

**UCAM – UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES
EMERSON THOMÉ HEYDT**

**A IMODERADA PENA DO CRIME DE INSUBMISSÃO
E A (IM)POSSIBILIDADE DE SEU AFASTAMENTO PELO MAGISTRADO**

**CORONEL FABRICIANO – MG
2018**

**UCAM – UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES
EMERSON THOMÉ HEYDT**

**A IMODERADA PENA DO CRIME DE INSUBMISSÃO
E A (IM)POSSIBILIDADE DE SEU AFASTAMENTO PELO MAGISTRADO**

Artigo Científico apresentado à
Universidade Candido Mendes – UCAM,
como requisito parcial para a obtenção do título de
Especialista em Direito Militar.

**CORONEL FABRICIANO – MG
2018**

A IMODERADA PENA DO CRIME DE INSUBMISSÃO E A (IM)POSSIBILIDADE DE SEU AFASTAMENTO PELO MAGISTRADO

EMERSON THOMÉ HEYDT¹

RESUMO

De uma época em que o juiz era “a boca da lei”, até um tempo em que ocorrem “mutações constitucionais”, questões relevantes e polêmicas, de cunho político ou de ordem social, que deveriam ser resolvidas, em tese, pelo Poder Legislativo, passaram a ter seus contornos alterados pelo Poder Judiciário. Isso porque, como o legislador muitas vezes mantém-se inerte, cumpre ao julgador tentar corrigir essas estagnações da norma positivada. Nesse contexto, exsurge a previsão no Código Penal Militar do crime de insubmissão que, para muitos juristas, já deveria ter sido extinto ou, ao menos, ter sua pena amenizada. Assim, esse trabalho de conclusão de curso buscará entender, sempre à luz do constitucionalismo contemporâneo, do pensamento de alguns filósofos e pensadores, com base no princípio da separação dos poderes e no sistema de freios e contrapesos, qual seria a possibilidade de o Poder Judiciário afastar a aplicação de uma norma penal nos casos em que a previsão legal encontrar-se, em tese, anacrônica.

Palavras-Chave: Constituição; democracia; crimes militares; insubmissão.

Introdução

O presente trabalho buscará analisar, sob uma perspectiva filosófico-doutrinária, a possibilidade – ou não – de o Poder Judiciário afastar a adequação típica do crime de insubmissão, previsto no Código Penal Militar.

Mais especificamente, no que tange especificamente às normas de Direito Penal Militar, poderiam existir interpretações mais “elásticas” do preceito legal incriminador? As fundamentações – as argumentações do juiz para justificar esse tipo de decisão – teriam validade jurídica quando alterassem substancialmente a previsão legal, a ponto até mesmo de afastar sua aplicação?

Afinal, como disse Charles-Louis de Secondat Montesquieu, se os julgamentos “fossem uma opinião particular do juiz, viveríamos em sociedade sem saber precisamente os compromissos que ali assumimos”. (MONTESQUIEU, 2000, p. 170)

Frise-se a importância da presente pesquisa pois, como é consabido, é dever do jovem, no ano em que completar 18 anos, alistar-se e, quando convocado, prestar o serviço militar que, no Brasil, é, em regra, obrigatório. Se não o fizer, ou acaso

¹ Servidor Público Federal, ocupante do cargo Técnico Judiciário na Justiça Militar da União, desde 2006; Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria, em 2015;

apresente-se mas venha a retirar-se do local de apresentação antes de oficializada sua incorporação, ou dispensa, incorrerá no crime de insubmissão ora analisado.

Por outro lado, aquele que nem mesmo fizer o alistamento não incorre em crime algum, sendo considerado mero “refratário”, nos termos do artigo 24 da Lei do Serviço Militar. Ou seja, para quem sequer alistar-se, não haverá pena restritiva de liberdade (impedimento); sua única “punição” será o pagamento de uma “multa mínima”, de caráter administrativo, prevista nos artigos 44 e seguintes da referida lei.

Assim, o artigo 183 do Código Penal Militar prescreve ao jovem brasileiro que, após alistar-se, não se apresentar na data e local indicados para a seleção para o serviço militar uma pena de três meses a um ano de “impedimento”, enquanto àqueles que simplesmente ignorarem o chamamento da pátria, (quase) nada acontecerá.

