invariáveis no subsistema, graças às sequências operativas, que antecedem e sucedem decisões é possível perceber suas contingências. Nesse sentido, a ação do subsistema penal militar consiste em fazer referências, isto é, operações que se possibilitam na medida em que o subsistema integra uma rede interna e visível de normas. Do ponto de vista

⁸⁹ Vale a pena lembrar as duas formas de se trabalhar como uma diferença: "cuando la diferencia contrasta algo apartándolo de otras cosas, entonces se designan *objetos*. Si por el contrario, la distinción acontece mediante contrastación llevada a cabo por nociones contrarias, entonces se designan *conceptos*" (LUHMANN, 2005: p. 80). A formação de conceitos somente ocorre quando "se pueden distinguir las distinciones (LUHMANN, 2005: p. 80).

temporal, essas operações são "acontecimientos, por tanto actualización de posibilidades de sentido: en cuanto acontecen se desvanecen. Como acontecimientos, las operaciones no tiene ninguna duración" (LUHMANN, 2015, p. 103-105-106). Do ângulo objetivo, são produções de diferenças, isto é, aquilo que se torna distinto depois da operação.

De acordo com o que foi examinado nas decisões, através de suas referências à identidade de sentido crime militar, de modo circular e autorreferencial, o subsistema penal militar estabelece liberdades e restrições às suas construções da realidade. Através da referência a ele, as operações jurídicas recordam ou esquecem, caso a caso, algumas expectativas. É possível perceber isso, observando-se o estado atual que o subsistema atingiu. Nessa perspectiva, uma operação jurídica é qualquer modificação do direito e ocorre quando se indica uma norma a ser modificada, como por exemplo, os esforços argumentativos para afirmar que um determinado artigo do CPM não está de acordo com a CF/88. Com base nesse entendimento, é possível observar como, através de seu operar comunicativo, o subsistema penal militar remarca as comunicações sobre os comportamentos que se alega ser crime militar. Para tanto, considerarei que, assim como os demais subsistemas do sistema jurídico, o direito penal militar está coberto pela codificação adicional constitucional/inconstitucional, uma distinção que diferencia os aspectos da interpretação usada para conformar as decisões do sistema.

Na alternância de suas operações, o subsistema usa a distinção constitucional/inconstitucional para anexar ou desanexar o símbolo da validade de algumas estruturas normativas, podendo-se observar, através dela como o subsistema tem operado a modificação (ou não) de suas normas. Considera-se que, mesmo quando uma comunicação individual dure só um instante, toda comunicação emprega o tempo, e nesse sentido, "fija el tiempo en el sentido de que determina el estado del sistema desde el que habrá de partir la siguiente comunicación" (LUHMANN, 2005b, p. 183-184). Colocam-se, portanto, as decisões em sequência temporal, de forma a se "distinguir la fijación de sentido que se emplea en el uso destinado a la repetición: el sentido de las palabras, de los conceptos, de las afirmaciones verdaderas" (LUHMANN, 2005b, p. 183-184). Essa fixação de sentido é compreendida como semântica penal militar, isto é, um armazenamento de sentido que se destina ao uso repetido e que conduz a consolidações no tempo. Essa

memória sistêmica, como que condensa e confirma sentido jurídico nas comunicações do sistema e é fundamental para a continuidade de suas operações. Como esclarece Luhmann, "unicamente quien comparte esta lógica de condensación y confirmación de sentido participa en la comunicación y acopla su conciencia con las operaciones sociales" (LUHMANN, 2005b, p. 183-184).

O observador sociológico pode captar uma irritação do meio social ao sistema jurídico observando como este registra informação sobre "quién tiene la razón en caso de conflicto" (LUHMANN, 2005b, p. 510). A partir daí, é possível descrever as estruturas do sistema que foram mobilizadas para processar a surpresa ou, no caso de o registro ter sido feito nos termos do meio, descrever a corrupção do sistema jurídico (LUHMANN, 2005b, p. 513). Para tanto, ele precisa compreender a relação entre autorreferência e heterorreferência sistêmica, como assunto básico do sistema jurídico, através de uma observação de duas operações específicas do sistema: a interpretação jurídica das normas e a argumentação usada na construção do caso em torno do qual o sistema se concentra.

A interpretação constrói a autorreferência do sistema através de conceitos jurídicos, aquilo que é percebido no sistema como redundâncias e que "sirven para restringir las construcciones que son enlazables dentro del sistema y que pueden ser asociados con la circulación simbólica de la validez" (LUHMANN, 2005b, p. 458). Isto permite "el acometimiento (elegido libremente) sobre las distinciones que han sido conservadas, sin que haya necesidad de volver sobre el proceso que dio pie a la secuencia: los conceptos, en su nuevo nivel, organizan distinciones emergentes"⁹⁰ (LUHMANN, 2005b, p. 449). Os conceitos jurídicos formam uma espécie de metatexto⁹¹, que reforça a redundância do sistema permitindo-lhe acoplar distintos comportamentos a distintas consequências e conservar distinções para aplicação a casos futuros (LUHMANN, 2005b, p. 449). Exemplo disso são os conceitos de dolo e de culpa, por meio dos quais o sistema penal atribui a quem dá causa à morte de alguém, respectivamente, a pena de 6-20 (12-30) anos de

⁹⁰ Segundo Luhmann, conceitos jurídicos são distinções que "llaman la atención sobre las diferencias y con esto delimitan el espectro para la argumentación de lo que puede ser considerado como parecido o como análogo" (LUHMANN, 2005b, p. 452). Eles não fornecem instruções suficientes para as decisões do sistema, diferentemente dos programas. São apenas "pedras de toque para las construcciones de derecho, las que, a su vez, están insertas en programas condicionales cuya relevancia práctica producen efectos retroactivos en los contornos de los conceptos" (LUHMANN, 2005b, p. 452).

⁹¹ Texto que descreve ou explica outro texto (HOUAISS; VILLAR, 2001).

reclusão ou de 1-3 de detenção, sem que o sistema político tenha definido o que seja dolo. Ao reforçarem redundâncias do sistema, os conceitos jurídicos distanciam a linguagem do direito da linguagem cotidiana, extraindo sua validade do contexto do próprio sistema jurídico.

A argumentação constrói a heterorreferência identificando os interesses que considera relevante proteger e que estão descritos em petições, protocolos, documentos notariais e ponderações que representam os interesses do mundo, desde que estejam apresentados como uma demanda de decisão judicial. Isto viabiliza a produção daquilo que o sistema percebe como informação e que, uma vez ingressado no sistema é formulada, segundo a autorreferência em termos jurídicos, o que "obliga al sistema (y únicamente a este sistema) a distinguir entre intereses legítimos e intereses ilegítimos" (LUHMANN, 2005b, p. 458). Imagine-se a situação na qual um militar, condenado por um determinado crime, pede ao Supremo Tribunal Federal a declaração de inconstitucionalidade de uma norma penal que restringe sua liberdade, por exemplo, impedindo a concessão da suspensão condicional da pena. O interesse, no caso, é a ampliação da liberdade do condenado. Luhmann esclarece a diferença entre conceitos e interesses:

Los conceptos son experiencia almacenada a partir de los casos jurídicos - pero que ya no se admiten como experiencias ni se discuten críticamente. Al contrario, los intereses remiten a los catalizadores de autoorganización de las relevancias que están en el entorno (LUHMANN, 2005b, p. 457).

Com base nas operações de argumentação, o sistema jurídico desenvolve uma cultura própria e, desde a diferenciação da sociedade em sistemas funcionais, a argumentação enquanto elaboração de argumentos em vista de outros observadores se fecha recursivamente no nível da observação de segunda ordem. Como nos demais sistemas de função, a preparação da argumentação se apresenta sempre de forma abreviada, de forma que "la coordinación entre la autodescripción y la autodotación de sentido requiere de algo enfático que ya no puede cuestionarse más" (LUHMANN, 2005b, p. 468). Assim como os demais sistemas funcionais, o sistema jurídico desenvolve uma cultura argumentativa sustentada em "reglas conclusivas para lograr su autodotación de sentido" (LUHMANN, 2005b, p. 469). Essas regras tomam uma forma que já não se questiona mais: "se trata de 'la aplicación de la norma' y si es todavía necesario para la argumentación de 'comentario de un texto'" (LUHMANN, 2005b, p. 469). Quando se buscam os

fundamentos últimos desta conclusão, tanto no caso de aplicação de normas como no de comentário de textos legais, esbarra-se na autorreferencialidade do sistema.

Com base na semântica do crime militar, ao introduzir seletivamente determinadas expectativas, o direito penal militar assegura enlaces temporais, discriminando e decidindo a favor (ou contra) certos pontos de vista sobre o mundo. Nesse contexto, a principal carga semântica que entra em jogo no subsistema são os princípios penais que, do ponto de vista da sociologia do direito, podem ser considerados expectativas normativas através das quais o sistema estabelece limites à criminalização produzida pelo sistema político. Referindo-se aos princípios e empregando a distinção constitucional/inconstitucional, o sistema declara improcedentes determinados programas criminalizadores. A interpretação do que seja insignificância, proporcionalidade, igualdade, intervenção mínima, dignidade da pessoa humana pode resultar na declaração de inconstitucionalidade de alguns programas, desanexando-se o símbolo da validade da norma em questão.

Ao selecionar, por exemplo, a insignificância, para a construção de uma decisão, o sistema penal abre a possibilidade de declarar alguns comportamentos do âmbito de incidência dos tipos penais. Com relação ao direito penal comum, o sistema político criminaliza a conduta subtrair para si ou para outrem coisa alheia móvel, como furto, no artigo 155 do CP (BRASIL, 1940). Referindo-se à insignificância, o subsistema penal comum considera que, em alguns casos, subtrair trinta reais seria insignificante e, portanto uma conduta atípica. Implica dizer, além da descrição abstrata da conduta criminalizada, reclama-se no subsistema que seja avaliada, caso a caso, a relevância da lesão à expectativa protegida pelo direito penal. A dogmática jurídica esclarece como é possível ao subsistema jurídico, através da interpretação da insignificância, declarar em determinados acontecimentos, que uma conduta típica não caracteriza crime:

A tipicidade penal seria a resultante, portanto, da conjugação da tipicidade formal com a tipicidade conglobante⁹² (antinormatividade + atividades não

⁹² Segundo o mesmo, a doutrina entendia a tipicidade como sendo a subsunção da conduta empreendida pelo agente à norma abstratamente prevista. Essa adequação conduta-norma é denominada de "tipicidade formal". A tendência atual, todavia, é a de conceituar a tipicidade penal pelo seu aspecto formal aliado à tipicidade conglobante. A tipicidade conglobante, por sua vez, deve ser analisada sob dois aspectos: (A) se a conduta representa relevante lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico (tipicidade material) e (B) se a conduta é determinada ou fomentada pelo direito penal (antinormatividade). Assim, não basta a existência de previsão abstrata a que a conduta empreendida se amolde perfeitamente, sendo necessário que essa conduta não seja fomentada e que atente de

fomentadas + tipicidade material). Elaborando um raciocínio lógico, chegaríamos à seguinte conclusão: se não há tipicidade material, não há tipicidade conglobante; por conseguinte, se não há tipicidade penal, não haverá fato típico; e, como consequência lógica, se não há o fato típico, não haverá crime (GRECO, 2016, p. 114).

Com relação ao direito penal comum, as decisões do STF revelam que a tipicidade penal não pode ser percebida apenas como a adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade, reclama o tribunal uma análise valorativa das circunstâncias do caso concreto, no sentido de verificar se ocorre alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado (BRASIL, 2011h). Já se tornou redundante no sistema o entendimento segundo o qual, "o princípio da insignificância reduz o âmbito de proibição aparente da tipicidade legal e, por consequência, torna atípico o fato na seara penal, apesar de haver lesão a bem juridicamente tutelado pela norma penal (BRASIL, 2011h, p. 1). Nesse sentido, o princípio da insignificância serve ao sistema jurídico como uma forma de excluir do âmbito penal as chamadas situações de bagatela, especialmente, nos crimes patrimoniais praticados sem violência. Como identidade de sentido, insignificância ou bagatela, quando selecionada para uma decisão revela a possibilidade de o sistema jurídico considerar não crime determinadas condutas tipificadas como tal pelo sistema político. Insignificância é, assim, uma forma de ajustar os programas postos pelo sistema político, encurtando-se caso a caso o âmbito de abrangência dos tipos penais. Nesse sentido, um observador externo ao direito pode nomear o princípio em questão como uma chance de não sofrer sanção de natureza criminal, valendo a pena contrastar como o subsistema penal comum e o subsistema penal militar tratam essa questão.

Para entender do que se trata internamente no sistema jurídico com o princípio da insignificância, convém imaginar o crime de furto. O sistema político editou um tipo penal militar afirmando, genericamente, que: *se presente a conduta subtrair para si ou para outrem coisa alheia móvel, então há fundamentos para o processo penal e, em caso de condenação, para a sanção penal*. A insignificância permite ao sistema jurídico incluir como que uma ressalva nesse programa, como se o sistema jurídico afirmasse: *se presente a conduta subtrair para si ou para outrem*

fato contra o bem jurídico tutelado. Deverá ser feito um juízo entre as consequências do crime praticado e a reprimenda a ser imposta ao agente (GRECO, 2016).

coisa alheia móvel (desde que não se trate de coisas irrisórias como cinco centavos, por exemplo), então há fundamentos para o processo penal e, em caso de condenação, para a sanção penal. Como consequência, no caso de condutas envolvendo os tipos que descrevem os crimes contra o patrimônio, principalmente - como subtrair um lápis ou uma bala - o sistema jurídico se concede certas liberdades em relação aos programas políticos. Evidentemente, em relação a alguns tipos penais, nem o STJ nem o STF admitem interpretar o princípio da insignificância para descriminalizar condutas, especialmente, quando se trata de tipos que tenham entre suas elementares⁹³ a violência ou grave ameaça. As decisões judiciais revelam que as restrições que o sistema se coloca com relação à aplicação do princípio da insignificância decorrem de expectativas normativas que se reformulam autorreferencialmente no próprio sistema⁹⁴.

Com relação ao subsistema penal comum, destacam-se as seguintes decisões nas quais se tem admitido a aplicação do princípio em alusão, usando-se como critérios interpretativos as seguintes redundâncias: a) mínima ofensividade da conduta do agente; b) nenhuma periculosidade social da ação; c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e d) inexpressividade da lesão jurídica provocada (BRASIL, 2013i). No que concerne ao tipo do furto, já se considerou como bem de pequeno valor R\$ 100,00, afirmando-se que o grau de lesividade da conduta seria mínima, o que permitiu aplicar o princípio da insignificância (BRASIL, 2011f). Ainda com relação ao tipo do furto, considerou-se que "ainda que se trate de acusado reincidente ou portador de maus antecedentes, deve ser aplicado o princípio da insignificância no caso em que a conduta apurada esteja restrita à subtração de 11 latas de leite em pó avaliadas em R\$ 76,89 pertencentes a determinado estabelecimento comercial" (BRASIL, 2013f). No que tange ao tipo do

⁹³ Elementares são requisitos específicos do delito: "são as várias formas que assumem os requisitos genéricos nos diversos tipos penais. São o verbo que descreve a conduta, o objeto material, os sujeitos ativo e passivo etc. inscritos na figura penal. Inexistente um elemento qualquer da descrição legal, não há crime. Exemplificando: no fato típico denominado furto, previsto no art. 155 do CP, se a coisa tirada não for "alheia", inexistirá tal delito, pois a descrição desse fato é "subtrair para si ou para outrem coisa alheia móvel" (MIRABETE, 2011, p. 99).

⁹⁴ Para visualizar alguns exemplos, conferir, no STF, RHC 106.360/DF, Rosa Weber, Dje 3/10/2012; no STJ, AgRg. no REsp. 1259050/DF, Assusete Magalhães, Dje 8/8/2013. Nos crimes contra a Administração Pública, o STJ tem negado a aplicação do princípio da insignificância, "ainda que o valor da lesão possa ser considerado ínfimo, uma vez que a norma visa resguardar não apenas o aspecto patrimonial, mas, principalmente, a moral administrativa" (REsp. nº 1275835, Dje 01/02/2012).

descaminho⁹⁵, considera-se insignificante a "elisão de tributos federais em quantia de R\$ 15.748,38 (quinze mil, setecentos e quarenta e oito reais e trinta e oito centavos)" (BRASIL, 2014e). Relativo ao tipo do peculato-furto há decisão judicial que afirma ser a apropriação, por carcereiro de farol de milha que guarnecia motocicleta apreendida, no valor de treze reais, insignificante (BRASIL, 2012).

