

Revista do Ministério Público Militar

**Brasília – DF
2022**



República Federativa do Brasil
Ministério Público da União
Ministério Público Militar

Procurador-Geral da República
Antônio Augusto Brandão de Aras

Procurador-Geral de Justiça Militar
Antônio Pereira Duarte

Vice-Procurador-Geral de Justiça Militar
Clauro Roberto de Bortolli

Coordenador da Câmara de Coordenação e Revisão do MPM
Giovanni Rattacaso

Corregedor-Geral do MPM
Samuel Pereira

Conselheiro do CNMP
Jaime de Cassio Miranda

Conselho Editorial

Antonio Carlos Gomes Facuri
Promotor de Justiça Militar –
Coordenador

Fernando Hugo Miranda Teles
Promotor de Justiça Militar

Karollyne Dias Gondim Neo
Promotora de Justiça Militar

Luciano Moreira Gorrilhas
Procurador de Justiça Militar

Conselho Editorial Honorário

José Carlos Couto de Carvalho
Subprocurador-Geral de Justiça Militar
aposentado

Manoel Jorge e Silva Neto
Subprocurador-Geral do Trabalho

Marcelo José de Guimarães e Moraes
Promotor de Justiça do Ministério Público
do Estado do Amapá

Maurizio Block
Procurador-Geral da Justiça Militar
italiana

Péricles Aurélio Lima de Queiroz
Vice-Presidente do Superior Tribunal
Militar

Romana de Castro
Secretária

Revista do Ministério Público Militar

Ano XLVII – Edição n. 38 – novembro de 2022
Brasília – DF

Revista do Ministério Público Militar

<http://revista.mpm.mp.br/>

Ministério Público Militar
Setor de Embaixadas Norte, lote 43
70800-400
Brasília – DF
Telefone: (61) 3255.7308
Homepage: *<http://www.mpm.mp.br>*

Capa: Carole Kümmecke

Revisão de textos e diagramação: Romana de Castro

Tiragem: 600 exemplares

As opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Revista do Ministério Público Militar – Ano I, n. 1 (1974) – Ano 47, Edição n. 38 (nov. 2022) – Brasília: Procuradoria-Geral de Justiça Militar, 1974–

Semestral

Continuação de: Revista de Direito Militar, 1974–1984.

ISSN 0103-6769 (Impressa)
ISSN 2596-1608 (Online)

I – Brasil. Ministério Público Militar.

Apresentação

Mantendo o compromisso com a regular publicação e a máxima qualidade de seu conteúdo, é que se apresenta mais uma edição da revista do Ministério Público Militar, pautada por servir de instrumento à difusão dos temas concernentes ao Direito Militar, mas naturalmente servindo, igualmente, de caixa de ressonância das pesquisas e reflexões em torno de todos os assuntos vinculados ao Direito nacional e comparado.

Assim, e embora a ênfase dos textos selecionados guarde pertinência com as disciplinas que abarcam esse contexto jurídico especializado, o espaço é permanentemente franqueado às contribuições de todos os estudiosos da ciência jurídica, lembrando que esse microsistema representado pelo ordenamento jurídico militar, tal como projetado na vigente Ordem Constitucional, em seu art. 142, § 3º, Inciso X, se inspira e se molda aos princípios e valores consubstanciados pela Carta Constitucional de 1988.

Com efeito, quis o constituinte originário estabelecer as premissas de um direito positivo militar, plasmado por princípios nucleares – hierarquia e disciplina – a partir dos quais todas as situações específicas são adequadamente tratadas, respeitando-se as exceções que o próprio texto constitucional

explicitou, fixando, ainda, dentro do próprio sistema de justiça nacional, os atores próprios para fazerem operar esse microcosmo jurídico, criando, deste modo, as balizas seguras da aplicação das leis militares. Com isso, a Justiça Militar da União, como Justiça Federal especializada, é acolhida constitucionalmente como o Juízo Natural dos fatos penais militares envolvendo os integrantes das Forças Armadas, processando e julgando, igualmente, as questões afetas à (in)dignidade e (in)compatibilidade para o oficialato. No âmbito estadual, a Constituição previu, também, as Justiças Militares estaduais, com as competências inerentes aos fatos penais dos militares estaduais, bem como das questões disciplinares. No plano federal, a Carta de 1988, reforçando sua inclinação pela atuação especializada, houve por bem consolidar, ainda, a presença de um ramo do Ministério Público da União – o Ministério Público Militar – para o exercício da titularidade da persecução penal militar e do controle externo da polícia judiciária militar.

Faço essa pequena incursão interpretativa para renovar o anseio de que as mudanças que se estadeiam na ordem jurídica nacional, como consequência do próprio dinamismo do Direito como ciência social aplicada, devem ser constantemente objeto da análise dos que, com qualquer vivência ou espírito crítico,

possam contribuir para clarificar os horizontes desses singulares ramos do Direito Militar *lato sensu*, respeitando-se, naturalmente, a índole própria que rege tal seara, mas não se curvando a hermetismos ou visões que não se coadunem com o arcabouço constitucional.

Por isso mesmo e visando dilargar as possibilidades de novos aportes dos estudiosos, criou-se, com senso vanguardista, a seção de Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário, certo de que todas as salutares discussões travadas no seio da Organização das Nações Unidas e das Cortes Internacionais precisam ser refletidas por todos que almejamos uma humanidade mais equilibrada, pacífica e sustentável.

Deste modo, dentro de uma natural e boa expectativa de se perseguir o ideal de uma ordem social justa e harmonizada, é sempre muito gratificante receber textos que tecem abordagens sobre os mais controvertidos assuntos, lançando luzes sobre as palpitantes questões do Direito Penal Militar, Direito Processual Penal Militar, Direitos Humanos, Direito Internacional Humanitário e até sobre a atividade de inteligência.

Certamente que as inquietações trazidas à tona, nos textos sobre: os direitos das vítimas; a efetivação da jurisdição do TPI como fator de proteção de Direitos Humanos; o alcance da atuação da Polícia Judiciária Militar da União na apuração

dos delitos insignificantes; a responsabilidade de comando à luz do Estatuto de Roma; a revisitação do dissenso em torno do crime continuado no Direito Penal Militar sob a ótica constitucional; a nova sistemática do interrogatório na seara processual penal militar sob o prisma da exegese provida da Suprema Corte brasileira; o exame do crime de violação de sigilo funcional como norma penal em branco; o cotejo da vitaliciedade ou estabilidade sob o prisma das prerrogativas constitucionais dos militares estaduais; a análise dos serviços de inteligência sob o ângulo da (de)colonialidade; e a responsabilidade civil no transporte aéreo internacional, oferecem margem de bons e substanciais posicionamentos, com densas referências teóricas e fluidas interpretações do texto constitucional e de normas internacionais ratificadas pelo Brasil. De igual forma, a edição conta com uma especial contribuição proveniente da Romênia - *Identifying mass graves during criminal investigation: Aspects regarding the practice of military prosecutor`s offices in Romania*, que aborda o tema relacionado à investigação de valas comuns conduzida pelo Ministério Público Militar no período posterior ao regime comunista naquele país do leste europeu. Com esse texto o procurador-chefe militar, coronel magistrado Irinel Rotariu, da Procuradoria Militar em Iași, lança luzes sobre a metodologia

de investigação sobre tais fatos e as dificuldades encontradas nessa atividade apuratória.

Dada a inequívoca riqueza do conteúdo e para não exaurir o leitor com uma apresentação mais longa do que o recomendável, finalizo agradecendo ao Conselho Editorial pelo trabalho, ao mesmo tempo em que amplio os cumprimentos a todos que, com muito brilho, se superaram nas contribuições para esta 38ª edição da Revista do Ministério Público Militar.

Em homenagem ao esforço e inspiração de cada um, vale invocar a última estrofe do poema “O Ferrageiro de Carmona”, de João Cabral de Melo Neto, em alusão a todo, complexo e delicado, processo de criação:

Forjar: domar o ferro à força,
não até uma flor já sabida,
mas ao que pode até ser flor
se flor parece a quem o diga.

Uma leitura muito proveitosa para todos!

Antônio Pereira Duarte
Procurador-Geral de Justiça Militar

Editorial

O Conselho Editorial do MPM apresenta mais uma edição da Revista do Ministério Público Militar, sempre com o foco na disseminação do conhecimento de temas ligados ao Direito Militar, aos Direitos Humanos, ao Direito Internacional Humanitário, ao Direito Internacional Penal, além de outros conectados ao Direito Público.

Nesta edição, também se abriu espaço para artigos relacionados ao assunto “direitos das vítimas”, em colaboração ao Movimento Nacional em Defesa dos Direitos das Vítimas, lançado, em junho deste ano, pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), em parceria com o Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais (CNPG) e a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp).

Continuamos nosso trabalho de aperfeiçoamento deste periódico com o objetivo de alcançar o elevado nível de cientificidade requerido pela comunidade científica, pelos indexadores e indicadores métricos e pelos sistemas de classificação da produção científica, como o Qualis/CAPES, do Ministério da Educação.

Como tem ocorrido nas outras edições, também nesta, recebemos um conjunto de excelentes artigos, que levarão aos leitores diversos assuntos atuais e significativos para os debates que merecem a devida atenção dos operadores do direito.

Externamos o nosso profundo agradecimento aos autores aqui reunidos, que doaram gentilmente a sua colaboração para que fosse possível a publicação de mais uma edição da Revista do MPM. Em ato contínuo, renovamos o convite para que eles e outros escritores continuem a nos presentear com seus essenciais manuscritos e nos ajudem a divulgar, de forma ampla e gratuita, o conhecimento nas matérias de interesse da nossa comunidade científica.

Boa leitura!

Conselho Editorial do MPM

Sumário

- ❖ BOING, Élio; SEMMER Neto, José. *Vitaliciedade ou estabilidade: as prerrogativas constitucionais dos militares estaduais (Vitality or stability: the constitutional prerogatives of the state military)*, pp. 15-56
- ❖ CASTRO, Ricardo Fernandes de. *Os direitos da vítima: um debate necessário (The rights of the victim: a necessary debate)*, pp. 57-76
- ❖ DICKINSON, Leonardo Cardoso de Castro. *Considerações sobre o crime militar de violação de sigilo funcional enquanto norma penal em branco (Considerations on the military crime of violation of functional secrecy as a blank criminal norm)*, pp. 77-98
- ❖ GORRILHAS, Luciano Moreira. *A Polícia Judiciária Militar da União pode deixar de instaurar Inquérito Policial Militar e de lavrar Auto de Prisão em Flagrante com base no princípio da insignificância? (Can the Military Judiciary Police of the Union fail to initiate a Military Police Inquiry and issue a Notice of Arrest in Flagrante based on the principle of insignificance?)*, pp. 99-116
- ❖ MOURA, Leda Maria Portela de. *Efetivação da jurisdição do Tribunal Penal Internacional como fator de proteção de direitos humanos (Effectiveness of the jurisdiction of the International Criminal Court as a factor for the protection of human rights)*, pp. 117-168

- ❖ PINHO, Manoel Veridiano Fukuara Rebello. *A responsabilidade civil no transporte aéreo internacional e o decidido no Recurso Extraordinário nº 636.331/RJ (The international air carrier liability within the context of Brazilian Supreme Court Extraordinary Appeal N. 636,331/RJ)*, pp. 169-198
- ❖ RAMOS, Ataliba Dias. *A decisão do Supremo Tribunal Federal e a nova sistemática do interrogatório nos termos do PL 9436/2017 (The decision of the Supreme Federal Court and the new system of interrogatory in the Bill 9436/2017)*, pp. 199-224
- ❖ ROTARIU, Irinel. *Identifying mass graves during criminal investigation: Aspects regarding the practice of military prosecutor's offices in Romania*, pp. 225-250
- ❖ SARAIVA, Alexandre José de Barros Leal. *A reponsabilidade de comando e as novas configurações de conflitos armados (Command responsibility and the new configurations of armed conflicts)*, pp. 251-288
- ❖ SILVA, Rafael Correa da. *Dissenso sobre a aplicação do crime continuado no Direito Penal Militar sob uma ótica constitucional (Lack of consensus on the application of continued crime in Military Criminal Law from a constitutional viewpoint)*, pp. 289-368
- ❖ SOUZA, Claudio Junio Carvalho; CRUZ, Pedro Lucas Moura de Almeida; MULLER, Rafael Sarto. *Serviços de Inteligência e (de)colonialidade (Intelligence Services and (de)coloniality)*, pp. 369-418

Vitaliciedade ou estabilidade: as prerrogativas constitucionais dos militares estaduais

Élio Boing

Mestre em Direito Processual e Cidadania pela UNIPAR. Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (2004). Graduado em Oficial da Polícia Militar pela Academia Policial Militar do Guatupê (1997). Major QOPM. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3342814964752868> E-mail: boing74@hotmail.com

José Semmer Neto

Graduado em Segurança Pública pela Academia Policial Militar do Guatupê (1995). Licenciado em Letras-Português pela Universidade Federal do Paraná (2001). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2006). Ten.-Cel. PMPR. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7669484741413781> E-mail: jsemmer@gmail.com

Data de recebimento: 18/08/2022

Data de aceitação: 29/09/2022

Data da publicação: 14/11/2022

RESUMO: A estabilidade é concedida ao agente público concursado após o cumprimento de estágio probatório, consistindo no direito à permanência no cargo do qual pode ser destituído mediante o devido processo legal administrativo ou judicial. Para alguns agentes públicos a Constituição Federal

concede a vitaliciedade, a qual possui um grau de aderabilidade ao cargo público maior que a estabilidade, admitindo a demissão somente por intermédio de sentença judicial transitada em julgado. O posto e a patente dos oficiais e a graduação das praças pertencentes às polícias militares e corpos de bombeiros militares também encontram proteção constitucional, condicionando a perda à decisão de tribunal competente. No entanto, não há menção expressa de que aos militares estaduais foi concedida a vitaliciedade, como prevê a Constituição Federal aos magistrados, aos membros do Ministério Público e, por equiparação, aos ministros do Tribunal de Contas da União. Este artigo, utilizando a pesquisa bibliográfica, investiga se a prerrogativa deferida aos militares estaduais constitui-se em uma vitaliciedade implícita. Ao final conclui-se que a proteção constitucional ao posto e à patente dos oficiais constitui-se em uma vitaliciedade qualificada pela prerrogativa de foro, e a proteção constitucional à graduação das praças não tem o mesmo alcance, tratando-se de uma estabilidade especial que traz uma maior proteção no caso de condenação por crime militar.

PALAVRAS-CHAVE: militar; estadual; vitaliciedade; estabilidade; ciências; policiais.

ENGLISH

TITLE: Vitality or stability: the constitutional prerogatives of the state military.

ABSTRACT: Stability is granted to public servants who have passed a public service examination after completing a probationary period, consisting of the right to remain in the position from which they can be removed through due legal administrative or judicial process. For some public agents, the Federal Constitution grants lifetime, which has a degree of

adherence to public office greater than stability, admitting dismissal only through a final court decision. The rank of officers and the graduation of military police and military fire brigades also find constitutional protection, subjecting the loss to the decision of the competent court. However, there is no express mention that the state military was granted lifetime tenure, as provided for in the Federal Constitution, to magistrates, members of the Public Ministry and, similarly, to ministers of the Federal Audit Court. This article, using bibliographic research, investigates whether the prerogative granted to the state military constitutes an implicit lifetime. In the end it is concluded that the constitutional protection to the rank of officers constitutes a lifetime qualified by the prerogative of the forum, and the constitutional protection to the graduation of the ranks does not have the same scope, in the case of a special stability that brings a greater protection in the case of conviction for a military crime.

KEYWORDS: military; state; vitality; stability; science; cops.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Vitaliciedade e estabilidade – 3 Militares estaduais na Constituição Federal – 3.1 Graduação, posto e patente – 3.2 Proteção à graduação das praças militares estaduais – 3.3 Proteção ao posto e patente dos oficiais militares estaduais – 4 Natureza jurídica da decisão do tribunal competente – 5 Perda da função pública e manutenção do posto e patente – 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A vida militar é permeada de regras e idiossincrasias que no mundo civil parecem exageradas, mas que, no âmbito da caserna, se justificam e sedimentam os valores que regem o militarismo. Aquele que ingressa nos quadros militares deve estar ciente de que a sua atividade será cheia de limitações e sujeita a regras de conduta que perpassam a vida militar e são aplicadas, inclusive, à vida privada.

As normas que norteiam o ambiente militar encontram fundamento na Constituição Federal que limita direitos como, por exemplo, a sindicalização, a greve e a filiação partidária. Por outro lado, estabelece algumas garantias que dão suporte ao desempenho da missão, dentre elas está a proteção ao posto e à patente dos oficiais que esteve presente em todas as constituições brasileiras.

O texto constitucional de 1988 inovou ao prever uma proteção específica à graduação das praças pertencentes às polícias e aos corpos de bombeiros militares. Ao tratar da competência da Justiça Militar Estadual, o legislador constituinte estabeleceu que cabe ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças, conforme se observa na parte final do § 4º, do artigo 125. O tribunal competente é o tribunal de justiça militar nos

casos de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, ou os tribunais de justiça nos demais estados da federação. A proteção à graduação alcança apenas os militares estaduais, uma vez que está localizada no dispositivo constitucional que trata dos tribunais e juízes dos estados, inexistindo previsão similar para as praças militares federais.

Aos oficiais das Forças Armadas, a Constituição Federal prevê, no art. 142, § 3º, VI e VII, que a decisão pela perda do posto e da patente dos oficiais é de competência do tribunal militar, no caso o Superior Tribunal Militar (STM), garantia também deferida aos oficiais militares estaduais por expressa previsão no art. 42, § 1º.

Apesar das prerrogativas ultrapassarem as garantias da estabilidade deferida aos agentes públicos concursados, não há menção expressa de que aos integrantes das forças auxiliares foi estendida a vitaliciedade. Assim, surge a necessidade de analisar essas garantias com a finalidade de avaliar se, de forma implícita, a Constituição Federal concedeu a prerrogativa da vitaliciedade aos militares estaduais, como o faz de forma expressa aos magistrados, aos membros do Ministério Público e aos ministros do Tribunal de Contas da União.

2 VITALICIEDADE E ESTABILIDADE

No mercado de trabalho privado, o empregador possui o direito de exonerar o empregado a qualquer momento, independentemente de fundamentação de seu ato ou de qualquer processo específico. Basta seguir os trâmites previstos na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e efetuar os pagamentos devidos. Há algumas exceções que retiram essa liberdade, mas a regra geral é da demissão *ad nutum*.

No serviço público alguns cargos são de livre nomeação, seguindo a mesma regra aplicada aos trabalhadores da iniciativa privada, ou seja, não existe garantia de permanência, podendo ocorrer a demissão a qualquer momento, sem a necessidade de processo administrativo. São os chamados cargos de confiança como, por exemplo, os ministros de estado e os secretários estaduais. Quebrada a relação de confiança entre a autoridade administrativa e o agente público nomeado, a exoneração pode ocorrer mediante simples ato administrativo.

Porém, a regra geral é de que os cargos efetivos sejam preenchidos por servidores públicos concursados, os quais adquirem o direito de permanência após o cumprimento de um período de estágio probatório. Trata-se da garantia da estabilidade, expressamente prevista na Constituição Federal em seu art. 41: “São estáveis após três anos de efetivo exercício os

servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público” (BRASIL, 2022a).

O termo estabilidade leva a ideia de uma situação duradoura, contrapondo-se à noção de transitoriedade, de interinidade ou de tempo determinado (PLÁCIDO E SILVA, 1999). Esse direito de permanência não é absoluto, podendo o detentor do cargo perdê-lo por sentença judicial transitada em julgado, por processo administrativo que assegure a ampla defesa e, também, por procedimento de avaliação de desempenho a ser estabelecido por lei complementar que garanta o amplo direito de defesa, conforme estabelece o § 1º, do art. 41, da Constituição Federal.

A estabilidade do servidor público tem por finalidade impedir a exoneração sem o devido processo legal e, por consequência, assegurar que os serviços públicos não sofram solução de continuidade, constituindo-se em uma proteção aos efeitos da mudança de um governo. Caso não existisse, a cada alteração de poder, a maioria dos funcionários públicos seriam exonerados e substituídos por outras pessoas que prestaram apoio à campanha eleitoral, muitas vezes sem as credenciais e experiências exigidas pelo cargo (MEIRELLES, 2016).

Tem por objetivo, também, fornecer a tranquilidade necessária para o servidor público cumprir os seus deveres de forma impessoal e imparcial, evitando-se interferências externas

em suas decisões, possibilidade mais suscetível se fosse permitida a demissão *ad nutum* e a substituição sem o devido concurso público. Por essas razões, conclui Duarte (1971) que se trata da mais importante garantia deferida ao servidor público.

A Constituição Federal confere uma rigidez ao direito de permanência no cargo a determinadas carreiras ainda maior que a estabilidade. Trata-se da vitaliciedade, a qual tem por finalidade garantir uma atuação imparcial e livre das pressões que o processo administrativo demissório poderia impor, somente admitindo a perda do cargo mediante sentença judicial transitada em julgado.

No entanto, isso não significa perpetuidade no cargo, do qual o servidor público pode ser afastado mediante sentença judicial transitada em julgado. Há uma maior aderabilidade que na estabilidade, constituindo-se na maior garantia conferida ao agente público (CRETELLA JÚNIOR, 1991).

A vitaliciedade é deferida expressamente pela Constituição Federal aos magistrados, conforme estabelece o art. 95:

Os juízes gozam das seguintes garantias: I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado (BRASIL, 2022a).

Os membros do Ministério Público também são alcançados pela vitaliciedade de forma expressa, conforme se observa no art. 128, § 5º, I, da Constituição Federal, que concede “as seguintes garantias: a) vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial transitada em julgado” (BRASIL, 2022a).

Apesar de não utilizar o termo vitaliciedade, esta foi estendida aos ministros do Tribunal de Contas da União, conforme se extraí do contido no art. 73, § 3º da Constituição Federal: “Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça [...]” (BRASIL, 2022a, grifo nosso). Os ministros do Superior Tribunal de Justiça são magistrados que possuem a prerrogativa da vitaliciedade, logo essa garantia é estendida aos ministros do Tribunal de Contas da União.

Desta forma, estão estabelecidas as balizas que diferenciam estabilidade e vitaliciedade. Enquanto naquela a perda do cargo pode ocorrer mediante sentença judicial, processo administrativo e procedimento de avaliação de desempenho, nesta a perda do cargo pode ocorrer somente mediante sentença judicial transitada em julgado. O que difere ambos os institutos é o órgão que pode julgar o ilícito e aplicar a sanção de perda da função pública (GARCIA, 2015).

Tanto na estabilidade, quanto na vitaliciedade, a perda do cargo pode ocorrer de forma voluntária mediante pedido de exoneração ou por aposentadoria. No mesmo sentido:

[...] a própria Constituição Federal prevê um abrandamento da vitaliciedade dos Ministros do STF ao consagrar em seu art. 52 a competência privativa do Senado Federal para processar e julgar os casos de crime de responsabilidade (MORAES, 2005, p. 459).

Em relação aos militares estaduais, a Constituição Federal estabelece no art. 142, § 3º, X, que “a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade [...]” (BRASIL, 2022a, grifo nosso). Esse dispositivo é aplicado aos militares estaduais por força do contido no art. 42, § 1º.

Ocorre que, no art. 125, § 4º, a Constituição Federal condiciona a perda da graduação das praças e do posto e da patente dos oficiais à decisão de tribunal competente. Ainda, em razão do disposto no art. 142, § 3º, VI e VII, combinado com o art. 42, § 1º, a perda do posto e da patente dos oficiais somente pode ocorrer por decisão de tribunal militar. Assim, resta analisar se essas garantias conferem aos militares estaduais a prerrogativa da vitaliciedade ou se somente possuem a estabilidade como expressamente sugere o texto constitucional.

3 MILITARES ESTADUAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

3.1 Graduação, posto e patente

Antes da análise das prerrogativas constitucionais, é indispensável estabelecer alguns conceitos básicos sobre os postos, a patente e as graduações, uma vez que se trata de termos comuns na caserna, mas estranhos ao mundo civil. Em algumas decisões o Poder Judiciário emprega termos militares de forma equivocada. A confusão maior é sempre em relação à graduação, exclusiva das praças, e ao posto e patente dos oficiais. É corriqueiro lançar em arrestos termos como posto ou patente da praça ou atribuir a graduação ao oficial.