Nesse contexto, cumpre lembrar que a codificação das leis sempre foi vista como um grande marco no mundo jurídico, exatamente porque a norma escrita permitiu uma – relativa – maior segurança jurídica.

Nos Estados absolutistas, o poder irradiava das mãos de uma só pessoa, que se confundia com o próprio Estado. Posteriormente, passou-se a uma estrutura de governo formada, basicamente, por três poderes, cujas funções, longe de terem uma separação rígida, têm interpenetrações que buscam barrar qualquer tipo de abuso, qualquer tentativa de sobreposição de um poder sobre os outros.

No Brasil, a Constituição de 1988, reafirmou ao Judiciário o poder de “dizer”, de interpretar a lei. Tal incumbência, que inicialmente teve uma concepção absolutamente positivista, com preponderância da fria letra da norma, atualmente tem se transformado em um palco de pensamentos alternativos, com crescente perspectiva social, utilizando-se uma grande flexibilização interpretativa: o texto cru da lei sendo “adequado” ao caso (socialmente) concreto.

Importante notar, entretanto, que tal mudança de atitude de nosso Judiciário deve-se, muitas vezes, à morosidade do Poder Legislativo, cuja lentidão na criação ou alteração das leis traz, aparentemente, duas principais consequências: (i) uma espécie de vazio jurídico, provocado nos casos de clamor social para os quais ainda não há qualquer norma definida, e (ii) a perda da efetividade de algumas normas legais que, por serem antiquadas (ou melhor seria, desatualizadas), passam a estar em desacordo com os novos anseios da sociedade.

Assim, partindo-se da análise de postulados a respeito do tema proposto, buscar-se-á entender se a (re)interpretação – ou até mesmo o afastamento – da norma enrustada nas leis poderia ferir o princípio da separação de poderes, um dos

marcos da democracia contemporânea. Em outras palavras, buscar-se-á entender qual o limite imposto pela Constituição de 1988 à discricionariedade interpretativa dos magistrados brasileiros.

Mais especificamente, tentar-se-á desvendar qual seria a possibilidade – ou não – de o Poder Judiciário corrigir a discrepância de tratamento legal alhures mencionada, entre aquele que alista-se, mas não chega a completar todo o processo burocrático-administrativo-militar, e aquele que sequer faz o alistamento militar.

Desenvolvimento

Durante muito tempo, antes de as leis serem escritas, sempre houve a concentração do poder (e do conhecimento do “direito” e, portanto, da “justiça”) nas mãos de uma só pessoa, ou de um só órgão, a quem, quase sempre, cabia ditar, julgar e executar a lei. Talvez por isso, desde os mais antigos conjuntos conhecidos de leis escritas, da Babilônia (Hamurabi) ou da Suméria (Ur-Nammu), a humanidade começou a valer-se da codificação das normas para que se tivesse – pelo menos em tese – uma maior segurança jurídica. (FERREIRA FILHO, 2018)

Como bem afirma Georg Wilhelm Friedrich Hegel, lembrando o Império Bizantino à época de Justiniano, os povos que ganharam de seus governantes uma “coleção” de leis, ou um “direito nacional num código definido e ordenado”, passaram a venerá-los e a considerá-los grandes benfeitores por terem concretizado “um grande ato de justiça”. (HEGEL, 1997, p. 191)

Como resultado da positivação das normas, entretanto, tem-se que, por vezes, além de algumas alterações normativas serem confusas, obscuras, contraditórias, muitas das necessárias modificações também têm emanado muito lentamente dos – democraticamente eleitos – representantes do povo.

Nesse contexto, em que mudanças da legislação são cada vez mais necessárias, e a uma velocidade cada vez maior, além de o julgador, por sua atuação natural, ter de resolver os conflitos que lhe são postos pelas partes, começa também a ter papel de destaque na solução dos problemas causados pela inércia do legislador, fato que poderia ser visto como uma interferência na tripartição de poderes.