Com relação ao subsistema penal militar, em 26/10/2010, ao julgar *habeas corpus*, o STF negou a aplicação do princípio da insignificância a um militar acusado do crime de furto de um aparelho celular avaliado em R\$ 85,00, que fora imediatamente devolvido à proprietária. Ao apreciar o caso, o subsistema reconstruiu o interesse em questão em referência à gravidade abstrata que seria inerente ao crime militar, conforme se nota: "ainda que se possa, em tese, entender que o bem é de pequeno valor ou, por outra, de pequena expressão econômica, cumpre destacar que a conduta da paciente encontra-se qualificada por um considerável grau de reprovabilidade" (BRASIL, 2010c, p. 5). Observa-se que o argumento que fez a diferença para a negação do pedido foi a consideração de que é "relevante e reprovável a conduta de um militar que, em serviço, furta bem de um colega de farda, demonstrando desrespeito às leis e às instituições castrenses de seu País" (BRASIL, 2010c, p. 2). Em 05/04/2011, o STF negou novamente, em *habeas corpus*, a aplicação do princípio da insignificância a militar, selecionando para a adoção da decisão o argumento segundo o qual a conduta do recorrente estaria tipificada como crime militar. Isso serviu de fundamento para o tribunal afirmar que "ainda que se possa, em tese, entender que o bem é de pequeno valor, cumpre destacar que a conduta da paciente encontra-se qualificada por um considerável grau de reprovabilidade" (BRASIL, 2011e, p. 6). No caso, reforçou-se a redundância da gravidade abstrata do crime militar: "é relevante e reprovável a conduta de um militar que, em serviço, furta bem de um colega de farda, demonstrando desrespeito às leis e às instituições castrenses de seu País" (BRASIL, 2011e, p. 2).

O confronto com decisões dos tribunais em relação a não militares revela que o subsistema penal militar se coloca como protetor da hierarquia e disciplina militares. Isso fica evidente na medida em que o sistema seleciona, para sua tomada

⁹⁵ O tipo do descaminho está previsto no artigo 334, do Código Penal: Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria. Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos" (BRASIL, 1940).

de posição, argumentos fixados em acórdão do STM, segundo o qual a hierarquia e disciplina impedem a adoção da insignificância penal (BRASIL, 2011e, p. 5). Ademais, selecionou-se na decisão, o argumento da Procuradoria da República de que a insignificância penal não se admitia no caso pelo fato de o paciente "ter praticado o furto dentro da Unidade Militar" (BRASIL, 2011e, p. 7). Em 04/10/2011, no julgamento de outro *habeas corpus* impetrado contra acórdão do Superior Tribunal Militar, o STF selecionou da decisão recorrida o seguinte fragmento para reforçar a redundância no sistema: "descabe aplicar o princípio da insignificância em face do bem jurídico tutelado, qual seja, a própria ordem administrativa militar" (BRASIL, 2011g, p. 3). Com base nisso, ressaltou-se que "o princípio da insignificância não é aplicável no âmbito da Justiça Militar, sob pena de afronta à autoridade, hierarquia e disciplina, bens jurídicos cuja preservação é importante para o regular funcionamento das instituições militares" (BRASIL, 2011g, p. 3). Observe-se, nesse caso, o grau de generalização que a negação atinge no sistema. Nega-se, de antemão, a aplicação do princípio para todos os crimes militares, isto é, aqueles criminalizados pelo CPM. O ponto de vista normativo do sistema é nítido a um observador externo, na medida em que, de acordo com o que se lê da decisão, o crime tipificado no artigo 172⁹⁶ do CPM "tutela bens jurídicos importantes e necessários ao regular funcionamento das instituições militares – autoridade, disciplina e hierarquia" (BRASIL, 2011g, p. 6). Por isso, pouco importaria a comparação do resultado do comportamento com os requisitos de natureza objetiva do princípio da insignificância.

Em 18/09/2012, ao analisar um caso de furto de combustível de viatura policial, o STF também considerou abstratamente a reprovabilidade do comportamento tipificado, considerando ausente um dos vetores interpretativos usados no sistema para aplicação do princípio da insignificância. No caso, um policial militar foi denunciado por ter "transferido certa quantidade de gasolina de uma viatura oficial da Polícia Militar para automóvel particular de sua propriedade" (BRASIL, 2012h, p. 4). Embora tenha se destacado no tribunal a importância do princípio da insignificância como instrumento descaracterizador da própria tipicidade penal, chamou-se a atenção para o fato de que "não há como não chegar à conclusão de que o comportamento do paciente é reprovável, merecendo pronta

⁹⁶ Esse artigo tem a seguinte redação: "usar, indevidamente, uniforme, distintivo ou insígnia militar a que não tenha direito" (BRASIL, 1969).

atuação do direito penal" (BRASIL, 2012h, p. 9). Os argumentos que dão suporte a essa conclusão é a compreensão abstrata de que dos militares se "espera, ainda que na reserva, conduta exemplar para o restante da sociedade, o que não se verificou na espécie" (BRASIL, 2012h, p. 9). Em 07/05/2013 verifica-se novamente, como fundamento de decisão que nega a aplicação do princípio, a seguinte afirmação: "é relevante e reprovável a conduta de um militar que, no interior do aquartelamento, furta bens de dois colegas de farda, demonstrando total desrespeito às leis e às instituições castrenses de seu País" (BRASIL, 2013c, p. 7).

Em 03/09/2013, ao julgar outro *habeas corpus*, o subsistema reafirmou a inaplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes militares. Segundo o voto do relator "não obstante ao valor reduzido dos bens subtraídos pelo paciente (celular avaliado em R\$ 85,00 reais e um chip avaliado em R\$ 10,00 reais), o fato de o delito ter sido praticado pelo paciente dentro da caserna revela a reprovabilidade da sua conduta: "essas circunstâncias afastam a incidência do postulado da insignificância na espécie" (BRASIL, 2013j, p. 2). Em 17/11/2015, o STJ julgou recurso que atacava acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), que negara a aplicação do princípio da insignificância a policial militar, em relação ao crime de extravio de armamento, artigo 265 combinado com o artigo 266, ambos do CPM. Esses artigos legais criminalizam o desaparecimento, consunção ou extravio culposo, da seguinte forma: "fazer desaparecer, consumir ou extraviar combustível, armamento, munição, peças de equipamento de navio ou de aeronave ou de engenho de guerra motomecanizado" (BRASIL, 1969). Tratava-se de um caso em que um policial militar havia perdido um armamento e o TJSP afirmou ser inaplicável o princípio (BRASIL, 2015c, p. 3). O STJ reafirmou esse entendimento revelando a tendência do subsistema de não admitir a aplicação do princípio da insignificância aos crimes militares "ainda que possamos taxar como inexpressivo o dano patrimonial que deles decorram" (BRASIL, 2016a, p. 3).

4.2 As prestações punitivas do subsistema penal militar

Além de conduzir à negação da aplicação do princípio da insignificância ao subsistema penal militar, a racionalidade penal militar é marcada pela formação de um ponto de vista em que as taxas de sofrimento impostas pelo subsistema devem ser mais intensas que as do subsistema penal comum. Exemplo disso são as

conclusões a que essa racionalidade conduz, quando o subsistema processa informações diante da Lei 9.099/95, de 26 de setembro de 1995, que instituiu os Juizados Especiais Criminais (JECrim). A CF/88 havia estabelecido, em seu artigo 98, inciso I, que caberia à União criar os juizados especiais com competência sobre os crimes de menor potencial ofensivo. O Congresso Nacional regulamentou essa norma constitucional através da lei em questão, atribuindo a competência dos juizados especiais criminais para processar e julgar as contravenções penais e os crimes cuja pena máxima cominada não ultrapassassem um ano (BRASIL, 1995). A vantagem jurídica daí decorrente para os acusados na esfera penal passou a ser a possibilidade de se beneficiarem com novos instrumentos de despenalização: a composição civil dos danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo (NUCCI, 2010).

Algumas pesquisas têm afirmado que a criação dos juizados especiais representa uma importante transformação social, na medida em que instaura formas de resolução de conflitos mais rápidas e acessíveis aos atores sociais envolvidos e de prevenir delitos por meio de uma prática mais próxima do igualitarismo e da democracia (SINHORETO, 2006; AZEVEDO, 2000, 2001). Como forma de solução negociada de conflito pelas partes, os juizados especiais podem funcionar como instrumento pedagógico para a cultura cívica da sociedade brasileira. Ademais, trata-se de uma nova instância de produção de verdade jurídica (KANT DE LIMA, 1989, 2004). Um observador externo ao sistema jurídico pode ler as expectativas instauradas pela lei em discussão como chance de escapar das malhas da prisão, na medida em que com a composição civil dos danos, abre-se mão da sanção penal. Além disso, a transação penal cria a possibilidade de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, evitando a prisão e a suspensão condicional do processo⁹⁷ também, conforme se nota no artigo 89 da lei:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). §

⁹⁷ Parte da dogmática jurídica tem chamado a suspensão condicional do processo da lei 9099/95 de *sursis* processual em contraponto ao *sursis* penal, especialmente, por não haver condenação do réu. Não havendo condenação, a sentença que concede a suspensão condicional do processo, implica extinção da punibilidade não servindo para fins de antecedentes penais (GRECO, 2016).

1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; II - proibição de freqüentar determinados lugares; III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades. [...] § 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade (BRASIL, 1995).

Certo é que, a lei nº 9099/95 não vedou sua aplicação aos crimes militares e, sendo assim, desde que o tipo penal militar tivesse pena máxima não superior a um ano seria possível aplicar-lhes as medidas despenalizadoras. Nesse sentido, um grande número de fatos incriminados pela legislação penal militar ficou na competência dos JECrim, o que suscitou irritação no âmbito do subsistema penal militar. Algumas controvérsias chegaram ao STF e, diversas vezes, o tribunal afirmou que a Lei 9.099/95 era aplicável aos crimes militares. Mesmo depois da edição da lei 9839/99, o STF afirmou que, aos crimes militares praticados desde a entrada em vigor daquela lei até a publicação desta última, eram da competência dos JECrim. Em 24/12/1996, o Superior Tribunal Militar publicou a súmula nº 9 para afirmar que tais benefícios penais "não se aplica à Justiça Militar da União" (BRASIL, 1996). Curiosamente, pouco tempo depois, em 1999, a lei nº 9.839 inseriu artigo 90-A na lei nº 9099/95, proibindo sua aplicação no âmbito da Justiça Militar. E, a despeito da opinião de alguns juristas de que essa proibição é inconstitucional por violar o princípio da isonomia (BITENCOURT, 2006), o argumento segundo o qual não há razão que justifique o tratamento desigual em relação aos militares foi abandonado pelo STF. Passou a prevalecer naquele tribunal o entendimento de que a proteção da hierarquia e disciplina não permitiria a aplicação daqueles benefícios penais aos crimes militares. Essa interpretação generalizou-se no subsistema, conforme se nota em decisão do STJ ao confirmar decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina em que se afirmava que "não há falar em constrangimento ilegal quando, com base no artigo 90-A, acrescentando à Lei nº 9.099/95 pela Lei nº 9.839/99, é indeferido pedido de suspensão condicional do processo a crime praticado por militar" (BRASIL, 2001, p.2).

Em 06/10/2011, o plenário do STF consolidou esse entendimento, indeferindo uma ordem de *habeas corpus* sob o argumento de que não é inconstitucional a referida proibição em relação aos militares. Tratava-se de um

acontecimento em que um militar requereu a ordem por ter sido denunciado pela prática do crime previsto no artigo 187 do CPM – deserção. O militar fora absolvido na primeira instância da justiça penal militar, mas o STM reformou a sentença e condenou o militar, convertendo a pena de detenção em prisão, em acórdão publicado no dia 26 de junho de 2009. Contra esta decisão é que fora impetrado o *habeas corpus* perante o STF, no qual, o relator do caso sucintamente levantou o argumento de que essa restrição atenderia à previsão do artigo 142 da CF/88, que institui a hierarquia e disciplina como base das organizações militares. Em suas palavras, "em síntese, presentes esses valores, não há campo para flexibilizar-se, seja com a suspensão do processo, seja com a suspensão condicional da pena, a prática criminosa passível de enquadramento como crime militar" (BRASIL, 2012d, p. 8). Outro ministro do STF divergiu do relator com os argumentos que restaram consubstanciados no acórdão e que, a despeito da extensão, são bastante esclarecedores sobre o problema em questão:

Fiquei a imaginar, Senhor Presidente, que num país onde a Constituição pós-positivista garante com ênfase expressiva o princípio da isonomia, que o centro de gravidade do ordenamento jurídico é a dignidade da pessoa humana e que há prevalentemente uma presunção de inocência, não se conferir àquele que comete crime militar as oportunidades que se defere àquele que pratica o ilícito comum, efetivamente atenta, no meu modo de ver, contra esses cânones, até por que há casos em que particulares cometem crimes que são adequados ao Código Penal Militar, e esses mesmos particulares podem cometer uma figura assemelhada no âmbito não especial e ali farão jus a esse benefício da suspensão condicional da pena. Eu anotei uma série de antecedentes aqui do Supremo Tribunal Federal e também da doutrina a respeito da isonomia, máxime num campo onde tem sempre prevalência a *lex mitior*⁹⁸, e cheguei à conclusão de que não há uma justificativa racional, após a Constituição de 1988, para esse tratamento grave dos crimes militares, sob o pálio da arguição de que essas organizações militares são engendradas com base na disciplina. Ora, a ordem jurídica surgiu para imprimir disciplina nas relações jurídicas entre os cidadãos. Sucede que é um fenômeno histórico o descumprimento voluntário do Direito, para isso é que há a sanção correspondente ao descumprimento do preceito [...] Há uma série de outros argumentos que demonstram que mesmo que uma classe se submeta a um estatuto especial, essas regras gerais, que gravitam em torno do Direito punitivo, tendem a ser aplicadas. Nós vivemos em um país em que a própria Constituição Federal estabelece, nos seus preâmbulos, que é um país pacífico, um país não-beligerante, que as Forças Armadas têm um papel notadamente preventivo, e que tem a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Não consigo entender essa supressão desses benefícios ao infrator de um ilícito penal militar (BRASIL, 2012d, p. 9-10).

⁹⁸ A lei penal que de qualquer modo beneficie aquele que praticou conduta criminalizada.

Em seguida, o relator contra-argumentou sem incluir nada de novo em seu ponto de vista e outro ministro argumentou que "o CPM prevê a suspensão condicional da pena, e, paradoxalmente, esse artigo impede a suspensão condicional do processo [...] Por que não deferir isso?" (BRASIL, 2012d, p. 11). Os demais ministros enfatizaram que, em diversas passagens, a constituição faz menção aos militares para desfavorecê-los, como no caso do parágrafo 2º do artigo 142 que afirma não caber *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares. Nisso tudo, a relação entre a concessão do benefício penal e a hierarquia e disciplina não foi problematizada. Até que um dos ministros levantou a seguinte questão: "o instituto da suspensão condicional do processo afeta a disciplina e a hierarquia militares?" (BRASIL, 2012d, p. 12); Nesse ponto, o relator retoma a palavra e apresenta os seguintes argumentos com os quais a maioria dos ministros concordaram para negar o deferimento da ordem de *habeas corpus*:

Penso que o deslinde da controvérsia não se faz bem sob o ângulo da justiça ou injustiça. Faz-se sob o ângulo da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade. Se formos à Constituição Federal, no que cogita dos juizados especiais, veremos que o preceito respectivo se refere a infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo do processo, permitidos esses procedimentos nas hipóteses previstas em lei. Daí ter dito que o artigo 90-A, em exame, resultou de uma opção político-normativa. Vamos assentar que esse preceito é inconstitucional, criando, no âmbito da Justiça castrense, os juizados especiais? (BRASIL, 2012d, p. 12).

Em 10 de novembro de 2016, questionou-se no âmbito do STJ a constitucionalidade da proibição da suspensão condicional do processo, prevista na lei nº 9099/95, em relação aos policiais militares. A matéria foi discutida pela Sexta Turma do STJ, no julgamento do recurso em *habeas corpus* nº 75.753/DF, interposto por policial militar contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDF). Tratava-se de um acontecimento em que um policial militar havia sido denunciado por suposta infração ao tipo previsto no artigo 210, § 1.º, do Código Penal Militar- lesão corporal culposa, cuja pena máxima é de 1 ano de detenção. Negada a suspensão condicional do processo no primeiro grau de jurisdição, o mesmo impetrou *habeas corpus* perante o TJDF, alegando ser contrário à CF/88 facultar aos policiais civis e federais as medidas despenalizadoras em crimes de menor potencial ofensivo e não possibilitar o mesmo aos policiais militares. Na interpretação da defesa, isso feriria o princípio da igualdade, na medida em que

os policiais em geral desempenham funções semelhantes na área da segurança pública (BRASIL, 2016c, p. 3). A interpretação do TJDF também revela o grau de redundância que a negação do benefício atinge no subsistema: "a tese da inconstitucionalidade do art. 90-A da Lei n. 9.099/95, que veda a aplicação das disposições da Lei dos Juizados Especiais no âmbito da Justiça Militar, não é avalizada pela jurisprudência" (BRASIL, 2016c, p. 5). O que se nota é o bloqueio pelo subsistema da discussão do tema, negando-se a abrir uma cadeia de argumentação para uma compreensão mais aprofundada da relação entre a negação do benefício e o fato de o crime ser militar. Em face disso, a defesa ajuizou recurso no STJ pedindo o trancamento da ação penal, sendo que, a Sexta Turma, por unanimidade, refutou o pedido remetendo-se àquela compreensão do plenário do STF emitida em 06/10/2011.