Algumas legislações revogadas empregavam os termos de forma equivocada, gerando a confusão conceitual que se observa em parte da jurisprudência atual. Existiam leis e regulamentos que empregavam postos e graduações como expressões sinônimas, referindo-se, por vezes, à graduação do oficial ou ao posto do sargento (CORREA, 1998).

As praças são a base da pirâmide hierárquica militar, possuindo a graduação materializada em ordem crescente de hierarquia por soldado, cabo, terceiro sargento, segundo sargento, primeiro sargento e subtenente. Aos oficiais militares estaduais é conferida a carta patente pelo Governador do Estado,

documento que confirma o posto. Este, por sua vez, é o grau hierárquico dos oficiais materializando-se em ordem crescente nos seguintes graus: segundo tenente, primeiro tenente, capitão, major, tenente-coronel e coronel.

A organização hierárquica das corporações estaduais é definida pelo Decreto-Lei nº 667 de 2 de julho de 1969, o qual prevê:

Art. 8º A hierarquia nas Polícias Militares é a seguinte: a) Oficiais de Polícia: - Coronel; - Tenente-Coronel; - Major; - Capitão; - 1º Tenente; - 2º Tenente; b) Praças Especiais de Polícia: - Aspirante-a-Oficial; - Alunos da Escola de Formação de Oficiais da Polícia; c) Praças de Polícia: - Graduados: - Subtenente; - 1º Sargento; - 2º Sargento; - 3º Sargento; - Cabo; - Soldado. (BRASIL, 2022b).

A patente é “a carta oficial de concessão de um título, posto ou privilégio, ou seja, é um ato de atribuição do título e do posto a oficial militar” (MENDES, 2007, p. 29). É o documento que confere a investidura no oficialato e encontra previsão na Constituição Federal em seu art. 142, § 3º, I:

[...] as patentes, com prerrogativas, direitos e deveres a elas inerentes, são conferidas pelo Presidente da República e asseguradas em plenitude aos oficiais da ativa, da reserva ou reformados, sendo-lhes privativos os títulos e postos militares [...]. (BRASIL, 2022a)

Por expressa determinação constitucional, as patentes e os postos são privativos dos oficiais, sendo vedada a concessão desses títulos a pessoas estranhas à caserna. Nem sempre foi assim, pois somente a partir do texto constitucional de 1934 é que a vedação passou a existir. Anteriormente era permitido que pessoas civis recebessem o título de postos militares (ABREU, 2015).

Após essas considerações acerca dos conceitos de postos, de graduações e de patente, o próximo passo consiste na análise das prerrogativas constitucionais deferidas aos militares estaduais.

3.2 Proteção à graduação das praças militares estaduais

Aos militares estaduais a Constituição Federal prevê no art. 125, § 4º, que “cabe ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças” (BRASIL, 2022a). Trata-se de norma constitucional que independe de regulamentação por legislação infraconstitucional, possuindo aplicação plena e imediata, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal, afastando-se qualquer hipótese de limitação e considerando a prerrogativa como de aplicabilidade irrestrita (BRASIL, 1990).

Historicamente as constituições brasileiras conferiram uma proteção especial apenas aos postos e patentes dos oficiais, sendo uma inovação o texto atual condicionar a perda da graduação das praças à decisão de tribunal. Interessante observar que a previsão constitucional protege somente os militares estaduais (policiais militares e bombeiros militares), não alcançando os integrantes das forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica), uma vez que está inserida no dispositivo que estabelece a competência da Justiça Militar Estadual, não existindo previsão similar quando se define a competência da Justiça Militar Federal.

Garcia (2015) critica o dispositivo considerando como inusitado por proteger a graduação das praças sem uma justificativa plausível para não inclusão dos militares federais. Assis (2013a), por sua vez, afirma que o princípio da isonomia não está sendo respeitado por se aplicar somente aos militares estaduais.

Com a devida vênia, a atividade de segurança pública desenvolvida pelos militares estaduais ocorre no calor dos fatos, em que a diferença entre uma conduta legal ou arbitrária possui limite estreito. Justifica-se a proteção especial à graduação dos militares estaduais, a qual tem por objetivo conceder um julgamento imparcial e justo, muitas vezes não presente em decisões administrativas e da justiça em seu

primeiro grau, mais permeáveis às pressões populares e políticas (FANTECELLE, 2005).

O Supremo Tribunal Federal inclinava-se a conceder um sentido amplo e irrestrito a esse dispositivo constitucional, entendendo que a pena acessória de exclusão da praça pela condenação à pena privativa de liberdade superior a dois anos (art. 102 do Código Penal Militar) não se aplicava aos militares estaduais, necessitando de processo específico perante o tribunal competente para declarar a perda da graduação. Os votos dos ministros registraram a tendência em se reconhecer a vitaliciedade dos militares estaduais, apesar de o tema não ter sido objeto do julgamento. O ministro Paulo Brossard registrou que “abolida a vitaliciedade de cátedra, foram criadas outras vitaliciedades, talvez mais conspícuas e necessárias, bem como o Ministro Moreira Alves afirmou que temos de aplicar o princípio da vitaliciedade” (BRASIL, 1990).

Porém, a jurisprudência seguiu no sentido de limitar o alcance da prerrogativa aos casos da pena acessória de exclusão por condenação criminal (art. 102 do CPM), não obstante à Administração Militar a declaração da perda da graduação mediante regular processo administrativo (BRASIL, 2001). Fundamentou-se que a garantia está localizada no mesmo dispositivo que trata da competência da Justiça Militar Estadual, limitada, à época, ao julgamento de militares estaduais pela

prática de crime militar. Essa interpretação levou à edição da Súmula 673, aprovada em seção plenária do Supremo Tribunal Federal em data de 24 de setembro de 2003, cujo conteúdo afirma que o “art. 125, § 4º, da Constituição não impede a perda da graduação de militar mediante procedimento administrativo” (BRASIL, 2021b).

Em *leading case* julgado em 21 de maio de 2015 no Supremo Tribunal Federal, ficou estabelecido que a garantia se aplica somente no caso de condenação por crime militar e não se exige processo específico perante o tribunal para perda da graduação. Ou seja, reestabelece a aplicação do art. 102 do Código Penal Militar aos militares estaduais. Assim, o juízo militar de primeiro grau pode aplicar a pena acessória de exclusão da praça pertencente às forças auxiliares que deve ser confirmada ou refutada pelo tribunal competente, atendendo à prerrogativa constitucional (BRASIL, 2015).

A motivação desse novo entendimento é de que a Emenda Constitucional nº 18/98, ao disciplinar o processo específico para perda do posto e patente dos oficiais, não estendeu essa necessidade às praças militares estaduais abrangidas pela garantia do art. 125, § 4º, sendo, portanto, desnecessária a instauração de processo específico.

A decisão tornou praticamente inservível a prerrogativa constitucional que estava mitigada pelas decisões anteriores de

aplicar-se somente aos casos de condenação por crime militar mediante processo específico, sendo a não imposição da pena acessória de exclusão a única proteção reconhecida.

A jurisprudência vem adotando a corrente da unicidade ao realizar uma interpretação restrita, condicionando a segunda parte do § 4º, do art. 125, à sua primeira parte, ou seja, em razão da parte inicial tratar da competência da Justiça Militar Estadual, a parte final se refere apenas às situações decorrentes de crimes militares. A interpretação sob a ótica declarativa restritiva, comum à norma penal, desqualifica-a como norma constitucional (FANTECELLE, 2005).

Mesmo antes da restrição imposta pela jurisprudência atual, Amaral (2006) avaliava que a garantia não trazia grandes benefícios ao militar estadual, o qual permanece sujeito à perda da graduação mediante processo administrativo pela prática de transgressão disciplinar de natureza grave ou condenação por crime comum ou militar com pena inferior a dois anos. Roth (2006) sustentava que não se tratava de vitaliciedade, mas de estabilidade especial por trazer uma proteção adicional à deferida aos demais agentes públicos concursados.

Importante registrar que a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 deu nova redação ao § 4º do art. 125, ampliando a competência da Justiça Militar Estadual para o julgamento, também, das ações judiciais contra atos disciplinares militares.

A construção da jurisprudência atual ocorreu quando apenas crimes militares poderiam ser objeto de julgamento, ou seja, não foi considerada essa nova competência cível que poderia influenciar na interpretação da prerrogativa, uma vez que se tem adotada a corrente da unicidade.

Conclui-se, assim, que as praças das polícias e corpo de bombeiros militares podem perder a sua graduação por decisão administrativa ou por sentença judicial como pena acessória em razão de condenação por crime militar ou comum ou, ainda, em sanções cíveis por improbidade administrativa.

3.3 Proteção ao posto e patente dos oficiais militares estaduais

O posto e a patente dos oficiais das Forças Armadas são protegidos pelo art. 142, § 3º, VI e VII, da Constituição Federal, condicionando a sua perda à decisão de tribunal militar. Ao contrário da prerrogativa analisada anteriormente, a qual está inserida no artigo que trata da competência da Justiça Militar Estadual, aqui a proteção se insere no capítulo da organização das Forças Armadas, não subsistindo o argumento que vem limitando o alcance do art. 125, § 4º, às hipóteses de condenação por crime de natureza militar.

Essa prerrogativa se estende aos oficiais das polícias e corpos de bombeiros militares por expressa determinação

contida no art. 42, § 1º: “Aplicam-se aos militares dos estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º; do art. 40, § 9º; e do art. 142, §§ 2º e 3º” (BRASIL, 2022a).

O texto constitucional disciplinou a maneira de aquisição do posto e da patente dos oficiais e a forma de perdê-los, ocorrendo somente se o oficial for considerado indigno ou incompatível para com o oficialato por decisão de tribunal militar permanente em tempo de paz e especial em tempo de guerra (CAPEZ; ROTH, 2011).

Não se trata de uma inovação do legislador constituinte de 1988, estando há muito tempo sedimentada em nossa Legislação Maior. A prerrogativa nasce com o próprio Estado constitucional brasileiro, tendo como embrião a Constituição do Império de 1824 que disciplinava o assunto no art. 149: “os Officiaes do Exército e Armada não poderão ser privados das suas Patentes, senão por Sentença proferida em Juízo competente” (BRASIL, 2021a). Proteção semelhante trouxe a Constituição Republicana de 1891 em seu art. 76, garantia reproduzida no art. 165 da Carta Política de 1934 e no art. 160, § único, da Constituição de 1937. De igual forma as constituições subsequentes também se dedicaram ao tema, conforme se observa no art. 182 da Constituição de 1946 e no art. 93 da Emenda nº 1 de 1969.

A prerrogativa encontra fundamento e justificativa no fato de os oficiais militares estaduais exercerem o comando de efetivos armados que cotidianamente atendem à sociedade, seja por meio de policiamento preventivo, seja por intermédio de chamados de pessoas que necessitam da intervenção estatal diante de um crime que está sendo cometido. É por isso que a perda do cargo público deve estar condicionada à apreciação de um órgão judicial independente (PEREIRA, 2003).

Além disso, a proteção adicional ao posto e à patente confere uma liberdade maior para o oficial militar estadual cumprir a sua missão sem a preocupação de perdê-los por decisão administrativa, a qual é mais suscetível a interferências indevidas. Confere, também, uma melhor condição para atuação em consonância com os princípios constitucionais da Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

A jurisprudência tem reconhecido a prerrogativa de forma ampla, condicionando a perda do posto e da patente à decisão de tribunal mediante processo específico em todos os casos, seja por condenação criminal, seja pela prática de ilícito administrativo.

No entanto, ao manter a decisão pela imposição da pena acessória de perda da função pública pela prática do crime de tortura, algumas decisões da Suprema Corte ignoraram essa

prerrogativa. Analisaram a proteção aos postos e patentes dos oficiais apenas sob a perspectiva da garantia estabelecida pelo art. 125, § 4º, silenciando-se sobre a prerrogativa concedida pelo art. 142, § 3º, VII. O relator, em poucas linhas, limitou-se a transcrever o dispositivo constitucional e afirmar que:

[...] no caso, contudo, o paciente não foi acusado da prática de qualquer crime militar, mas sim de crime de tortura, tal como definido na Lei nº 9.455/97. A justiça competente, portanto, não era a Justiça Militar, mas a Justiça Comum (BRASIL, 2008).

Em 2015 a prerrogativa dos oficiais volta ao debate pelo pleno do Supremo Tribunal Federal no julgamento que mudou o entendimento acerca da interpretação do art. 125, § 4º. O voto condutor afirmou que, quanto aos oficiais, a regência se dá pelo art. 142, § 3º, VI e VII, da Constituição Federal, sendo que o posto e a patente exigem procedimento específico para serem afastados. O eminente Relator, ao fazer um aparte ao voto do Ministro Ricardo Levandowski, afirmou que, mesmo na condenação do oficial pela Justiça Comum, só se perde a patente e o posto mediante um procedimento específico perante o tribunal (BRASIL, 2015).

O oficial da Polícia Militar não está sujeito às penas acessórias de perda de posto e patente, indignidade para o oficialato e incompatibilidade para com o oficialato que estão previstas nas alíneas I, II e III, do art. 98, e nos arts. 99, 100 e

101, todos do Código Penal Militar (Pedrosa, 2002). Tampouco se aplicam as penas ou sanções civis de perda da função pública nas condenações por crimes comuns ou por improbidade administrativa, respectivamente.

Diante da extensão da prerrogativa de proteção do posto e da patente, surge o questionamento se seria uma forma de vitaliciedade implícita. Capez e Roth (2011, p. 144) sentenciam que, ao “ser declarado oficial, o militar recebe do Chefe do Executivo (Presidente da República ou Governador do estado, respectivamente) a patente que correspondente ao seu posto, prerrogativa essa vitalícia”. Pedrosa (2002, p. 89) afirma que “está aí a vitaliciedade, semelhante a que a Constituição concede aos magistrados e membros do Ministério Público e dos Tribunais de Contas”.

Antes de concluir se os oficiais pertencentes às polícias e corpos de bombeiros militares possuem a vitaliciedade, é necessário trazer à discussão o posicionamento da jurisprudência e da doutrina sobre a natureza jurídica do processo de perda do posto e da patente perante o tribunal militar, bem como a possibilidade de se declarar a perda do cargo público mediante a demissão e manter o posto e a patente transferindo o oficial para a reserva não remunerada.

4 NATUREZA JURÍDICA DA DECISÃO DO TRIBUNAL COMPETENTE

O oficial somente pode perder o seu posto e a sua patente se for declarado indigno ou incompatível para com o oficialato em duas hipóteses: (a) decorrente de condenação criminal a pena privativa de liberdade superior a dois anos (art. 142, § 3º, VII da CF); (b) decorrente do julgamento do Conselho de Justificação, processo que se inicia no âmbito da administração militar e tem o seu desfecho perante o tribunal militar (art. 142, § 3º, VI da CF). A condenação criminal pode ser tanto por crime militar, como por crime comum, uma vez que o texto constitucional não faz essa diferenciação (ASSIS, 2013a).

A Constituição Federal não estabeleceu procedimento a ser seguido, deixando essa atribuição à legislação infraconstitucional. Em relação às Forças Armadas, o processo foi regulamentado pela Lei nº 5.836/72, que dispõe sobre o Conselho de Justificação, o qual não se aplica no caso de condenação à pena privativa de liberdade superior a dois anos. Para esse caso, segue-se o regimento interno do Superior Tribunal Militar, órgão de segunda instância da Justiça Militar Federal, que estabelece a representação para declaração de indignidade ou de incompatibilidade para com o oficialato.

Em relação aos oficiais das polícias militares e corpos de bombeiros militares, segue-se a legislação estabelecida pelo ente

federativo a que pertencem. No Estado do Paraná, aplica-se o disposto na Lei Estadual nº 16.544/2010, a qual prevê o Conselho de Justificação como único processo para ambas as situações, conforme se observa na determinação contida no art. 5º, V, para submissão a Conselho de Justificação se o oficial “for condenado por crime de natureza dolosa a pena privativa de liberdade superior a dois anos, com trânsito em julgado” (PARANÁ, 2022). Não existe previsão da representação para declaração de indignidade ou de incompatibilidade para com o oficialato ou outro procedimento similar para os casos de condenação criminal à pena superior a dois anos.

O Conselho de Justificação possui duas fases distintas. A primeira ocorre no âmbito administrativo e a segunda perante o tribunal militar. A segunda fase pode não ocorrer se a Administração Militar entender que não é o caso de indignidade ou incompatibilidade para com o oficialato, podendo arquivar ou aplicar uma sanção disciplinar de acordo com os regulamentos internos.

Essa peculiar característica leva à conclusão de que é um processo *sui generis* podendo se tornar híbrido no caso de remessa ao tribunal (ASSIS, 2013b). É um processo judicialiforme, como assim era o procedimento para contravenções penais, lesões corporais e homicídios culposos, em que a autoridade de polícia judiciária iniciava a ação penal

mediante portaria. Essa hipótese foi revogada e não mais existe no direito processual penal pátrio (ROTH, 2004).

A jurisprudência¹ e a doutrina consideram que a representação para declaração de indignidade ou de incompatibilidade para com o oficialato, prevista no regimento interno do Superior Tribunal Militar, possui natureza jurídica jurisdicional. Portanto, a decisão do tribunal militar está sujeita à contestação no âmbito do próprio tribunal ou mediante os recursos especial e extraordinário para o Superior Tribunal de Justiça ou para o Supremo Tribunal Federal, respectivamente.

A natureza jurídica do Conselho de Justificação, por outro lado, leva a discussões e posicionamentos divergentes, sendo que a jurisprudência tem considerado como de natureza jurídica meramente administrativa² e não judicial.

Argumenta-se que, no Conselho de Justificação, não há provocação ao Poder Judiciário por parte de legitimados, sendo que o Ministério Público Militar atua como *custus legis* e não como formulador de uma acusação para a instauração da ação cível. As provas são colhidas no processo administrativo e não

¹ STF - HC nº 92.181-7 – MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 03/06/2008 – DJ 01/08/2008, STF – ROHC nº 104.751 – MG, rel. Min. Luiz Fux, j. 18/10/2011 – DJ 04/11/2011, STF - AR nº 769.537 – MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 20/03/2012 – DJ 22/05/2012 e STF - AR nº 799.102 – RN, rel. Min. Luiz Fux, j. 09/12/2014 – DJ 09/02/2015.

² STF – RE nº 318.469-5 – DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 26/02/2002 – DJ 05/04/2002, STF – RE nº 88.161-1 – DF, rel. Min. Rafael Mayer, j. 06/05/1980 – DJ 30/05/1980 e STJ – REsp nº 806.643 – PR, rel. Min. Jorge Mussi, j. 16/10/2008 – DJ 24/11/2008.

são reproduzidas na fase judicial, existindo apenas a manifestação da defesa por escrito. A decisão se fundamenta nas provas colhidas na fase administrativa do processo e possui instância única (ROTH, 2015).

Esse entendimento não é o mais adequado. A Justiça Militar passou a integrar o Poder Judiciário somente após a Constituição de 1934, antes estava vinculada ao Poder Executivo. Naquela época a decisão do Superior Tribunal Militar era administrativa, sendo que, após integrar o Poder Judiciário, o Conselho de Justificação passou a comportar duas fases, uma administrativa e outra judicial (CAPEZ; ROTH, 2011).

O Ministério Público participa do processo que tem rito específico. A Constituição Federal não faz qualquer distinção entre a representação pela indignidade e o Conselho de Justificação, determinando que, no caso de condenação à pena privativa de liberdade superior a dois anos, o oficial será submetido ao julgamento previsto no inciso anterior (art. 142, § 3º, VII), ou seja, não há distinção entre o julgamento por condenação (representação) ou por transgressão disciplinar (Conselho de Justificação) (BOING, 2017).

O processo decorrente do Conselho de Justificação não se encontra no rol de atribuições administrativas do tribunal militar, o qual inclui:

[...] a promoção e remoção de seus juízes; a apuração da responsabilidade disciplinar daqueles que lhe são subordinados; a colocação em disponibilidade; a formalização da aposentadoria e a posse de seus membros; o ato de pagamento de diárias. (ASSIS, 2004, p. 449)

A decisão do tribunal no Conselho de Justificação não tem como destinatário um integrante do Poder Judiciário. Não há dispositivo legal que confira ao tribunal uma competência disciplinar administrativa em relação aos militares estaduais. Não existe qualquer vínculo hierárquico do oficial ao tribunal que está julgando o Conselho de Justificação, não possuindo o Poder Judiciário a atribuição de aplicar sanção administrativa a militares estaduais.

Além disso, ao considerar a decisão como administrativa, exclui-se a possibilidade de recursos previstos para os processos judiciais. A forma de contestar a decisão administrativa seria o acionamento do Poder Judiciário mediante processo a ser iniciado na primeira instância. Ou seja, um juiz de primeiro grau julgando a legalidade de uma decisão adotada por um colegiado de desembargadores, situação no mínimo inusitada.

O que é decidido pelo tribunal militar “é essencialmente judicial, não devendo ser confundido com decisão de natureza administrativa, pois o Poder Judiciário não realiza o julgamento disciplinar nem aplica punição disciplinar ao militar” (CAPEZ; ROTH, 2011, p. 145).

Desta forma, em que pese às decisões da mais alta Corte do país, infere-se que a natureza jurídica do processo do Conselho de Justificação é judicial e, a exemplo do que ocorre na representação para declaração de indignidade ou de incompatibilidade para com o oficialato, pode ser contestada mediante os recursos judiciais disponíveis, seja no âmbito do próprio tribunal militar, seja nas cortes superiores (STJ e STF) mediante recurso especial e extraordinário respectivamente.

5 PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA E MANUTENÇÃO DO POSTO E PATENTE

A Constituição Federal protege o posto e a patente dos oficiais condicionando a sua perda à decisão de tribunal militar, porém silencia-se sobre a perda da função e do cargo público. Poderia se concluir que estes não são protegidos pela norma constitucional e, portanto, as suas perdas ocorreriam por medida administrativa ou judicial e, conseqüentemente, a perda dos vencimentos que são devidos em contrapartida à prestação do serviço público.

Por essa interpretação, cargo público seria o local situado na Administração Militar, enquanto que o posto representaria apenas o grau hierárquico. A perda do cargo ocorreria por meio da demissão, cuja previsão legal está no art. 94, II e IV, da Lei nº 6.880/1980. O referido diploma legal prescreve que o oficial

demitido ingressará na reserva, preservando o mesmo posto que possuía na ativa (art. 116, § 3º e 117), indicando que a demissão não implica na perda do posto e da patente (NEVES; OLIVEIRA, 2016).

Neste contexto, não caberia ao Poder Judiciário aplicar a medida administrativa de demissão por meio do Conselho de Justificação, uma vez que inexistente vínculo hierárquico entre os oficiais e os juízes que atuam perante o tribunal militar. Assim, a Administração Militar poderia aplicar a sanção de demissão da função e do cargo público dos oficiais, bem como determinar a sua transferência para a reserva não remunerada, deixando de receber os vencimentos e mantendo o seu posto e a sua patente, os quais possuem proteção constitucional e somente podem ser perdidos mediante decisão do tribunal (AMARAL, 2006).

Conforme afirma Amaral (2006, p. 24), “a perda do posto e da patente pode ser aplicada inclusive ao oficial da reserva ou reformado, o qual já não é mais ocupante de cargo ou função pública, logo não podendo mais ser demitido”. Isso demonstra que a função e o cargo público são distintos da patente e do posto. Além disso, a legislação militar prevê diversas possibilidades de o oficial se afastar do cargo que ocupa e manter o seu posto, como nas licenças remuneradas ou não, no caso de assumir outro cargo e permanecer agregado, dentre outras.

Essa interpretação não parece ser a mais adequada. Posto e patente são para o oficial o seu cargo público, não havendo qualquer possibilidade legal de separá-los e mitigar a prerrogativa constitucional.

A Constituição Federal garante a plenitude da patente dos oficiais (art. 142, § 3º, I), que engloba “a percepção dos vencimentos, as promoções e quaisquer outras regalias e vantagens estabelecidas em lei” (MAXIMILIANO, 2005, p. 769). Garantir a plenitude dos postos e patentes inclui a proteção contra a privação de sua efetividade e do título (BARBOSA, 1893). Plenitude significa integralidade de todos os direitos e deveres atinentes aos postos e patentes, sendo que qualquer limitação que não seja a decorrente de julgamento em tribunal militar viola frontalmente o preceito constitucional (ABREU, 2015).