Assim, apesar de ser uma mudança axiológica – sob certos aspectos – digna de louvor (principalmente diante de uma sociedade carente de decisões político-legislativas mais ágeis e afirmativas), necessário se faz tentar verificar até que ponto

pode o julgador interferir em questões do legislador, suprindo lacunas ou aplicando de modo diferente o texto legal positivado, ou mesmo deixando de aplicá-lo; e tudo isso sem ferir o princípio da separação dos poderes.

Sobre a separação de poderes, quase 2.400 anos atrás, um dos mais conhecidos pensadores do mundo antigo ocidental, Aristóteles, ao escrever sobre a democracia, já elencava três poderes essenciais que deveriam existir em todo governo, bem como enumerava o que, à sua época, julgava serem suas atribuições: “[...] O primeiro destes três poderes é o que delibera [...]. O segundo compreende [...] aqueles [poderes] de que o Estado precisa para agir [...]. O terceiro abrange os cargos de jurisdição”. (ARISTÓTELES, 2018)

Entretanto, uma primeira tentativa de sistematização doutrinária do princípio da separação de poderes, segundo Dalmo de Abreu Dallari, surgiu apenas no século XVII, com a obra de John Locke, que previa “a existência de quatro funções fundamentais, exercidas por dois órgãos de poderes”. Mais tarde, em 1748, Charles-Louis de Secondat Montesquieu concebeu a atual teoria da separação de poderes “como um sistema em que se conjugam um legislativo, um executivo e um judiciário, harmônicos e independentes entre si”. (DALLARI, 2011, p. 216)

Esse mecanismo, contudo, não pressupõe uma separação rígida, absoluta, ou mesmo algum tipo de interferência ou subordinação entre os poderes. Ao contrário, “com base na ideia de que o poder do Estado é sempre **uno e indivisível**, qualquer que seja a forma de manifestação [...], o *poder* não se triparte”, apenas manifesta-se “por meio de diferentes *órgãos*, que exercem *funções* estatais”. (ALEXANDRINO *et* PAULO, 2012, p. 431-432)

O sistema de freios e contrapesos, adotado também no Brasil, é um mecanismo que se propõem a consolidar um modelo de atuação que, nos hodiernos estados democráticos, deve, preferencialmente, existir entre os três poderes estatais, com vistas a garantir equilíbrio e harmonia entre os mesmos.

Para Dalmo de Abreu Dallari, o legislativo praticaria “atos gerais”, emitindo normas abstratas, sem destinatários específicos, enquanto ao executivo caberiam os “atos especiais”, agindo concretamente na vida da sociedade segundo o que foi delimitado pelos atos gerais do legislativo. Já o judiciário teria uma ação fiscalizadora, mantendo cada um dos outros poderes em sua esfera de competência. (DALLARI, 2011, p. 218)

Entretanto, o próprio Dallari enumera críticas ao sistema de separação de poderes, dentre as quais o fato de tal princípio ter sido concebido em momento históri-

co específico. Para o autor, a evolução social teria criado novas exigências, impondo “a necessidade de uma legislação muito mais numerosa e mais técnica, incompatível com os modelos da separação de poderes”. (DALLARI, 2011, p. 219).

Apesar dessa dualidade de entendimentos, o certo é que, em casos recentes, mesmo que por vezes sequer previstas no ordenamento jurídico-constitucional, as decisões emanadas do Poder Judiciário têm sido aceitas como absolutamente válidas tanto pelo mundo jurídico como, principalmente, pela sociedade (fetos anencéfalos, casamento homoafetivo, etc).

Conforme Jürgen Habermas, a validade social de normas do direito seria determinada pelo grau em que conseguiriam se impor, ou seja, por sua aceitação, ou não, no mundo dos fatos, no mundo jurídico-social. Portanto, as “normas” emanadas do julgador poderiam vir a ter legitimidade num dado “sistema jurídico” (e não se deve esquecer que jurisprudência é fonte de direito) desde que preenchidos certos requisitos. (HABERMAS, 1997, p. 50)