Algo similar é perceptível quando o subsistema penal militar processa informação sobre a concessão de outros benefícios penais, como o *sursis* penal, no qual, diferentemente do *sursis* processual, a pessoa já foi condenada a uma pena privativa de liberdade. O subsistema penal comum institui para alguns casos esse benefício que consiste na suspensão condicional da execução da pena por algum tempo, chamado período de prova. Diferentemente da situação anterior, nesse caso há condenação penal. Beneficia-se, contudo, o condenado com a possibilidade de não ser preso e permanecer em liberdade cumprindo algumas restrições que não consistam em prisão. Em situações em que a pena privativa de liberdade não seja superior a 2 (dois) anos, segundo o artigo 77 do CP, sua execução poderá ser suspensa por 2 (dois) a 4 (quatro) (BRASIL, 1940). No âmbito do subsistema penal militar, o artigo 88 do CPM proíbe a aplicação do *sursis* para alguns crimes, dentre os quais se encontra aquele que, até 2015, era chamado de pederastia⁹⁹ (BRASIL, 1969). A luz dogmática penal militar e das decisões do subsistema penal militar a proibição do *sursis* nestes crimes é reconhecida como algo necessário para a configuração do rigor exigido pela vida militar (NUCCI, 2014). As redundâncias do

⁹⁹ Segundo o artigo 88, II, do CPM não se aplica o *sursis*, em tempo de paz: a) por crime contra a segurança nacional, de aliciação e incitamento, de violência contra superior, oficial de dia, de serviço ou de quarto, sentinela, vigia ou plantão, de desrespeito a superior, de insubordinação, ou de deserção; b) pelos crimes previstos nos arts. 160, 161, 162, 235, 291 e seu parágrafo único, ns. I a IV. Com relação a isso, a dogmática jurídica somente não concorda com a proibição em relação aos crimes contra a segurança nacional, previstos atualmente na Lei 7.170/83 e julgados pela Justiça comum (Federal). Logo, estão fora da alçada militar, de modo que não mais se aplica a proibição da suspensão condicional da pena (NUCCI, 2014). Nos casos em que o CPM admite o *sursis*, segundo o artigo 84, o período de prova pode variar de 2 (dois) anos a 6 (seis) anos.

subsistema demonstram que a negação do benefício é considerada uma forma de proteção da hierarquia e disciplina.

Em 02/09/2014, ao analisar o *habeas corpus* nº 121.674, no qual um militar condenado pelo crime militar de recusa de obediência solicitava a declaração de inconstitucionalidade da proibição de suspensão condicional da pena imposta pelo CPM, o STF indeferiu, por unanimidade, o pedido. Para tanto, afirmou-se que, em observância aos princípios da hierarquia e disciplina inerentes às instituições militares, não se podia conceder o benefício penal ao militar (BRASIL, 2014f) ¹⁰⁰. O subsistema não levou em consideração, no caso, para a construção da decisão, o argumento da defesa de que a concessão do benefício atenderia ao princípio da intervenção mínima do direito penal. Fixou-se na decisão a norma segundo a qual, tal crime representa "inaceitável violação dos pilares da hierarquia e da disciplina, corolários constitucionais da atividade castrense, razão pela qual é inaplicável o princípio da intervenção mínima" (BRASIL, 2014f, p. 3). Para a tomada da decisão, foram recordados, dentre outros argumentos, que os valores hierarquia e disciplina têm dimensão específica e valiosa, instituindo um regime jurídico diferenciado para as infrações militares e que os crimes que não admitem *sursis* afrontam a hierarquia e a disciplina, concluindo-se, em decorrência, que o benefício não seria cabível a tais crimes.

Em 22/05/2014, o plenário do STF julgou o *habeas corpus* nº 119.567 e reafirmou o entendimento segundo o qual foi recepcionada pela constituição vigente a negação de concessão do *sursis* em relação ao crime de deserção, prevista na alínea "a" do inciso II do artigo 88 do Código Penal Militar. A defesa havia alegado que a "proibição apriorística e abstrata da suspensão condicional da pena (*sursis*) pela prática do crime de deserção não teria sido recepcionada pela Constituição" (BRASIL, 2014h, p. 3). O argumento principal no qual se apoiava o interesse de ampliação da liberdade do militar era o de que a proibição generalizada de concessão o *sursis* afrontaria a isonomia, a proporcionalidade e a razoabilidade. O interesse foi reconstruído no subsistema a partir da conclusão de que "a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal inclina-se pela constitucionalidade do tratamento processual penal mais gravoso aos crimes submetidos à justiça militar,

¹⁰⁰ Conferir também: ARE 758.084-AgR/RS, Gilmar Mendes, DJe 04.11.2013; ARE 646.091, Min. Luiz Fux; AI 778.604, Ricardo Lewandowski; HC 76.411, ARE 674.822-AgR/RJ, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 25.11.2013.

em virtude da hierarquia e da disciplina" (BRASIL, 2014h). Dessa forma, autorreferencialmente, formou-se o ponto de vista de que a restrição imposta aos militares era constitucional e que orientou a decisão condenatória da Auditoria Militar e negação da apelação que o militar apresentou ao Superior Tribunal Militar. Para negar a concessão do *sursis*, unanimemente, o STM usou os seguintes argumentos:

A impossibilidade de concessão do *sursis* aos sentenciados pela prática do crime de *deserção* e de outros relacionados ao art. 88, inciso II, alínea 'a', do CPM, de nenhum modo maltrata a Constituição da República. A própria Carta Magna preconiza o tratamento diferenciado que deve ser dispensado ao jurisdicionado militar, sobretudo nos seus artigos 122, 123 e 124, ao criar uma Justiça Militar própria para julgá-lo, de acordo com uma codificação especialmente orientada para tutelar bens jurídicos próprios da Caserna (BRASIL, 2014h, p. 6).

A defesa do militar recorreu ao STF, onde em 03/10/13, o relator deferiu o pedido de liminar mandando suspender o processo penal militar que corria na justiça penal militar de primeiro grau e reformar a decisão do STM na parte que negou a concessão do *sursis*. Por ocasião do julgamento em plenário, as argumentações e interpretação que se desenvolveram entre os ministros condensaram-se em um ponto de vista segundo o qual a constitucionalidade da restrição imposta aos militares seria legítima, conduzindo à decisão em sentido divergente do relator. No dia 22/05/2014, por maioria de votos, o *habeas corpus* foi indeferido e cassado a liminar concedida pelo relator, valendo a pena destacar os argumentos por meio dos quais foi construída a decisão. Ao votar, o relator destacou que o *sursis* foi inserido na legislação castrense no CPM de 1969 e que a exposição de motivos do mesmo revela que o legislador, ao introduzir o referido instituto, "entendeu não afrontar tal medida a disciplina hierárquica militar, ao revés, considerou-a um estímulo à sua observância" (BRASIL, 2014h, p. 15). Nesse sentido, o *sursis* seria compatível com a disciplina militar, na medida em que impõe a obrigação de conduta exemplar ao beneficiado. Em referência a voto da ministra do STM, o relator destacou ainda que "a segregação da liberdade é providência destinada exclusivamente aos criminosos violentos, punidos com penas longas, que demonstram tendência à marginalidade e resistência à ressocialização. Aos demais, por existirem alternativas à justa reprimenda estatal, o cárcere é desaconselhável, sendo até injusto" (BRASIL, 2014h, p. 28). Com isso, reforçou o ponto de vista a partir do qual concedera a liminar:

Assim como deve o legislador, ao estabelecer tipos penais incriminadores, inspirar-se na proporcionalidade, não cominando sanções ínfimas para crimes que violem bens jurídicos de relevo maior, nem penas exageradas para infrações de menor potencial ofensivo, deve ele observar esse mesmo preceito no que diz respeito às normas tendentes à individualização¹⁰¹ dessas mesmas penas, atentando para as condições específicas do violador da norma e para as consequências da infração por ele cometida para o bem jurídico tutelado pela lei e para a eventual vítima do crime (BRASIL, 2014h, p. 12-13).

Com base nesses argumentos, propôs o relator a declaração de não recepção pela Constituição de 1988 da parte da alínea a do inciso II do art. 88 do Código Penal Militar (e, em consequência, da alínea a do inciso II do art. 617 do CPPM) em que se exclui, em tempo de paz, a suspensão condicional da pena aos condenados pela prática do crime de deserção. Contudo, o ministro que votou após o relator divergiu, argumentando que "esses valores - hierarquia e disciplina -, no que diz respeito às Forças Armadas, têm uma dimensão específica e valiosa, que foi consagrada constitucionalmente" (BRASIL, 2014h, p. 35). No voto divergente registrou o ministro: "eu considero uma opção política legítima - eu não estou dizendo que boa, nem desejável - do legislador dar aos crimes militares, e especificamente à deserção, um regime jurídico próprio e tratar esse delito como insuscetível de suspensão condicional da pena" (BRASIL, 2014h, p. 35). Com esses argumentos sentenciou o mesmo:

De modo que estou aplicando aqui um princípio de hermenêutica de autocontenção; tendo havido uma opção política do legislador, que não é manifestamente ilegítima, penso que o nosso papel não seja substituir a valoração do legislador processual penal pela nossa própria, ainda que eu não ache o tratamento jurídico do Código Penal Militar o mais desejável. Mas, daí a dizer que, incompatível com a Constituição, estaria revogado é um passo diferente daquele que me parece próprio dar-se aqui. Portanto, sem alegria, mas interpretando, como me parece próprio, a Constituição e os princípios hermenêuticos, eu não estou acompanhando o Relator, o que pessoalmente lastimo, e não considero revogado esse dispositivo do Código de Processo Penal, considero-o recepcionado pela Constituição de 1988 (BRASIL, 2014h, p. 36).¹⁰²

¹⁰¹ Individualizar é fixar um parâmetro de sanções aplicáveis aos fatos incriminados, de acordo com sua gravidade. Segundo o artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, "a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade; b) perda de bens; c) multa; d) prestação social alternativa; e) suspensão ou interdição de direito" (BRASIL, 1988).

¹⁰² Conferir também: no STF: ARE 758.084; ARE 646.091; AI 778.604, HC 76.411; ARE 674.822-AgR-RJ; HC 113.857.

Com relação às penas restritivas de direitos, a racionalidade penal militar também se desenvolve no sentido de impor maiores restrições aos crimes militares se comparados aos crimes comuns. Penas restritivas de direitos são penas que substituem as penas privativas de liberdade, quando é aplicada pena não superior a quatro anos e o crime não é cometido com violência ou grave ameaça à pessoa; ou, qualquer que seja apenas se o crime for culposo. Ademais, para ocorrer a substituição, o réu não pode ser reincidente em crime doloso e precisa ter culpabilidade, antecedentes, conduta social e outros requisitos favoráveis (BRASIL, 1940). Ainda que o crime tenha sido praticado com violência ou grave ameaça à pessoa, admite-se a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos nos casos em que as condutas configuradoras do crime se encaixem na definição legal de infrações de menor potencial ofensivo¹⁰³, como nos casos de lesão corporal leve, ameaça, constrangimento ilegal e esbulho possessório (BITENCOURT, 2015; GRECO, 2015).

Atualmente, essas penas são compreendidas no subsistema penal comum como uma resposta à falência do sistema prisional, revelando uma compreensão segundo a qual o cárcere deve se restringir apenas aos crimes graves e violentos (BITENCOURT, 2015; PRADO, 2013). Em contraposição à prisão, elas permitem ao condenado a manutenção do convívio social, do trabalho e da família, mostrando-se mais humanas e adequadas à reintegração do condenado. Há uma tendência no subsistema penal comum de valorização desse tipo de pena, o que, do ponto de vista empírico, pode ser verificado, quando se examinam as decisões do sistema que afastam os programas postos pelo sistema político que dificultam ou proíbem a concessão do benefício. Do ponto de vista simbólico, o caso do crime de tráfico ilícito de entorpecentes é bem significativo, uma vez que, este é marcado pelo sistema como sendo equiparado aos crimes hediondos. Ainda assim, embora o sistema político tenha editado a lei nº 11.343/06 afastando expressamente, no parágrafo 4º do art. 33, a possibilidade de substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos com relação ao crime de tráfico ilícito de drogas, o STF declarou essa norma inconstitucional.

Segundo a legislação vigente, quando uma pena privativa de liberdade é substituída por uma restritiva de direitos o condenado fica sujeito às seguintes

¹⁰³ Com relação à lesão corporal praticada em ambiente doméstico o STF já decidiu que não cabe o benefício. Conferir HC 129446/MS, Teori Zavascki, 20.10.2015.

condições: 1) prestação pecuniária (Art. 45, § 1º, do CP) consistente no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos, ou, prestação de outra natureza como prestação de mão-de-obra; 2) A perda de bens e valores (Art. 45, § 3º, do CP) correspondentes o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime; 3) prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas (Art. 46 do CP) consistente no desenvolvimento de tarefas gratuitas pelo condenado em entidades assistenciais, hospitais, escolas, orfanatos e outros estabelecimentos congêneres; 4) As interdições temporárias de direitos (art. 47 do CP); 5) a proibição de inscrever-se em concurso, avaliação ou exames públicos aplicável aos delitos que tenham alguma ligação com fatos que traduzam a finalidade do agente de beneficiar-se fraudulentamente, em concurso, avaliação ou exames públicos, especialmente, nos casos de condenação pelo crime previsto no art. 311-A; e 6) a limitação de fim de semana consistente na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado (BRASIL, 1940).

Por fim, com relação ao tema do concurso de crimes, fica mais nítida a forma como o subsistema penal militar constrói taxas de punição mais duras que o subsistema penal comum. Fala-se em concurso de crimes no âmbito jurídico quando uma mesma pessoa pratica mais de um crime. Nesses casos, a dosagem das penas varia em razão da quantidade de condutas e dos tipos penais que foram infringidos, havendo três espécies de concursos. O concurso material ou real que, nos termos do artigo 69 do CP, ocorre quando o condenado praticou mais de uma ação ou omissão, que resultam em mais de um crime. Nesse caso, somam-se as penas dos crimes correspondentes. Assim, por exemplo, um condenado que furtou um veículo e estuprou a proprietária, se condenado pelos dois crimes (art. 155 e art. 213 ambos do CP), ao final tem as penas somadas. Caso a pena do furto seja 2 anos e a do estupro 6 anos, ele terá de cumprir 8 anos de prisão. O concurso formal ou ideal de crimes, nos termos do artigo 70 do CP, ocorre quando o condenado com uma só ação ou omissão pratica dois ou mais crimes. Nessa hipótese, aplica-se somente uma das penas aumentada de um sexto até metade, como forma de beneficiar o

condenado. Dessa maneira, caso uma pessoa seja condenada em concurso formal por três homicídios culposos na direção de veículo automotor (art. 302 do CTB), tendo-lhe sido aplicada a pena de 3 anos por cada um dos crimes. Em face do benefício, o condenado terá de cumprir somente a pena de 3 anos 7 meses e 6 dias, e, não 9 anos como seria cabível caso as penas fossem somadas¹⁰⁴. O crime continuado, previsto no artigo 71 do CP, assim como o concurso formal, é uma forma de beneficiar o condenado. Aqui, embora tenham sido praticadas duas ou mais condutas, se os crimes resultantes forem idênticos, o sistema penal dosa a punição aplicando somente a pena de um dos crimes, aumentando-a de um sexto a dois terços. Imagine-se o caso do batedor de carteiras que, no mesmo dia, praticou 10 furtos tendo sido condenado à pena de 2 anos por cada crime. Reconhecida a continuidade delitiva, o condenado terá de cumprir a pena de 3 anos e 4 meses, e, não os 20 anos decorrentes da soma (BITENCOURT, 2015; GRECO, 2016).