Além disso, o cargo está para o servidor público como o posto está para o oficial. Garcia (2015) lembra que a não referência na Constituição Federal à perda do cargo público, quando trata da prerrogativa deferida aos oficiais, é justificada, uma vez que a mesma funcionalidade que os civis atribuem ao cargo público os militares atribuem ao posto.

O oficial de polícia militar não recebe os seus subsídios por ocupar o comando de um batalhão ou chefia de uma seção, mas sim por seu posto, que tem a mesma funcionalidade que o

cargo público para o civil. O lugar ocupado pelo oficial se traduz pelo quadro organizacional (QO), cujas vagas são criadas por lei. Não é possível, portanto, separar posto e cargo público que se confundem e são indissociáveis (ABREU, 2015).

Assim é na seara dos servidores civis. Na Polícia Civil, a título de exemplo, o cargo público é de Delegado, cujas funções serão determinadas e temporárias, como a chefia de uma subdivisão ou delegacia regional. O recebimento de seus vencimentos é em razão de seu cargo público de Delegado e não em virtude de estar desempenhando determinada função pública.

A própria Constituição Federal estabeleceu em seu art. 12, § 3º, que são privativos de brasileiro nato os cargos: “[...] VI - de oficial das Forças Armadas” (BRASIL, 2017a), reconhecendo que oficial das Forças Armadas constitui-se em um cargo público e, por consequência, os postos decorrentes também o são.

Por fim, o Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880/1980), o qual se aplica somente às Forças Armadas, em seus art. 94, 115 e 117, prevê a figura da demissão que não se trata de sanção administrativa. É uma forma de exclusão das Forças Armadas que pode ocorrer a pedido ou *ex officio* para o caso em que o oficial da ativa passe a exercer outro cargo ou emprego públicos permanentes, estranhos à sua carreira, sendo transferido para a reserva não remunerada.

Não se trata de punição, mas da popularmente conhecida “baixa” do serviço ativo. É um instituto desconhecido da administração civil. A demissão prevista na legislação militar, portanto, não guarda nenhum paralelo com a demissão prevista para o servidor público civil. São institutos diferentes e com finalidades diversas (GARCIA, 2015).

Caso se aceite a teoria da separação dos postos e patentes do cargo público, estar-se-ia criando uma forma de punição não prevista no ordenamento jurídico. Não há previsão legal de sanção administrativa de transferência do oficial para a reserva não remunerada. Não cabe interpretação extensiva para conferir caráter sancionatório ao dispositivo legal que prevê a demissão do oficial, pois estamos diante de direito sancionador cuja interpretação deve ser restritiva (BOING, 2017).

A adoção desse entendimento levaria à redução do papel do tribunal competente a mero tribunal de honra, permitindo ao juízo de primeiro grau ou à Administração Militar aplicar uma sanção ou pena de maior gravidade e reservar ao segundo grau assunto de menor importância (MENDES, 2007).

Portanto, não há como se separarem os conceitos de posto e patente dos conceitos de função e cargo públicos, sendo inviável a decretação de perda da função pública do militar estadual e manutenção do título militar. Assim, a aplicação da sanção de perda da função pública implica na destituição do

posto e da patente dos oficiais, que encontram proteção e devem seguir os ritos constitucionalmente previstos para a indignidade ou incompatibilidade para com o oficialato.

6 CONCLUSÃO

A vitaliciedade consiste na prerrogativa de perda do cargo e função pública somente mediante sentença judicial transitada em julgado, sendo vedada a exclusão pela Administração Pública. A estabilidade, além da sentença judicial, permite a atuação administrativa que pode determinar a perda do cargo mediante regular processo administrativo disciplinar que garanta a ampla defesa e o contraditório.

Importante registrar que a vitaliciedade não confere perpetuidade no cargo, uma vez que o agente público pode ser destituído mediante processo judicial. O magistrado, por exemplo, possui a proteção da vitaliciedade no texto constitucional, mas poderá perder o seu cargo seguindo o rito estabelecido pelo art. 26 da LOMAN (Lei da Magistratura Nacional).

A Constituição Federal protege o posto, a patente e a graduação dos militares estaduais condicionando a perda à decisão de tribunal competente, conforme disciplina o art. 125, § 4º. Apesar de não existir qualquer limitação no texto

constitucional, bem como a redação atual do dispositivo prever a competência da Justiça Militar Estadual para o julgamento das ações civis contra atos disciplinares, a jurisprudência se firmou no sentido de limitar a prerrogativa aos casos de condenação por crime militar.

Inicialmente as decisões não permitiam a aplicação da pena acessória de exclusão da praça estabelecida pelo art. 102 do Código Penal Militar, exigindo a instauração de processo específico para o caso de condenação por crime militar à pena privativa de liberdade superior a dois anos. Nesse processo era avaliada toda a vida funcional do militar estadual e não somente as consequências do crime militar cometido. No entanto, as decisões atuais não afastam essa pena acessória, podendo ser aplicada a exclusão e, conseqüentemente, a perda da graduação mediante referendo do tribunal competente, praticamente inutilizando a prerrogativa constitucional.

Diante desse quadro, inclusive o tema encontra-se sumulado pelo STF, conclui-se que o art. 125, § 4º, da Constituição Federal não confere a vitaliciedade aos militares estaduais. No entanto, essa conclusão aplica-se somente às praças militares estaduais, uma vez que o posto e a patente dos oficiais também encontram proteção no art. 142, § 3º, VI e VII, combinado com o §1º do art. 42, todos da Constituição Federal.

A prerrogativa constitucional dos oficiais reclama a instauração de processo específico para que o tribunal militar ou equivalente (Tribunal de Justiça no caso do Paraná) declare a indignidade ou incompatibilidade para com o oficialato e, conseqüentemente, determine ao governador ou presidente da república que declare a perda do posto e da patente.

É pacífico na jurisprudência e na doutrina que o dispositivo constitucional aplica-se tanto no caso de condenação civil e criminal militar ou comum, quanto na atuação da Administração Militar por transgressão disciplinar. Assim, em todos os casos o oficial somente perde o seu posto e sua patente mediante processo específico perante o tribunal.

No entanto, as decisões da Corte Suprema têm entendido que o julgamento do Conselho de Justificação possui natureza jurídica administrativa. Esse posicionamento não permite afirmar que o oficial possui a vitaliciedade, uma vez que a decisão pela perda do posto e da patente não decorre de sentença judicial transitada e julgada, mas sim de processo administrativo julgado pelo tribunal. Esse entendimento tem impacto limitado na prerrogativa constitucional, pois não dispensa o processo específico para se declarar a indignidade ou incompatibilidade, tendo efeito somente na seara recursal.

Com a devida vênia, a decisão do tribunal competente no Conselho de Justificação não pode ser considerada

administrativa. Não há vínculo subordinativo entre membros do Poder Judiciário e os oficiais militares estaduais que conceda aos desembargadores a competência disciplinar. O processo e o julgamento possuem um rito especial, autônomo e independente do processo criminal ou administrativo, tendo natureza jurisdicional. Não há que se falar em atividade meramente administrativa.

O oficial pertencente às polícias militares e corpos de bombeiros militares possui a garantia da vitaliciedade, a qual é qualificada por prerrogativa de foro prevista na própria Constituição Federal ao atribuir a competência para o processo de indignidade ou incompatibilidade para com o oficialato ao tribunal militar, excluindo a possibilidade de juízes de primeiro grau determinarem a perda do posto e da patente, mesmo como pena acessória ou efeito da condenação criminal.

A prerrogativa tem por finalidade proporcionar uma atuação imparcial e não é um privilégio sem motivação. O oficial militar estadual encontra-se em posição de comando de tropa armada e presta um serviço essencial à sociedade. No desempenho de sua missão, contraria interesses e necessita de proteção constitucional. Busca-se evitar que “o Oficial militar possa ser prejudicado por ingerências políticas ou qualquer retaliação ao seu desempenho profissional, por desagradar a

alguma autoridade ou a grupos da sociedade” (CAPEZ e ROTH, 2011, p. 146).

Conclui-se, portanto, que a proteção constitucional ao posto e à patente dos oficiais constitui-se em uma vitaliciedade qualificada pela prerrogativa de foro. Por outro lado, a proteção constitucional à graduação das praças não tem o mesmo alcance, tratando-se de uma estabilidade especial que traz uma maior proteção no caso de condenação por crime militar.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. *Direito administrativo militar*. 2. ed. São Paulo: Método, 2015.

AMARAL, Fabio Sergio do. Da perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças: uma nova abordagem. *Revista Estudos e Informações*, n. 16, mai. 2006, p. 22-25.

ASSIS, Jorge Cesar de. *Direito Militar: aspectos processuais, penais e administrativos*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2013a.

ASSIS, J. C. *Curso de direito disciplinar militar: da simples transgressão ao processo administrativo*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2013b.

ASSIS, Jorge Cesar de. Considerações sobre o processo especial militar do conselho de justificação e os equívocos dos tribunais superiores quanto à sua natureza. *Revista dos Tribunais*, v. 826, ago. 2004, p. 446-465.

BARBOSA, Ruy. *A constituição e os actos inconstitucionaes do congresso e do executivo ante a justiça federal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Atlantida, 1893.

BOING, Élio. *Ação de improbidade administrativa e os efeitos da sentença: perda da função pública do militar estadual*. 2017. 182 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Paranaense – UNIPR. Umuarama, 2017.

BRASIL. *Constituição (1824)*. Constituição Política do Império do Brasil: outorgada em 25 de março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 20 dez. 2021a.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 8 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 jan. 2022a.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 667, de 2 de julho de 1969*. Reorganiza as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0667.htm. Acesso em: 09 mar. 2022b.

CAPEZ, Fernando; ROTH, Ronaldo João. O processo de indignidade ou incompatibilidade com o oficialato e o processo do conselho de justificação: tratamento isonômico e recursal. In: RAMOS, D. T. ROTH, R. J. COSTA, I. G. (Org.). *Direito militar: doutrina e aplicações*. Rio de Janeiro: Elsevier Campus Jurídico, 2011.

CARVALHO FILHO, J. S. *Manual de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CORRÊA, Univaldo. Soldado não é graduado. *Revista Direito Militar*, n. 10. mar/abr. 1998.

CRETILLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. V. 5. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DUARTE, Clenício da Silva. Estabilidade e vitaliciedade. *Revista do Servidor Público*, n. 1, v. 106, jan./abr. 1971, p. 107-114.

FANTECELLE, Gylliard Matos. Aplicabilidade da pena de perda do cargo público na justiça comum ao policial militar: inconstitucionalidade. *Revista de Estudos e Informações*, n. 14, p. 27-30, mai. 2005.

GARCIA, Emerson. Improbidade administrativa. In: GARCIA, E.; ALVES, R. P. *Improbidade administrativa*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira de 1891*. Brasília: Senado Federal Conselho Editorial, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MENDES, Maria Paula Pimenta. A perda da função ou cargo público como efeito acessório da condenação criminal e sua repercussão na Justiça Militar. *Revista Estudos e Informações*, n. 19, p. 29-33, jul. 2007.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

PARANÁ. *Lei nº 16.544*, de 14 de julho de 2010. Dispõe que o processo disciplinar, na Polícia Militar do estado do Paraná (PMPR), será regulado na forma que especifica e adota outras providências. Disponível em:

<https://www.pmpr.pr.gov.br/Coger/Pagina/Legislacao>. Acesso em: 24 jan. 2022.

PEDROSA, José Julio. A perda do posto e da patente dos oficiais das Forças Armadas. In: CORREA, G (Org.). *Direito Militar: História e doutrina, artigos inéditos*. Florianópolis: Associação dos Magistrados das Justiças Militares estaduais, 2002.

PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. A perda do posto e da patente dos oficiais e a perda da graduação das praças das polícias militares. *Revista Direito Militar*, n. 43, set./out. 2003, p. 6-10.

PLÁCIDO E SILVA, Oscar Joseph. *Vocabulário Jurídico*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ROTH, Ronaldo João. A incompatibilidade da lei do conselho de justificação (Lei Federal nº 5.836/72) diante da Constituição Federal. *Revista Direito Militar*, n. 112, mar./abr. 2015, p. 33-38.

ROTH, Ronaldo João. Primeiros comentários sobre a reforma constitucional da justiça militar estadual e seus reflexos, e a reforma que depende agora dos operadores do direito. *Revista dos Tribunais*, v. 853, nov. 2006, p. 442-483.

ROTH, Ronaldo João. *Temas de Direito Militar*. São Paulo: Suprema Cultura, 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas-Corpus nº 92.181-7-MG. Parte litigante Cesar Alberto Cabral e Castro, Relator Joaquim Barbosa, 3 jun. 2008. *Diário da Justiça da República Federativa do Brasil*, Brasília, 1 ago. 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 121.533-MG. Parte litigante Edgard Alves de Oliveira, Relator Sepúlveda Pertence, 26 abr. 1990. *Diário da Justiça da República Federativa do Brasil*, Brasília, 30 nov. 1990.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 199.800-8-SP. Parte litigante Francisco Oliveira Castelon, Relator Carlos Veloso, 4 jun. 1997. *Diário da Justiça da República Federativa do Brasil*, Brasília, 4 maio 2001.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Recurso Extraordinário nº 447.859 – MS. Parte litigante Manoel José Ribeiro e outro, Relator Min. Marco Aurélio, 21 maio 2015. *Diário da Justiça da República Federativa do Brasil*, Brasília, 20 ago. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Súmula nº 673*. O art. 125, § 4º, da Constituição não impede a perda da graduação de militar mediante procedimento administrativo. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=30&sumula=2436>. Acesso em: 20 dez. 2021b.

Os direitos da vítima: um debate necessário

Ricardo Fernandes de Castro

Especialista em Direito Aplicado ao MPU pela ESMPU.

Graduado em Direito pelo UniCeub.

Técnico-Administrativo, Assessor Jurídico I da 2ª PJM/DF.

E-mail: ricardo.castro@mpm.mp.br

Data de recebimento: 07/10/2022

Data de aceitação: 11/10/2022

Data da publicação: 14/11/2022

RESUMO: Neste artigo, pretendeu-se responder à questão se é necessária uma campanha em favor dos direitos da vítima. Procurou-se entender e explicar como determinados assuntos não são devidamente discutidos em seus meios científicos e como essa ausência de atitude pode prejudicar os indivíduos e a sociedade, retirando-lhes uma parte de seus direitos fundamentais. A metodologia adotada baseou-se na pesquisa em normas nacionais e internacionais e na literatura. Concluiu-se que o debate tem sido pouco difundido nas comunidades científicas e na sociedade, ao contrário do que deveria ocorrer. Portanto, faz-se necessária a campanha para auxiliar na propagação desse assunto, para a produção de normas eficazes e para práticas que efetivem o conteúdo das normas. Ainda foi sugerido que seja estimulada a produção científica e literária sobre o tema direito das vítimas.

PALAVRAS-CHAVE: direito das vítimas; direitos humanos; direitos fundamentais.

ENGLISH

TITLE: The rights of the victim: a necessary debate.

ABSTRACT: In this article, it was intended to answer the question whether a campaign in favor of the rights of the victim is necessary. He tried to understand and explain how certain subjects are not properly discussed in his scientific circles and how this lack of attitude can harm individuals and society, taking away a part of their fundamental rights. The methodology adopted was based on research on national and international standards and on the literature. It was concluded that the debate has not been widespread in scientific communities and in society, contrary to what should happen. Therefore, the campaign is necessary to help spread this issue, for the production of effective norms and for practices that materialize the content of the norms. It was also suggested that scientific and literary production on the subject of victims' rights be stimulated.

KEYWORDS: victims' rights; human rights; fundamental rights.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Os direitos da vítima e os direitos fundamentais – 3 Movimento nacional em defesa das vítimas – 4 Resolução CNMP nº 243, de 18 de outubro de 2021 – 5 Projeto de Lei 3890/2020 – 6 Normas internacionais – 6.1 Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder – 6.2 Princípios e diretrizes básicas sobre o direito a recurso e reparação para vítimas de

violações flagrantes das normas internacionais de direitos humanos e de violações graves do Direito Internacional Humanitário – 7 Bons exemplos na legislação brasileira e na jurisprudência – 8 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O Conselho Nacional do Ministério Público e a Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU) lançaram o projeto Movimento Nacional em Defesa dos Direitos das Vítimas, em 28 de junho deste ano, em parceria com o Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais (CNPGE) e a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp).

Espera-se dessa iniciativa que, se tiver continuidade assertiva, promova o debate em torno de um assunto, até então no Brasil, pouco divulgado. Nesse sentido, é cabível o questionamento: “Por que se faz necessária uma campanha em favor dos direitos da vítima?”

Este artigo adota esse questionamento como a pergunta norteadora, para tentar entender e explicar como determinados assuntos não são devidamente discutidos em seus meios científicos; e como essa ausência de atitude pode prejudicar os indivíduos e a sociedade, retirando-lhes uma parte de seus direitos fundamentais.

A metodologia adotada baseia-se na pesquisa em normas legais, na Constituição da República Federativa do Brasil de

1988, em tratados internacionais e em artigos científicos nacionais e estrangeiros.

2 OS DIREITOS DA VÍTIMA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No art. 5º da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), em seu *caput*, encontram-se os principais direitos fundamentais, quais sejam: o direito à vida, o direito à liberdade, o direito à segurança, o direito à propriedade.

Para que esses propósitos constitucionais, entre outros direitos fundamentais, sejam alcançados plenamente, faz-se necessária a atuação do Estado que estabeleça limites individuais em favor do ambiente social saudável. Isso, ao mesmo tempo em que tolhe, em alguma medida, a liberdade individual, em troca reestabelece a liberdade de viver com paz e dignidade a esses mesmos indivíduos, em um processo contínuo de respeito ao coletivo, para a obtenção do respeito próprio.

Assim sendo, o papel do Estado, nessa seara, é cuidar para que os direitos fundamentais de todos, sem distinção, sejam garantidos. Nesse sentido, vários estudos e debates foram criados em torno dos direitos do acusado em um processo. Nada mais justo e correto. Porém, essa mesma preocupação, e na mesma medida, é necessária em relação à vítima, para que seja alcançada a observância e a proteção dos direitos e garantias

fundamentais de forma integral, ninguém fica de fora (PAULINO, 2020, p. 295).

Ao se juntarem os direitos da vítima à mesa-redonda em torno dos direitos do acusado, traz-se à luz, como consequência, também a questão dos direitos da sociedade, pois esta se encontra diretamente ligada aos dois primeiros titulares, uma vez que o ambiente saudável da coletividade depende do comportamento individual de seus integrantes. Dessa forma, a garantia dos direitos fundamentais deve ser assegurada ao acusado, à vítima e à sociedade (PAULINO, 2020, p. 296).

3 MOVIMENTO NACIONAL EM DEFESA DAS VÍTIMAS

Até esta parte deste estudo, apresentaram-se argumentações que demonstram ser viável a conversa franca e ampla em torno do tema direitos da vítima, proporcionalmente aos direitos do acusado e aos direitos da sociedade.

Como ferramenta para propagar esse debate, há o projeto do CNMP, Movimento Nacional em Defesa das Vítimas, que objetiva “proteger e assegurar os direitos das vítimas” em relação à “violência”, ao “ódio”, à “intolerância”, à “insegurança”, à “desigualdade”, à “exploração”. E, ainda, “busca resgatar a dignidade das vítimas de crimes, epidemias,

calamidades públicas, desastres naturais, graves perturbações da ordem social, guerras externas e outras” (CNMP, c2022).

É uma definição bastante abrangente, mas que não pode ser motivo para que o assunto se perca no tempo e no espaço, e o tema principal seja novamente condenado ao esquecimento, sem a devida apreciação por todos na sociedade. A evidência desse debate não pode ser apagada. Por isso, essa iniciativa é tão importante, porque ela permite a publicidade de um assunto que já deveria estar sendo amplamente divulgado.

Segundo a professora da Escola de Criminologia (School of Criminology), da Universidade de Montreal (Canadá), Jo-Anne Wemmers (2012, p. 72) – citando Brienen e Hoegen, 2000; Young, 2005; Wemmers e Cyr, 2006; David e Mulford, 2008 –, embora haja um avanço em termos de desenvolvimento nacional (em relação ao país da autora) e internacional, as vítimas continuam à margem do sistema de justiça criminal, pois as leis criminais consideram as vítimas, primariamente, como testemunhas de crimes contra o Estado. Nesse sentido, o papel que caberia à vítima, inicialmente, seria o de contar ao representante estatal o crime do qual foi vítima.

Isso é necessário ao bom andamento dos processos? Sem dúvida que sim, mas, ao mesmo tempo, “as vítimas são tratadas

como objetos e usadas pelos atores legais para avançar em seus casos” (WEMMERS, 2012, p. 72, tradução livre)¹.

Mais adiante, Wemmers (2012, p. 72) faz a observação de que os crimes contra as vítimas constituem violação aos seus direitos humanos, bem como atos contra o Estado, o que vai ao encontro do que foi explanado na Seção 2 desta pesquisa e confirma a justeza da linha de pensamento traçada até o momento.

Em sequência, foram escolhidas algumas normas sobre o assunto, para análise e conexão com o tema deste estudo.

4 RESOLUÇÃO CNMP Nº 243, DE 18 DE OUTUBRO DE 2021

O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP, 2021), por meio da Resolução nº 243, de 18 de outubro de 2021, estabeleceu a Política Institucional de Proteção Integral e de Promoção de Direitos e Apoio às Vítimas.

Apesar de este estudo estar concentrado em responder a dúvida: “Por que se faz necessária uma campanha em favor dos direitos da vítima?”, abrem-se, em relação à referida resolução, dois parênteses significativos.

¹ Texto original: “[...] victims are treated as objects and used by legal actors in order to advance their case.”

Primeiro, de suas considerações, todas bem fundamentadas, destaca-se a seguinte:

[...] os postulados constitucionais e tratados internacionais de direitos humanos e de vítimas de criminalidade, ao assegurar a rápida e integral reparação do dano reconhecida nas sentenças condenatórias, referem não apenas ao dano material, mas também aos danos morais. (CNMP, 2021, grifos nossos)

Os trechos destacados na citação acima se fazem relevantes para demonstrar a amplitude de direitos da vítima que podem estar sendo desrespeitados: os direitos humanos, que são bastante diversificados e numerosos; e a morosidade no processo e suas terríveis consequências aos envolvidos, que é uma espécie de violação a direito pouco difundida e esclarecida.

O segundo parêntese é a observação de que essa resolução, no Capítulo I e no Capítulo III, traz um grande leque de possibilidades de direitos fundamentais das vítimas a serem assegurados e alerta às unidades do Ministério Público que estes deverão criar, em seus âmbitos e conforme suas possibilidades, núcleos ou centros de apoio às vítimas.

Assim, tem-se que é primordial o debate em torno dos direitos da vítima, bem como é fundamental que, dessas discussões e teorias provindas do debate instalado, obtenham-se os efeitos práticos, uma vez que o debate inicial tem o seu reconhecido valor, porém as consequências na vida das pessoas,

no dia a dia, é que trarão benefícios realmente efetivos aos indivíduos e à sociedade.

5 PROJETO DE LEI 3890/2020

Encontra-se em tramitação, em regime de urgência, na Câmara dos Deputados (2020), o PL 3890/2020, que institui o Estatuto da Vítima e dispõe sobre “as vítimas de crimes, desastres naturais e epidemias independentemente da sua nacionalidade e vulnerabilidade individual ou social”.

Esse projeto, após explicar o conceito de vítima que foi determinado pelos seus autores, determina que os ditames expressos nessa norma também se aplicam às “vítimas indiretas, no caso de morte ou de desaparecimento” que forem causados diretamente “por um crime ou calamidade pública”, a menos que essas vítimas também sejam ou estejam entre os responsáveis pelos fatos.

Aqui, abre-se novo parêntese para reforçar o argumento trazido anteriormente de que os direitos da vítima podem refletir em terceiros. E, dando continuidade ao conceito trazido pelo texto: esses terceiros são “pessoas que possuam relação de afeto ou parentesco até o terceiro grau, desde que convivam, estejam aos seus cuidados ou dependam” da vítima (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2020).

Portanto, encontra-se, neste momento da pesquisa, mais um argumento a favor da ampla propagação do tema direitos da vítima: os terceiros ligados diretamente à vítima.