Ainda conforme o autor, apesar de o princípio da segurança jurídica exigir que as decisões sejam tomadas de forma consistente, de acordo com a ordem jurídica estabelecida, a pretensão de que tais decisões sejam consideradas legítimas exige que as mesmas não limitem-se a concordar com o sistema jurídico posto ou a repetir decisões anteriores de casos semelhantes. Tais decisões devem, ainda, segundo o filósofo e sociólogo, ser racionalmente fundamentadas para que possam ser aceitas pelos membros do direito. (HABERMAS, 1997, p. 246)

No mesmo sentido, conforme Ovídio Araújo Baptista da Silva, existiria a necessidade de superação do positivismo jurídico, “para recolocar o Direito [...] no campo das ciências hermenêuticas”, transformando-se a sentença em “um reflexo da constelação de valores válidos para as circunstâncias históricas que a produziram”. (SILVA, 2004, p. 269)

Por outro lado, Marcelo Neves lembra que, para Ronald Myles Dworkin, quando “o caso não pode ser solucionado por regras, devem [nele] incidir os princípios jurídicos, fundados moralmente”, o que impediria “todo e qualquer espaço ou poder discricionário para o juiz”. (NEVES, 2013, p. XVI-XVII)

Ainda em relação à interpretação da norma, Hans Kelsen assevera que o sentido da mesma deve ter seu “sentido” fixado no momento em que será aplicada por um órgão jurídico, através da “interpretação” a ser feita. Para o jurista e filósofo austríaco, “deve-se responder à questão de saber qual o conteúdo que se há de dar à

norma [...]” de forma “a deduzir da norma geral da lei na sua aplicação a um caso concreto”. (KELSEN, 1999, p. 245)

Corroborando tais entendimentos, assevera Pierre Bourdieu que:

A interpretação opera a *historicização da norma*, adaptando as fontes a circunstâncias novas, descobrindo nelas possibilidades inéditas, deixando de lado o que está ultrapassado ou o que é caduco. Dada a extraordinária elasticidade dos textos, que vão por vezes até a indeterminação ou ao equívoco, **a operação hermenêutica de *declaratio* dispõe de uma imensa liberdade**. (BOURDIEU, 1989, p. 223) (*negritos inexistentes no original*)

Para aqueles que defendem a (re)interpretação da norma por parte do julgador, como Ovídio Araújo Baptista da Silva, no momento de prolatar a sentença “ao juiz interessa o *individual*, as diferenças, não as regras”. E acrescenta:

Para um juiz, pensado como um ser inanimado, indiferente à injustiça, o modelo das ciências naturais seria adequado. Para nossa contemporaneidade [entretanto], esperar dos juízes essa conduta, além de ser uma ingenuidade, será a expressão acabada de uma *ideologia*, enquanto expressão de um pensamento que, tendo sido válido em outras épocas, construídas por circunstâncias diferentes, quando não opostas, insiste [a ideologia], conservadoramente, em perpetuar-se. (SILVA, 2004, p. 266)

Mas deve-se ter certo cuidado, pois uma “simples” interpretação da norma poderia, por vezes, levar a contradições ou mudanças entre o que queria o legislador dizer, quando da confecção da legislação, e o que está, agora, a entender o julgador, quando da aplicação da norma ao caso concreto.

Isso porque, para que segue essa linha doutrinária, da mesma forma que não se pode pensar cega e isoladamente no que está expresso textualmente no ordenamento jurídico, também não se deve considerar apenas a realidade das relações naturais, pois como bem afirma Konrad Hesse:

[...] Para aquele que contempla apenas a ordenação jurídica, a norma “está em vigor” ou “está derogada”. Não há outra possibilidade. Por outro lado, quem considera, exclusivamente, a realidade política e social[,] ou não consegue perceber o problema na sua totalidade, ou será levado a ignorar, simplesmente, o significado da ordenação jurídica. (HESSE, 1991, p. 13)

Além disso, como afirmou Cesare Beccaria, “cada homem tem sua maneira própria de ver; e o mesmo homem, em diferentes épocas, vê diversamente os mesmos objetos”. Dessa forma, seria possível ver “a sorte de um cidadão mudar de face ao passar para outro tribunal”:

[...] Veríamos os mesmos delitos punidos diferentemente, em diferentes tempos, pelo mesmo tribunal, porque, em lugar de escutar a voz constante e

invariável das leis, ele se entregaria à **instabilidade enganosa das interpretações arbitrárias**. (BECCARIA, 2017) *(grifos inexistentes no original)*