Pois bem, diferentemente do subsistema penal comum, que opera com as três possibilidades distintas de punição - o concurso material, o concurso formal e o crime continuado - o subsistema penal militar opera com a regra geral da soma das penas nos casos de concurso. Trate-se de uma ou mais condutas das quais resultem dois ou mais crimes, as penas são somadas. A norma que equivale funcionalmente ao concurso formal no CPM (art. 81, § 1.º, CPM) conduz, no máximo, à diminuição da pena total no montante de um sexto a um quarto. Imaginando-se a situação na qual o agente é condenado em concurso formal por três homicídios culposos na direção de veículo automotor (art. 302 do CTB), tendo-lhe sido aplicada a pena de 3 anos por cada um dos crimes. No sistema penal militar ele teria de cumprir a pena de 7 anos, dois meses e 12 dias, bem superior, portanto, aos 3 anos 7 meses e 6 dias impostos pelo sistema penal comum. Da mesma maneira, o reconhecimento do que, no sistema penal comum seria o crime continuado, no sistema penal militar enseja somente a diminuição da pena de um sexto a um quarto. Em 2016, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados aprovou as mesmas regras para aplicação da pena no

¹⁰⁴ Convém observar que este raciocínio é adotado pelo Supremo Tribunal Federal inclusive em situações nas quais uma conduta única se desdobra em vários atos, como por exemplo, no caso de alguém entrar em coletivo e, mediante grave ameaça, subtrair os pertences pessoais de diversos passageiros. Neste caso, há conduta única consistente na prática de roubo (art. 157, CP) aplicando-se a regra do concurso formal.

crime continuado, quando se tratar de crime militar, mas essa iniciativa ainda não foi convertida em lei:

A Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJ) aprovou o Projeto de Lei 2037/15, do deputado Rômulo Gouveia (PSD-PB), que altera o Código Penal Militar (Decreto-Lei 1.001/69), para adequar a penalização da prática de crime continuado ao previsto no Código Penal (Decreto-lei 2.848/40). Pelo novo texto proposto, quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, praticar dois ou mais crimes da mesma espécie - pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes - deverão os subsequentes ser considerados como continuação do primeiro; a pena aplicada será de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços. Esta é a mesma redação do Código Penal. Já a redação atual do Código Penal Militar estabelece que, quando o agente pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, as penas privativas de liberdade devem ser unificadas. Se as penas são da mesma espécie, a pena única é a soma de todas. Segundo o autor, essa redação "gera uma injustificável discrepância entre a legislação comum e a militar". O parecer do relator, deputado Marcos Rogério (DEM-RO), foi favorável à proposta e apresentou apenas correções ao texto. Ele frisou que trata-se apenas de uma modernização do Código Penal Militar, e sua emenda deixa claro que a regra de agravantes dos crimes cometidos em sequência - que pode ter essa pena única triplicada - não pode ultrapassar a soma das penas por esses crimes, que era a regra anterior. "Considerando que o projeto de lei em análise tem por objetivo igualar o tratamento da continuidade delitiva entre a legislação penal comum e a militar", explicou¹⁰⁵.

Enquanto semântica do subsistema penal militar, o crime militar é uma identidade de sentido que permite impor restrições, seja negando a aplicação de normas constitucionais, seja impondo um regime de sanções penais mais rígido que o regime penal comum. Os temas que foram objeto de decisões nos tribunais até aqui observados, tais como insignificância, intervenção mínima, aplicação da Lei nº 9.099/95, aplicação do *sursis*, dentre outros, revela que se desenvolve uma racionalidade no subsistema que, de certa forma, antecipa algumas consequências penais. Cotejando as decisões obtidas na pesquisa empírica, é possível verificar as seleções que o subsistema penal militar realiza para decidir se uma conduta é (ou não) crime militar, independentemente de ter ocorrido (ou não) um julgamento definitivo. O subsistema atribui consequências jurídicas específicas pelo menos com relação a dois temas centrais: a) a não aplicação de princípios constitucionais aos crimes militares e b) a negação da extensão de taxas de punição da legislação penal comum aos crimes militar. Vejamos, então, esse assunto nesta seção. Para tanto,

¹⁰⁵ LARCHER, Marcello. CCJ aprova mesmas penas para crime continuado praticado por militar e por civil. (10/08/2016). Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/direito-e-justica/514556-ccj-aprova-mesmas-penas-para-crime-continuado-praticado-por-militar-e-por-civil.html>. Acesso em: 10.10.2016.

deve-se considerar que a Constituição Federal de 1988 assume, no sistema jurídico brasileiro, a função de fundamento do direito e, como sendo um texto autológico, através do qual o sistema jurídico usa a distinção constitucional/inconstitucional como mecanismo para se declarar suas normas válidas (ou não) (LUHMANN, 2005b, p. 552).

4.3 Interpretações do subsistema sobre a criminalização da sexualidade

As decisões proferidas em ações constitucionais com relação aos crimes militares são especialmente relevantes para a observação do estado atual do subsistema penal militar. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), de competência originária do STF, permite ao tribunal realizar o chamado controle abstrato de constitucionalidade das leis, tendo significativo impacto sistêmico. Por isso, as decisões manifestas nesse tipo de ação permitem observar conceitos, argumentos e interpretações que o sistema seleciona para apreciar interesses e declarar a constitucionalidade/inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988; 1999). Em 2015, o STF julgou uma ADPF nº 291, na qual se questionava a recepção do artigo 235 do CPM, que criminaliza a prática de atos libidinosos no interior de organizações militares (BRASIL, 1969). Analisemos, então, a forma como nessa decisão o subsistema produziu informações e redundâncias. Trata-se de uma ação proposta pela Procuradoria Geral da República, com base em representação de diversas entidades da sociedade civil que contestaram, diante dos artigos 1º, III e V; 3º, I e IV; 5º, *caput*, I, III, X e XLI, da Constituição Federal de 1988, a validade do artigo 235 do Código Penal Militar.

O artigo 235 do CPM de 1969 estabelecia como crime de *pederastia ou outro ato de libidinagem* o seguinte comportamento: "praticar, ou permitir o militar que com êle [sic] se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar" (BRASIL, 1969). A pena prevista no preceito secundário desse tipo penal é a detenção, de seis meses a um ano. Na ADPF nº 291, pediu-se "a declaração de não recepção integral do dispositivo pela Constituição Federal de 1988" ou, alternativamente, "a declaração de não recepção das expressões 'pederastia' e 'homossexual ou não'" (BRASIL, 2015b). Do ponto de vista da

heterorreferência do subsistema penal militar, identifica-se como interesse apresentado ao subsistema a ampliação da liberdade dos militares e a não discriminação homossexual. Isso porque, caso o STF declarasse a norma inconstitucional, atendendo ao pedido formulado na petição inicial, os militares que estivessem cumprindo pena ou respondendo a processo penal militar pelo desapontamento da norma impugnada poderiam ficar livres da possibilidade de sofrerem sanção penal militar. Ademais, no futuro seguinte à decisão, os militares poderiam praticar tal comportamento sem a possibilidade de coação típica do direito penal militar. No que tange à autorreferência do subsistema, observa-se que, dentre outros conceitos, entraram em jogo o de intervenção mínima, igualdade, intimidade, dignidade da pessoa humana e pederastia.

A parte requerente argumentou que, embora a literalidade do tipo em questão inclua tanto atos homossexuais quanto heterossexuais, de fato, o que se estaria criminalizando, indiretamente, seria a orientação sexual. Isso violaria preceitos constitucionais da igualdade, da liberdade, da dignidade da pessoa humana, da pluralidade e da privacidade (BRASIL, 2013h, p.2). O STF admitiu a ADPF sob o argumento de que os artigos 1º, III e V; 3º, I e IV; 5º, *caput*, I, III, X e XLI, todos da Constituição Federal de 1988, poderiam estar sendo violados. Para julgar o caso, o tribunal colheu informações de algumas organizações que se colocam na posição de defensores da legitimidade do tipo penal militar. No caso, manifestaram-se contra a declaração de inconstitucionalidade o Ministro de Defesa, a Presidência da República, o Congresso Nacional, o Advogado-Geral da União e o Procurador Geral da República (BRASIL, 2015b). No conjunto, todos os argumentos desses observadores (da acusação e da defesa) são tomados como ponto de partida para as sequências de argumentações e comunicações que foram construídas pelos ministros do STF para acatarem ou refutarem o pedido. A seletividade dos argumentos revela o esforço para a construção de linhas de argumentação em conformidade com a racionalidade do sistema de maneira a tornar mais provável a aceitação pelos demais ministros de um ponto de vista. Vejamos, então, quais as estruturas foram selecionadas para a construção da decisão.

Para defender a declaração de inconstitucionalidade do tipo penal militar, a parte requerente argumentou que: 1) o referido artigo do CPM foi inserido num contexto internacional de leis antissodomia, cuja origem remonta ao período colonial,

no qual predominava a visão religiosa de que a homossexualidade era condenável (BRASIL, 2013H, p. 6); 2) já existiriam decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos e do Comitê de Direitos Humanos da ONU declarando as leis antissodomia incompatíveis com os direitos fundamentais (BRASIL, 2013h, p. 8); 3) existiriam "precedente do STF em que teria sido vedada a discriminação fundada no sexo das pessoas (ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto)" (BRASIL, 2013h, p. 12); 4) "não haveria motivo razoável para punir criminalmente atos libidinosos consensuais entre adultos" (BRASIL, 2013H, p. 8); 5) a utilização de expressões como pederastia e homossexual ou não demonstrariam o caráter perjurativo e discriminatório do tipo penal. Isso também ficaria evidente pelo que consta na exposição de motivos do CPM, que afirma ser o objetivo do tipo tornar mais severa a repressão contra o mal (BRASIL, 2013h, p. 10); 6) "a utilização do direito penal deve se pautar pelo princípio da intervenção mínima, de modo que não haveria motivo para a criminalização da conduta, uma vez que há outros meios suficientes para a tutela do bem jurídico envolvido" (BRASIL, 2013h, p. 10); 7) a norma impugnada estaria elencada no capítulo do CPM intitulado "crimes sexuais" e foi editada no contexto histórico da ditadura militar (BRASIL, 2013h, p. 9).

Defendendo a constitucionalidade da criminalização militar, levantaram-se os seguintes argumentos como fundamento para a manutenção da validade da norma questionada: 1) a Presidência da República reconheceu "a inadequação das expressões 'pederastia' e 'homossexual ou não' do tipo penal, em razão de sua carga preconceituosa ou discriminatória" (BRASIL, 2015b, p. 6); 2) o Congresso Nacional argumentou que a norma estaria vigente "há mais de 40 (quarenta) anos e, somente em 2013 veio a ter sua constitucionalidade posta em xeque" (BRASIL, 2013m, p. 6-9); portanto, dever-se-ia levar em consideração que "milita em favor das leis vigentes a presunção (relativa) de constitucionalidade" (BRASIL, 2013m, p. 9); 3) o Ministro da Defesa ponderou que "a tutela penal aplicada no âmbito militar foca a proteção aos mais elevados preceitos da vida castrense" (BRASIL, 2013n, p. 4). Nesse sentido, o tipo penal militar impugnado seria destinado "à proteção dos mais excelsos bens e interesses das instituições militares", isto é, a hierarquia e a disciplina (BRASIL, 2013n, p. 5)¹⁰⁶. Nesse sentido, alegou, com base em

¹⁰⁶ O Código Penal da Armada, Decreto nº 18, de 07 de março de 1891, previa em seu Título V, destinado aos crimes contra a honestidade e os bons costumes, o crime de libidinagem. A Lei nº 612, de 29 de setembro de 1899, ampliou a aplicação desse Código Penal para o Exército. O Código

jurisprudência do próprio STF, que o artigo 235 do CPM, a despeito de estar incluído entre os crimes sexuais, na verdade seria um crime contra a disciplina (BRASIL, 2013n, p. 19). Por isso, ele não ofenderia o princípio da intervenção mínima do Direito Penal, já que "os militares estão vinculados ao Estado por uma relação especial de sujeição" (BRASIL, 2013n, p. 18). Ademais, afirmou-se que "o dispositivo não seria discriminatório, uma vez que pune igualmente atos libidinosos homossexuais e heterossexuais" (BRASIL, 2013n, p. 19).

Os argumentos do Ministério da Defesa são os que revelam maior preocupação com a manutenção da validade do dispositivo penal, defendendo-se inclusive que nem mesmo o pedido subsidiário formulado na inicial, de interpretação conforme a Constituição, poderia ser acolhido sob pena de o Judiciário desnaturar o tipo penal e agir como legislador positivo. O Advogado-Geral da União aderiu aos argumentos apresentados pelo Ministério da Defesa, mas reconheceu "a inadequação do termo 'pederastia' constante do *nomen juris* do crime e da expressão 'homossexual ou não', constante da descrição do tipo penal, porquanto revestem-se de carga preconceituosa ou discriminatória" (BRASIL, 2013o, p. 6). Por fim, o Procurador-Geral da República afirmou que "o dispositivo impugnado não contém discriminação ilegítima" (BRASIL, 2014b, p. 4). Reconheceu que o dispositivo tinha redação infeliz, mas "as expressões 'pederastia' e 'homossexual ou não' são absolutamente dispensáveis e em nada afetam o conteúdo normativo do preceito, que pune igualmente relações homossexuais e heterossexuais" (BRASIL, 2014b, p. 5). Além disso, argumentou que a criminalização da conduta em questão seria justificável em razão das peculiaridades dos militares, assentados sobre preceitos de hierarquia e disciplina mais rígidos que os aplicáveis aos servidores civis e aos trabalhadores em geral. Por isso a própria Constituição teria proibido "a utilização de *habeas corpus* por militares para questionar punições disciplinares, bem como a sindicalização e a greve, além de autorizar a instituição de limite de idade para ingresso no serviço militar (CRFB/1988, art. 142, §§ 2º e 3º, IV e X)" (BRASIL, 2014b, p. 7). Ao final, defendeu-se que "em face da natureza peculiar do ambiente castrense, a tipificação ora questionada não pode ser considerada injustificável, abusiva ou contrária à razão" (BRASIL, 2014b, p. 9).

Penal Militar de 1944 (Decreto-Lei nº 6227, de 24 de janeiro de 1944, instituiu no Título V (Dos crimes sexuais). Ver artigos 148 e 197, respectivamente.

Do ângulo da autorreferência, destacam-se os conceitos jurídicos através dos quais foi reconstruído o interesse apresentado ao subsistema sob a forma de argumentos. Na história sistêmica já havia decisões rejeitando a alegação de inconstitucionalidade do art. 235 do CPM por violação aos direitos constitucionais à igualdade e à intimidade. O relator do caso reforçou essas redundâncias e selecionou outros argumentos das partes para construir sua posição. Como até a ADPF 261 o STF não havia se discutido a validade do dispositivo à luz do princípio da intervenção mínima do direito penal, tentou-se produzir informação com relação a isso. Esse princípio, enquanto conceito da dogmática penal implica a possibilidade de avaliação do sistema da necessidade (ou não) de criminalização de um determinado comportamento. Trata-se de uma forma de afirmar que, o Direito Penal só deveria ser aplicado quando absolutamente necessário, isto é, quando não fosse possível estabilizar a expectativa que se procura proteger através de outra forma de controle estatal. À luz desse princípio, o sistema jurídico descreve o direito penal de maneira subsidiária, como o último recurso de que dispõe o Estado para exercer o controle social. Trata-se de um princípio limitador do poder punitivo do Estado, através do qual o sistema jurídico mensura se o chamado bem jurídico que o sistema político procurou proteger com programas penais merece ou não ser tratado por meio de sanção penal (BITENCOURT, 2016). Conforme esclarece Greco,

O princípio da intervenção mínima, ou *ultima ratio*, é o responsável não só pela indicação dos bens de maior relevo que merecem a especial atenção do Direito Penal, mas se presta, também, a fazer com que ocorra a chamada descriminalização. Se é com base neste princípio que os bens são selecionados para permanecer sob a tutela do Direito Penal, porque considerados como os de maior importância, também será com fundamento nele que o legislador, atento às mutações da sociedade, que com a sua evolução deixa de dar importância a bens que, no passado, eram da maior relevância, fará retirar do nosso ordenamento jurídico-penal certos tipos incriminadores (GRECO, 2016, p. 97).

Com base nesse conceito, o relator do caso selecionou a interpretação segundo a qual o bem jurídico protegido pelo tipo penal militar do artigo 235 seria a hierarquia e disciplina militar. Destacou que o princípio em questão constitui uma projeção da razoabilidade ou proporcionalidade, que permitiria ao tribunal afirmar que o Congresso Nacional não pode "criminalizar toda e qualquer conduta em nome da hierarquia e da disciplina militares" (BRASIL, 2015b, p. 25). Empregou-se a distinção direito penal/direito administrativo para chamar a atenção para as graves

consequências jurídicas do crime em discussão, a despeito de sua pena relativamente baixa. Argumentou-se que o direito administrativo militar seria suficiente para punir o comportamento incriminado, na medida em que os militares estão sujeitos a um regime disciplinar particularmente severo, que inclui entre suas sanções a possibilidade de licenciamento e exclusão a bem da disciplina (BRASIL, 2015b). Nesse sentido, apesar de reconhecer que a hierarquia e a disciplina constituem os valores máximos que servem de base às organizações militares, previsto no art. 142 da CF/88, argumentou que no âmbito civil a mesma expectativa é estabilizada por meio de normas trabalhistas e estatutárias. Sanções como a rescisão do contrato do trabalho por justa causa¹⁰⁷ ou a demissão do servidor público civil¹⁰⁸ se revelariam, assim, mais compatíveis com o princípio em alusão (BRASIL, 2015b, p. 11).