Porém, o PL 3890/2022, a nosso ver, apresenta o assunto de forma muito sintetizada, principalmente, se for levado em consideração que esse tema é amplo e rico em detalhes. Além disso, não traz as soluções efetivas, reais e práticas para o problema, portanto, não cumpre a função de normatizar a questão, apenas difunde o problema no seio do debate social.

6 NORMAS INTERNACIONAIS

Nesta seção, buscou-se analisar dois documentos emitidos pela Organização das Nações Unidas – ONU, quais sejam: a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na Resolução 40/34, de 29 de novembro de 1985; e os princípios e diretrizes básicas sobre o direito a recurso e reparação para vítimas de violações flagrantes das normas internacionais de direitos humanos e de violações graves do Direito Internacional Humanitário, adotados e proclamados pela Assembleia Geral das Nações Unidas na Resolução 60/147, de 16 de dezembro de 2005.

6.1 Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder

Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na Resolução 40/34, de 29 de novembro de 1985, a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, em seu preâmbulo, traz a informação de que os direitos das vítimas de crimes e de abuso de poder não são devidamente reconhecidos. Em seguida, faz a afirmação de que há a necessidade de adoção, em âmbito nacional e internacional, de medidas para garantir o reconhecimento universal desses direitos (ONU, 1985).

Entre outras recomendações, essa declaração solicita aos estados-membros que tomem medidas para efetivar as disposições propostas pela declaração, com intuito de reduzir a vitimização, incluindo: o tratamento respeitoso e digno às vítimas, o recebimento de informações sobre o sistema de justiça e seus procedimentos, o direito à proteção à sua segurança física e à sua privacidade (ONU, 1985). Além disso, esse documento “reconhece que essas vítimas, às vezes, precisam de suporte para lidar com o impacto do crime e dá a elas o direito de serem incluídas nos serviços de suporte

adequados”² (ONU, 1985 *apud* WEMMERS, 2012, p. 75, tradução livre).

Esse texto normativo, ao contrário do PL 3890/2020, cumpre os seus propósitos, quais sejam: de trazer à luz o tema direito das vítimas; de divulgar a necessidade de seu debate de forma ampla; e de estabelecer as diretrizes para que os estados-membros transformem em realidade prática os postulados que buscam garantir também a proteção da vítima, como de todos os seres humanos. “Afim de contas, as vítimas também são humanas”³ (WEMMERS, 2012, p. 74, tradução livre).

6.2 Princípios e diretrizes básicas sobre o direito a recurso e reparação para vítimas de violações flagrantes das normas internacionais de direitos humanos e de violações graves do Direito Internacional Humanitário

Adotados e proclamados pela Assembleia Geral das Nações Unidas na Resolução 60/147, de 16 de dezembro de 2005, os princípios e diretrizes básicas sobre o direito a recurso e reparação para vítimas de violações flagrantes das normas internacionais de direitos humanos e de violações graves do Direito Internacional Humanitário, em seu preâmbulo, já reafirma os princípios da Declaração dos Princípios Básicos de

² Texto original: It recognizes that victims sometimes need support in order to deal with the impact of crime and it gives them the right to be referred to adequate support services.

³ Texto original: After all, victims are human too.

Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder de que a vítima deve ser tratada com compaixão e respeito; e o seu acesso à justiça e os mecanismos de reparação devem ser encorajados e respeitados. Além disso, destaca o valor das ações que buscam a agilidade quanto à instituição dos direitos da vítima (ONU, 2005).

Em seguida, do título I ao IV, são especificados os princípios e diretrizes básicas com relação à obrigação de respeitar e de se fazer com que as normas internacionais de direitos humanos e o Direito Internacional Humanitário sejam respeitados. Do título V ao XII, além do conceito de vítimas, são enumeradas ações para garantir à vítima: tratamento humano; segurança e bem-estar físico e psicológico; acesso efetivo à justiça, à reparação adequada e célere do(s) dano(s) sofrido(s); acesso às informações sobre as violações e os mecanismos de reparação; não discriminação; não restrição de direitos (ONU, 2005).

Novamente, há um reforço para que os esforços dos estados-membros sejam dirigidos a todas as frentes de ação, pois eles determinam a ampla divulgação de informações; o conhecimento dos direitos e processos; a conscientização do problema; a obrigatoriedade do cumprimento dos dispositivos; a integração de instituições e pessoas envolvidas. Tudo isso, em harmonia com o tratamento digno, respeitoso e humano à vítima.

7 BONS EXEMPLOS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E NA JURISPRUDÊNCIA

Para equilibrar a pesquisa e garantir isonomia de argumentação, são trazidos alguns exemplos positivos que já se encontram presentes na nossa legislação e na jurisprudência.

O texto da Lei 9.807, de 13 de julho de 1999, traz a preocupação com a vítima que esteja coagida ou ameaçada em virtude de possível colaboração com a investigação ou o processo. Tem-se aqui a vítima que também é testemunha, como bem explanado por Jo-Anne Wemmers (2012, p. 72), e necessita de proteção do Estado.

Nessa lei também são previstos os programas de proteção e as medidas a serem tomadas que levarão em conta: “a gravidade da coação ou da ameaça à integridade física ou psicológica, a dificuldade de preveni-las ou reprimi-las pelos meios convencionais e a sua importância para a produção da prova” (BRASIL, 1999).

Essa medida, visando garantir a proteção de possíveis terceiros ligados ao acontecimento principal, poderá ser estendida “ao cônjuge ou companheiro, ascendentes, descendentes e dependentes que tenham convivência habitual com a vítima” (BRASIL, 1999).

Também na mesma direção, encontra-se o art. 13, alínea i, do Código de Processo Penal Militar (CPPM), que determina

que sejam tomadas as medidas necessárias para a proteção de “testemunhas, peritos ou do ofendido”, quando estes forem coagidos ou ameaçados, e isso lhes tire “a liberdade de depor ou a independência para a realização de perícias ou exames” (BRASIL, 1969).

E, para demonstrar a extensão da relevância do debate em torno dos direitos da vítima, transcreve-se trecho do agravo regimental do STF no recurso extraordinário com agravo 691.285, Minas Gerais, no qual é revelado um momento de alta conscientização por parte da Justiça ao tratar de um crime que, por sua natureza, é extremamente doloroso para a vítima – inclusive na apuração do seu testemunho –, o crime de estupro: “Nos crimes contra a dignidade sexual, as palavras da vítima, se coesas e coerentes, merecem especial atenção, vez que tais delitos são costumeiramente cometidos na clandestinidade” (STF, 2012).

Esse mesmo assunto ganhou repercussão nacional, quando o advogado Cláudio Gastão da Rosa Filho agrediu verbalmente a vítima Mariana Ferrer durante audiência virtual, para apuração de crime de estupro de vulnerável (JUSTIÇA & CIDADANIA, 2020).

Esse fato lamentável serviu para que fosse sancionada a Lei 14.245, de 22 de novembro de 2021, Lei Mariana Ferrer, que altera os textos do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de

1940 (Código Penal); do Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal); e da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), “para coibir a prática de atos atentatórios à dignidade da vítima e de testemunhas e para estabelecer causa de aumento de pena no crime de coação no curso do processo” (BRASIL, 2021).

8 CONCLUSÃO

Esta pesquisa dedicou-se a verificar se se faz necessária uma campanha em favor dos direitos da vítima. Após a busca em normas e na literatura, verificou-se que o debate tem sido pouco difundido nas comunidades científicas e, muito menos, na sociedade, como deveria ocorrer, levando-se em consideração a relevância do tema para todos os envolvidos em violações de direitos humanos. Nesse sentido, campanhas poderão auxiliar na propagação desse assunto, inicialmente, para o conhecimento geral e, em segundo e terceiro planos, para produção de normas eficazes e para práticas que efetivem o conteúdo das normas. A sugestão principal apurada neste estudo é que seja estimulada a produção científica e literária sobre o tema direito das vítimas, considerando também seus reflexos em terceiros e na

coletividade, em equiparação ao que já vindo sendo feito em relação ao direito do acusado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:
https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 2 out. 2022.

BRASIL. *Decreto-Lei 1.002*, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. *Lei 9.807*, de 13 de julho de 1999. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19807.htm. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. *Lei 14.245*, de 22 de novembro de 2021. Altera os Decretos-Leis nos 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), para coibir a prática de atos atentatórios à dignidade da vítima e de testemunhas e para estabelecer causa de aumento de pena no

crime de coação no curso do processo (Lei Mariana Ferrer). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14245.htm. Acesso em: 10 out. 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei 3890/2020*. Institui o Estatuto da Vítima. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0xujopm99xgb319zh181d3fh6125609.node0?codteor=1915623&filename=PL+3890/2020. Acesso em: 30 set. 2022.

CNMP. *Movimento nacional em defesa das vítimas*. c2022. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/defesadasvittimas/>. Acesso em: 4 out. 2022.

CNMP. *Resolução 243*, de 18 de outubro de 2021. Dispõe sobre a Política Institucional de Proteção Integral e de Promoção de Direitos e Apoio às Vítimas. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/2021/Resolucao-n-243-2021.pdf>. Acesso em: 5 out. 2022.

OAB apura conduta do advogado que humilhou Mariana Ferrer. *Justiça & Cidadania*, 11 nov. 2020. Disponível em: <https://www.editorajc.com.br/oab-apura-conduta-do-advogado-que-humilhou-mariana-ferrer/>. Acesso em: 10 out. 2022.

ONU. Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder. *Resolução 40/34 da Assembleia Geral das Nações Unidas*, de 29 de novembro de 1985. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/pfdc/temas/legislacao/internacional/declaracao-dos-principios-basicos-de-justica-relativos-as-vitimas-da-criminalidade-e-de-abuso-de-poder>. Acesso em: 3 out. 2022.

ONU. Princípios e diretrizes básicas sobre o direito a recurso e reparação para vítimas de violações flagrantes das normas

internacionais de direitos humanos e de violações graves do Direito Internacional Humanitário. *Resolução 60/147 da Assembleia Geral das Nações Unidas*, de 16 de dezembro de 2005. Disponível em:

<https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/diretrizes-recursoreparacao.pdf>. Acesso em: 2 out. 2022.

PAULINO, Galtiênio da Cruz. Os direitos das vítimas e da sociedade e os fins da pena. *In: Direitos fundamentais em processo: Estudos em comemoração aos 20 anos da Escola Superior do Ministério Público da União*. Paulo Gustavo Gonet Branco, Manoel Jorge e Silva Neto, Helena Mercês Claret da Mota, Cristina Rasia Montenegro, Carlos Vinícius Alves Ribeiro (orgs.). Brasília: ESMPU, 2020, 848 p.

STF. *Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo 691.285* – Minas Gerais. 11 dez. 2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3402861>. Acesso em: 10 out. 2022.

WEMMERS, Jo-Anne. Victims Rights are Human Rights: The Importance of Recognizing Victims as Persons. *Temida*, June 2012, ISSN: 1450-6637. Disponível em: https://crcvc.ca/wp-content/uploads/2021/09/Wemmers__Victims-rights-are-human-rights2012.pdf. Acesso em: 5 out. 2022.

Considerações sobre o crime militar de violação de sigilo funcional enquanto norma penal em branco

Leonardo Cardoso de Castro Dickinson

Pós-graduando em Direito Militar pela Escola Mineira de Direito. Advogado Criminalista. Membro da Comissão de Direito Militar da OAB/RJ.

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0640021428384239>

E-mail: leonardo@dickinsonadvogados.com

Data de recebimento: 08/08/2022

Data de aceitação: 11/10/2022

Data da publicação: 14/11/2022

RESUMO: O presente artigo explora, por meio de pesquisa bibliográfica e nas normas vigentes, as particularidades do crime militar de violação ao sigilo funcional (Art. 326 CPM), notadamente, enquanto norma penal em branco, além de trazer questões específicas acerca da Doutrina Nacional de Inteligência de Segurança Pública – DNISP (Decreto 7.845/2012) – enquanto complementar e essencial à conduta em comento. Em conclusão, entendeu-se perfeitamente razoável a aplicação da Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011, complementada pelo Decreto nº. 7.845, de 14 de novembro de 2012, como normas essenciais à hermenêutica do tipo penal militar de violação ao sigilo funcional. Também ficou claro que a avaliação do Art. 326 do Código Penal Militar, sob o prisma das supracitadas

normas, traz maior segurança jurídica e eficiência ao exercício da Justiça Militar, sendo certo que esses objetivos são essenciais à contínua prestação jurisdicional razoável no estado democrático de direito.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Militar; Processo Penal Militar; crime militar; violação de sigilo funcional.

ENGLISH

TITLE: Considerations on the military crime of violation of functional secrecy as a blank criminal norm.

ABSTRACT: This article explores the particularities of the military crime of violation of functional secrecy (Art. 326 CPM), notably, as a blank criminal norm, in addition to bringing specific questions about the National Doctrine of Public Security Intelligence – DNISP (Decree 7.845/2012) – as complementary and essential to the conduct in question. In conclusion, it is reasonable to apply Law 12,527, of November 18, 2011, complemented by Decree no. 7,845, of November 14, 2012, as essential norms for the hermeneutics of the military criminal type of violation of functional secrecy. It was also clear that the assessment of Art. 326 of the Military Penal Code, under the prism of the aforementioned norms, promotes greater legal certainty and efficiency to the exercise of Military Justice, since these objectives are essential to the continuous reasonable jurisdictional provision in the democratic state of law.

KEYWORDS: Military Law; Military Criminal Procedure; military crime; violation of functional secrecy.

SUMÁRIO

1 Introdução: Questões preliminares sobre o crime militar de violação de sigilo funcional – 2 O crime de violação de sigilo funcional e a norma penal em branco – 3 A histórica problemática quanto ao conceito de “sigilo” – 4 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO: QUESTÕES PRELIMINARES SOBRE O CRIME MILITAR DE VIOLAÇÃO DE SIGILO FUNCIONAL

O crime de violação de sigilo funcional, previsto no art. 326 do Código Penal Militar, consiste em revelar fato de que tem ciência em razão do cargo ou função e que deva permanecer em segredo, ou, ainda, facilitar-lhe a revelação, desde que demonstrado prejuízo à administração militar.

Desta feita, o crime em questão versa sobre a traição da confiança atribuída ao servidor público pela administração militar, no resguardo de informação que deveria manter reservada, fazendo parte do capítulo dos crimes contra o dever funcional.

Rememora-se que, entre as funções constitucionais das Forças Armadas, encontra-se a proteção à pátria nacional, à garantia dos poderes e da lei e da ordem, o que, necessariamente, implica no acesso a informações reservadas, que, caso sejam disseminadas de forma irresponsável, podem

criar dificuldades ao cumprimento da missão contida na Carta Magna, nos termos do seu Art. 142.

Por outro lado, o crime em comento traz questões peculiares a justificar maior análise desse tipo penal, à luz da hierarquia e da disciplina necessárias às condutas dos membros das Forças Armadas ou das Forças Auxiliares, que, não raras vezes, encontram-se adstritas a questões de inteligência.

Outrossim, a essência da função militar, em alguma proporção, traz uma interpretação contraintuitiva do dispositivo penal supracitado, uma vez que, na prática militar, verifica-se que o acesso à informações não deriva, exclusivamente, da patente do servidor, mas sim do setor a qual está alocado na Organização Militar a que faz parte, podendo ter acesso a informações extremamente específicas, ainda que não seja oficial.

De tal forma, busca-se colaborar com o debate atinente ao estudo dos crimes militares, sobretudo quando comparados à contraparte contida no Código Penal Comum, em razão do critério de especialidade dos primeiros em detrimento desta última.

2 O CRIME DE VIOLAÇÃO DE SIGILO FUNCIONAL E A NORMA PENAL EM BRANCO

O Art. 1º do Código Penal Militar determina que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Trata-se do Princípio da Legalidade, com equivalências no Código Penal Comum e na Constituição Federal.

Tomando tal questão como premissa, certo é que, para que o referido princípio seja devidamente efetivo, todos os elementos normativos contidos no bojo do tipo penal devem estar devidamente identificados, sob pena de não ser aplicável e, conseqüentemente, ter seus efeitos legais suspensos.

Tal medida não é novidade no ordenamento jurídico. Toma-se como exemplo, a suspensão de eficácia de parte da Lei de Lavagem de Capitais – Lei 9.613/1998 – até a promulgação da Lei de Organização Criminosa – Lei 12.850/2013 – cerca de 15 anos após a edição daquela.

Como se observa, não raras vezes, o tipo penal encontra-se incompleto, sendo necessária a sua complementação em norma distinta, cujo fenômeno é denominado pela doutrina como norma penal em branco.

Neste sentido, colhe-se o posicionamento de Carlos Eduardo Japiassú e Artur de Brito Gueiros (2015, p. 110-111) sobre o tema:

Lei penal em branco (ou incompleta) é aquela cujo preceito primário da norma é formulado de maneira genérica, necessitando ser complementado por outra norma, geralmente de hierarquia inferior. (...). Saliente-se, por outro lado, que, enquanto não expedido o complemento, a norma penal em branco carecerá de efetividade.

No mesmo sentido, o entendimento de Luiz Régis Prado (2010, p. 183) acerca da norma penal em branco:

A lei ou norma penal em branco pode ser conceituada como aquela em que a descrição da conduta punível se mostra lacunosa ou incompleta, necessitando de outro dispositivo legal para a sua integração ou complementação.

Trazendo ao caso concreto, verifica-se que a forma mais adequada em saber se o agente está diante de informação sigilosa será por meio das cautelas previstas em norma específica para tanto – como mencionado em tópico próprio – para que reste incontestado que o militar, sabendo da natureza reservada da informação que guarda consigo, pode acabar por violá-la, traindo a credibilidade que lhe fora depositada pela Administração Militar.

No mesmo sentido, para a Justiça Castrense, a essência do crime de violação de sigilo funcional constitui em uma quebra da relação de confiança entre a Administração Militar e aquele detentor de tal informação, desde que a disseminação desta possa trazer prejuízos concretos às Forças Armadas.

Para tanto, colaciona-se o seguinte aresto do Superior Tribunal Militar (2017):

APELAÇÃO. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. VIOLAÇÃO DE SIGILO FUNCIONAL. ART. 326 DO CPM. MAJORAÇÃO NO QUANTUM DA PENA APLICADA. PROVIDO O RECURSO MINISTERIAL. RECURSO DEFENSIVO. REFORMA DA SENTENÇA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. NEGADO PROVIMENTO. UNÂNIME. In casu, restou demonstrado, pelo farto conjunto de provas colacionadas aos autos, que o militar violou o dever de sigilo com relação às provas que seriam aplicadas aos alunos do Colégio Militar de Recife, ao disponibilizar antecipadamente para os mesmos, por slides, a prova de Física, além de encaminhar as provas de Matemática, Química, História, Biologia e Literatura por e-mail. Para que se caracterize o delito previsto no art. 326 do CPM basta que o agente revele ou venha a facilitar a revelação de um fato cujo sigilo se dê em razão do cargo ou função que exerce, em prejuízo à instituição militar. É justamente o que a tipificação do crime em análise pretende coibir, que o agente quebre a confiança que lhe fora depositada pela Administração Militar. Portanto, a divulgação de uma única prova já seria suficiente para o preenchimento das elementares do tipo penal ínsito no referido art. 326 do CPM. A materialidade delitiva encontra-se bem delineada conforme a farta documentação apensada aos autos, restando correta a condenação operada pelo Juízo a quo. Apelo defensivo que se nega provimento. Unanimidade. A pena aplicada não ultrapassou sequer 1 (um) ano de detenção, ainda que a continuidade delitiva tenha sido reconhecida por 8 (oito) vezes. A majoração da pena-base há de ter como esteio as circunstâncias judiciais, tendo em vista a gravidade dos fatos comprovada. Além do

prejuízo financeiro causado à Administração Militar, houve abalo significativo na credibilidade que o Colégio Militar goza junto aos alunos, aos pais desses alunos, à comunidade local, bem como aos militares e integrantes da caserna, haja vista a disseminação dos fatos via internet e e-mails. Ademais, o péssimo exemplo de quem deveria, na qualidade de professor e formador de opinião, inspirar exemplo impecável de conduta entre seus pares e, particularmente, a seus alunos adolescentes, menores de 18 anos, em fase de desenvolvimento de seu caráter, valores e maturidade, também embasam o aumento da pena. Recurso Ministerial provido. Unanimidade.

Outrossim, convém mencionar a posição de Cezar Roberto Bittencourt (2012, p. 183) acerca do tipo penal análogo, oriundo do código penal comum:

Elemento subjetivo é o dolo, representado pela vontade livre e consciente de revelar segredo de que tem conhecimento em razão de cargo público, tendo consciência de que se trata de fato protegido por sigilo funcional e que o dever funcional lhe impede que o divulgue, ou seja, com conhecimento de todos os elementos constitutivos da descrição típica. É desnecessário, contudo, que o agente tenha consciência de que a revelação é ilegítima, ou seja, sem justa causa.

Em outras palavras, para o referido doutrinador, deve o agente ter consciência de que a informação que pretende disseminar detém caráter sigiloso, o que, por sua vez, presume o resguardo por meio dos cuidados previstos na norma complementar anteriormente mencionada.

De mais a mais, entendeu o Superior Tribunal Militar (2013), no julgamento da Apelação nº. 0000221-50.2011.7.01.0301, que haveria prática de crime por oficial do Exército Brasileiro, ao levar à sua residência pessoal prova da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército – ECEME – tendo seu irmão tido acesso a ela, certo que candidato do exame em questão:

VIOLAÇÃO DE SIGILO FUNCIONAL. CONCURSO DA ECEME. VAZAMENTO DE INFORMAÇÕES SIGILOSAS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. COAUTORIA. POSSIBILIDADE. 1. Incorre em crime de violação de sigilo funcional, previsto no art. 326 do CPM, o militar que, de posse de informações sigilosas a respeito de concurso de carreira militar, em razão do cargo que ocupa, as copia em dispositivo externo de informática (pen drive), levando para sua residência – em total afronta às normas da Administração Militar –, ocasião em que seu irmão, candidato inscrito no referido concurso, acessa e toma ciência das informações sigilosas, visando obter indevida aprovação. 2. A gravidade do crime – que atentou contra uma instituição secular de ensino –, a extensão do dano – materializado na perda da credibilidade do certame –, além do modo de execução, constituem circunstâncias judiciais autorizadoras para a majoração da pena-base, mormente por envolver o Chefe da Seção responsável exatamente por orientar, preparar e conduzir o mencionado concurso militar, o qual habilita os candidatos à assessoria de alto nível em órgãos da Força, bem como à promoção ao generalato. Decisão unânime. 3. Coautoria perfeitamente demonstrada por meio do liame subjetivo envolvendo os acusados, verificada a

partir da forma com que ocorreu o vazamento dessas informações sigilosas. Conjunto indiciário que aponta para a impossibilidade do candidato infrator compreender as informações disponíveis, em curto espaço de tempo, sem a ajuda do facilitador. Decisão por maioria.

Com efeito, ao que pese o supracitado acórdão não mencionar a característica sigilosa do documento disseminado, em termos normativos, entendeu que a conduta em questão se amoldaria à figura típica do Art. 326 do CPM, gerando prejuízo à administração militar, especificamente quanto os critérios de rigor e credibilidade da prova da Escola de Comando e Estado-Maior do Exército – ECEME.

Desta feita, resta demonstrado que o tipo penal em questão visa tutelar a credibilidade da organização militar, bem como a lealdade dos militares que a compõem, trazendo confiança à instituição.

Neste sentido, colhe-se o entendimento de Álvaro Mayrink da Costa (2018, p. 127) acerca do tema, ao comentar sobre o tipo penal análogo no *codex* repressivo, absolutamente aplicável ao crime militar ora analisado:

Cogita-se da criminalização do ato de revelar fato de que o funcionário público tem a ciência *ratione officio* e que deve permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação. O objeto da tutela jurídica é a legalidade da Administração Pública, no que concerne à regularidade e eficiência de seu funcionamento, bem como a fidelidade de seus funcionários em relação a fato que tiveram ciência em razão do

cargo, e que impõe, no interesse da causa pública, manter sigilo.