Luis Roberto Barroso, em sentido contrário, assevera que uma “nova interpretação” surge para atender demandas das novas realidades de uma sociedade cada vez mais complexa e plural, sem acabar com a “interpretação tradicional”, apenas atendendo a deficiências da tradicional aplicação da norma. Essa nova modalidade de interpretação destinar-se-ia a situações dentre as quais:

[...] a normatividade de princípios (como dignidade da pessoa humana, solidariedade e segurança jurídica), as colisões de normas constitucionais, a ponderação e a argumentação jurídica. Nesse novo ambiente, mudam o papel da norma, dos fatos e do intérprete. **A norma, muitas vezes, traz apenas um início de solução, inscrito em um conceito indeterminado ou em um princípio**. (BARROSO, 2017) *(grifos inexistentes no original)*

Nesse cenário, de contradições filosófico-doutrinárias, tem incumbido ao julgador a reinterpretação da norma, (re)adequando-a à vontade social, por vezes deixando de lado sua aplicação, dada sua inaplicabilidade diante de novos conceitos de justiça. Assim, como consequência dessa tentativa de cobrir a ineficácia ou a lentidão na seara alheia (do Poder Legislativo), acaba-se criando uma gigantesca rede de argumentações para justificar a “verdade” fundamentada nas decisões judiciais.

Autores como Michel Foucault, entretanto, criticam essa busca da “verdade” no mundo do direito, Isso porque, quando já não existe mais a “certeza” na norma, essa “vontade de verdade” pode não cessar “de se reforçar, de se tornar mais profunda e mais incontrolável”:

[...] essa vontade de verdade[,] assim apoiada sobre um suporte e uma distribuição institucional[,] tende a exercer sobre os outros discursos – estou sempre falando da nossa sociedade – uma espécie de pressão e como que um poder de coerção. [...] como se a própria lei não pudesse mais ser autorizada, em nossa sociedade, senão por um discurso de verdade. (FOUCAULT, 1996, p 18-19)

Assim, mesmo que sejam exigidas grandes “argumentações” para que se possa justificar a verdade contida em decisões que “afrontam” o texto normativo, não se pode negar que ao julgador sempre será facultado certa margem de discricionariedade. Como afirma Lenio Luiz Streck, o juiz, ao aplicar o texto da norma, estaria aplicando não o texto em si mesmo considerado, mas o sentido que esse texto teria adquirido da “tradição” da sociedade (STRECK, 2002, p. 462). O mesmo autor, por outro lado, afirma que discricionariedade, subjetivismo ou pragmatismo exagerados podem ser uma ameaça ao Estado Democrático de Direito porque este:

[...] de um lado, corre o risco de perder a autonomia (duramente conquistada) em virtude dos ataques dos predadores externos (da política, do discurso corretivo advindo da moral e da análise econômica do direito) e, de outro, torna-se cada vez mais frágil em suas bases internas, em face da discricionariedade/arbitrariedade das decisões judiciais e do conseqüente [sic] decisionismo que disso exsurge inexoravelmente. (STRECK, 2018)

Já Paolo Grossi afirma que ter-se somente a norma como referência, a norma que “coagulou-se em um texto, imobilizando-se nesse até o irromper de uma nova, contrária ou diferente”, significaria “conceber o direito de modo potestativo”, ligando-o “intimamente ao poder”, tornando-o “uma realidade perigosa, difícil de ser controlada, orientada e canalizada”. (GROSSI, 2004, p. 69-70)

De forma semelhante, assevera Rudolf von Ihering que o direito concreto não somente receberia “vida e energia” do direito abstrato, como também as devolveria. Para o autor, a essência do direito consistiria em sua realização na prática já que uma norma jurídica que não viesse a alcançar essa realização, ou que a tivesse perdido, não faria jus à denominação de norma, podendo transformar-se:

[...] numa mola entrevada do mecanismo do direito, numa mola que não contribui para o funcionamento do conjunto e por isso mesmo pode ser eliminada **sem que disso resulte a menor alteração**. (IHERING, 2003, p. 88)
(grifos inexistentes no original)

Essa dissonância, entre a norma positivada e a realidade social, que pode aflorar com o tempo, tem como consequência uma gigantesca procura por soluções – “alternativas” – judiciais. E tal situação acaba por exigir ou impor um “dever” ao magistrado de encontrar os melhores desfechos possíveis. Essa atitude do julgador, entretanto, pode vir a causar interferência na esfera dos outros poderes do Estado.