A par desses nesses argumentos, construiu-se um primeiro ponto de vista sobre o caso, segundo o qual, o direito penal militar "constitui o último e mais drástico instrumento de que se pode valer o Estado. Daí porque a criminalização de condutas somente deve ocorrer na medida do estritamente necessário, quando não houver outro modo de tutelar bens jurídicos relevantes" (BRASIL, 2015b, p. 12). Sendo assim, "embora imprópria a prática, por militar, de ato libidinoso em local sujeito à administração militar [...], a utilização do direito penal na matéria é desnecessária" (BRASIL, 2015b, p. 9). Para demonstrar tal desnecessidade, foram indicadas as sanções do crime em alusão: a) a pena para o crime previsto no art. 235 do CPM é de seis meses a um ano de detenção; b) não há possibilidade de aplicação de transação penal ou suspensão condicional do processo, por força do art. 90-A da Lei nº 9.099/1995; c) não é possível a suspensão condicional da pena, nos termos do art. 88, II, *b*, do CPM; d) o crime em questão é um daqueles expressamente sujeitos à pena acessória de indignidade para o oficialato, aplicável na forma do art. 142, § 3º, VI, da Constituição, de forma idêntica ao que ocorre com delitos graves, como extorsão mediante sequestro (art. 244), peculato (art. 303), traição (art. 355) e espionagem (art. 366), estes dois últimos punidos com pena de

¹⁰⁷ CLT, art. 482. Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador: (...) b) incontinência de conduta ou mau procedimento;

¹⁰⁸ Lei nº 8.112/90, art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: (...) V – incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição;

morte em tempo de guerra, conforme prevê o art. 100 do Código Penal Militar¹⁰⁹ (BRASIL, 2015b, p. 12).

Um segundo ponto de vista foi construído no subsistema a partir do conceito de dignidade da pessoa humana, com base no qual, a doutrina penal tem afirmado que o Estado não pode se valer de "reprimenda indigna, cruel, desumana ou degradante. Este mandamento guia o Estado na criação, aplicação e execução das leis penais" (SANCHES, 2013, p.97). A análise histórica do crime previsto no artigo 235 do CPM revela que o CPM que o antecedeu o atual (Decreto-Lei nº 6.227/1944) continha dispositivo semelhante ao impugnado. O artigo 197 daquela legislação revogada considerava crime "praticar, ou permitir o militar que com êle se pratique, ato libidinoso em lugar sujeito à administração militar: pena – detenção, de seis meses a um ano" (BRASIL, 1944). Conforme se nota, a conduta típica e a pena são basicamente as mesmas previstas no artigo 235 do CPM em vigor. No entanto, duas diferenças foram introduzidas em 1969: "(i) a inclusão do *nomen iuris* 'pederastia ou outro ato de libidinagem' e (ii) a introdução da expressão 'homossexual ou não', logo após a referência a ato libidinoso" (BRASIL, 2015b, p. 26). Conforme destacou o relator da ADPF nº 291, a exposição de motivos do Código Penal Militar justifica essas diferenças introduzidas como uma "maneira de tornar mais severa a repressão contra o mal" (BRASIL, 2015b, p. 26). Com base nisso, propôs-se que o tribunal considerasse que a aplicação do art. 235 do CPM pela Justiça Militar, acarretaria violação ao princípio da dignidade em relação aos militares homossexuais, tendo-se juntado, como prova disso, laudo produzido no âmbito de processos militares para a comprovação da existência (ou não) da prática de atos libidinosos homossexuais:

Exame Anal: O periciando foi colocado em posição de SIMS¹¹⁰ e à inspeção observamos as seguintes alterações anatomicomorfológicas: coloração da região perianal no quadrante superior esquerdo apresenta-se alterada pela

¹⁰⁹ Art. 100. Fica sujeito à declaração de indignidade para o oficialato o militar condenado, qualquer que seja a pena, nos crimes de traição, espionagem ou cobardia, ou em qualquer dos definidos nos arts. 161, **235**, 240, 242, 243, 244, 245, 251, 252, 303, 304, 311 e 312 (BRASIL, 1969). CF, art. 142, § 3º, VI – o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra (BRASIL, 1988).

¹¹⁰ Posição de SIMS é a posição decúbito lateral utilizada para a realização retal em casos de suspeita de coito anal. Nela o periciando é colocado deitado com uma das pernas flexionadas sobre a outra. Coloca-se o (a) periciando (a) em posição genopeitoral e realiza-se o exame de alterações na região anal, descrevendo-se as lesões, sua sede, tamanho, número, forma e posição. Cf. BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Segurança Pública. Procedimento Operacional Padrão (POP). Perícia Criminal.

presença de escoriações e discretas ectasias vasculares. Pregas anais de formato irregular pela presença de plicomas às 12-3-6 em analogia aos ponteiros do relógio, com perda acentuada da convergência das pregas anais sem sinais de flogose, à manobra de valsalva demonstra a tonicidade e continência do esfíncter anal, à apalpação o toque digital revela sensibilidade acentuada ao toque, com tonicidade preservada, apresentando fezes na ampola retal sem elementos patológicos na luva, próstata com tamanho consistência e sensibilidade preservadas. (...). Conclusão: A perícia revela fortes transtornos do lado afetivo, características de doença ano-retal crônica e sinais físicos e ação contundente ano-retal recente” (STM, Conselho de Justificação nº 165-5, Rel. Min. Sérgio Xavier Ferolla, j. 04.12.1997) (BRASIL, 2015b, p. 30).

Além do mais, o relator afirmou que o dispositivo possuiria caráter discriminatório, chamando a atenção para a dimensão objetiva do sentido que envolve a construção do tipo penal militar. Recorrendo aos dicionários Aurélio, Houaiss e Michaelis, ele observou que a expressão pederastia estaria associada ao homossexualismo masculino, nos quais consta que "a palavra vem do grego *paiderastía*, que identificava, na antiguidade, a educação sexual de adolescentes por mestres: daí porque a palavra também tem a acepção que indica a prática sexual entre um homem e um rapaz mais jovem" (BRASIL, 2015b, p. 18). Como em 1969, quando da edição do CPM, não havia no Brasil a possibilidade de as mulheres ingressarem nas Forças Armadas, o que somente começou a ocorrer a partir de 1980¹¹¹, o tipo penal teria como objetivo vedar o acesso e expulsar homens homossexuais das Forças Armadas (BRASIL, 2015b). Nesse sentido, a simples manutenção da norma fomentaria o preconceito e iria de encontro ao princípio constitucional da igualdade e, por isso, ele "não pode ser mantido, ainda que com a supressão das suas expressões pejorativas, pois, apesar de sua aparente neutralidade, produz um impacto desproporcional sobre militares gays" (BRASIL, 2015H, p. 9). Nessa perspectiva, o artigo 235 do CPM seria um instrumento de criminalização e discriminação de uma determinada orientação sexual. Com base nisso, pediu o relator o julgamento de total procedência do pedido, de modo a se reconhecer a não recepção do art. 235 do CPM pela Constituição de 1988. Ao final, o relator resumiu seu ponto de vista:

Diante de todo o exposto, deve-se declarar a não recepção integral do art. 235 do Código Penal Militar, não apenas por violar os princípios da intervenção mínima do direito penal e da razoabilidade ou

¹¹¹ Nesse sentido, conferir Maria Celina D'Araújo, Mulheres, homossexuais e Forças Armadas no Brasil, disponível em: <http://www.resdal.org/produccionesmiembros/redes-03-daraujo.pdf>. Acesso em 12.08.2015

proporcionalidade, mas também porque, mesmo que fossem suprimidas suas expressões pejorativas – e apesar de sua aparente neutralidade –, a norma produz um impacto desproporcional sobre homossexuais, dado o histórico e as características das Forças Armadas, o que viola os princípios da dignidade da pessoa humana, da vedação às discriminações odiosas e da igualdade. Isto, porém, não impede a punição disciplinar de atos libidinosos praticados por militares em locais sujeitos à administração militar, na forma da legislação e dos regulamentos aplicáveis [...] Manifesto-me, portanto, no sentido de conhecer e julgar integralmente procedente o pedido, para reconhecer a não recepção do art. 235 do Código Penal Militar pela Constituição de 1988. Caso esse entendimento não seja acolhido pela maioria, manifesto-me no sentido de que seja acolhida ao menos o pedido sucessivo da inicial, declarando-se a não recepção das expressões “pederastia ou outro” e “homossexual ou não”, contidas, respectivamente, no *nomen iuris* e no *caput* do art. 235 do Código Penal Militar (BRASIL, 2015b, p. 43).

O ministro Marco Aurélio abriu, então, uma divergência no tribunal para, segundo ele, "manter aquela temperança do Tribunal" (BRASIL, 2015b, p. 49). Sem aprofundar a discussão, o referido ministro julgou procedente apenas o pedido sucessivo formalizado na petição inicial, isto é, declarou a não recepção, pela Constituição de 1988, somente das expressões 'pederastia ou outro' e 'homossexual ou não' contidas, respectivamente, no *nomen iuris* e no *caput* do art. 235 do CPM. Na sequência, o Ministro Ricardo Lewandowsk, meio que antecipando seu voto, argumentou basicamente que a expressão final do artigo 235, lugar sujeito a administração militar, indica que o "ato libidinoso se torna criminoso ou torna-se típico do ponto de vista penal sempre que for praticado por um militar contra um militar, ou por um militar contra um civil, ou vice-versa, sempre em uma situação de atividade, em um lugar sujeito à administração militar" (BRASIL, 2015b, p. 52). Ademais, informou:

na qualidade de Presidente, fui contatado por representantes das Forças Armadas preocupados com este julgamento. E a preocupação que me foi passada - creio que é uma preocupação relevante que a Corte deve considerar, e parabenizo desde logo o substanciosíssimo voto do Ministro Roberto Barroso, sensível às questões da modernidade, sensível à proteção das minorias - e que merece certa reflexão por parte deste Plenário é exatamente o fato trazido pelo próprio Relator de que, a partir de 1980, as nossas Forças Armadas são predominantemente mistas, então hoje temos mulheres na Academia da Força Aérea, na Academia do Exército, na Escola Naval, e mulheres e homens nas mais distintas patentes e também nos mais distintos postos convivem diuturnamente em vários locais. [...] Então a preocupação que me foi trazida é exatamente esta. São homens e mulheres que passam, por vezes, meses embarcados num navio, num submarino, pessoas que compartilham serviços numa ponte de comando de uma nave de guerra, na casa de máquinas, na cabine de pilotagem do avião, numa torre de controle, ou mesmo nos postos de guarda nos quartéis. Então realmente há - e a natureza humana é esta, sobretudo

quando se é mais jovem - natural atração entre os sexos, e é preciso, a bem da segurança das próprias pessoas envolvidas, das instituições e, enfim, das Forças Armadas como um todo, que se evite, sobretudo quando em serviço, que possam ocorrer relações libidinosas que coloquem em risco não apenas os integrantes das Forças Armadas, mas a própria população civil eventualmente. Então, essa é uma preocupação, a meu ver, que deve ser levada em consideração na apreciação desta matéria por parte do egrégio Plenário (BRASIL, 2015b, p. 50-51).

Em seguida, a ministra Cármen Lúcia esclareceu que o plenário do STF já afastara há três anos "a possibilidade de se cogitar que tudo - qualquer atividade, qualquer relacionamento - fora daquelas atividades, no espaço inclusive de casas, de moradia daqueles militares, pudesse ser considerado como incluídos aqui neste artigo 235" (BRASIL, 2015b, p. 52). Conforme se observa, ocorre uma espécie de desvio do tema principal em julgamento, a criminalização da sexualidade. A essa altura do julgamento, o relator fez a seguinte intervenção:

Presidente, nós não temos uma divergência substancial, nem em relação ao Ministro Marco Aurélio, nem em relação a Vossa Excelência. Eu evidentemente não acho que atividade sexual – seja heterossexual, seja homossexual – seja pecado, não acho que seja sujo, não acho que seja feio, mas é claro que, no lugar e na hora impróprios, eu acho que pode ser sancionada adequadamente pelo ordenamento jurídico. O que nós apenas talvez estejamos divergindo – pelo menos a posição do Ministro Marco Aurélio – é que eu considere que as sanções existentes nos estatutos militares são suficientes e graves, e que não há necessidade de criminalização. A criminalização da sodomia em geral vem sendo superada mundialmente. Só lugares muito atrasados ainda criminalizam. Portanto, a minha posição, entendendo perfeitamente a posição oposta, é de que é suficiente a repressão feita pelos estatutos militares, não sendo necessária a criminalização. É só essa a divergência. Mas que, evidentemente, em hora e local impróprios é... (BRASIL, 2015b, p. 55).

E, na sequência, emendou o relator:

Mas era só para dizer que a divergência é pequena. É apenas para saber se a sanção deve ser administrativa ou se pode ser penal. Eu propus que fosse administrativa. E o Ministro Marco Aurélio está correto. Eu, no meu voto, mencionei como pedido alternativo, mas, em rigor técnico processual, é um pedido sucessivo. Portanto, não prevalecendo o pedido principal, eu acolho o pedido sucessivo (BRASIL, 2015b, p. 56).

Continuando a seção de julgamento, o ministro Edson Fachin também discordou do relator afirmando que "embora o tipo penal esteja previsto no Título III, Capítulo VII do Código Penal Militar, referente aos crimes sexuais, infere-se que o bem jurídico tutelado não se relaciona com a liberdade sexual, isto é, a liberdade de escolha quanto ao exercício da própria sexualidade" (BRASIL, 2015b, p. 57). Além disso, segundo o ministro, o sujeito passivo do crime seria a própria instituição

militar, devendo-se levar em consideração que se encontra expresso nos artigos 42 e 142 da CF/88¹¹² "a opção, no âmbito da caserna, pela hierarquia e disciplina como elementos fundantes da ordem militar. Por essa razão, o tipo penal a tutelá-los [...] funcionaria sim como tutela especial desses princípios basilares das instituições militares" (BRASIL, 2015b, p. 57). Com base nesses argumentos, não aceitou a aplicação do princípio da intervenção mínima do direito penal, afirmando que a quebra da moralidade sexual no âmbito militar não poderia se dar unicamente no âmbito administrativo. Nesse sentido, destacou-se como redundância do sistema a rejeição da alegação de inconstitucionalidade do art. 235 do CPM, para acolher o pedido secundário constante na petição inicial da ADPF nº 291. Argumentação disse respeito a "controvérsia instalada em torno "do *nomen juris* que lhe é correspondente – pederastia –, e também da nomenclatura especial utilizada na descrição do tipo – ato libidinoso, homossexual ou não" (BRASIL, 2015b, p. 59). Destacou, que "esses substantivos (pederastia e homossexual) atraem sentidos preconceituosos e pejorativos não mais aceitos pela vigente ordem constitucional" (BRASIL, 2015b, p. 59).

Nas palavras do ministro Fachin, a "forma de enunciar e descrever o tipo, com esses substantivos peculiares, revela uma discriminação à liberdade sexual nas relações homoafetivas" (BRASIL, 2015b, p. 59). Isso atentaria, na visão do ministro, contra o reconhecimento do direito à orientação sexual como direta emanção do princípio da dignidade da pessoa humana. Em face disto, destacou ainda que "a questão fulcral, dessa forma, delimita-se sobre a possibilidade de o controle concentrado alcançar tanto a rubrica referente ao tipo (Pederastia), quanto o substantivo que complementa o tipo penal em si (homossexual ou não)" (BRASIL, 2015b, p. 60). Nesse sentido, traçou um paralelo com a discussão travada no STF sobre a normatividade do Preâmbulo da Constituição de 1988, recordando que, embora não haja normatividade do Preâmbulo, ficou reconhecido seu caráter veiculador de princípios. Com base nesse raciocínio, trasladou-se um argumento desta discussão para a discussão sobre o tipo do artigo 235, destacando que se não

¹¹² Art. 42. Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

há inconstitucionalidade por violação do preâmbulo como texto, há inconstitucionalidade por violação de princípios nele consignados. Da mesma forma, poder-se-ia transportar essa conclusão para o enunciado da norma impugnada, de forma a concluir o seguinte:

Destarte, não obstante a rubrica enunciativa do tipo seja destituída de força normativa, ela se encontra intimamente ligada ao preceito normativo primário do tipo penal subjacente e, por consequência, tem o condão de dirigir a interpretação da norma contida no art. 235, do CPM, determinando, assim, o juízo de tipicidade a ser realizado pelo intérprete no momento de subsunção da conduta humana ao modelo abstrato positivamente previsto. A rubrica, tal como positivada, enuncia uma postura discriminatória que não mais encontra abrigo no ordenamento jurídico vigente. E por estar intimamente conexa ao preceito primário incriminador, pode, assim, ser objeto de controle de constitucionalidade. Por veicular um juízo discriminatório em relação ao ato libidinoso, não pode tal rubrica ser integrada ao ordenamento jurídico pátrio, devendo-se considerá-la como não recepcionada pela Constituição da República 1988. Da mesma forma, o substantivo que complementa o tipo penal “homossexual ou não” também traz forte carga discriminatória, não passando pela filtragem constitucional que se deve fazer das normas anteriores à Constituição da República. O que até se pode admitir é a tipificação do ato libidinoso em si como forma de proteção da hierarquia e disciplina que fundamentam a ordem militar (art. 42 e art. 142 CRFB). No entanto, a tipificação do ato libidinoso como crime militar não pode trazer consigo, em seu texto descritivo, um preconceito injustificável. Vale dizer, o que se busca tipificar como crime é a prática do ato libidinoso em si, pois esse ato violaria a disciplina exigida pela ordem militar, de tal forma que não importa com quem se pratica esse ato. Não há razão, assim, para se recepcionar o substantivo que acompanha o tipo penal previsto no art. 235 do CPM (BRASIL, 2015b, p. 62).