Contudo, saliente-se também que o próprio Superior Tribunal Militar (2016) já entendeu pela relativização do prejuízo concreto à administração militar, quando averiguada a prática de crime previsto no Art. 326 do CPM, senão vejamos:

APELAÇÃO. DEFESA CONSTITUÍDA. VIOLAÇÃO DE SIGILO FUNCIONAL. ART. 326 DO CPM. CONDENAÇÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA. CONCURSO PÚBLICO. DIVULGAÇÃO DE QUESTÃO CONSTANTE DO EDITAL DO CONCURSO NÃO INSERIDA NO CADERNO DE PROVAS. POTENCIAL LESIVIDADE À ADMINISTRAÇÃO MILITAR. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. DESPROPORCIONALIDADE. APELO PROVIDO PARCIALMENTE. UNANIMIDADE. O crime de violação de sigilo funcional, descrito no art. 326 do CPM, protege do conhecimento de terceiro fato que, por sua natureza, não deva ser de conhecimento geral, exigindo, para sua consumação, que o autor, na condição de agente da Administração, revele o segredo a ele confiado, sob pena de causar dano ou perigo de dano à Administração Militar. Embora não tenha ocorrido prejuízo concreto para a Administração Militar, haja vista que a questão divulgada pelo agente da Administração a terceiro não foi incluída no caderno de provas do concurso público, a conduta perpetrada pelo agente evidenciou a potencialidade lesiva. Além disso, o teor da questão divulgada, por constar do Edital do certame, encontrava-se albergado por cláusula de sigilo. O Princípio da Individualização da Pena permite que o Julgador, dentro dos limites abstratamente cominados pelo legislador, fixe a reprimenda objetivando a

prevenção e a repressão do crime perpetrado, conferindo-lhe, pois, certo grau de discricionariedade em todas as fases da dosimetria da pena. Sendo majoritariamente favoráveis ao Réu as circunstâncias judiciais descritas no art. 69 do CPM, a exasperação da pena-base operada pelo Conselho Julgador de primeiro grau revelou-se desproporcional, na medida em que os autos demonstram que não houve vantagem para a candidata, em detrimento dos outros concorrentes. Apelo defensivo provido parcialmente. Unanimidade.

Por outro lado, existem situações específicas em que, mesmo diante de documento sabidamente sigiloso, pode o militar dispor de tal informação, ainda que de forma mitigada, sem trazer prejuízos à Organização Militar e, conseqüentemente, sem que incorra no delito de violação de sigilo funcional, a exemplo da escusa específica ao advogado que acessa os autos de Inquérito Policial Militar, com fundamento no Art. 16 do Código de Processo Penal Militar.

Ainda quanto às particularidades do crime em comento, menciona Nucci (NUCCI, 2021, p. 483/484) que, “se o funcionário conta o fato sigiloso a quem dele já possui conhecimento, não será consumada a infração penal”, uma vez que não se quebrou o liame de confiança existente entre a administração pública e o agente.

Portanto, a análise do delito militar contido no Art. 326 do CPM decorrerá da junção de elementos objetivos e subjetivos, sendo estes avaliados e verificados no caso concreto,

desde que complementados por regramento próprio, por tratar-se de norma penal em branco.

3 A HISTÓRICA PROBLEMÁTICA QUANTO AO CONCEITO DE “SIGILO”

O delito de violação de sigilo funcional, previsto no Decreto-Lei 1.001, de 21 de outubro de 1969, não encontra tipo penal correspondente em norma anterior, tratando-se, portanto, de inovação legislativa pelos parâmetros adotados à época.

Por sua vez, o conceito de “sigilo” já encontra guarida nas normas pátrias, desde a época do revogado Decreto nº. 27.583 de 14 de dezembro de 1949, editado pelo presidente Enrico Dutra, ocasião em que já havia claro delineamento das informações atinentes à segurança nacional, inclusive, com a devida classificação em relação à sensibilidade da matéria, com a menção de que todo assunto oficial que viesse a requerer sigilo deveria ser classificado em uma das categorias: ultra-secreto, secreto, confidencial e reservado.

Posteriormente, o presidente Castello Branco editou o Decreto nº. 60.417 de 11 de março de 1967, que complementou a matéria, trazendo maior especificidade à nomenclatura anterior, apesar de manter as espécies até então utilizadas pela norma, porém mais bem delineadas de acordo com a sensibilidade da informação a ser zelada.

Ao que pese o supracitado decreto ter sido expressamente revogado, o conceito de cada grau de sigilo pode ser aproveitado para distingui-los dentre si, além de serem didáticos para melhor compreensão do hermeneuta, para tanto, transcreve-se o previsto à época:

Art. 4º Segundo a necessidade do sigilo e quanto à extensão do meio em que pode circular, são quatro os graus de sigilo e as suas correspondentes categorias de classificação: - Ultrassecreto; - Secreto; - Confidencial; - Reservado.

§1º O grau de sigilo ou classificação ULTRASSECRETO é dado aos assuntos que requeiram excepcional grau de segurança e cujo teor ou características só devem ser do conhecimento de pessoas intimamente ligadas ao seu estudo ou manuseio.

§2º O grau de sigilo ou classificação SECRETO é dado aos assuntos que requeiram alto grau de segurança e cujo teor ou características podem ser do conhecimento de pessoas que, sem estarem intimamente ligadas ao estudo ou manuseio, sejam autorizadas a deles tomar conhecimento, funcionalmente.

§3º O grau de sigilo ou classificação CONFIDENCIAL é dado aos assuntos que, embora não requeiram alto grau de segurança, seu conhecimento por pessoa não autorizada pode ser prejudicial a um indivíduo ou entidade ou criar embaraço administrativo.

§4º O grau de sigilo ou classificação RESERVADO é dado aos assuntos que não devam ser do conhecimento do público em geral. (BRASIL, 1967)

Neste particular, pode-se perceber que os sinônimos acima indicados são espécies de “sigilo”, com gradações

classificadas pela sensibilidade da informação ali contida, além das características específicas aos agentes que estariam autorizados a delas conhecer.

Seguindo a linha cronológica, é necessário mencionar que a promulgação da Constituição Federal de 1988 trouxe um certo equilíbrio entre o direito do indivíduo em ter acesso a informações pessoais de seu interesse, desde que resguardadas e protegidas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, como preconiza o seu art. 5º, inciso XXXIII.

Outrossim, o constituinte originário atribuiu ao legislador a elaboração de norma específica para regular a participação do usuário na administração pública direta e indireta, e, em especial, o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, na forma do art. 37, §3º, II, da norma constitucional, o que demonstra, novamente, a preocupação com acesso irrestrito a documentos sensíveis ao Estado brasileiro.

Com isso editou-se a Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011, sendo regulada pela Doutrina Nacional de Inteligência de Segurança Pública – DNISP, positivada pelo Decreto nº. 7.845, de 14 de novembro de 2012, que revogou expressamente o supracitado decreto, tendo como particularidade a supressão da palavra “confidencial”, ao classificar as espécies de sigilo –

sendo mantidas as demais – além de trazer algumas outras inovações referentes ao zelo do portador de informações consideradas sensíveis.

Como exemplo, indicam-se as peculiaridades acerca do procedimento adequado para o acondicionamento dos documentos sensíveis em envelopes duplos, cujo teor da gradação do sigilo será acometido no envelope interior, mas não no exterior, de forma a proteger a informação ali contida, na forma do art. 26 do Decreto nº. 7.845, de 14 de novembro de 2012.

Por sua vez, a Lei 12.527/2011 traz também o rol de autoridades que podem vir a ter acesso a informações classificadas como ultrassecretas, secretas ou reservadas, de forma a trazer o amparo necessário ao seu teor, sendo certo que o indivíduo que não ostenta qualquer dos cargos ali existentes certamente poderá ser responsabilizado, incorrendo em sanções administrativas e criminais.

Ao revés do já exposto, convém mencionar que a prática militar indica as informações de amplo acesso pela alcunha de “ostensivas”, as quais, por sua vez, não denotam qualquer nível de segredo e, por derivação lógica, sua disseminação não tem o condão de causar qualquer prejuízo à Administração Militar.

Em outras palavras, a existência de norma específica indicando o procedimento adequado de armazenamento e

proteção a informações tidas como sigilosas pode levar à conclusão de que determinada informação, à *prima facie*, será classificada como “ostensiva” ou de amplo acesso, a menos que esteja devidamente acondicionada nos termos indicados pela norma supracitada, ou, ao menos, que o agente que recebe a informação tenha ciência de sua obrigação em guardá-la para si.

Tal questão é deveras relevante, uma vez que protege o terceiro que, de boa-fé, recebe informação sensível sem saber sobre sua natureza, não lhe sendo possível presumir o elemento cognitivo do dolo de violar sigilo funcional, desde que ele se limite a receber a informação passivamente, e não a busque nos termos precisos do Art. 326 do Código Penal Militar.

Neste particular, indica-se o entendimento do Superior Tribunal Militar (2014) acerca da matéria:

EMBARGOS INFRINGENTES DO JULGADO (ART. 326 DO CPM). VIOLAÇÃO DE SIGILO FUNCIONAL. CONCURSO DA ESCOLA DE COMANDO E ESTADO-MAIOR DO EXÉRCITO (ECEME). VAZAMENTO DE INFORMAÇÕES SIGILOSAS. TIPICIDADE. COAUTORIA. OCORRÊNCIA. 1. Incorre em crime de violação de sigilo funcional, previsto no art. 326 do CPM, o militar que, de posse de informações sigilosas a respeito de concurso de carreira militar, em razão do cargo que ocupa, as copia em dispositivo externo de informática (pen drive), levando para sua residência – em total afronta às normas da Administração Militar –, ocasião em que seu irmão, candidato inscrito no referido concurso, acessa e toma ciência das informações sigilosas, visando obter indevida aprovação. 2. Coautoria perfeitamente

demonstrada por meio do liame subjetivo envolvendo os acusados, verificada a partir da forma com que ocorreu o vazamento das informações sigilosas. Predomina na doutrina o entendimento sobre a admissão da coautoria, desde que o terceiro não tenha se limitado a receber a revelação, mas ao contrário, conluia-se com o funcionário, ou determina-lhe, instiga-lhe, auxilia-o etc. Decisão por maioria.

Mesmo no âmbito administrativo estatutário, espera-se que o militar seja discreto ao tratar sobre matéria de natureza sigilosa quando fora do ambiente apropriado, tratando-se de questão atinente à ética militar, como preconiza o art. 28, inciso X, da Lei 6.880, de 11 de dezembro de 1980 – Estatuto dos Militares, que ora se transcreve:

Art. 28. O sentimento do dever, o pundonor militar e o decoro da classe impõem, a cada um dos integrantes das Forças Armadas, conduta moral e profissional irrepreensíveis, com a observância dos seguintes preceitos de ética militar:

(...)

X - abster-se de tratar, fora do âmbito apropriado, de matéria sigilosa de qualquer natureza;

Por tais razões, bem como para que se possa garantir efetividade do direito penal militar, sopesado aos valores constitucionais, conclui-se que o crime militar de violação ao sigilo funcional se trata de norma penal em branco, cujo complemento, em regra, deve ser alcançado nas demais normas

infraconstitucionais, tais como as normas anteriormente mencionadas – Lei 12.527/2011 e Decreto nº. 7.845/2012.

4 CONCLUSÃO

Com efeito, o objetivo do presente artigo é contribuir com o debate das particularidades do crime militar de violação de sigilo funcional – ainda pouco explorado pela doutrina – bem como sua classificação como norma penal em branco, além da indicação de possíveis complementos para esta.

Verifica-se, pelo exposto, que o crime militar de violação ao sigilo funcional depende de avaliação prévia da informação indevidamente disseminada, bem como a forma em que tal devassa teria ocorrido no caso concreto, para que seja também verificado o prejuízo concreto à administração militar, além da severidade da conduta do agente delitivo no contexto em que a conduta foi praticada.

Nestes termos, entende-se perfeitamente razoável a aplicação da Lei 12.527, de 18 de novembro de 2011, complementada pelo Decreto nº. 7.845, de 14 de novembro de 2012, como normas essenciais à hermenêutica do tipo penal militar de violação ao sigilo funcional, uma vez que elas trazem as diversas espécies de segredo, sob o prisma da legalidade, além de sua gradativa relevância em relação à sensibilidade da

informação, bem como, ao prejuízo abstrato que possa ser suportado pela administração militar, na hipótese de disseminação indevida do teor sigiloso.

Ademais, tais normas podem ser utilizadas pelos operadores do direito como parâmetros de avaliação do desvalor da conduta atribuída como crime militar, com influência direta na majoração da pena do agente, nas hipóteses de condenação, notadamente pela gravidade concreta do delito, como preconiza o Art. 69 do Código Penal Militar.

Por fim, resta claro que a avaliação do Art. 326 do Código Penal Militar, sob o prisma das supracitadas normas, traz maior segurança jurídica e eficiência ao exercício da Justiça Militar, sendo certo que esses objetivos são essenciais à contínua prestação jurisdicional razoável no estado democrático de direito.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Especial 5 (Dos crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos)*. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

BRASIL. *Decreto nº 27.583, de 14 de dezembro de 1949*. Revogado pelo Decreto nº 60.417, de 1967. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D27583.htm. Acesso em: 15 out. 2022.

BRASIL. *Decreto nº 60.417, de 11 de março de 1967*. Revogado pelo Decreto nº 79.099, de 1977. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D60417.htm. Acesso em: 15 out. 2022.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969*. Código Penal Militar. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm. Acesso em: 15 out. 2022.

BRASIL. *Decreto nº 7.845, de 14 de novembro de 2012*. Regulamenta procedimentos para credenciamento de segurança e tratamento de informação classificada em qualquer grau de sigilo, e dispõe sobre o Núcleo de Segurança e Credenciamento. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7845.htm. Acesso em: 15 out. 2022.

COSTA, Alvaro Mayrink da. *Crimes contra a Administração Pública*. 1. ed. Rio de Janeiro: Ed. Mundo Jurídico, 2018.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; GUEIROS, Artur de Brito. *Curso de Direito Penal – Parte I*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Militar Comentado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito Penal – V. 1 (Parte Geral)*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. *Apelação nº 0000058-38.2016.7.07.0007*, Relator Ministro Marcus Vinicius Oliveira dos Santos, Dje 26/10/2017.

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. *Apelação nº. 0000221-50.2011.7.01.0301*, Relator Ministro Fernando Sérgio Galvão, Dje 02/10/2013.

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. *Apelação nº. 0000059-08.2014.7.03.0103*, Relator Ministro Cleonilson Nicácio Silva, Dje 15/12/2016.

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. *Embargos Infringentes e de Nulidade nº. 0000221-50.2011.7.01.0301*, Relator Ministro Lúcio Mário de Barros Góes, Dje 07/03/2014.

A Polícia Judiciária Militar da União pode deixar de instaurar Inquérito Policial Militar e de lavrar Auto de Prisão em Flagrante com base no princípio da insignificância?

Luciano Moreira Gorrilhas

Especialista em Ciências Penais pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Especialista em Inteligência de Segurança Pública com Direitos Humanos pelo Centro Universitário Newton Paiva, em convênio com a Escola do Ministério Público de Minas Gerais. Curso Superior em Inteligência Estratégica da ESG. Diplomado em Direito Internacional Humanitário pelo International Institute of Humanitarian Law (IHL – Itália).

Procurador de Justiça Militar. Coautor do livro “Polícia Judiciária Militar e seus desafios. Teoria e Prática”. Coautor do livro “A investigação nos crimes militares”. Integrante da Comissão Técnica que elaborou a proposta do Código Penal Militar da República de Angola.

E-mail: Luciano.gorrilhas@mpm.mp.br

Data de recebimento: 05/07/2022

Data de aceitação: 26/09/2022

Data da publicação: 14/11/2022

RESUMO: O presente artigo tem a finalidade de demonstrar que, não obstante entendimentos em contrário por parte de alguns operadores de direito, a lei penal militar estabelece que a aplicação do Princípio da Insignificância, diante de um fato em concreto, é ato privativo do poder judiciário. No mesmo sentido já decidiram o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica. Concluiu-se que o princípio da bagatela, diante de algumas situações, pode e deve ser aplicado pela Justiça Militar da União. Todavia, a Polícia Judiciária Militar da União não possui atribuição nem conhecimento jurídico suficiente para deixar de instaurar Inquérito Policial Militar ou não lavrar um Auto de Prisão em Flagrante com base em fato que, em tese, se apresente com uma roupagem de um crime insignificante.

PALAVRAS-CHAVE: princípio da insignificância; Inquérito Policial Militar; Auto de Prisão em Flagrante; crime insignificante.

ENGLISH

TITLE: Can the Military Judiciary Police of the Union fail to initiate a Military Police Inquiry and issue a Notice of Arrest in Flagrante based on the principle of insignificance?

ABSTRACT: The purpose of this article is to demonstrate that, despite understandings to the contrary on the part of some operators of law, the military criminal law establishes that the application of the Principle of Insignificance, in the face of a concrete fact, is a private act of the judiciary. In the same sense, the Federal Supreme Court and the Superior Court of Justice have already decided. The methodology used was bibliographic research. It was concluded that the trifle principle, in some situations, can and should be applied by the Military Justice of the Union. However, the Military Judiciary Police of the Union

does not have sufficient attribution or legal knowledge to fail to initiate a Military Police Inquiry or not draw up a Notice of Arrest in Flagrante delicto based on a fact that, in theory, presents itself with the guise of an insignificant crime.

KEYWORDS: principle of insignificance; Military Police Investigation; Notice of Arrest in Flagrante; insignificant crime.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Desenvolvimento – 3 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Os órgãos de investigação criminal do Poder Executivo brasileiro são constituídos pela Polícia Federal, Polícia Civil, Polícia Judiciária Militar Estadual (oficiais da Polícia Militar e oficiais do Corpo de Bombeiros) e Polícia Judiciária Militar da União (oficiais das Forças Armadas). Dos aludidos órgãos investigativos, somente os oficiais das Forças Armadas, encarregados de inquérito policial militar (IPM), não possuem formação jurídica. Relativamente à Polícia Judiciária Militar dos estados, vale o registro de que a maioria dos estados da federação exige o diploma de bacharel em direito para o ingresso no quadro de oficiais combatentes da Polícia Militar.

Esses dados, sob nossa ótica, são relevantes tendo em vista que, para o reconhecimento do princípio da bagatela ou

insignificância, há necessidade de conhecimento técnico-jurídico.

O princípio da insignificância ou princípio da bagatela é um instituto de direito penal que, uma vez reconhecido pelo Poder Judiciário, afasta a tipicidade material do fato em virtude de a ofensa ao bem jurídico tutelado ser insignificante.

2 DESENVOLVIMENTO

Sob nosso ponto de vista, o Código Penal Militar (CPM) contemplou expressamente nos dispositivos seguintes o princípio da insignificância quando o infrator é militar:

Lesão levíssima

Art. 209 § 6º No caso de lesões levíssimas, o juiz pode considerar a infração como disciplinar.

Art. 240. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel:

Pena - reclusão, até seis anos.

Furto atenuado.

§ 1º Se o agente é primário e é de pequeno valor a coisa furtada, o juiz pode substituir a pena de reclusão pela de detenção, diminuí-la de um a dois terços, ou considerar a infração como disciplinar. Entende-se pequeno o valor que não exceda a um décimo da quantia mensal do mais alto salário mínimo do país.

Art.253. Nos crimes previstos neste capítulo, aplica-se o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 240. (grifos nossos)

Assim, diante de uma lesão levíssima ou de um furto atenuado, sendo o agente primário, o juiz pode considerar o fato

praticado pelo militar uma infração disciplinar, excluindo assim a tipicidade material da conduta praticada. Note-se que o art. 155, § 2º, do Código Penal Comum (CP), possui redação semelhante no crime de furto, no que diz respeito à primariedade do agente e ao pequeno valor à coisa furtada. Entretanto, o referido dispositivo do CP não pode ser considerado uma configuração expressa do princípio da insignificância, uma vez que a mencionada norma penal, mesmo preenchidas as sobreditas condições, impõe, de forma graduada, sanção penal ao agente que comete um crime de furto atenuado, a qual pode se diversificar em substituição da pena de reclusão pela pena de detenção, diminuição da pena e aplicação da pena multa.

O art. 253 do Código Penal Militar autoriza a aplicação do princípio da insignificância na maioria dos crimes patrimoniais, notadamente no delito de furto, uma vez que os crimes que envolvem violência ou grave ameaça, como o roubo, não comportam o reconhecimento do princípio da bagatela (STJ Resp 1159735/2010).

Todavia, é importante frisar que o legislador conferiu somente ao juiz a competência para aplicação da referida causa de exclusão da tipicidade material. No mesmo contexto de privatividade de ato judicial, registre-se que o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o HC 154949, decidiu que a observância do princípio da insignificância no caso concreto é realizada *a*

posteriori pelo Poder Judiciário que analisará as circunstâncias peculiares de cada caso.

Não obstante, alguns operadores de direito defendem a tese de que a autoridade policial militar pode deixar de instaurar Inquérito Policial Militar (IPM) ou de lavrar Auto de Prisão em Flagrante (APF), adotando o procedimento administrativo mais adequado, diante de fato que retrate, em tese, o princípio da bagatela.

Não se pode perder de vista, como dito alhures, que a Polícia Judiciária Militar da União, diferentemente de outras Polícias Judiciárias, não tem formação jurídica suficiente para avaliar o que se constitui “insignificante” para os efeitos penais. Qual deveria ser a mensuração feita? Somente o valor da *res furtiva*? A profundidade ou a extensão da lesão corporal? Ressalte-se que até mesmo a doutrina e a jurisprudência divergem quanto aos aspectos que devem ser dimensionados para aplicação do princípio da insignificância. Com efeito, uma quantia furtada pode ser insignificante em determinado contexto e em outro não. Tudo depende da situação concreta, como o poder aquisitivo da vítima por exemplo. O furto de uma baioneta de um fuzil militar, de uma munição, bem como algumas peças internas de armamento militar não pode ser considerado insignificante, a despeito de seu pequeno valor patrimonial. Pontue-se que o princípio da insignificância não deve ficar

atrelado somente ao pequeno valor patrimonial do objeto subtraído ou da lesão levíssima provocada. Deve-se perquirir também se a reprovação da conduta foi mínima, levando-se em conta o bem jurídico tutelado. Não se pode olvidar que qualquer crime ocorrido em âmbito militar, ainda que indiretamente, atenta contra os princípios da hierarquia e da disciplina militar. Sublinhe-se que o Superior Tribunal de Justiça, levando em consideração a proteção do bem jurídico tutelado, decidiu que o princípio da insignificância é inaplicável aos crimes contra a Administração Pública (Súmula nº 599).

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em relação à aplicação do princípio da insignificância, leva em consideração os seguintes critérios: o reconhecimento de mínima ofensividade; a inexistência de periculosidade social; o reduzidíssimo grau de reprovabilidade; e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Nesse sentido, o ministro Teori Zavascki destacou em seu voto:

É preciso que o Tribunal tenha presente as consequências jurídicas e sociais que decorrem de um juízo de atipicidade em casos como estes. Negar a tipicidade destas condutas seria afirmar que, do ponto de vista penal, seriam lícitas. O Judiciário não pode, com sua inação, abrir espaço para quem o socorra. É justamente em situações como esta que se deve privilegiar o papel do juiz da causa, a quem cabe avaliar em cada caso concreto a aplicação, em dosagem

adequada, seja do princípio da insignificância, seja do princípio constitucional da individualização da pena. (HC nº 123108, HC nº 123533, HC nº 123734) (grifos nossos)

O Superior Tribunal Militar vem consolidando o entendimento segundo o qual a expressão “pequeno valor” deve ser analisada dentro do contexto social dos militares. A Corte Castrense, nos crimes de furto, ora decide pelo reconhecimento da insignificância, ora nega aplicação ao princípio da bagatela. De acordo com alguns julgados, o furto praticado no ambiente castrense, “apresenta lesividade a valores como a ética, o decoro, a lealdade e camaradagem militares, tão importantes para as Forças Armadas, tendo em vista a relação de confiança que deve existir no ambiente militar”.