Isso porque, por estabelecer os parâmetros de atuação dos poderes por ela constituídos (executivo, legislativo e judiciário), as leis instituídas nos “estados democráticos de direito” permitem uma razoável estabilidade institucional, o que daria à sociedade um maior conhecimento de seus direitos e deveres. Essa estabilidade tenderia, com o passar do tempo, a viabilizar uma convivência mais justa e harmoniosa entre as pessoas, e das pessoas para com o Estado.

Nesse contexto, portanto, dever-se pensar em que tipo de risco pode ou não haver, por culpa ou não da falta de agilidade do legislador, em se deixar ao arbítrio do julgador o poder de cobrir lacunas, de interpretar livremente a norma, de definir o que está ou não em vigor, de alterar, de “revogar” e de “criar” as leis.

Conclusão

Por tudo o que foi exposto, nota-se que existe certa dualidade a respeito da interpretação da norma legal: alguns autores defendem a aplicação literal do texto, enquanto, outros valorizam, a depender da situação concreta, a (re)interpretação do que está positivado.

Mas se a omissão – ou a falta de competência – legislativa permite, em algumas situações, ao julgador resolver as questões com respostas inovadoras, por que em outros casos apenas reproduz os exatos termos da lei? Acaso o Judiciário fosse mais cauteloso, seguindo rigorosamente o texto legal, não cumpriria o Legislativo seu papel de criar, alterar ou revogar as leis, no tempo exigido pelo bom senso?

Talvez.

Mas o Judiciário, quando instado a se manifestar, cada vez mais tem se pronunciado sem aguardar uma solução legislativa (necessária para suprir a lacuna, obscuridade ou desatualização legal). Muitas vezes, e com certa razão, não tem aplicado a letra fria da lei, principalmente quando a considera “desatualizada”.

Sob o argumento da aplicação de uma “justiça justa”, entretanto, o julgador acaba indo além da legalidade estrita, imposta pelo texto normativo. E essa atitude, essa – pode-se chamar – contemporânea hermenêutica jurídico-constitucional, acarreta um extremado fortalecimento do Poder Judiciário, em detrimento dos outros poderes do Estado, destacando-o e consolidando-o como um tipo de “poder supremo” da República Federativa do Brasil.

Mas, afinal, o que dizer da segurança jurídica, da divisão dos poderes, dos freios e contrapesos, da legitimidade do povo (por seus representantes eleitos) para decidir as leis de seu país?

São inúmeras as teorias dos doutrinadores a respeito da divergência entre a repetição da letra pura da norma e a possibilidade – quase irrestrita – da interpretação legal, o que permitiria ao julgador, quando necessário, ampla liberdade argumentativa para justificar sua decisão, seja em que sentido for. Transparece que tudo quanto for decidido pelo Judiciário poderia, em tese, ser aceito – com perdão do pleonasmo – como a mais “absoluta verdade”.

Mas, e se o Poder Judiciário cometer um erro; se, ao julgar, cometer um excesso ou um equívoco; se, em última instância recursal, ultrapassar os limites a ele impostos pela Constituição; se cometer uma grande – ou uma pequena – injustiça? Quem dirá a ele que está errado? Quem fará cessar a “justiça injusta”?

Afinal, uma vez acionado o Poder Judiciário, por culpa ou não da omissão do Legislativo, será sua obrigação – constitucional – dar a resposta mais adequada possível às questões a ele apresentadas. Se, porventura, a resposta prescrita pela lei não é mais conveniente, do ponto de vista individual ou social, deve-se pensar que, nestes casos, seja legítimo que o judiciário “reinterprete” a norma.