Em síntese, na ADPF 291, o ministro relator, Luís Roberto Barroso, votou originalmente pelo reconhecimento da não recepção do art. 235 do Código Penal Militar pela Constituição de 1988; e, alternativamente, pelo acolhimento do pedido subsidiário, para declarar não recepcionadas as expressões “pederastia” e “homossexual ou não”, contidas, respectivamente, no *nomen iuris* e no *caput* do dispositivo. O ministro Edson Fachin proferiu voto divergente da tese principal do relator, reforçando a aceitação da tese secundária e, em sessão plenária realizada em 28 de outubro de 2015, a maioria votou apenas pelo acolhimento do pedido subsidiário, para o fim de excluir do art. 235 do Código Penal Militar a referência a *pederastia*, constante do *nomen iuris* do tipo, e a expressão *homossexuais ou não*, constante do texto do artigo. Votaram originariamente pelo acolhimento integral do pedido os Ministros Luís Roberto Barroso (relator), Rosa Weber e Celso de Mello. Votaram pelo acolhimento do pedido subsidiário os Ministros Luís Edson Fachin, Teori Zavascki, Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes e Marco Aurélio. Os

votos do ministro relator e do ministro que introduziu a divergência são compreendidos aqui como ofertas de comunicação, que, como tal, conduziram a uma história comum de cooperação ou conflito entre os demais ministros do STF.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No âmbito do sistema jurídico brasileiro ocorre a diferenciação do subsistema penal militar, através do emprego de uma distinção usada nas comunicações jurídicas: crime militar/não crime militar. Tal distinção é fruto das operações históricas sobre a estabilização de expectativas militares, sendo possível afirmar que o subsistema em questão se diferenciou na medida em que uma solução para um problema comunicativo se repetiu historicamente a partir dessa distinção. Restou evidenciado que todas as distinções com base nas quais o sistema jurídico desenvolve suas operações destinadas à estabilização das expectativas militares pressupõem a distinção crime militar/não crime militar. Ela pode ser compreendida, portanto, como o código de referência do subsistema penal militar. Em face disso, tudo o que é crime militar está do lado interno desse subsistema penal militar e o que não o é - todos os indiferentes penais, isto é, identidades de sentido que se referem a qualquer comportamento humano não previsto em uma lei penal; e os demais crimes comuns e eleitorais - está do seu lado externo.

Enquanto sistema de sentido, o subsistema penal militar é identificado a partir do código de referência (crime militar/não crime militar), sendo indiferente se se trata da justiça penal militar federal ou da justiça penal militar estadual. Ele mesmo é o sistema de referência das distinções e descrições que utiliza. Suas estruturas e limites são identificados através da identificação das comunicações remarcam aquilo que "ha de ser manejado em el sistema como comunicación específicamente jurídica" (LUHMANN, 2005: p. 90). Como sistema de sentido, o subsistema penal militar acopla suas comunicações e reproduz permanentemente sua diferenciação do restante do mundo. Sua diferenciação não é um fenômeno que um observador possa nomear livremente. Ela pode ser observada empiricamente

como uma forma de separar informações relativas ao subsistema de um espaço vazio de não informações (LUHMANN, 2005, p. 49).

Caso se persiga o sentido pleno do crime militar, depara-se com o círculo autorreferencial do sentido, uma tautologia que gera um curto circuito no sentido (crime militar é aquilo que o direito diz que é crime militar). Em torno dos desdobramentos dessa tautologia, gravita no âmbito do sistema jurídico brasileiro uma reserva de temas que compõem a semântica penal militar, compreendida como conteúdos de sentido condensados e reutilizáveis, disponíveis para a emissão da comunicação sobre as expectativas militares, isto é, identidades de sentido, conceitos, ideias, concepções de mundo etc. Distinções como agente militar/civil; conduta praticada dentro/fora de organização militar; militar de serviço/de folga; conduta praticada contra patrimônio sujeito à administração militar/ou não são semânticas que surgem dos desdobramentos da tautologia pura do subsistema. Todas elas giram ao redor do código, em torno do qual tende a ocorrer o fechamento operativo do subsistema, na medida em que é ele que permite dar início às operações do subsistema, distinguindo os temas que lhe dizem respeito daqueles que não lhe dizem. Enquanto lado do código do subsistema penal militar, o crime militar não tem conteúdo essencial.

Até o ponto histórico que a pesquisa procurou reconstruir, o subsistema penal militar se tornou autônomo graças a dois fatores: a institucionalização de organizações judiciárias especializadas na estabilização de expectativas normativas militares, ou seja, da justiça penal militar; e a produção pelo sistema político de uma programação específica, que passou a orientar as operações dessas organizações, a saber, o Código Penal Militar. Atualmente, o código referencial do subsistema penal militar é uma forma de processamento de incertezas que enseja o desenvolvimento de uma relação circular, funcionando como condição de possibilidade da reutilização de todas as comunicações sobre o desapontamento de expectativas militares. Nesse sentido, o subsistema penal militar produz suas distinções próprias identificando assuntos e estruturando comunicações através dessa codificação, que complementa o código direito/não direito do sistema jurídico. Isso é possível graças à criminalização militar.

A criminalização produzida pelo sistema político, na forma de tipos penais militares, funciona como programação do subsistema penal militar, servindo, no

contexto mais amplo do sistema jurídico nacional, como forma de avaliar se a atribuição do código é realizada corretamente (ou não). Isso é constatável através da observação dos diversos acontecimentos nos quais se deflagraram conflitos de competências entre a justiça penal comum e a justiça penal militar. As decisões examinadas revelam que, em regra, quando isso ocorre, o Superior Tribunal de Justiça emprega, como argumento definitivo para resolver o conflito, a distinção conduta criminalizada no Código Penal Comum/conduto criminalizada no Código Penal Militar. Com base nela, a identificação de assuntos inerentes ao subsistema ocorre pelo permanente cruzamento do valor positivo (crime militar) ao valor negativo (não crime militar).

A marcação de um comportamento como crime pode ocorrer de forma exclusiva no CPM, em relação a pessoas militares (por exemplo, o crime de deserção, art. 184) ou a pessoas civis (por exemplo, a substituição de convocado – art. 185). É possível, também, que isso ocorra de forma simultânea, pelo CPM e por outras legislações penais (por exemplo, o furto). Nesses casos, entram em jogo várias distinções para determinar o endereço sistêmico das comunicações (justiça militar ou justiça comum). Em ambos os casos, o crime militar reproduzido nas comunicações dos tribunais conduz a uma tautologia, somente permitindo a produção de informação quando o sistema insere nela uma assimetria. Nesse caso, é como se o sistema jurídico afirmasse que, em última instância, o crime militar é crime militar só se o comportamento a que ele se refere estiver descrito no CPM. Ao se fechar em suas operações, em torno desse código, o subsistema penal militar institui a possibilidade de atrair sempre e novamente comunicações sobre as expectativas militares, pondo permanentemente em jogo a distinção entre ambos os valores do código.

Para produzir informações, o subsistema depende de uma abertura ao conhecimento do mundo, de forma que, há uma necessidade interna de estabelecer critérios através dos quais seja possível afirmar se é (ou não) o caso de atribuir o código do subsistema a um acontecimento qualquer. Implica dizer, é necessário algum parâmetro para tornar compreensível se determinado comportamento será discutido como crime militar (ou não). Isso ocorre através da semântica penal militar, isto é, dos programas que são acionados para a construção da realidade e que permitem inserir uma assimetria no código, ou seja, levar em consideração apenas

um de seus valores. Nessa perspectiva, os programas permitem ao subsistema processar informações e estabilizar as expectativas normativas militares através da criminalização e, na linguagem sistêmica, isso representa a periferia do subsistema. Significa dizer, os tipos penais militares funcionam como uma zona de contato com as organizações militares - FFAA, PPMM, BBMM - e a sociedade em geral. Eles filtram as irritações provenientes do ambiente, controlando a utilização do código. Implica dizer, a codificação do subsistema pressupõe a possibilidade de observação dos tipos penais militares.

São os chamados elementos objetivos dos tipos penais militares que realizam o acoplamento do subsistema ao ambiente externo, seja a sociedade ou os outros subsistemas jurídicos. Dessa forma, o subsistema produz informações e redundâncias que ficam manifestas em suas comunicações, a partir das quais é possível observar suas contingências. As decisões colhidas junto ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça permitiram observar quais os temas são selecionados pelo subsistema e o que fica manifesto e latente nas comunicações do subsistema. Ficou notória a ambivalência da semântica do decidir. Em cada caso o sistema jurídico considera um comportamento crime militar, mantendo em aberto a possibilidade de, em uma situação futura considerá-lo não crime militar. Implica reafirmar, a distinção crime militar/não crime militar não é uma norma, mas uma estrutura de reconhecimento e atribuição, que permite ao direito atribuir uma comunicação ao subsistema penal militar sempre que tal diferença entra em questão. Diferentemente das expectativas normativas militares e das estruturas que se fixaram historicamente o código é manipulável, independentemente do conteúdo presente em cada comunicação.

No subsistema, a busca por pontos de vista subsequentes depende de instruções suficientemente claras para isso e são os elementos objetivos dos tipos penais militares que fornecem pontos de vista a partir dos quais os valores do código podem ser atribuídos corretamente (ou não). Eles permitem, em última instância, saber se um dado comportamento está sujeito à justiça militar ou à justiça comum, funcionando como uma espécie de reserva semântica do subsistema. Diante da codificação a questão que se levanta é se uma determinada comunicação é pertinente ao sistema (ou não); em face da programação, o que se discute é se é correto ou não a atribuição desse código para discutir e tematizar determinadas

expectativas. Observados em conjunto, a codificação e a programação são uma forma de o sistema jurídico oferecer segurança sobre os assuntos tratados por e através dele, isto é, uma forma de delimitar temas e de construir pontos de vista sobre o comportamento humano. Dessa forma são construídos pontos de vista sob o mundo pelo subsistema.

Os tipos penais militares orientam a relação entre autorreferência e heterorreferência que se desenvolve no subsistema, viabilizando indicações e distinções a partir das quais se emite uma decisão que marca um comportamento qualquer como crime militar. Os referidos tipos têm a estrutura de programas condicionais, conforme explicados no capítulo 1, e o próprio subsistema penal distingue tais tipos em duas estruturas básicas. Dessa forma, o subsistema se refere ao ambiente de forma a criar construções coerentes que repercutem na economia do subsistema e que funcionam como corpo de referência normativa em cujo nome se julga.

A análise das decisões atesta que as normas penais militares são interpretadas pelo subsistema como formas de preparar, no nível das expectativas, as organizações militares contra a incerteza em relação à disciplina/indisciplina de seus integrantes. A partir dessa interpretação, o subsistema comunica expectativas e leva ao reconhecimento delas na sociedade através de comunicações que se retroalimentam como uma permanente construção de pontos de vista empregados para construir as decisões. O exame de algumas informações produzidas pelo subsistema analisado revela que se desenvolve uma racionalidade peculiar, que decorre de duas formas básicas, a interpretação de conceitos jurídicos como insignificância, intervenção mínima, dignidade da pessoa humana etc., isto é, aquilo que é percebido no subsistema como redundância; e, a argumentação através da qual o subsistema diferencia os interesses descritos em petições que lhes são apresentadas entre interesse legítimo e interesse ilegítimo.

No que tange à interpretação, a pesquisa permitiu verificar que, no subsistema penal militar, as interpretações dos direitos e garantias fundamentais de acusados da prática de crime militar são mais restritivas e conservadoras do que aquelas levadas a cabo no subsistema penal comum. Neste, interpreta-se a aplicação do princípio da insignificância como forma de o subsistema jurídico descriminalizar algumas condutas criminalizadas pelo sistema político. Isso ficou

registrado no capítulo terceiro, com relação aos crimes de furto, descaminho, peculato-furto, dentre outros. A interpretação da insignificância no subsistema penal militar, por outro lado, revela que este nega de maneira generalizada essa forma de descriminalização. Essa situação também foi observada no mesmo capítulo, no que tange aos crimes de furto, extravio culposo de armamento, peculato etc.

O tema da insignificância serviu como indício para que se indentificassem outros assuntos nos quais se manifesta a mesma racionalidade penal militar, como a possibilidade de concessão de benefícios penais ao condenado por crime militar. Com relação a isso, verificou-se a negação generalizada de aplicação dos juizados especiais criminais aos crimes militares, a negação de aplicação do *sursis* penal a determinados crimes militares - a exemplo do crime de deserção e do crime de prática de ato libidinoso em organização militar, a negação de aplicação do instituto do crime continuado. Há também um conservadorismo do subsistema manifesto nas interpretações desenvolvidas nas decisões. Isso se percebe em argumentos como: "é preciso manter a temperança do tribunal" ou "aplica-se um princípio de hermenêutica de autocontenção". Todas essas restrições decorrerem de um ponto de vista normativo, que se formula no subsistema, segundo o qual os crimes militares tutelam os bens mais importantes para a subsistência das instituições militares, a exemplo da disciplina militar.

A simples presença da palavra civil no artigo 9º do CPM desencadeia uma série de operações autorreferenciais no sistema jurídico que resultam na possibilidade de incriminação de pessoas civis pela justiça penal militar. A observação com base na distinção civil/militar autoriza afirmar que a inserção do vocábulo *civil* no Código Penal Militar, no contexto da ditadura militar, quase cinco décadas depois, permite ao subsistema a reproduzir a sujeição de civis à justiça penal militar. Em pleno contexto democrático, isso ocorre sem que a Constituição Federal de 1988, em nenhum momento tenha mencionado nada a respeito do tema. Quando a distinção crime militar/não crime militar se conecta com a distinção civil/militar desenvolvem-se argumentações e interpretações que, em alguns casos, resulta na construção de pontos de vista que redundam na incriminação militar de civis. Mesmo nos casos em que isso não ocorre, seja porque se considera o acontecimento um crime comum ou por outro motivo, as decisões analisadas revelam que o subsistema mantém a salvo de problematização, esse problema

político. Talvez por isso, a sociedade ainda não tenha reclamado a exclusão desse termo do Código Penal Militar.

A administração da justiça penal militar copia estruturas militares como diferenciações relevantes para os processos decisórios do direito. O subsistema se vê obrigado, em face da complexidade de cada caso, a selecionar argumentos, identidades de sentido e conceitos para construir uma decisão, colocando em jogo distinções para a partilha de informações e de redundâncias nas tomadas de posição dos tribunais. Com isso, fica contingente em cada decisão a possibilidade de reconstruir preferências e preterições do subsistema quando este observa a criminalização militar. Ao observar os tipos penais militares o subsistema expressa, em cada decisão, a eleição entre sentidos atuais e possíveis que circulam no direito penal militar, como meio de comunicação simbolicamente generalizado. Dessa forma, identidades de sentido como hierarquia e disciplina são partilhadas para tornar mais provável a aceitação de informações sobre os temas em discussão.

Verifica-se que, quando tais estruturas estruturam decisões penais militares, tornam-se esperáveis certas comunicações, através de remissões à memória sistêmica, formando-se redundâncias de sentido que bloqueiam novas carreiras semânticas. Nesses casos, prevalece o conservadorismo dos tribunais, que relutam em conceder benefícios penais ou processuais militares aos processados ou condenados por crime militar, bem como, evitam aplicar alguns princípios constitucionais que podem implicar descriminalização de determinadas condutas. Nesse sentido, a negação de declaração da inconstitucionalidade de determinados artigos do CPM e da aplicação de determinados princípios constitucionais para afastar a sanção penal ou conceder benefícios penais a militares revela a preterição de pontos de vista que se aproximam da ideia de um direito penal mínimo.