Em seus julgados, o Superior Tribunal Militar vem firmando entendimento de que, mesmo nos furtos de pequena monta, a postura do agente, além de atingir o dever de ‘companheirismo’ e ‘legalidade’, os quais são inerentes ao meio castrense, tem grande repercussão na tropa e na manutenção da disciplina militar. Em certo processo os Ministros entenderam que o valor estimado dos bens subtraídos, em R\$ 251,10, não era irrisório, sobretudo se comparado ao soldo de um soldado, sendo inaceitável a invocação, *in casu*, da inexpressividade da lesão jurídica provocada. A Corte também considerou, na Apelação nº 0000055-35.2013.7.12.0012, que o valor de R\$ 321,40 (trezentos e vinte um reais e quarenta centavos) é vultoso

em relação às posses de um Soldado da Aeronáutica. O Superior Tribunal de Justiça, no HC 60949, decidiu que a condição econômica da vítima, assim como o valor sentimental do bem, é um aspecto que deve ser considerado para aplicação do princípio da bagatela.

Em outro giro, uma luta corporal entre dois militares de serviço abala a estrutura da hierarquia e da disciplina militar, mesmo que a lesão decorrente do embate seja levíssima. Não se pode olvidar que, mesmo entre soldados, há aqueles que são considerados mais antigos de caserna e, portanto, dependendo da função que estejam exercendo, ostentam a qualidade de superior hierárquico em relação ao soldado que, por exemplo, durante o curso de formação, obteve classificação inferior. A antiguidade entre militares do mesmo posto ou graduação integra a estrutura hierárquica vertical das Forças Armadas. Nesse sentido, o art. 24 do CPM estabelece: “o militar que, em virtude da função, exerce autoridade sobre outro de igual posto ou graduação, considera-se superior, para efeito de aplicação da lei penal militar”.

Assim, um tapa desferido por um superior hierárquico no rosto de um inferior hierárquico em ambiente militar configura o delito de violência contra inferior e não pode ser considerado insignificante pela Polícia Judiciária Militar, mesmo que a conduta praticada não provoque lesão corporal.

Pontue-se que o delito de violência contra inferior ou violência contra superior se consuma com as simples vias de fato.

Há outros bem jurídicos tutelados, referentes ao serviço e dever militar que, quando violados, não podem deixar de ser apurados por intermédio de IPM com base no princípio da insignificância. A sentinela armada que é surpreendida dormindo em seu posto de serviço, por cinco minutos, deve responder pelo crime de dormir em serviço, uma vez que comprometeu a vigilância e a segurança da OM, não obstante o diminuto lapso temporal de sono. Da mesma forma, o militar armado, que abandona seu posto de serviço de vigilância, por dez minutos, comete o delito de abandono de posto, independentemente do pouco tempo que o posto ficou desguarnecido e vulnerável.

No que diz respeito aos crimes que envolvem a guarda e a posse de drogas, o militar que é surpreendido durante uma revista preventiva com uma bagana de maconha deve ser preso em flagrante, apesar da pequena quantidade de droga apreendida em sua posse. Nesse sentido, o seguinte julgado pelo pleno do STF:

HABEAS CORPUS 103.684 / STF 2010

Ementa: Habeas corpus. Crime militar. Conscrito ou recruta do Exército Brasileiro. Posse de ínfima quantidade de substância entorpecente em recinto sob administração castrense. Inaplicabilidade do postulado da insignificância

penal. Incidência da Lei Civil nº 11.343/2006. Impossibilidade. Resolução do caso pelo critério da especialidade da legislação penal castrense. Ordem denegada.

Voto do relator: A presença de militar sob o efeito de drogas afeta a eficiência das Forças Armadas, além dos valores e princípios da vida na caserna.

Destaquem-se ainda os seguintes trechos constantes na ementa do HC 94685/2011 do STF:

- O Direito Penal Militar pode albergar determinados bens jurídicos que não se confundem com aqueles do Direito Penal Comum;

- O Bem jurídico penal militar tutelado no art. 290, do CPM, não se restringe à saúde do próprio militar, flagrado com determinada quantidade de substância entorpecente, mas sim a tutela da regularidade das instituições militares;

- Inaplicabilidade do princípio da insignificância em relação às hipóteses amoldadas no art. 290, CPM.

Outros aspectos técnico-jurídicos relativos ao princípio da insignificância merecem ser assinalados, tal como a reiteração de condutas criminosas que, em princípio, configura impeditivo para o reconhecimento do princípio da insignificância, conforme decidiu o STJ no AgRg RESP 1616967/2020. A exceção ocorre quando a instância ordinária entender que tal medida é recomendável diante de uma circunstância concreta.

No que diz respeito à habitualidade delitiva específica, o STF decidiu que nesses casos, em regra, não se aplica o princípio da insignificância (HC141440/2018).

Dessa forma, diante de tantas peculiaridades jurídicas que gravitam em torno do princípio da insignificância, nos parece temerário deixar ao alvedrio da Polícia Judiciária Militar da União a decisão de não instaurar IPM e de não lavrar APF, com base no princípio da insignificância, em face de um crime militar.

É de nosso conhecimento o contido na súmula de nº 6 e no enunciado de nº 10, editados, respectivamente, durante 1º Seminário Integrado da Polícia Judiciária da União e do Estado de São Paulo e o 1º Congresso Jurídico dos Delegados de Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, anotado por Ramis (2022, p. 411):

Súmula 6. É lícito ao Delegado de Polícia reconhecer, no instante do indiciamento, ou da deliberação quanto à subsistência da prisão captura em flagrante delito, a incidência de eventual princípio constitucional penal acarretador da atipicidade material, da exclusão de antijuricidade ou da inexigibilidade de conduta diversa.

Enunciado 10. O Delegado de Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro pode, mediante decisão fundamentada, deixar de lavrar prisão em flagrante, justificando o afastamento da tipicidade material com base no princípio da insignificância, sem prejuízo de eventual controle externo.

Sucedem que a Polícia Judiciária Militar da União não é profissionalizada, ao contrário da Polícia Federal e da Polícia Civil. Assim sendo, é comum nas Forças Armadas oficiais médicos, oficiais dentistas e oficiais farmacêuticos conduzirem investigações que apuram crimes militares. Ademais, a maioria das organizações militares não dispõem de assessores jurídicos, notadamente aquelas localizadas em zonas de fronteiras.

Enfatize-se que o supracitado enunciado nº 10 descreve a hipótese de não lavratura de Auto de Prisão em Flagrante com base no princípio da insignificância, sem prejuízo do controle externo. Assim, o aludido enunciado, ao mesmo tempo em que assinala a possibilidade de reconhecimento do princípio da insignificância pela Polícia Judiciária do estado do Rio de Janeiro, grifa que o referido procedimento policial fica sujeito à análise do Ministério Público do estado.

Reitere-se que o princípio da insignificância não deve ser analisado somente pelo viés da aparente inexpressividade da lesão provocada e do prejuízo causado. O grau de reprovabilidade da conduta praticada diante do bem jurídico tutelado deve, de igual modo, ser aferido, bem como a periculosidade social do agente.

3 CONCLUSÃO

Em conclusão, releva-se ponderar que o princípio da bagatela, diante de algumas situações, pode e deve ser aplicado pela Justiça Militar da União. Todavia, entendemos que a Polícia Judiciária Militar da União, pelos motivos expostos, não possui atribuição, tampouco conhecimento jurídico suficiente para deixar de instaurar inquérito policial militar ou não lavrar um Auto de Prisão em Flagrante com base em fato que, em tese, se apresente com uma roupagem de um crime insignificante. Admite-se até que a Polícia Judiciária Militar, ao redigir seu relatório de IPM, possa registrar que o episódio apurado, no seu entender, se constituiu, em tese, em crime de bagatela. Todavia, não pode a autoridade militar apurar o fato, por intermédio de uma sindicância, e arquivá-la sob o fundamento de se tratar de crime insignificante, subtraindo, desse modo, o conhecimento da ocorrência, em tese, delituosa, do membro do Ministério Público Militar e, via de consequência, da Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Militar, bem como do Poder Judiciário.

Por fim, convém ter-se em conta que todo e qualquer fato que configure, em tese, crime de natureza militar não pode, sob qualquer pretexto, ser arquivado pela Polícia

Judiciária Militar da União, sem passar pela apreciação do Ministério Público Militar.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código Penal Militar*. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm.
Acesso em: 5 jul. 2022.

BRASIL. *Código Penal Comum*. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm.
Acesso em: 5 jul. 2022.

GORRILHAS, Luciano Moreira; BRITTO, Cláudia Aguiar Silva. *A investigação nos crimes militares: Aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais*. Casos concretos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2021.

GORRILHAS, Luciano Moreira; BRITTO, Cláudia Aguiar Silva. *Polícia Judiciária e seus desafios*. Aspectos teóricos práticos. Nuria Fabris, 2016.

RAMIS, Cássius Antônio Barbosa. Do reconhecimento do princípio da insignificância pela autoridade policial judiciária militar. *Revista do Ministério Público Militar – Ano XLVII – Edição n. 37 – maio de 2022*, p. 411. Disponível em:
<https://revista.mpm.mp.br/artigos/?idedicao=37>. Acesso em: 5 jul. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *AgRg RESP 1616967/2020*. Disponível em:
<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=201903333427&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 5 jul. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *HC 60949/2006*. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8795450/habeas-corporus-hc-60949-pe-2006-0127321-1/inteiro-teor-13872512>. Acesso em: 5 jul. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Súmula nº 599*. Disponível em: https://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Sumula_599_2017_CEL.pdf. Acesso em: 5 jul. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. *Apelação 0000055-35-2013.7.12.0012*. Data de Autuação: 25/04/2017. Disponível em: https://processos.stm.jus.br/consulta.php?search_input=0000055-35-2013.&search_input=&search_filter_option=feitos&q=0000055-35-2013.&q_or=0000055-35-2013.&search_filter=numero. Acesso em: 5 jul. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC 123108*. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10175198>. Acesso em: 5 jul. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC 123533*. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10288670>. Acesso em: 5 jul. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC 123734*. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10179638>. Acesso em: 5 jul. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC 103684*. 2010. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19736695/habeas-corporus-hc-103684-df/inteiro-teor-104522979>. Acesso em: 5 jul. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC 94685*. 2011. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19736429/habeas-corporus-hc-94685-ce>. Acesso em: 5 jul. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HC 141440*. 2018. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768162464/agreg-no-habeas-corpus-agr-hc-141440-mg-minas-gerais-0002203-5020171000000/inteiro-teor-768162472>. Acesso em: 5 jul. 2022.

Efetivação da jurisdição do Tribunal Penal Internacional como fator de proteção de direitos humanos

Leda Maria Portela de Moura

Pós-Graduada em Direito pela Fundação Escola Superior do MPDFT, com Especialização em Ordem Jurídica e Ministério Público. Especialista em Direito Constitucional. Especialista em Direito Legislativo. Bacharel em Direito. Analista de Gestão Pública do Ministério Público da União (MPU)

E-mail: leda.moura@mpm.mp.br

Data de recebimento: 26/08/2022

Data de aceitação: 11/10/2022

Data da publicação: 14/11/2022

RESUMO: Este artigo, realizado mediante pesquisa teórica em fontes doutrinária e jurisprudencial, utilizando o método dedutivo, versa acerca da efetivação da jurisdição do Tribunal Penal Internacional (TPI) como fator de efetivação de direitos humanos e de proteção da dignidade da pessoa humana. Nesta oportunidade será estudada, no primeiro momento, a existência de inter-relação entre direitos humanos, direitos fundamentais, direito internacional humanitário e o TPI. Na sequência, o foco será a atuação do TPI na proteção dos direitos humanos e, por fim, a temática será a efetivação da jurisdição do TPI no Brasil na proteção de direitos humanos. Em conclusão, verificou-se a

urgência da aprovação do projeto de lei de incorporação do Estatuto de Roma ao ordenamento jurídico interno, de modo a prover os atores nacionais de instrumentos no ordenamento jurídico, norteadores de sua atuação à frente da eventual demanda advinda do compromisso internacional de submissão à jurisdição do TPI, mormente para efetivar a preservação e a proteção da dignidade da pessoa humana, que se configura na razão de ser dos próprios direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal Penal Internacional; proteção de direitos humanos; dignidade da pessoa humana; jurisdição do TPI no Brasil.

ENGLISH

TITLE: Effectiveness of the jurisdiction of the International Criminal Court as a factor for the protection of human rights.

ABSTRACT: This article, carried out through theoretical doctrinal and jurisprudential research, using the deductive reasoning, deals with the effectiveness of the jurisdiction of the International Criminal Court (ICC) as a factor for the realization of human rights and protection of the dignity of the human person. In this opportunity, the existence of the interrelationship between human rights, fundamental rights, international humanitarian law and the ICC will be studied, at first. Subsequently, the focus will be on the ICC's role in the protection of human rights and, finally, the theme will be the effectiveness of the ICC's jurisdiction in Brazil in protecting human rights. In conclusion, it was verified the urgency of approving the bill to incorporate the Rome Statute into the domestic legal system, in order to provide national actors with instruments in the legal system, guiding their actions in the face of any demand arising from the international commitment of submission to the jurisdiction of the ICC, mainly to effect the

preservation and protection of the dignity of the human person, which is configured reason for being of human rights.

KEYWORDS: International Criminal Court; protection of human rights; dignity of human person; jurisdiction of the ICC in Brazil.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Direitos humanos, direitos fundamentais e direito internacional humanitário: distinções, semelhanças e a estreita relação com o TPI – 2.1 Dos Direitos Humanos – 2.2 Dos Direitos Fundamentais – 2.3 Do Direito Internacional Humanitário – 3 Da atuação do TPI como fator de proteção de direitos humanos – 3.1 Antecedentes históricos do TPI – 3.2 Origem, características e objetivo do TPI – 3.3 Princípios orientadores do TPI – 3.3.1 Princípio da personalidade – 3.3.2 Princípio da irrelevância da qualidade oficial – 3.3.3 Princípio do juiz natural – 3.3.4 Princípio da legalidade – 3.3.5 Princípio da imprescritibilidade – 3.3.6 Princípio da complementaridade – 3.3.7 Princípio do *ne bis in idem* – 3.4 Atuação efetiva do TPI na proteção dos direitos humanos – 4 Da efetivação da jurisdição do TPI no Brasil na proteção de direitos humanos – 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

No mundo globalizado, em que os Estados soberanos procuram se integrar mediante celebração de tratados e convenções internacionais, não raras vezes buscam cooperação

entre si para proteção de direitos humanos, bem como para punição de eventuais violadores desses direitos.

Todavia, para que essa cooperação se efetive e os direitos humanos sejam de fato protegidos, é necessário que os Estados soberanos implementem as medidas a que se comprometeram ao aderir aos mencionados Tratados.

Neste estudo, realizado mediante pesquisa teórica em fontes doutrinária e jurisprudencial, utilizando o método dedutivo, será investigado se o Brasil tem cumprido essa incumbência em relação especificamente ao Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI).

Na oportunidade, perscrutar-se-á no primeiro capítulo quanto à existência de inter-relação entre direitos humanos, direitos fundamentais, direito internacional humanitário e o TPI; já no segundo capítulo, o foco será estudar o TPI e sua atuação na proteção dos direitos humanos; por fim, no terceiro capítulo a temática será a efetivação da jurisdição do TPI no Brasil na proteção de direitos humanos.

2 DIREITOS HUMANOS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO: DISTINÇÕES, SEMELHANÇAS E A ESTREITA RELAÇÃO COM O TPI

No decorrer da história da humanidade, não raras vezes o ser humano foi tratado, por outros seres humanos, de forma

indevida, com absoluto desrespeito a sua dignidade, em episódios de massivas violações de direitos. E exatamente como forma de mitigar ou evitar tais violações é que o próprio ser humano começou a criar mecanismos de reconhecimento de direitos inerentes a todas as pessoas.

Nesse caminhar é que se desenvolveram estudos, doutrinas e sistemas de proteção da pessoa humana e de valorização da sua dignidade, sendo nominadas de formas diversas, a depender do âmbito e das circunstâncias de aplicação de suas diretrizes, surgindo daí expressões como Direitos Humanos, Direitos Fundamentais, Direito Internacional Humanitário (DIH), dentre outros.

Para os objetivos deste estudo interessa conhecer a relação entre Direitos Humanos, Direitos Fundamentais e Direito Internacional Humanitário, perscrutando, ainda, a existência de relação com o Tribunal Penal Internacional.

Preliminarmente, convém definir cada termo, bem como apontar em que consiste sua finalidade e, ainda, a eventual existência de características convergentes ou divergentes entre eles.

2.1 Dos Direitos Humanos

Iniciando pelos Direitos Humanos, sua conceituação tradicional, conforme Lépure (2020, p. 28), indica que se trata de direitos inerentes à condição humana da pessoa e englobam os aspectos indispensáveis e essenciais para uma vida digna, sendo que sua titularidade decorre do só fato de a pessoa existir, não comportando qualquer tipo de distinção ou discriminação, encontrando-se previstos especialmente em documentos internacionais.

Do conceito acima delineado, é possível inferir que os direitos humanos existem para proteger os direitos mais importantes da pessoa humana, como liberdade, igualdade, dignidade, visto que esses, entre outros, é que lastreiam uma vida digna, ou seja, a própria dignidade humana como um valor irrenunciável e que deve ser protegida das sistemáticas violações que a história tem narrado.

No mesmo sentido, Artur Gueiros Souza (2004, p. 3) ensina que podemos entender a expressão direitos humanos como sendo o conjunto de normas que estabelece os direitos que os seres humanos possuem para o desenvolvimento de sua personalidade, bem como os mecanismos de proteção a tais direitos.

E, para que se concretize uma verdadeira cultura de respeito e implementação dos direitos humanos, é

imprescindível que a dignidade de cada indivíduo seja respeitada e promovida, não só no plano ideal ou imaginário, mas efetivada pelos Estados tanto promovendo e protegendo, como também investigando, condenando e reparando as violações já ocorridas, assim como evitando que novas violações voltem a ocorrer.

Conforme pondera Najla Nassif Palma (2019b), renomada jurista do DIH, os direitos humanos são valores universais firmados por meio de compromissos internacionais e configuram matéria de Estado, não de governo.

Nesse sentido, resta clara a necessidade de que todo o ordenamento jurídico do Estado seja interpretado e aplicado de conformidade com o que os direitos humanos preceituam, sempre visando a assegurar a proteção da dignidade humana, a qual é o ponto de partida e o pressuposto para atingir os demais direitos, o que Hannah Arendt (1989, p. 332) denominou de “o direito a ter direitos”.

2.2 Dos Direitos Fundamentais

A doutrina costuma apresentar duas grandes distinções entre os direitos fundamentais e os direitos humanos, sendo uma relacionada ao local de previsão normativa e a outra referente à exigibilidade do direito.

No que se refere ao local de previsão normativa, a doutrina ensina que os direitos humanos encontram-se dispostos em normas internacionais, enquanto os direitos fundamentais encontram-se positivados no direito interno de um Estado, geralmente em sua constituição.

Já em relação à segunda distinção apontada, qual seja a exigibilidade, a doutrina aponta que os direitos humanos não seriam exigíveis internamente, considerando a sua matriz internacional, ao passo que os direitos fundamentais, por serem positivados internamente, seriam dotados de maior força de exigibilidade, inclusive podendo ter sua efetivação cobrada judicialmente.

Todavia, mesmo diante dessas distinções essenciais, é possível encontrar muitos pontos de convergências entre direitos humanos e direitos fundamentais, principalmente ao se cotejar a previsão de proteção de direitos essenciais tanto no plano interno quanto no plano internacional, a exemplo do direito à vida, acesso à justiça, direito à liberdade, direito à igualdade, à propriedade, à educação, ao meio ambiente equilibrado, dentre outros, os quais se encontram previstos concomitantemente na Constituição Federal de 1988 e em documentos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), a Convenção Americana de

Direitos Humanos (CADH) e o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP), dentre outros.

Da mesma forma, no que diz respeito à pretensa distinção quanto à exigibilidade, é sabido que a proteção internacional dos direitos humanos também conta com instrumentos para compelir os Estados a respeitarem as normas internacionais, assim como os direitos fundamentais contam com a proteção do direito interno.

Tal constatação é corroborada na lição de André de Carvalho Ramos (2017, p. 54), ao lecionar que “a antiga separação entre direitos humanos e direitos fundamentais, no tocante aos instrumentos de proteção, fica diluída, pois os direitos humanos também passaram a contar com a proteção judicial.”

No mesmo sentido, Lépore (2020, p. 33) afirma que a própria Constituição da República igualmente consagra a aproximação entre as normas nacionais e internacionais de proteção e promoção à dignidade humana, como se pode extrair da leitura dos §§ 2º e 3º do artigo 5º, explicitando que vários dos direitos previstos nacionalmente foram também previstos internacionalmente, uma vez que os direitos fundamentais espelham os direitos humanos.

Em outro giro, Anderson Santos da Silva (2018, p.32) ensina que do ponto de vista do direito positivo pátrio,

aparentemente a Constituição Federal de 1988 realiza distinção efetiva entre os termos, já que aplica o termo direitos humanos, quando trata dos princípios norteadores das relações internacionais (art. 4º, II), e o termo direitos fundamentais quando trata do rol de direitos essenciais do cidadão (Título II).

O mesmo autor, citando Gilmar Ferreira Mendes (2008), ensina que o termo Direitos Humanos é utilizado para aqueles direitos mais importantes do indivíduo no âmbito internacional, positivados nas declarações e tratados internacionais, enquanto o termo direitos fundamentais tem sido utilizado para os direitos essenciais do indivíduo no âmbito interno, positivados nas Constituições ou em determinada norma constitucional.

Já na reflexão de Najla Nassif Palma (2019b), o maior desafio dos direitos humanos permanece sendo a indispensável conscientização dos Estados sobre a inafastável necessidade de fazer valer os direitos fundamentais de todo e qualquer ser humano.

Nessa toada, não obstante essa distinção meramente formal, é possível inferir que os direitos fundamentais, do mesmo modo que os direitos humanos, buscam promover e dar suporte e proteção à dignidade da pessoa humana, constituindo-se esta em valor intrínseco de ambos os tipos de direitos.

2.3 Do Direito Internacional Humanitário

O Direito Internacional Humanitário (DIH) é um braço do Direito Internacional que se consubstancia, segundo Léopore (2020, p. 222), no conjunto de normas aplicáveis aos combatentes em conflitos armados internacionais ou internos, ancorando-se em razões humanitárias com a finalidade de limitar os métodos usados na guerra, bem como promover a proteção das pessoas afetadas pelo conflito, a saber: as vítimas. É também chamado de Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA), apesar de a doutrina considerar que a terminologia Direito Internacional Humanitário evidencia melhor as preocupações de ordem moral e humanitária que lhe dão suporte.

Essa proteção internacional nas situações de conflitos armados arrima-se em determinados princípios, dentre os quais, conforme leciona SILVA (2018, p. 292), destacam-se o princípio da humanidade, pelo qual a dignidade da pessoa humana deve ser preservada mesmo em situações de guerra; já o princípio da necessidade prescreve que as ações militares devem ser aplicadas somente se contribuírem para alcançar o objetivo militar envolvido; e o princípio da proporcionalidade, que objetiva limitar os meios e métodos de guerra, de modo a coibir

prejuízos e sofrimentos maiores que os ganhos militares resultantes da ação.

Assim, já é possível inferir que o objetivo essencial do DIH é limitar os efeitos negativos da guerra, evitando danos inúteis ou desnecessários, resguardando a integridade de pessoas e de bens, e, para tanto, o DIH esteia-se em três categorias de normas, as quais se distinguem de acordo com o objeto principal da proteção almejada, a saber: Direito de Genebra, que foca na proteção das vítimas nos conflitos armados, sejam civis ou militares; Direito de Haia, que se incumbem de regulamentar os métodos e meios empregados nos conflitos armados; e, por fim, o Direito de Nova Iorque, que normatiza a atuação da ONU em situações de guerras, com especial destaque para a tutela dos direitos humanos e para a limitação armamentista.

Ao conjunto dessas regras denominou-se *jus in bello* (direito na guerra), que é bem diferente do *jus ad bello* (direito à guerra), pois a guerra não é um recurso lícito dos Estados, somente se permitindo em situações excepcionais, como em legítima defesa ou em casos devidamente autorizadas pelo Conselho de Segurança da ONU.

Conforme ensina Najla Palma (2019a), dentre as obrigações positivas de respeitar o DIH, desde o tempo de paz, está a obrigação de tomar todas as medidas necessárias para cumprir seus preceitos dentro de sua esfera de jurisdição,

incluindo uma gama de medidas de prevenção, supervisão e punição, bem como a necessidade de adaptação da legislação interna para incluir, como crimes de guerra, as graves violações do *ius in bello*.