Mas, se porventura um limite for “ultrapassado”, ferindo de modo extremo a separação de poderes (que, apesar de não absoluto, tem de existir em certa medida nos Estados Democráticos de Direito), caberá aos outros poderes tomarem as medidas – político-legislativas – necessárias para cercear tal exacerbação?

Nesses casos, para se evitar que o “poder” do Poder Judiciário, venha a, inadvertidamente, usurpar as atribuições do Poder Executivo ou do Poder Legislativo, poder-se-ia, por iniciativa de algum dos órgãos constitucionalmente legitimados (legitimação essa feita pelo poder constituinte originário, deve-se lembrar). Talvez colocar em votação uma proposta de emenda à constituição com a objetivo de delimitar ou definir os exatos limites do “poder interpretativo” do Poder Judiciário.

Enquanto isso, quanto ao crime de insubmissão motivo da presente pesquisa, pelos entendimentos jurídico-filosófico que até aqui foram expostos, poderia parecer lícito ao julgador decidir se é possível ou não a aplicabilidade ou o afastamento da norma tipificada no Código Penal Militar, sempre, claro, a depender das especificidades de cada caso concreto, e dentro dos limites constitucionais.

Por outro lado, a despeito do (pseudo-)anacronismo da previsão inscrita no artigo 138 da lei penal militar, em teoria, não caberia outra solução aos julgadores, quando a aplicação do Código Penal Militar, senão cumpri-lo até que, eventualmente, o legislador brasileiro venha a alterar ou revogar seu teor.

Em suma, não há consenso sobre o limite interpretativo do Magistrado.

Como escreveu Lon Luvois Fuller em um trecho de seu famoso conto: “se nossos tribunais tivessem permanecido firmes na letra da lei, o resultado teria sido, sem dúvida alguma, a sua revisão legislativa”. (FULLER, 1976, p. 53)

Mas, num cenário fático em que, aparentemente, é lícito ao Judiciário poder de afirmar quais regras estão ou não em vigor, necessário também voltar a citar Aristóteles que, há muito tempo, com absoluta serenidade afirmou:

Se [...] pretendermos que a democracia seja uma das formas de governo, então não se deverá nem mesmo dar este nome a esse caos em que tudo é governado pelos **decretos do dia** [...] (ARISTÓTELES, 2018)

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Constitucional Descomplicado*. São Paulo: Método, 2012.

ARISTÓTELES. *A Política*. Edição eletrônica. Disponível em: <<http://www.unisalesiano.edu.br/salaEstudo/materiais/p294634d7495/material2.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. *O Constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto*. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2013/05/O-constitucionalismo-democratico-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2017

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução: Nélon Jahr Garcia. Ridendo Castigat Mores. Edição eletrônica. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/delitosB.html#7>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Tradução: Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 30ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERREIRA FILHO, O. A. *O Direito na Suméria*. Porto Alegre. Portal Templodeapolo.net. Disponível em: <<http://bit.ly/2IYO6I0>>. Acesso em: 10 out. 2018.

FOUCAULT, Michel. *A ordem do discurso*. Tradução: Laura Fraga de Almeida Sampaio. 3ª ed. São Paulo: Loyola, 1996.

FULLER, Lon Luvois. *O caso dos exploradores de cavernas*. Tradução: Plauto Faraco de Azevedo. Porto Alegre: Fabris, 1976.

GROSSI, Paolo. *Mitologias jurídicas da modernidade*. Tradução: Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Boiteux, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre facticidade e validade*. Vol 1. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Verdade e Justificação: Ensaio Filosófico*. Tradução: Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Tradução: Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HESSE, Konrad. *A Força normativa da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HUME, David. *Investigação sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral*. Tradução: José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: Unesp, 2004, p. 217.

IHERING, Rudolf von. *A luta pelo Direito*. Tradução: Roberto de Bastos Lellis. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MACHADO NETO, Antônio Luis. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

MONTESQUIEU, Charles-Louis de Secondat. *O espírito das leis*. Tradução: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Processo e Ideologia: O Paradigma Racionalista*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? *Novos Estudos Jurídicos*, v. 15, n. 1, p. 158-173, jul. 2010. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308/1623>>. Acesso em: 3 Jun. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.