Segundo o sistema jurídico nacional, a função do crime militar é manter a disciplina dos militares, sendo perceptível em suas decisões que essa estrutura de sentido é referência para a seleção da pena e de sua dosimetria. Nesse sentido, hierarquia e disciplina são identidades de sentido que inserem assimetrias nos programas do sistema, funcionando como um critério de interpretação dos mesmos. Elas são usadas pelas instâncias decisórias do sistema como critério de seleção de argumentos para construir pontos de vista, que, em geral, saem vencedores nos julgamentos colegiados. Isso revela uma atualização das chamadas teorias da

prevenção da pena, implica dizer, o castigo aflitivo das pessoas desviantes das expectativas militares é interpretado pelo sistema como algo indispensável para dissuadir futuros desapontamentos. Os chamados bens jurídicos militares representam os bens cujas tarifas de sofrimento estão entre aquelas consideradas mais indispensáveis pelo sistema jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ARNOLD, Marcelo. Introducción a las epistemologías sistémico/constructivista. In: Osorio, F. (Ed). **Ensayos sobre socioautopoiesis y epistemología constructivista**. Santiago: Ediciones Mad, 2004a, pp. 7-15.

_____. Recursos para la Investigación sistémico/constructivista. In: Osorio, F. (Ed). **Ensayos sobre socioautopoiesis y epistemologíaconstructivista**. Santiago: Ediciones Mad, 2004b, pp. 16-25.

_____. Fundamentos de la observación de segundo orden. In: **Metodologías de investigación social. Introducción a los oficios**. CANALES, Manuel. Santiago: Lom Ediciones, 2006, pp. 321-348.

ARNOLD-CATHALIFAUD, Marcelo. Lineamientos para un programa sociopoiético de investigación. *En*: FARÍAS, Ignacio; OSSANDÓN, José (eds.) **Observando sistemas. Nuevas apropiaciones y usos de la teoría de Niklas Luhmann**. Santiago: RIL Editores, Fundación SOLES, 2006, 219-240.

ARNOLD, Marcelo; ROBLES, Fernando. Explorando Caminos Transilustrados más allá del Neopositivismo: epistemologías para el siglo XXI. In: Osorio, F. (Edit.). **Ensayos sobre socioautopoiesis y epistemología constructivista**. Santiago: Ediciones Mad, 2004, pp. 26-45.

ARNOLD, Marcelo; RODRÍGUEZ, Darío. **Sociedad y teoría de sistemas**. 3. ed. Santiago: Editorial Universitaria, 1999.

ASSIER-ANDRIEU, Louis. **O direito nas sociedades humanas**. Tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ÁVILA, Juan Pablo. El programa de investigación sociopoiético: una entrevista con Marcelo Arnold. Santiago: **Revista Mad**, Santiago: Universidad de Chile, v. 32, p. 116-135, 2015.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Tendências do controle penal na época contemporânea: reformas penais no Brasil e na Argentina na última década. **São Paulo em Perspectiva**, vol. 18, n. 1: 39-48, 2004.

_____. Juizados Especiais Criminais: uma abordagem sociológica sobre a informalização da justiça penal no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. vol. 16, n. 47, p. 97-110, outubro/2001.

_____. Informalização da justiça e controle social. Estudo sociológico da implantação dos Juizados Especiais Criminais em Porto Alegre. São Paulo: **IBCCrim**, 2000.

BARREIRA, Cesar. **Crimes por encomenda**: violência e pistolagem no cenário brasileiro. Rio de Janeiro: Relume Dumará, NUAP, 1998.

BARREIRA, César; DIÓGENES, J. L. S. “**Criminação**” militar de praças e o funcionamento da PMCE. In: 37º Encontro Anual da Associação Nacional de Pós-Graduação em Ciências Sociais (ANPOCS). Violência, criminalidade e punição no Brasil (ST 28). Águas de Lindóia, 2013.

_____. **Caminhos e descaminhos da formação policial no Ceará**: uma análise dos dois últimos processos de formação de soldados da PMCE. In: XVI Encontro Brasileiro de Sociologia (GT 36). Salvador, 2013.

_____. Cabeças a prêmio: o crime por encomenda ganha nova roupagem, mas a intolerância e a impunidade continuam lá. **O Estado de São Paulo**, São Paulo, 06 maio 2012.

BATESON, G. **Pasos hacia una ecología de la mente**. Tradução Ramón Alcalde. Buenos Aires: Editorial Lohlé-Lumen. 1998.

_____. **Espíritu y naturaleza**. Tradução Leandro Wolfson. 2. ed. 3. reimp. Buenos Aires: Amorrortu editores. 2006.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BAYLEY, David. Padrões de policiamento. São Paulo: EDUSP, 2002.

BECCARIA, Césare Bonesana. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Agnes Cretella e José Cretella Júnior. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BÍBLIA. Português. **Bíblia sagrada**. São Paulo: Sociedade Bíblica do Brasil, 2006.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de direito penal**. Parte Geral. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Novas penas alternativas**: análise político-criminal das alterações da Lei n. 9.714/98. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BITTNER, Egon. **Aspectos do Trabalho Policial**. Tradução Ana Luísa Amêndola Pinheiro. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2003.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2848**, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Diário Oficial da União de 31 de dezembro de 1940.

_____. **Decreto-Lei nº 6.227**, de 24 de Janeiro de 1944. Institui o Código Penal Militar. Diário Oficial da União de 01 de fevereiro de 1944.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 298, DF, **Diário da Justiça**, 28.11.1963.

_____. **Decreto-lei nº 667**, de 02 de julho de 1969a. Reorganiza as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal, e dá outras providências. Diário Oficial da União de 30 de julho de 1969.

_____. **Decreto-lei nº 1.001**, de 21 de outubro de 1969b. Institui o Código Penal Militar. Diário Oficial da União de 21 de outubro de 1969.

_____. **Decreto-lei nº 1.002**, de 21 de outubro de 1969c. Institui o Código de Processo Penal Militar. Diário Oficial da União de 21 de outubro de 1969.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 53, DF, **Diário da Justiça**, 24.09.1992.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 90, DF, **Diário da Justiça**, 26.10.1993.

_____. Superior Tribunal Militar. Súmula nº 9, DF, **Diário da Justiça**, 24.12.1996.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas corpus nº 10.862 - SC. Recorrente: Rogério Otávio Ramos. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Edson Vidigal. Brasília, DF, **Diário da Justiça**, 01.10.2001.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 37.893 - RJ. Suscitante: Juízo Auditor da 1ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar. Suscitado: Juízo Federal da 4ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. Brasília, DF, **Diário da Justiça**, 16.08.2004.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 28.251 - RJ. Suscitante: Juízo Federal da 2ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Suscitado: Juízo Auditor da 5ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar. Relator: Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Brasília, DF, **Diário da Justiça**, 05.10.2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 61.404 - RJ. Impetrante: Marcos José Pinto. Impetrado: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, DF, **Diário da Justiça**, 30.10.2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 79.482 - MG. Suscitante: Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal e das Execuções Criminais de Poços de Caldas - MG. Suscitado: Juízo Auditor da 4ª Circunscrição Judiciária Militar

do Estado de Minas Gerais. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, **Diário da Justiça**, 17.09.2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 49.689 - RJ. Suscitante: Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal de Bangu - RJ. Suscitado: Juízo Auditor da 3ª Auditoria da Primeira Circunscrição Judiciária Militar. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília, DF, **Diário da Justiça**, 07.11.2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 119.813 - PR. Impetrante: Eurolino Sechinell dos Reis. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, **Diário da Justiça**, 02.02.2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 106.623 - DF. Suscitante: Juízo Federal da 10ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Distrito Federal. Suscitado : Juízo Auditor da Auditoria da 11ª Circunscrição Judiciária Militar da União em Brasília - DF. Relator: Ministro Og Fernandes. Brasília, DF, **Diário da Justiça**, 11.11.2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 102.714 - GO. Suscitante: Juízo Federal da Vara Única de Rio Verde - SJ/GO. Suscitado: Juízo de Direito do Juizado Especial Criminal de Jataí - GO. Relator: Ministro Jorge Mussi. Brasília, DF, **Diário da Justiça**, 10.06.2010a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 112.314 - MS. Suscitante: Juízo Auditor da 9ª Circunscrição Judiciária Militar da União em Campo Grande - MS. Suscitado: juízo de direito da 10ª vara criminal de Cuiabá - MT. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DF, **Diário da Justiça**, 01.10.2010b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 105.201 - PE. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, **Diário da Justiça**, 23.11.2010c b.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 115.311 - PA. Suscitante: Juízo Auditor da Auditoria da 8ª Circunscrição da Justiça Militar de Belém - PA. Suscitado: Juízo De Direito Da 3ª Vara Criminal de Abaetetuba - PA. Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DF, **Diário da Justiça**, 21.03.2011a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 106.171 - AM. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator: Ministro Celso de Melo. Brasília, DF, **Diário da Justiça**, 14.04.2011b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 109.544 - BA. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator: Ministro Celso de Melo. Brasília, DF, **Diário da Justiça**, 31.08.2011c.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 88.600 - RJ. Suscitante: Juízo Auditor da 3ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar do

Estado do Rio de Janeiro. Suscitado: Juízo Federal da 6ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro - RJ. Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, DF, **Diário da Justiça**, 29.09.2011d.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 107.240 - RJ. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, **Diário da Justiça**, 25.04.2011e.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 108.872- RS. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, **Diário da Justiça**, 23.09.2011f.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 108.512 - BA. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, **Diário da Justiça**, 20.10.2011g.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 108.946 - RS. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Relator do REsp. nº 1.229.438 no Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, **Diário da Justiça**, 07.12.2011h.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 103.812 - SP. Paciente: Mirian Cristiane Senche Zacarias. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, **Diário da Justiça**, de 17.02.2012a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 115.597 - MG. Suscitante: Juízo Auditor da 1ª Auditoria Militar do Estado de Minas Gerais. Suscitado: Juízo De Direito de Machado - MG. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, DF, **Diário da Justiça**, 11.04.2012b.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 207.927 - RR. Paciente: Anderson De Araújo Alves. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Roraima. Ministro Gilson Dipp, DF, **Diário da Justiça**, 20.06.2012c.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 99.743 - RJ. Impetrante: Marcelo da Silva Trovão. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, **Diário da Justiça**, de 21.08.2012d.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 104.879 - BA. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, **Diário da Justiça**, de 30.08.2012e.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 112.388 - SP. Paciente: Antonio Carlos De Oliveira. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, **Diário da Justiça**, 14.09.2012f.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 106.360- DF. Recorrente: Defensoria Pública da União. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Rosa Weber. Brasília, DF, **Diário da Justiça**, de 04.10.2012g.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 113.086 - RJ. Impetrante: Marcelo Napolitano de Oliveira e outros. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, **Diário da Justiça**, de 04.10.2012h.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 109.390 - MS. Paciente: Marcus Vinicius Carreira Bentes . Coator: Superior Tribunal Militar. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, **Diário da Justiça**, 09.10.2012i.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 109.574 - PA. Paciente: Maria de Nazareth Nascimento Gomes. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, **Diário da Justiça**, 17.12.2012j.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 110.237 - PA. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, **Diário da Justiça**, 04.03.2013a.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 109.842 - SP. Suscitante: Juízo Auditor da 1ª Auditoria da Justiça Militar do Estado de São Paulo. Suscitado: Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Tatuí - SP. Relatora: Ministro Alderita Ramos de Oliveira, DF, **Diário da Justiça**, 20.03.2013b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 728.826 - RS. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, **Diário da Justiça**, 07.05.2013c.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 112.936 - RJ. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, **Diário da Justiça**, 17.05.2013d.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 114.523 - SP. Paciente: Giuliano Baptista da Silva. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, **Diário da Justiça**, 05.06.2013e.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 250.122 - MG. Impetrante: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ministro Og Fernandes, DF, **Diário da Justiça**, 01.08.2013f.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Recurso Especial nº 1.259.050 - DF. Agravante: Márcio Vinicius de Sousa Santos. Agravado: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Ministra Assusete Magalhães, DF, **Diário da Justiça**, 08.08.2013g.

_____. Ministério Público Federal. **Petição Inicial de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Brasília, DF, 09.09.2013h.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Recurso Especial nº 1.388.342 - RS. Agravante: Susana Negreiros da Silva. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Ministro Moura Ribeiro, DF, **Diário da Justiça**, 10.09.2013i.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 117.215 - BA. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, **Diário da Justiça**, 14.10.2013j.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 115.671 - RJ. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, **Diário da Justiça**, 16/10/2013l.

_____. Presidente do Congresso Nacional. **Ofício nº 490/2013-PRES/ADVOSF**. Brasília, DF, 17.10.2013m.

_____. Ministério da Defesa. **Ofício nº 12814/MD. Informações em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Brasília, DF, 18.10.2013n.

_____. Advocacia Geral da União. **Mensagem nº 459. Informações em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**. Brasília, DF, 18.10.2013o.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 115.966 - SP. Paciente: Jose Roberto da Costa. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, **Diário da Justiça**, 22.10.2013p.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 115.966 - SP. Agravante: Marcelo França dos Santos Filho. Agravado: Ministério Público Militar. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, **Diário da Justiça**, 25.11.2013q.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 117.428 - RJ. Paciente: Clea Rodrigues de Oliveira. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, DF, **Diário da Justiça**, 02.12.2013r.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 116.810 - RJ. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, **Diário da Justiça**, 03.12.2013s.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 108.024 - SC. Suscitante: Juízo Federal da 1ª Vara de Itajaí - SJ/SC. Suscitado: Juízo de Direito de Navegantes - SC. Relatora: Ministra Assusete Magalhães, DF, **Diário da Justiça**, 11.12.2013t.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 120.166 - BA. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, **Diário da Justiça**, 13.12.2013u.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 116.780 - CE. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, **Diário da Justiça**, 18.12.2013v.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 121.674 - PE. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator: Ministro Rosa Weber. Brasília, DF, **Diário da Justiça**, 19.03.2014a.

_____. Procuradoria-Geral da República. **Petição nº 1933/Ass/Const/SAJ/PGR.** Brasília, DF, 02.04.2014b.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 130.996 - PA. Suscitante: Leandro Lima Seerig. Suscitado: Juízo de Direito da 3ª Auditoria Militar de Santa Maria - RS. Relator: Ministra Laurita Vaz, DF, **Diário da Justiça**, 01.08.2014c.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 130.779 - RS. Suscitante: Juízo Federal da 1ª Vara de Santarém - SJ/PA. Suscitado: Juízo Auditor da Auditoria da 8ª Circunscrição da Justiça Militar de Belém - PA. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, DF, **Diário da Justiça**, 04.09.2014d.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 123.035 - PR. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator: Ministro Rosa Weber. Brasília, DF, **Diário da Justiça**, 12.09.2014e.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 121.674 - PE. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator: Ministro Rosa Weber. Brasília, DF, **Diário da Justiça**, 15.09.2014f.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 129.497 - MG. Suscitante: Juízo de Direito da Segunda Auditoria da Justiça Militar do Estado de Minas Gerais. Suscitado: Juízo de Direito da Vara de Caldas - MG. Relator: Ministro Ericson Maranhão, DF, **Diário da Justiça**, 16.10.2014g.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 119.567 - RJ. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator: Ministro Dias Toffoli. Brasília, DF, **Diário da Justiça**, 29.10.2014h.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 113.857 - AM. Paciente: Wdson Silva Da Costa. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator: Ministro Dias Tóffoli. Brasília, DF, **Diário da Justiça**, 30.10.2014i.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.320.129 - DF. Recorrente: Franksbel Jacques de Sousa Lima. Recorrido: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Rogerio Schietti Cruz. Brasília, DF, **Diário da Justiça**, 11.12.2014j.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 133.582 - RJ. Suscitante: Juízo Federal da 1ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Suscitado: Juízo Auditor da 1ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, DF, **Diário da Justiça**, 13.04.2015a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 291 - DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Intimado (a/s): Ministro de Estado da Defesa; Presidente da República; Congresso Nacional. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, **Diário da Justiça**, 28.10.2015b.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo em Recurso Especial Nº 683.189 - SP. Agravante: Daniela Patrícia de Moraes Almeida. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ericson Maranhão (desembargador Convocado Do TJ/SP). Brasília, DF, **Diário da Justiça**, 02.12.2015c.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 131.076 - AM. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator: Ministro Cármen Lúcia. Brasília, DF, **Diário da Justiça**, 17.12.2015d.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 786.731 - SP. Agravante: Anderson da Silva Oliveira. Agravado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DF, **Diário da Justiça**, 25.05.2016e.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 146.388 - RJ. Suscitante: Juízo Federal da 8ª Vara Criminal da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro. Suscitado: Juízo Auditor da 3ª Auditoria da 1ª Circunscrição da Justiça Militar Da União. Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília, DF, **Diário da Justiça**, 01.07.2016f.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 75.753 - DF. Recorrente: Getulio Beserra Cavalcante. Recorrido: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DF, Dje: 25/11/2016g.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 136.536 - CE. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal Militar. Relator: Teori Zavascki. Brasília, DF, **Diário da Justiça**, 13/12/2016h.

_____. Superior Tribunal Militar. **Vídeo institucional sobre a história e o funcionamento do Superior Tribunal Militar e da Justiça Militar da União.** Apresentação de Thiago Picolotto. (5 min. e 46 seg.), 2017.