Ainda nas palavras de Palma (2016), os Estados também têm o dever de divulgar e difundir o DIH, pois se trata de uma forma de prevenção, considerando que o conhecimento das regras do *ius in bello* resulta em uma maior probabilidade de respeito destas em caso de conflitos armados, inclusive na tentativa de “humanizar” os seus efeitos devastadores, protegendo-se quem não participa ou não participa mais das hostilidades e restringindo-se meios e métodos de combate, sendo este o nobre, ambicioso e desafiador objetivo do Direito Internacional Humanitário (DIH).

Nessa evolução, o DIH também tem se dedicado a buscar a punição dos autores de violações de suas regras, os chamados criminosos de guerra, constituindo essa etapa o chamado *jus post bello*, que é especialmente importante para a atuação do Tribunal Penal Internacional na proteção dos direitos humanos, como será mais bem explanado no próximo capítulo.

Não por acaso, a doutrina (SILVA, 2018, p. 37) tem afirmado que o Direito Internacional Humanitário, apesar de agir em contexto específico, qual seja, os conflitos armados, também é aplicável em tempos de paz, mormente em razão da

necessidade de preparação para o conflito, com divulgação do conhecimento do DIH para as forças armadas e para a população civil, com a sinalização dos bens protegidos e com a criação de estruturas oficiais de informações e sociedades de auxílio aos prisioneiros de guerra.

Assim, é possível inferir que na sua essência o DIH visa a resguardar a dignidade da pessoa humana, sendo esse o ponto forte de convergência com os Direitos Humanos, com os Direitos Fundamentais e com o próprio Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI), como será delineado na sequência deste estudo.

3 DA ATUAÇÃO DO TPI COMO FATOR DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Inicialmente, antes de adentrar no estudo da atuação do TPI, é necessário conhecer seus antecedentes históricos, sua origem, suas características, seus princípios regentes, seus objetivos.

3.1 Antecedentes históricos do TPI

É sabido que originalmente a proteção internacional dos direitos humanos visava somente à responsabilização dos Estados por graves violações de direitos humanos.

Todavia, com o advento da Segunda Guerra Mundial, constatou-se que as violações graves e massivas de direitos humanos se convolvavam em verdadeiros crimes internacionais, revelando-se imperiosa a responsabilização internacional de indivíduos, imputando punição àqueles que praticaram atos criminosos repulsivos e inaceitáveis contra a dignidade humana, mesmo que atuando em nome do Estado Alemão nazista.

A título de resposta às graves condutas criminosas perpetradas pelos nazistas, criou-se o Tribunal de Nuremberg, que representou o início da responsabilização criminal internacional de indivíduos, uma vez que tinha a finalidade de julgar os grandes criminosos de guerra do Eixo Europeu, que praticaram ou colaboraram com as práticas criminosas nazistas.

O Tribunal de Nuremberg foi um Tribunal Internacional Militar constituído pelos países vencedores da guerra (Reino Unido, Estados Unidos, União Soviética e França), sendo seus juízes os acusadores e os defensores indicados por tais países.

Exatamente por essa característica de formação altamente política, em que vencedores julgaram vencidos, e por ter se constituído em tribunal de exceção (criado após os fatos e para julgar crimes específicos), o Tribunal recebeu críticas significativas, como bem leciona Flávia Piovesan, afirmando que o Tribunal de Nuremberg foi criticado por ter sido constituído após o cometimento dos crimes, por ter aplicado

retroativamente leis penais, e por ter se caracterizado como um “tribunal dos vencedores”, voltado à retribuição.

Contudo, teve como pontos positivos apontados pela doutrina (LÉPORE, 2020) o fato de consolidar a ideia de necessária limitação da soberania nacional e de reconhecer que os indivíduos têm personalidade jurídica internacional, contraindo direitos e obrigações.

De outro lado, ainda no contexto da Segunda Guerra Mundial, foi criado o Tribunal de Tóquio, com o objetivo de julgar os crimes de guerra e contra a humanidade praticados pelas autoridades políticas e militares do Japão, tendo recebido as mesmas críticas por ser considerado um tribunal de exceção.

Por fim, já no contexto de conflitos armados internos, foram criados, por determinação do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (ONU), os Tribunais Penais da Ex-Iugoslávia e de Ruanda. Ambos foram tribunais *ad hoc*, criados após os fatos e para julgar pessoas e crimes específicos, mas reconhecidamente contribuíram para a proteção internacional de direitos humanos, garantindo a preponderância da jurisdição internacional sobre a jurisdição interna ao julgar graves violações de direitos humanos, em especial o genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, todos ocorridos naqueles países na década de 90.

3.2 Origem, características e objetivo do TPI

Após essas múltiplas experiências com tribunais *ad hoc*, foram envidados esforços no âmbito da ONU no sentido de se constituir um Tribunal Penal Internacional de caráter permanente, incumbido de julgar indivíduos acusados de crimes de *jus cogens posteriores* à data de sua instalação e pautado nas regras do devido processo legal.

E foi nesse contexto que a comunidade internacional se reuniu na Conferência de Roma das Nações Unidas, em 17 de julho de 1998, ocasião em que foi aprovado o Estatuto do Tribunal Penal Internacional (TPI), que criou um tribunal internacional com jurisdição criminal permanente, com personalidade jurídica própria, sediado em Haia, na Holanda.

Todavia, não obstante a aprovação em 1998, somente em 1º de julho de 2002, o Estatuto de Roma entrou em vigor, após o depósito do sexagésimo instrumento de ratificação perante o Secretário-Geral das Nações Unidas.

Além de ser uma instituição independente, com jurisdição criminal permanente sobre indivíduos responsáveis pela prática de crimes de *jus cogens*, o TPI se caracteriza, ainda, por ter atuação complementar às jurisdições dos Estados.

Nesse sentido, sábias são as palavras de Piovesan (2021, p. 5), ao apontar algumas diferenças básicas que devem ser

destacadas entre os tribunais *ad hoc* e o TPI. Primeiro, o TPI é um tribunal permanente, menos sujeito ao alto grau de seletividade presente em tribunais *ad hoc*. Segundo, os crimes abrangidos pelo Estatuto de Roma são mais especificados, atendendo-se mais claramente ao princípio da tipicidade. Terceiro, o Estatuto de Roma prevê restrições à pena de prisão perpétua, atentando para a importância da individualização da pena. Quarto, o TPI segue o princípio da complementaridade e não o da primazia da jurisdição internacional.

Discorrendo sobre o mesmo assunto, Lépure (2020) ensina que a característica de tribunal independente se revela no fato de o TPI ser dotado de personalidade jurídica internacional própria, com capacidade jurídica para o desempenho de suas funções e objetivos, exercendo jurisdição, inclusive, sobre indivíduos nacionais de Estados que não tenham aderido ao Estatuto de Roma.

Quanto à característica de jurisdição criminal permanente do TPI, observa-se que ela se apoia no fato de que a punição dos crimes de *jus cogens* não depende somente dos Estados, uma vez que o Tribunal pode, por iniciativa direta do seu Procurador, começar procedimentos de ofício.

Já em relação ao caráter complementar da jurisdição do TPI, extrai-se do preâmbulo do Estatuto de Roma que é dever de cada Estado exercer a respectiva jurisdição penal sobre os

responsáveis por crimes internacionais, tratando-se aqui do reconhecimento do princípio da complementaridade, segundo o qual o TPI não exercerá sua jurisdição quando o próprio Estado atue de forma efetiva sobre o caso, investigando e punindo os responsáveis.

Outra característica originária do Tribunal diz respeito ao fato de o TPI muito contribuir para a proteção dos direitos essenciais da humanidade, exatamente por ter como objetivo julgar e estabelecer a responsabilidade penal internacional de indivíduos acusados da prática daqueles crimes mais graves e que afetam toda a comunidade internacional (os denominados crimes de *jus cogens*), a saber: os crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão.

A respeito da gravidade desses crimes de competência complementar do TPI, vale destacar que o Estatuto de Roma assim os tipifica:

- a) O crime de genocídio (art. 6º) consiste na prática de atos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso. A respeito desse delito, Flávia Piovesan (2021, p. 7) pondera que o crime de genocídio passou a ser considerado a mais grave espécie de crime contra a humanidade, sendo que o fator distintivo do crime de genocídio diante de outros crimes é encontrado em seu

dolo específico, tangente ao “intuito de destruir, total ou parcialmente, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso”, destruição esta que pode ser física ou cultural;

b) Já os crimes contra a humanidade (art. 7º) são caracterizados como atos gravíssimos cometidos em um quadro de ataque sistemático, contra qualquer população civil;

c) Por outro lado, os crimes de guerra (art. 8º) são conceituados como violações às Convenções de Genebra ou outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados;

d) Por derradeiro, o crime de agressão, que só foi tipificado em junho de 2010, com o advento da Emenda de Kampala, em que se adotou a Resolução RC/Res 6, nos termos da qual o crime de agressão compreende planejar, preparar, iniciar ou executar um ato de agressão, que, por sua natureza, gravidade e impacto, constitua uma manifesta violação à Carta da ONU por parte de pessoa que esteja efetivamente no exercício do controle do Estado ou que diretamente tenha o controle político ou militar do Estado.

3.3 Princípios orientadores do TPI

O Tribunal Penal Internacional é regido por princípios que norteiam e delimitam a sua atuação, destacando-se os expostos a seguir.

3.3.1 Princípio da personalidade

De acordo com esse princípio, as normas do Estatuto de Roma (ER) são dirigidas à responsabilização de indivíduos e não de Estados ou de Organizações Internacionais, bem como a sanção penal somente alcançará a pessoa do réu, não atingindo terceiros, a teor do que se extrai do artigo 25, itens 1 e 2, do Estatuto.

Conforme ensina Valerio Mazzuoli (2011, p. 52), trata-se da competência *ratione personae*, segundo a qual o Tribunal só exerce sua jurisdição sobre pessoas físicas maiores de 18 anos.

Nesse sentido, Anderson Santos Silva (2018, p. 307) pondera que esse princípio leva em consideração a primazia da pessoa humana e dos direitos humanos, criando uma responsabilidade primária do indivíduo autor do fato e uma nova forma de garantia do indivíduo vítima do mesmo fato perante o sistema internacional de proteção.

3.3.2 Princípio da irrelevância da qualidade oficial

Esse princípio, previsto no art. 27 do Estatuto de Roma, informa que suas normas serão aplicadas de forma idêntica a todos os indivíduos, sem distinção de qualquer circunstância individual para a responsabilização penal perante o TPI, inclusive não importando que o agente tenha qualidade de oficial ou de funcionário do alto escalão político de determinado Estado.

Como bem observa Mazzuoli (2011, p. 93), os crimes de competência do TPI são quase sempre perpetrados por indivíduos que se escondem atrás dos privilégios e imunidades que lhes conferem os seus ordenamentos jurídicos internos, tendo o art. 27 do ER estabelecido regra clara acerca da irrelevância da qualidade de oficial daqueles que cometem os crimes nele definidos.

Desse modo, a condição política de Chefe de Estado ou de Chefe de Governo não se configura em excludente da responsabilidade penal do indivíduo, muito menos em fator de redução da pena cominada pelo Estatuto. Com isso, busca-se evitar que as imunidades e prerrogativas previstas nos ordenamentos jurídicos internos sirvam de fator de proteção e de impunidade aos autores dos crimes tipificados no Estatuto.

3.3.3 Princípio do juiz natural

Esse princípio, previsto em diversos ordenamentos jurídicos, estabelece a necessidade de existência de regras prévias e claras a respeito da competência e da função jurisdicionais, de modo a tutelar a independência e a imparcialidade do órgão julgador.

Tal princípio foi especialmente adotado pelo TPI que, diferentemente dos tribunais *ad hoc*, teve sua competência estabelecida previamente para julgar somente os crimes mais graves para os direitos humanos, bem como seus 18 juízes são escolhidos mediante procedimento objetivo e transparente, dentre pessoas de notória idoneidade moral, imparcialidade e integridade, que reúnam os requisitos para o exercício das mais altas funções judiciais nos seus respectivos países, conforme a objetiva previsão constante no art. 36, item 3, do Estatuto de Roma.

3.3.4 Princípio da legalidade

Esse princípio, no Estatuto de Roma, tem por esteio o art. 22, item 1, de acordo com o qual nenhuma pessoa será considerada criminalmente responsável a menos que a sua conduta constitua, no momento da sua prática, um crime da

competência do Tribunal. Ou seja, o TPI somente tem legitimidade para julgar os crimes previstos no Estatuto de Roma que tenham sido praticados a partir de 1º de julho de 2002, data da entrada em vigor do ER. Todavia, conforme ensina Silva (2018, p. 310), faz-se necessária a fixação de uma norma específica e complementar para aqueles Estados que se tornaram membros do TPI depois da data da entrada em vigor do Estatuto.

3.3.5 Princípio da imprescritibilidade

Tal princípio encontra previsão no art. 29 do Estatuto de Roma e dispõe que “os crimes da competência do Tribunal não prescrevem”. Isso significa que não há perda da pretensão punitiva pelo decurso do tempo para os crimes tipificados no Estatuto, acarretando a possibilidade de o TPI imputar, a qualquer tempo, a responsabilização penal de indivíduos pela prática dos delitos positivados nesse diploma internacional.

3.3.6 Princípio da complementaridade

Conforme já comentado inicialmente, este princípio reveste-se também numa das características preponderantes do TPI, considerando que o Tribunal Penal Internacional não possui

competência direta sobre os casos submetidos a sua jurisdição, mas tão somente de forma residual, significando que atuará, conforme estabelece o art. 17, 1, “a”, do Estatuto de Roma, apenas depois de constatado que o Estado mostrou-se incapaz de investigar, processar e julgar de forma adequada os agentes que praticaram as condutas criminosas tipificadas no Estatuto.

Devido à grande relevância desse princípio para a atuação escoreta do Tribunal, o Estatuto de Roma estabeleceu em seu art. 17, item 2, criteriosos requisitos para fixar a competência complementar do TPI: que o processo tenha se dado com o propósito de subtrair a pessoa em causa à sua responsabilidade criminal; que tenha ocorrido demora injustificada no processamento, demonstrando a incompatibilidade com a intenção de levar a pessoa a responder perante a justiça pelos crimes cometidos; o processo não ter sido ou não estar sendo conduzido de forma imparcial e independente, demonstrando, igualmente, a falta de vontade de levar a pessoa a responder por seus crimes no âmbito penal interno.

Nesse sentido, o escólio de Najla Palma (2016) é na direção de que as garantias do devido processo legal são tão importantes que o seu desrespeito poderá deflagrar a atuação complementar do Tribunal Penal Internacional (TPI), oportunidade em que o TPI atuaria, de certo modo, como um fiscal do cumprimento das obrigações dos Estados de

adequadamente processar e julgar autores dos crimes tipificados no Estatuto de Roma.

De forma brilhante, a Ministra do Supremo Tribunal Federal Rosa Weber, ao relatar a Petição 4625 (caso Omar Hassan Al Bashir), discorreu acerca do princípio da complementariedade, afirmando que se trata de limite ao poder de atuação do TPI, consagrando a subsidiariedade de sua jurisdição relativamente à jurisdição dos Estados Partes, ressaltando que cabe primeiramente aos Estados proceder à investigação e à persecução penal dos crimes elencados no Estatuto e, somente se e quando se quedarem inertes, legitimada a Corte Internacional a agir.

3.3.7. Princípio do ne bis in idem

Estreitamente ligado ao princípio da complementariedade, o princípio do *ne bis in idem*, com expressa previsão no artigo 20 do Estatuto de Roma, explicita, a *contrario sensu* da complementariedade, quando o TPI não poderá exercer sua jurisdição, considerando a prévia atuação do Estado Parte, do próprio TPI ou de outro tribunal, conforme se extrai do texto a seguir transcrito:

Artigo 20 – Ne bis in idem

1. Salvo disposição contrária do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido.

2. Nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no artigo 5º, relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal.

3. O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos artigos 6º, 7º ou 8º, a menos que o processo nesse outro tribunal:

a) Tenha tido por objetivo subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal; ou

b) Não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tenha sido conduzido de uma maneira que, no caso concreto, se revele incompatível com a intenção de submeter a pessoa à ação da justiça.

Conforme se avançou, aqui neste trabalho, no estudo dos princípios norteadores do TPI, foi possível observar que, em sua essência, busca-se valorizar e proteger a dignidade do ser humano, garantindo que, mesmo em situações de investigação, processamento criminal e condenação, sejam respeitados princípios balizadores da aplicação do direito internacional na proteção dos direitos humanos.

3.4 Atuação efetiva do TPI na proteção dos direitos humanos

Como visto, o Tribunal Penal Internacional foi imbuído de características, objetivos e princípios de grande nobreza e relevância para a tutela dos direitos humanos, tendo como foco teórico a garantia, a preservação e o fomento da proteção da dignidade da pessoa humana.

Na ponderação de Valerio Mazzuoli (2011, p. 21), o principal escopo do TPI é punir individualmente aqueles responsáveis pelo cometimento dos piores e mais bárbaros crimes contra a dignidade dos seres humanos.

Todavia, após cerca de 20 anos da entrada em vigor do Estatuto de Roma (1º/7/2002), qual o balanço que se pode elaborar no que diz respeito às realizações do TPI na efetiva proteção dos direitos humanos?

Inicialmente, é importante destacar que em sua estrutura o Tribunal conta com 18 juízes, eleitos pelos Estados Partes em assembleia-geral da ONU, oportunidade em que se busca a representatividade geográfica equitativa e de gênero, tentando-se pluralizar a participação desses Estados na atuação do TPI, conforme pode se extrair da leitura do item 8 do artigo 36 do Estatuto de Roma.

A atuação do TPI, na investigação e processamento dos casos submetidos à sua jurisdição, conta com o suporte provindo

da cooperação internacional, considerado como o pilar da viabilidade e do êxito do Tribunal, sendo tal fonte de apoio prevista no artigo 86 do Estatuto como obrigação dos Estados Partes, prescrevendo um dever geral de cooperação ao estabelecer que “Os Estados Partes deverão, em conformidade com o disposto no presente Estatuto, cooperar plenamente com o Tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes da competência deste.”

Conforme ensina Flávia Piovesan (2021, p. 14), a cooperação envolve, ilustrativamente, a adoção de procedimentos internos de implementação do Estatuto, a entrega de pessoas ao Tribunal, a realização de prisões preventivas, a produção de provas, a execução de buscas e apreensões e a proteção de testemunhas, tudo visando à consecução de um objetivo comum, qual seja, a realização da justiça no campo dos direitos humanos.

A esse respeito, a Ministra Rosa Weber ponderou, na já mencionada Petição 4625, que, em razão de a dificuldade de execução das decisões ser considerada a maior fragilidade da jurisdição internacional, o Estatuto de Roma preconiza ser o dever de cooperar legal e indisponível, ou seja, uma vez voluntariamente parte do tratado, não é facultado ao Estado a recusa ao cumprimento das determinações do TPI, bem como que o tratado é redigido de forma a impulsionar a adaptação

legislativa doméstica, com vistas a facilitar a cooperação e a execução das decisões do Tribunal, conforme o art. 88 do Estatuto, sendo que a falta de legislação doméstica apta a viabilizar a cooperação não poderá ser utilizada como justificativa à recusa.

Na mesma esteira, pondera Souza (2004, p. 21) no sentido de que a colaboração irrestrita dos Estados partes para com o TPI compreende adicionalmente a fase de execução penal, pois, conforme a regra constante do Capítulo X do Estatuto, os Estados “devem partilhar da responsabilidade na execução das penas privativas de liberdade, em conformidade com os princípios de distribuição equitativa estabelecidos no regulamento processual” (art. 103, 3, a).

Ademais, outro fator que pode causar impacto na atuação do TPI refere-se à resistência que os Estados possam ter em levar a efeito alguns institutos adotados pelo Estatuto de Roma, o qual não admite reservas ao instrumento, conforme previsão contida no art. 120, significando que os Estados que ratificarem o Estatuto devem aceitá-lo na íntegra.

Todavia, existem diversas regras positivadas no Estatuto que podem ser juridicamente incompatíveis com os ordenamentos jurídicos internos, como os casos de imprescritibilidade de crimes, de pena de prisão perpétua, de ausência de imunidades, dentre outros, que podem revelar-se em

obstáculo para a efetiva cooperação com o TPI, fator este que fez países internacionalmente relevantes não ratificarem o Estatuto, como Estados Unidos, China, Israel, Irã e Rússia, o que, nas palavras de Souza (2004, p. 22), deveria gerar, no campo político, o incremento de gestões diplomáticas para que esses importantes países sejam instados a integrar o Estatuto de Roma, assegurando maior credibilidade e extensão da competência do Tribunal Penal Internacional, bem como dando maior efetividade à tutela dos direitos humanos, uma vez que não basta prevê-los legalmente, mas deve-se efetivá-los na prática, contando com o maior número possível de apoiadores com vontade política para reverter o quadro de impunidade que usualmente graceja no trato dessa questão.

Um exemplo relevante de regra do Estatuto que tem gerado polêmica é o instituto da entrega de nacionais dos Estados ao Tribunal, a teor da previsão contida no art. 89 do ER, que por vezes é confundido com o instituto da extradição, o qual é normalmente proibido nos ordenamentos jurídicos internos.

Nesse contexto, por ocasião de eventual pedido de entrega pelo TPI, há necessidade de certo convencimento e quebra de resistência em relação ao Estado requerido, aclarando a diferença entre os institutos, explicitando que a extradição ocorre de um Estado estrangeiro soberano a outro da mesma espécie, enquanto a entrega ocorre do Estado para um Tribunal

imparcial, ao qual o próprio Estado aderiu espontaneamente na esfera internacional, comprometendo-se a cumprir suas normas. A esse respeito, inclusive é possível, segundo Najla Palma (2019a), se cogitar a hipótese de entrega de brasileiro ao TPI, a exemplo dos soldados que frequentemente são enviados nas Missões de Paz da Organização das Nações Unidas (ONU), os quais, apesar de não serem combatentes, podem, ainda que remotamente, se engajar em um contexto de guerra e, eventualmente, caso não observem as regras de conduta em conflitos armados, cometer crimes tipificados pelo Estatuto de Roma, devendo, em tais ocasiões, ser submetidos aos seus regramentos.

Assim, num primeiro momento, é possível pensar que, como regra geral, o Tribunal somente irá julgar nacionais dos Estados que façam parte do Estatuto. Todavia, poderá haver o julgamento de indivíduos nacionais de Estados que não tenham ratificado o tratado, em duas situações peculiares, a saber: se o nacional cometer crimes previstos no Estatuto de Roma em território de um Estado parte ou for detido em território de algum desses Estados; ou ainda no caso de o Conselho de Segurança da ONU remeter determinados casos ao TPI por meio de resolução vinculante.

Exemplo dessa atuação excepcional foi o pedido de prisão cautelar expedido, em 2009, contra o ditador Omar

Hassan Al Bashir, presidente do Sudão, sob a acusação do cometimento dos crimes de genocídio, de guerra e contra a humanidade na região de Darfur, oeste do Sudão, em contexto de conflito armado interno que deixou mais de 300 mil mortos e 2,5 milhões de refugiados. Entretanto, pelo fato de o Sudão não ser signatário do Estatuto de Roma, não prestando cooperação internacional, nem colaborando para a efetivação das decisões do TPI, só restou ao Tribunal requerer a outros Estados signatários a detenção do Chefe de Estado acaso se encontrasse em seu território ou, alternativamente, reclamar ao Conselho de Segurança da ONU. No caso específico, após mais de uma década da expedição do pedido de prisão cautelar, ocorreu a entrega de Omar Al Bashir ao TPI, em agosto de 2021, o que demonstra como a falta de cooperação internacional pode se revelar em fator de empecilho à efetividade da atuação do Tribunal.

Por outro lado, merece destaque o primeiro julgamento e a primeira condenação pelo TPI, no caso Thomas Lubanga Dylo, acusado de crimes de guerra pelo recrutamento forçado de crianças com menos de 15 anos para lutar no grupo armada Union des Patriotes Congolais, na região da República Democrática do Congo, entre 2002 e 2003. Neste caso, somente em 2012, após 8 anos da abertura do processo criminal, Lubanga foi condenado pelo TPI à pena de 14 anos de prisão.

Já a segunda condenação ocorreu em 2014, com a pena de 12 anos de prisão aplicada a Germain Katanga, pela prática de crimes contra a humanidade também na República Democrática do Congo, em fevereiro de 2003, no denominado “massacre de Bogoro”, ocasião em que cerca de 200 pessoas foram assassinadas.