BRASIL, Glaucéria Mota. As crises na segurança pública: mudanças e permanências. **Políticas Públicas e Sociedade**, Fortaleza - Ce, v. 6, n. 1, p.89-106, jan., 2003.

BOURDIEU, P. **O poder simbólico**. Lisboa, Difel, 1989.

_____. **Questões de sociologia**. Tradução Miguel Serras Pereira. Lisboa: Fim de Século, 1983.

BRODEUR, Jean-Paul. Por uma sociologia da força pública: considerações sobre a força policial e militar. **Caderno CRH**, Salvador, v. 17, n. 42, p. 481- 489, set./dez. 2004.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e diferenciação social**. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARÍCIO, Priscilla Alves. Direitos humanos e justiça de transição na defesa social: a (re) forma inacabada das instituições policiais militares, p. 43-66. In DINIZ, Ariosvaldo da Silva *et al* (Orgs.). **Segurança pública e direitos humanos: o que dizem os atores da segurança**, João Pessoa, Ideia, 2016.

CARVALHO, José Murilo de. **A construção da ordem: a elite política imperial**. Rio de Janeiro, Editora Campus, 1980.

_____. **Cidadania no Brasil**. O longo caminho. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2002.

CASTRO, Celso. **Os militares e a República: um estudo sobre cultura e ação política**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1995.

_____. **O espírito militar: um antropólogo na caserna**. 2. ed. revista. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.2004, 1997.

_____. **Exército e nação: estudos sobre a história do exército brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

CASTRO, Celso; IZECKSOHN, Vitor; KRAAY, Hendrik (Orgs.). **Nova História Militar Brasileira**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004.

CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CATHALIFAUD, Marcelo Arnold; ROBLES, Fernando. O Construtivismo sistêmico nas ciências humanas e sociais. *In*: RODRIGUES, Léo Peixoto; MENDONÇA, Daniel de (Orgs.). **Ernesto Laclau e Niklas Luhmann: pós-fundacionismo, abordagem sistêmica e as organizações sociais**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

CHRISTIAN, Boch. **Niklas Luhmann: Key Sociologists Series**. New York: Routledge, 2011.

CORSI, Giancarlo, ESPOSITO, Elena e BARALDI, Claudio. **Glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. traducción de Miguel Romero Pérez e Carlos Villa lobos. Barcelona: Anthropos, 1996.

D'ARAÚJO, Maria Celina S.; SOARES, Gláucio Ary Dillon; CASTRO, Celso (Org.). **Os anos de chumbo: a memória militar sobre a repressão**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

DIÓGENES, J. L. S. **A concretização do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: um exame a partir de ações estatais**. 2011. 112 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará. Fortaleza, 2011.

_____. **Ethos policial militar: entre a estrutura da PM e a ação de seus agentes**. 2011. 99 f. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas e Sociedade) – Centro de Estudos Sociais Aplicados, Universidade Estadual do Ceará. Fortaleza, 2011.

DUQUE, Félix. **Arte público y espacio político**. Madrid, Ediciones Akal, 2001.

DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo (Orgs.). **Dossiê Niklas Luhmann**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013.

ELIAS, Norbert. **Sobre o tempo**. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

_____. **Teoria simbólica**. Tradução Paulo Valverde. Oeiras: Celta Editora, 1994.

FARÍAS, Ignacio; OSSANDÓN, José (eds.). **Observando sistemas. Nuevas apropiaciones y usos de la teoría de Niklas Luhmann**. Santiago: RIL Editores, Fundación SOLES, 2006.

_____. ¿Luhmann para qué? Santiago: **Working papers ICSO UDP**, nº 1, 2009.

GEERTZ, Clifford. **A interpretação das culturas**. Tradução de Fanny Wrobel. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1978.

_____. **O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa**. Tradução de Vera Mello Joscelyne. Rio de Janeiro: vozes, 1997.

GREGO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

_____. **Curso de direito penal: parte especial**. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

GIDDENS, Anthony. **Novas regras do método sociológico: uma crítica positiva das sociologias compreensivas**. Tradução de Maria José da Silveira Lindoso. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1978.

_____. **A constituição da sociedade**. Tradução Álvaro Cabral. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HAGUETTE, Teresa Maria Frota. **Metodologias qualitativas na Sociologia**. 3. ed. rev. e atual. Petrópolis: Vozes, 1992.

GOLDSTEIN, Herman. **Policiando uma sociedade livre**. Tradução Marcello Rollemberg. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. 1. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

IZUZQUIZA, Ignacio. **La sociedad sin hombres: Niklas Luhmann o la teoría como escándalo**. 2. ed. Barcelona: Anthropos Editorial, 2008.

JOAS, Hans. **Social Theory: Twenty Introductory Lectures**. New York, Cambridge University Press, 2009.

KANT DE LIMA, R. Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada. **Anuário Antropológico**, v. 2, p. 25-51, 2011.

_____. Direitos civis e Direitos Humanos: uma tradição judiciária pré-republicana? **São Paulo Perspec.** [online]. São Paulo, vol.18, n.1, pp.49-59, jan/mar., 2004.

_____. Polícia e exclusão na cultura judiciária. **Revista de Sociologia da USP**, São Paulo, vol. 9, n. 1, p. 169-183, mai. 1997.

_____. Cultura jurídica e práticas policiais: tradição inquisitorial. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo, v. 10, n. 4, p. 65-84, 1989.

KANT DE LIMA, Roberto; EILBAUM, Lucía; PIRES, Lenin (orgs.). **Burocracias, direitos e conflitos: pesquisas comparadas em antropologia do direito**. Rio de Janeiro: Garamond, 2011.

KANT DE LIMA, Roberto; MISSE, Michel e MIRANDA; Ana Paula Mendes. Violência, criminalidade, segurança pública e justiça criminal no Brasil: uma bibliografia. **BIB**, Rio de Janeiro, n. 50, p. 45-123, 2º semestre de 2000.

LEMGRUBER, Julita et al. **Quem vigia os vigias?** Rio de Janeiro: Record, 2003.

LIMA, R. S.; SILVA, G. A. C.; OLIVEIRA, P. S. Segurança pública e ordem pública: apropriação jurídica das expressões à luz da legislação, doutrina e jurisprudência pátrias. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, v. 7, n. 1, p. 58-82. São Paulo, fev.-mar. 2013.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Sociologia do Direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

_____. **Sociedad y sistema: la ambición de la teoría/NiklasLuhmann**. Traducción de Santiago López Petit y Dorothee Schmitz. Barcelona, Buenos Aires, México: Ediciones Paidós, 1990.

_____. **Teoría de la Sociedad**. México: Universidad de Guadalajara/Universidad Iberoamericana/Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente, 1993.

_____. **Confianza**. Introdução de Darío Rodríguez Mansilla. Barcelona: Anthropos, 1996a.

_____. **La ciencia de la sociedad**. Traducción Silvia Pappé y Brunhilde Erker, Luis Felipe Segura; bajo la dirección de Javier Torres Nafarrate. 1ª. ed. en español. Barcelona: Anthropos, 1996b.

_____. **Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia.** Traducción de Jostein Berain y José María García Blanco. Madrid: Editorial Trotta, 1998a.

_____. **Sistemas Sociales: Lineamientos para una teoría general.** Traducción Silvia Pappe y Brunhilde Erker. Barcelona: Anthropos, 1998b.

_____. **Art as a Social System.** Translated by Eva M. Knock. Stanford: University Press, 2000.

_____. **A realidade dos meios de comunicação.** Niklas Luhmann. Tradução Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005a.

_____. **El derecho de lasociedad.** Traducción Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2005b.

_____. **Organización y decisión: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo.** Traducción de Darío Rodríguez Mansilla México: Anthropos, 2005c.

_____. **La sociedad de lasociedad.** Traducción de Javier Torres Nafarrate, bajo el cuidado conceptual de Darío Rodríguez Mansilla. 1a. ed. en español. Universidade Iberoamericana. Biblioteca Francisco Xavier Clavigero. México: Herder, 2006a

_____. **A improbabilidade da comunicação.** Lisboa: Edições Vega, 2006b.

_____. **Intrudção à teoria dos sistemas.** Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 3. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2011.

_____. **Distinciones directrices.** Traducción de Pedro Piedras Monroy. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), 2016a.

_____. **O direito da sociedade.** Tradução Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016b.

_____. **Sistemas Sociais: esboço de uma teoria geral.** Tradução Antônio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior, Marco Antônio dos Santos Casanova. Rio de Janeiro: Vozes, 2016c.

MELO, Maria Chaves de. **Dicionário jurídico português-inglês/inglês-português.** 8. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2006.

MONET, Jean-Claude. **Polícias e Sociedades na Europa.** Tradução de Mary Amazonas Leite de Barros. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal: parte geral.** 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

MISSE, Michel. **Crime e violência no Brasil contemporâneo: estudos de sociologia do crime e da violência urbana.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011a

_____. O Papel do Inquérito Policial no Processo de Incriminação no Brasil: algumas reflexões a partir de uma pesquisa. **Revista Sociedade e Estado**. Brasília, pp. v. 26, n. 1, p. 15-27, jan./abr., 2011b

_____. (Org.). **Acusados e acusadores**: estudos sobre ofensas, acusações e incriminações. Rio de Janeiro: Revan, 2008. Cap. 1, Sobre a construção social do crime no Brasil: esboço de uma interpretação. p. 13-32.

MONJARDET, Dominique. **O que Faz a Polícia: Sociologia da Força Pública**. Tradução Mary Amazonas Leite de Barros. - ed. rev. 2002 - São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2003.

MOTTA, Luis; FREIR, Lucas G.; SUBTIL, José: **Do Império ao Estado. Morfologias do sistema internacional**, Lisboa, Observare-EdiUAL, 2013. Resenha de REVILLA, Ignacio Ezquerro Libros de la corte, n. 13, ano 8, outono-inverno, 2016.

NEVES, M. Justicia y diferencia en una sociedad global compleja. Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho, n. 24, pp. 349-77. Alicante: Universidad de Alicante, 2001.

_____. A força simbólica dos direitos humanos. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, n. 4. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, out.-nov.-dez., 2005.

_____. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil – o Estado democrático de direito a partir e além de Luhmann e Habermas. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. Transconstitucionalismo. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NIETZSCHE, Friedrich. Sobre Verdade e Mentira no Sentido Extra-moral. Tradução Torres Filho, R. In: **Antologia de Textos Filosóficos**. Marçal, J. (org.). Paraná: SEED, 2009, p. 530–541.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas. 5. ed.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Código Penal Militar comentado**, 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

OCAMPO, Sergio Pignuoli. El programa sociológico de Niklas Luhmann y su contexto. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Sociales. **Revista Mexicana de Sociología**, vol. 77, n. 2, abr.-jun., 2015, p. 301-328.

PINHEIRO, Antonio dos Santos. **Polícia comunitária e cidadã**: entre velhas e novas práticas policiais. 2015. 212 f. Tese (Doutorado em Sociologia), Centro de Humanidades. Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2008.

PIRAGIBE, Vicente. **Consolidação das Leis Penais**. Aprovada pelo Decreto nº 22.213 de 14 de dezembro de 1932. Rio de Janeiro: Editora Freitas Bastos, 1932.

PRADO, Luís Régis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte geral. v. 1. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

RATTON, José Luiz; BARROS, Marcelo (Org.). **Polícia, Democracia e Sociedade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

REINER, Robert. A política da polícia. Trad. de Jacy C. Ghirelli e Maria C. P. da C. Marques. São Paulo: EDUSP, 2004.

_____. Processo ou produto? Problemas de avaliação do desempenho policial individual. In: BRODEUR, Jean-Paul (org.). **Como reconhecer um bom policiamento**: problemas e temas. Tradução Ana Luísa Amêndola Pinheiro. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002.

RODRIGUES, Léo Peixoto; MENDONÇA, Daniel de (Orgs.). **Ernesto Laclau e Niklas Luhmann**: pós-fundacionismo, abordagem sistêmica e as organizações sociais. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2006.

RUSSO, Maurício Bastos. Violência policial militar em Porto Alegre no início do Século XXI. In: SANTOS, José Vicente Tavares dos; RUSSO, Maurício Bastos; TEIXEIRA, Alex Niche (Orgs.). **Violência e Cidadania**: práticas sociológicas e compromissos sociais. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2011, p. 316-328.

SÁ, Leonardo. **Os filhos do estado**: Autoimagem e disciplina na formação dos oficiais da Polícia Militar do Ceará. Rio de Janeiro: Relume-dumará, 2002.

SÁ, Leonardo Damasceno de; SALES, Larissa Jucá de Moraes. **Luta por reconhecimento, consideração e direitos nos movimentos paredistas da Polícia Militar do Ceará (1997-2011)**. In: Encontro anual da ANPOCS, 39, 2015, Caxambu. Anais... . Caxambu: ANPOCS, 2015. p. 1 - 21.

SADEK, Maria Tereza. Estudos sobre o sistema de justiça. In: MICELI, Sérgio (Org.). **O que ler na ciência social brasileira**. Volume 4. São Paulo, Anpocs, pp. 233-265, 2002.

SEIXAS, Alexandre Magalhães. **A Justiça Militar no Brasil: estrutura e funções**. 2002. 151 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, São Paulo. 2002.

SILVA, Antonio Marcos da. **A inversão da ordem na vida policial**: Sociabilidade prisional e práticas ilegais. 2015. 275 f. Tese (Doutorado em Sociologia), Centro de Humanidades. Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2015.

SILVA, Artur Stamford da. **10 lições sobre Luhmann**. Petrópolis: Vozes, 2016.

SILVA, A. M. D. da. **Ditadura e Justiça militar no Brasil**: a atuação do Superior Tribunal Militar (1964-1980). 2011. Tese (Doutorado em História) – Centro de Pesquisa e Documentação de História Contemporânea do Brasil - CDPOC, Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2011.

_____. Histórico da Justiça Militar brasileira: foro especial e crime político. In: XXVII Simpósio Nacional de História: conhecimento histórico e diálogo social, 2013, **Anais ...Natal**: ANPUH, 2013, não paginado.

_____. Justiça e ditadura militar no Brasil: o julgamento dos crimes contra a economia popular. **Diálogos** [online], Maringá, v. 18, n. 1, p. 51-73, jan.-abr., 2014.

_____. Justiça e autoritarismo no Brasil: crime contra a segurança nacional e pena de morte durante a ditadura militar. **Dimensões - Revista de História da UFES**. Vitória, v. 32, p. 111-127, 2014.

SILVESTRE, Giane. Sobre uma sociologia da justiça e do conflito. **Contemporânea – Revista de Sociologia da UFSCar**. São Carlos, v. 3, n. 1, jan-jun 2013, pp. 241-244.

SIMMEL, George. **Questões fundamentais de sociologia**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

SIMMEL, George. **Sociología**: Estudios sobre las formas de socialización. Madrid: Alianza Editorial, 1977.

SINHORETTO, Jacqueline. Reforma da justiça: gerindo conflitos numa sociedade rica e violenta. **Diálogos sobre Justiça**, ano 1, n. 2, p. 49-56. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

_____. Campo estatal de administração de conflitos: múltiplas intensidades de justiça. In: **Anuário Antropológico**. v. 1, p. 109-123, 2010.

_____. **Ir aonde o povo está**: etnografia de uma reforma da justiça. 2006. 405 f. (Tese em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2006.

SINHORETTO, Jacqueline; ALMEIDA, Frederico. Reforma do Judiciário: entre legitimidade e eficiência. In: SILVA, Felipe Gonçalves; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Orgs.). **Manual de Sociologia Jurídica**, p. 197-218. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOUZA, A. B. de. A governança da justiça militar entre Lisboa e Rio de Janeiro (1750-1820). **Almanack**, Guarulhos, n.10, p. 388-408, ago., 2015.

_____. Um edifício gótico entre instituições modernas: o debate parlamentar sobre o Conselho Supremo Militar e de Justiça (1822-1860). **Acervo**, Rio de Janeiro, v. 25, n. 2, p. 59-77, jul./dez. 2012.

SOUZA, A. B. de.; SILVA, A. M. D. da. A organização da Justiça Militar no Brasil: Império e República. **Estudos Históricos**. Rio de Janeiro, vol. 29, n. 58, p. 361-380, mai.-ago., 2016.

SOUZA, Jessé. Niklas Luhmann, Marcelo Neves e o "culturalismo cibernético" da moderna teoria sistêmica. In DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo (Orgs.). **Dossiê Niklas Luhmann**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2013.

_____. É preciso teoria para compreender o Brasil contemporâneo? Uma crítica a Luis Eduardo Soares. In SOUZA, Jessé. **A invisibilidade da desigualdade brasileira** (Org.). Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006, p. 134.

SUBTIL, J. Um caso de estado vésperas do regime liberal: Portugal século XVIII. In: MOITA, L. Do Império ao Estado: morfologias do sistema internacional. Lisboa, Observare-Ediual, 2013.

VILAS BOAS FILHO, Orlando. **Teoria dos Sistemas e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral**. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2015.

_____. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 7. ed. ver. e atual. 2. tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.