Na análise de Silva (2018, p. 307) em relação às penas impostas nesses primeiros casos julgados pelo TPI, apesar de o Estatuto de Roma prever penas elevadas, inclusive prisão perpétua, para o cometimento de crimes contra a humanidade, na prática o Tribunal tem sido benevolente na fixação do quantitativo de pena.

Há outros casos em andamento no Tribunal, sendo ao todo 31 desde o início de sua implementação, resultando na emissão de 37 mandados de prisão, 21 pessoas detidas no centro de detenção do TPI, 12 pessoas continuam foragidos, a retirada de acusações contra 3 pessoas devido às suas mortes, emissão pelos juízes do TPI de 9 intimações para comparecer, 10 condenações e 4 absolvições, conforme dados extraídos da página do TPI na *internet*.

Todavia, como já se percebeu, a tramitação é lenta, burocrática e extremamente dependente da cooperação dos Estados requeridos para se chegar à efetivação dos procedimentos e levar a bom termo os casos submetidos à corte,

ressaltando-se que o TPI não julga indivíduos a menos que estejam presentes no Tribunal, ou seja, deve ocorrer a entrega ou a apresentação espontânea do indivíduo, sob pena de não existir o julgamento.

Analisando essa atuação, Flávia Piovesan (2021, p. 33) pondera que o TPI precisa expandir a sua incidência para além do continente africano, no intuito de assegurar uma legitimidade que deriva, principalmente, do seu potencial de ser um tribunal universal e imparcial.

De outra banda, é perceptível que o Estatuto de Roma atribuiu à vítima um papel diferenciado na atuação do TPI, estabelecendo em seu artigo 68 o dever de adoção de medidas adequadas para garantir a segurança, o bem-estar físico e psicológico, a dignidade e a vida privada das vítimas e testemunhas, bem como, no seu artigo 75, as formas de reparação, tais como a restituição, a indenização ou a reabilitação que devam ser atribuídas às vítimas ou aos titulares desse direito e, ainda, no artigo 79, a criação do Fundo a favor das vítimas de crimes da competência do Tribunal.

Comentando essa parte específica do Estatuto, Cançado Trindade (2017. p. 28-29) afirma que o Estatuto de Roma inaugurou nova etapa na evolução do direito penal internacional, especialmente por consagrar a participação das vítimas no processo perante o TPI.

Nesse sentido, é possível inferir que tais medidas de tutela dos interesses das vítimas podem ser enxergadas como atuação efetiva do TPI na proteção dos direitos humanos.

Acerca da atuação do TPI, na sua integralidade, Flávia Piovesan (2021, p. 33) entende que o Tribunal Penal Internacional representa avanços no que toca à cessação da impunidade e à manutenção da paz. Primeiro, porque estabeleceu claramente a possibilidade de responsabilização de agentes públicos, inclusive de Chefes de Estado, por graves violações a direitos humanos, consolidando a existência de novos valores na arena internacional e configurando com maior veemência os valores humanos, criando uma perspectiva de desestímulo à prática de graves atos atentatórios à dignidade humana. Segundo, porque ao apresentar uma via permanente de resolução de conflitos, baseada em regras objetivas de justiça, concernentes à individualização da culpa, contribui positivamente para a manutenção ou para a restauração da paz, refletindo, ainda, um avanço na consolidação do princípio da dignidade humana na esfera internacional.

No mesmo sentido é a percepção de Valério Mazzuoli (2011, p. 104), ao afirmar que a instituição do TPI é um dos fatores principais que marcarão a proteção internacional dos direitos humanos, estando inserido num sistema de justiça que pretende acabar com a impunidade daqueles que violam os

direitos humanos e o direito internacional humanitário, sendo tal proteção tanto em termos repressivos (condenando os culpados) quanto preventivos (inibindo a tentativa de repetição dos crimes cometidos), sempre buscando a eficácia da proteção desses direitos, os quais têm por objetivo final tutelar a dignidade e o valor da pessoa humana.

4 DA EFETIVAÇÃO DA JURISDIÇÃO DO TPI NO BRASIL NA PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

A Constituição da República de 1988 (CF88) dispõe em seu artigo 5º, § 4º, que o Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional (TPI) a cuja criação tenha manifestado adesão.

Em 1998, o Brasil esteve presente na Conferência de Roma e foi um dos votos a favor do Estatuto, assinando o tratado em 7 de fevereiro de 2000 e depositando o instrumento de ratificação em 20 de junho de 2002, sendo que, apenas em 25 de setembro de 2002, o Estatuto de Roma do TPI passou a ter plena aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, com a promulgação do Decreto 4.388/2002.

Nessa toada, destaca-se que este estudo intenta verificar se o Brasil tem se submetido de fato à jurisdição do TPI, com edição da legislação implementadora de seus regramentos e em

que ponto essa implementação tem se revelado como fator de proteção efetiva ou deficiente dos direitos humanos.

Preliminarmente, é importante lembrar-se da existência dos mandados internacionais de criminalização que, nas lições de Léopore (2020, p. 248), constituem-se em determinações oriundas de normas internacionais, tendo por finalidade impulsionar os Estados a tipificarem criminalmente condutas que representem grave violação aos direitos humanos, bem como a efetivar as medidas de investigar, processar e punir os autores dessas condutas.

Nesse sentido, Léopore prossegue ensinando que, para levar a efeito com eficácia tais mandados internacionais de criminalização, devem os Estados fielmente adequar sua normatividade interna para cumprir as determinações expressas dos tratados internacionais e criminalizar os comportamentos indicados como violadores de direitos humanos.

Nesse ponto, é oportuno ressaltar que o Brasil, apesar de ter ratificado o Estatuto de Roma nos primeiros anos de sua vigência e de ter norma constitucional apontando submissão à jurisdição do TPI, ainda não operou as mudanças legislativas necessárias à sua efetiva implementação no âmbito interno.

Nesse sentido, leciona Silva (2018, p. 311) que, para o Estado brasileiro e seus órgãos jurisdicionais poderem diretamente aplicar sanções penais a indivíduos que tenham

praticado as condutas previstas no Estatuto de Roma, mostra-se essencial a existência de norma interna que regulamente a matéria, cabendo lembrar que, diante da inércia do Estado Parte ou da ausência de legislação interna adequada, a atuação complementar do TPI faz-se legítima, já que tais circunstâncias podem apontar a incapacidade do Estado na proteção efetiva de determinados direitos humanos.

Por se entender que somente a previsão constante no art. 5º, § 4º, da CF88, não se bastava em si, carecendo de legislação regulamentadora, deu-se início aos trabalhos de elaboração de projeto de lei de implementação do Estatuto de Roma no Brasil, sendo instituído Grupo de Trabalho composto por renomados juristas, magistrados e representantes do Ministério Público brasileiro.

O Grupo de Trabalho, segundo relatado na Exposição de Motivos EMI. Nº 18 SEDH-PR/MJ/MRE/AGU, trabalhou com dedicação e afincos durante quase quatro anos, apresentando, ao final dos trabalhos, minuta de projeto de lei que dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional e dá outras providências.

Conforme explanado na mencionada Exposição de Motivos, o intuito era incorporar o Estatuto de Roma ao ordenamento jurídico nacional e assim dar cumprimento ao compromisso internacional assumido pelo Estado brasileiro, uma vez que, com exceção do crime de genocídio, já tipificado em lei própria (Lei nº 2.889/1956), os crimes de guerra e os crimes contra a humanidade ainda não são previstos em nossa legislação e demandam regulamentação legal (observa-se que à época da apresentação do PL, em 2008, o crime de agressão ainda não constava no rol do Estatuto de Roma, uma vez que só foi incorporado em 2010, com a Emenda de Kampala).

O projeto de lei, de iniciativa do Presidente da República, deu entrada na Câmara dos Deputados sob número 4038/2008, em 23/9/2008, estando atualmente com “Requerimento de Urgência” de tramitação, apresentado em 16/2/2016, conforme dados obtidos na página eletrônica da Câmara dos Deputados.

Pelo período decorrido desde o início da tramitação, é possível inferir a existência de potencial falta de vontade política em impulsionar o projeto de lei, o que leva o Brasil a padecer de verdadeiro déficit legislativo na efetiva implementação das regras do Estatuto de Roma, acarretando, em certa medida, a negativa de efetivar a jurisdição do TPI no Brasil e, por

consequência, um descaso subjacente com a proteção dos direitos humanos tutelados pelo Tribunal.

A esse respeito, Najla Palma (2019a) tem se pronunciado no sentido de que uma legislação atualizada para deixar o Estado em condições de investigar e processar criminosos pela prática de condutas tipificadas no TPI, nacionais ou estrangeiros, em nome do princípio da competência universal, afastaria o estigma de o Brasil ser um refúgio de criminosos, como insinuado em filmes de Hollywood que terminam com fugitivos da justiça sobrevoando o Cristo Redentor na “Cidade Maravilhosa”.

Na mesma oportunidade, Palma (2019a) ensina que é imprescindível, necessária e urgente a aprovação do projeto de lei interna descrevendo os tipos penais e a forma de seu processamento, visto que os crimes previstos no Estatuto de Roma não encontram plena equivalência no direito pátrio, devendo o legislador nacional sempre considerar que esses crimes podem ser cometidos tanto por militares como por civis e que a apuração pode implicar investigações em território estrangeiro ou recurso à cooperação judiciária internacional.

Já sob o aspecto de cooperação internacional, o Brasil foi demandado no caso Omar Hassan Al Bashir, sendo o pedido de cooperação internacional e auxílio judiciário formulado pelo Tribunal Penal Internacional perante o Supremo Tribunal

Federal (STF), em 4/3/2009, por meio da Petição 4.625, distribuída à relatora Ministra Rosa Weber que, em 22/6/2020, julgou prejudicado o pedido, extinguindo o feito sem resolução do mérito, considerando a prisão do acusado no seu país de origem durante o curso do processo.

Não obstante esse desfecho do processo sem resolução de mérito, importantes lições foram obtidas pelos juristas e operadores do Direito, a começar pela constatação de que o Brasil não está preparado para atender aos pedidos de cooperação formulados pelo TPI, considerando que, no decorrer de cerca de 11 anos, o processo tramitou por diversos órgãos (Ministério da Justiça, Ministério Público Federal, Supremo Tribunal), nos quais surgiram diversas dúvidas sobre a atuação/atribuição de cada autoridade para atender à solicitação do TPI, e isso se deu exatamente pela falta de legislação regulamentadora da matéria.

Interessante mencionar que o STF instou o então Procurador-Geral da República (PGR) a emitir manifestação no processo a respeito de questões controvertidas, envolvendo as normas do TPI e o aparente conflito com o ordenamento jurídico brasileiro, sendo que o Chefe do Parquet manifestou-se preliminarmente pela incompetência da Corte Suprema para o processamento do pedido de cooperação. No mérito, pugnou pela (a) possibilidade de entrega da pessoa reclamada, mesmo

diante da viabilidade da imposição da pena de prisão perpétua; (b) constitucionalidade da previsão de novos tipos penais imprescritíveis, além daqueles elencados expressamente pela Constituição Federal; (c) constitucionalidade da impossibilidade de invocação, por Chefe de Estado, de imunidade de jurisdição; (d) constitucionalidade da tipificação penal feita pelo Estatuto de Roma em face do princípio da reserva de lei; e (e) recepção do Estatuto de Roma pelo ordenamento jurídico pátrio em razão de sua compatibilidade com as normas constitucionais.

Observa-se que a manifestação do PGR, ainda que emitida em processo que não teve julgamento de mérito, prestou-se a demonstrar o posicionamento favorável do fiscal do ordenamento jurídico pátrio diante da efetiva implementação das normas do Estatuto de Roma e, conseqüentemente, à submissão do Brasil à jurisdição do TPI.

Noutro giro, além da necessidade de concretizar a legislação implementadora do Estatuto de Roma no país, outra medida a ser adotada refere-se à capacitação dos agentes públicos que podem potencialmente ser acionados para atuar em contexto de conflitos armados, ainda que em missão não bélica, a exemplo das Missões de Paz em que participam especialmente os membros de nossas Forças Armadas, uma vez que nesses ambientes as regras do Estatuto e a jurisdição do TPI permeiam as condutas de todos os envolvidos.

Aprofundando-se na temática, Najla Palma (2016) explica que, embora não sejam considerados tecnicamente combatentes, os integrantes de uma Missão de Manutenção da Paz devem respeitar os princípios e normas do Direito Internacional Humanitário (DIH) quando engajados no combate, em legítima defesa da missão ou se estritamente necessário para o cumprimento do mandato, oportunidade em que, na excepcionalidade do uso da força com grave violação do DIH, poder-se-á estar diante de um crime de guerra praticado por um *peacekeeper*, devendo o ordenamento jurídico pátrio estar apto a processar e julgar esses indivíduos ou, na inércia ou incapacidade de fazê-lo, submetê-los à jurisdição do TPI.

Nesse sentido, Najla Palma (2019b) assevera que o paradigma de Direitos Humanos do uso da força em ações militares caracteriza imprescindível temática a ser tratada, treinada e observada pelas Forças Armadas, sendo que questões como desaparecimentos forçados, tortura, uso excessivo da força e violência sexual também se destacam como importantes no debate “Direitos Humanos-Forças Armadas”.

Das palavras de Palma, é possível inferir o quanto a atuação das Forças Armadas está intrinsecamente ligada e limitada ao que preceituam tanto os tratados de Direitos Humanos quanto de Direito Internacional Humanitário e, conseqüentemente, ao estabelecido, entre outros, pelo Estatuto

de Roma, o que coloca os agentes públicos que participam dessas missões como potenciais protagonistas de ações que podem atrair a jurisdição do TPI, tornando-se essencial a contínua capacitação desses agentes, inserindo nos programas das instruções militares conhecimentos que contribuam para a prevenção de violações de Direitos Humanos.

A esse respeito, é oportuno destacar que em 2011 foi publicado o primeiro Manual militar brasileiro de Emprego do Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA) nas Forças Armadas, sendo a disciplina inserida no ensino, nos treinamentos e na formação dos militares que integram as missões de paz da ONU.

5 CONCLUSÃO

A humanidade, no seu desenvolvimento ao longo das eras e dos séculos, tem enfrentado inúmeros desafios não só de sobrevivência frente às intempéries da natureza e à convivência com os demais seres vivos, mas principalmente da proteção dos próprios seres humanos diante das ações nocivas e destrutivas perpetradas por outros seres humanos, especialmente em contextos de guerra, configurando, por vezes, crimes bárbaros, gravemente violadores dos valores mais caros e essenciais da raça humana, representativos da dignidade do ser humano.

No intuito de proteger o ser humano e sua dignidade dos piores crimes praticados pelo próprio ser humano, desenvolveu-se um sistema de proteção de direitos inter-relacionados, incluindo, dentre outros, os Direitos Humanos, que visam à proteção do ser humano pelo simples fato de a pessoa existir, englobando os aspectos indispensáveis e essenciais para uma vida digna, sendo normalmente positivados nas declarações e tratados internacionais; os Direitos Fundamentais, que tutelam os direitos essenciais do indivíduo no âmbito interno positivados nas Constituições ou em determinada norma constitucional; e o Direito Internacional Humanitário, que tem por finalidade limitar os métodos usados na guerra e promover a proteção das pessoas afetadas pelo conflito, a saber: as vítimas.

No intento de dar concretude e efetividade à tutela dos direitos humanos, com a punição, em âmbito internacional, dos responsáveis pelo cometimento dos piores e mais bárbaros crimes contra a dignidade dos seres humanos, foi instituído o Tribunal Penal Internacional, mediante celebração do tratado internacional intitulado Estatuto de Roma.

Todavia, não obstante o TPI ser dotado do nobre objetivo de julgar e estabelecer a responsabilidade penal internacional de indivíduos acusados da prática daqueles crimes mais graves e que afetam toda a comunidade internacional (os crimes de genocídio, contra a humanidade, de guerra e de agressão), a

efetividade de sua atuação na proteção dos direitos humanos, ao longo dos quase 20 anos de vigência, tem esbarrado em dificultadores, tais como a falta de cooperação internacional de alguns Estados demandados; a aparente incompatibilidade de normas do Estatuto de Roma com os ordenamentos jurídicos internos, o que tem inibido importantes Estados de aderirem à jurisdição do TPI; a excessiva morosidade dos procedimentos no âmbito do Tribunal devido à dependência da cooperação internacional, principalmente em relação à entrega dos indivíduos para serem processados e julgados naquela Corte.

Ademais, tem se observado a premente necessidade de o TPI expandir sua atuação para além do continente africano, considerando seu potencial de ser um tribunal universal e imparcial, à vista da conhecida ocorrência dos crimes sujeitos à sua jurisdição em países dos outros continentes, como atualmente acontece na Europa, no conflito armado entre Rússia e Ucrânia, oportunidade em que tem se noticiado internacionalmente o cometimento, no mínimo, de crimes de guerra e crime de agressão.

Por outro lado, são inegáveis os avanços na proteção da dignidade da pessoa humana trazidos com a atuação do TPI, destacando-se, dentre outros, a consagração da participação das vítimas no processo perante o Tribunal e a esperança de cessação da impunidade, considerando a possibilidade de

responsabilização de agentes públicos, inclusive de Chefes de Estado, por graves violações a direitos humanos, criando uma perspectiva de desestímulo à prática de graves atos atentatórios à dignidade humana.

Por fim, no que concerne à efetivação da jurisdição do TPI no Brasil na proteção de direitos humanos, é oportuno ressaltar que este país, apesar de ter ratificado o Estatuto de Roma nos primeiros anos de sua vigência e de ter norma constitucional apontando submissão à jurisdição do TPI, ainda não operou as mudanças legislativas necessárias à sua efetiva implementação no âmbito interno, sendo certo que essa ausência de legislação interna adequada traz como consequência direta a atuação complementar do TPI, uma vez que tais circunstâncias podem apontar a incapacidade do Estado na proteção efetiva de direitos humanos.

Nesse sentido, considerando que, há longos 14 anos e sem qualquer avanço significativo, tramita no Congresso Nacional projeto de lei de incorporação do Estatuto de Roma ao ordenamento jurídico interno, dispondo sobre os tipos penais, a forma de processamento e a cooperação com o Tribunal, é possível inferir a existência de potencial falta de vontade política em impulsionar tal projeto de lei, o que leva o país a padecer de verdadeiro e lamentável déficit legislativo na efetiva implementação das regras daquele Estatuto.

Esse déficit legislativo tem acarretado, em certa medida, a negativa de efetivar a jurisdição do TPI no Brasil e, por consequência, um descaso subjacente com a proteção dos direitos humanos por ele tutelados, fazendo-se urgente e essencial a aprovação de mencionado normativo, de modo a prover os atores nacionais (magistrados, membros do Ministério Público, agentes políticos, componentes das Forças Armadas, dentre outros) de instrumentos no ordenamento jurídico, norteadores de sua atuação à frente da eventual demanda advinda do compromisso internacional de submissão à jurisdição do TPI, mormente para efetivar a preservação e a proteção da dignidade da pessoa humana, que se configura na razão de ser dos próprios direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo – Antissemitismo, Imperialismo, Totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BRASIL. *Decreto nº 4.388*, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 30 ago. 2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei 2038/2008*. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=410747>. Acesso em: jun. 2022.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *Os Tribunais Internacionais e a Realização da Justiça*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018. 1840 p.

JARDIM, Tarciso Dal Maso. O Tribunal Penal Internacional e sua importância para os direitos humanos. In: *O que é o Tribunal Penal Internacional*. Comissão de Direitos Humanos Câmara dos Deputados. Brasília: Câmara dos Deputados, 2000. Disponível em:

http://www.dhnet.org.br/dados/cartilhas/dh/tpi/cartilha_tpi.htm#A%20PENA%20DE%20PRIS%C3%83O. Acesso em: 30 ago. 2022.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021, 1560 p.

LÉPORE, Paulo; PRETI, Bruno Del. *Manual de Direitos Humanos*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, 642 p.

LORANDI, Adriana (Coord.). *Tribunal Penal Internacional: implementação do Estatuto de Roma no Brasil*. Brasília: MPM, 2007, 143 p.

MASSON, Nathalia. *Manual de Direito Constitucional*. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2021, 1424 p.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção Direito e Ciências Afins; v. 3), 158 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, 2051 p.

PALMA, Najla Nassif. Compliance no Direito Internacional Humanitário: o maior desafio dos 70 anos das Convenções de Genebra. *Revista do Superior Tribunal Militar*, Brasília, v. 28, n. 2, jan./jun. 2019a, p. 51-70.

PALMA, Najla Nassif. Direitos Humanos e Forças Armadas: uma breve reflexão sobre a afirmação, promoção e proteção dos direitos fundamentais nas instituições militares. *Revista da VII Jornada Jurídica do Corpo de Fuzileiros Navais*, Rio de Janeiro, nov. 2019b.

PALMA, Najla Nassif. Crimes de guerra e justiça militar: considerações sobre a repressão nacional das violações graves do direito internacional humanitário pela jurisdição castrense. *Revista do Ministério Público Militar*, Brasília, v. 26, n. 41, 2016, p. 251-290.

PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela Ribeiro. *O Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro*. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33247.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2022.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

RODRIGUES, Larissa Pereira. O Tribunal Penal Internacional e a Constituição Federal: Divergências Sobre a Existência De Conflito Entre Normas. *Revista Brasileira de Direito Internacional — RBDI*, [S.l.], jun. 2005. ISSN 1980-2587. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/dint/article/view/4588>. Acesso em: 27 maio 2022.

SILVA, Anderson Santos da; CAMARGO, Eduardo Aidê Bueno de; RODRIGUES, João Mendes. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, 349 p.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. O Tribunal Penal Internacional e a Proteção aos Direitos Humanos: uma análise do Estatuto de Roma à luz dos princípios do direito internacional da pessoa humana. *Boletim Científico*, Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília/DF, ano 3, n. 12, p. 9 – 31, jul./set. 2004. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoescientificas/index.php/boletim/article/view/145?articlesBySimilarityPage=5>. Acesso em: 30 ago. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Despacho da Ministra Rosa Weber na Pet4625. *Portal STF*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343576063&ext=.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Despacho do Ministro Celso de Mello na Pet4625. *Portal STF*. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadTexto.asp?id=2649499&ext=RTF>. Acesso em: 13 jan. 2022.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. *About the Court*. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/about/the-court>. Acesso em: 30 ago. 2022.

A responsabilidade civil no transporte aéreo internacional e o decidido no Recurso Extraordinário nº 636.331/RJ

Manoel Veridiano Fukuara Rebello Pinho

Doutorando pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Mestre pela Universitat de Girona. Bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Promotor de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Membro Auxiliar do Conselho Nacional do Ministério Público.
Email: manoeipinho82@gmail.com.

Data de recebimento: 08/08/2022

Data de aceitação: 03/10/2022

Data da publicação: 14/11/2022

RESUMO: O presente trabalho busca trazer as características básicas do contrato de transporte aéreo internacional e as implicações da responsabilidade civil do transportador pelos danos causados; e, ainda, estudar referido contrato à luz da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 636.331/RJ. Referido julgado houve por bem fixar o entendimento segundo o qual, nesse tipo de contrato, em razão da disposição do artigo 178 da Constituição Federal, aplicam-se os tratados internacionais sobre a matéria, em prevalência sobre o Código de Defesa do Consumidor. Para isso, abordar-se-ão, na seguinte ordem: as características do contrato de transporte aéreo, com ênfase no âmbito internacional; a

decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 636.331/RJ; o quadro histórico que norteou as Convenções de Varsóvia e de Montreal e suas características principais; alguns precedentes do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema; e, por fim, possíveis consequências econômicas de tal decisão e sua repercussão no âmbito consumerista. A metodologia utilizada foi qualitativa e bibliográfica. Concluiu-se que a tarifação da responsabilidade civil, nos casos de extravio ou avaria de bagagem, e também de atrasos de voos, no contrato de transporte aéreo internacional, gera eficiência econômica ao setor e, ao mesmo tempo, preserva os consumidores, sob a ótica coletiva.

PALAVRAS-CHAVE: responsabilidade civil do transportador aéreo; Recurso Extraordinário nº 636.331/RJ; Convenções de Varsóvia e de Montreal; consequências econômicas no âmbito consumerista.

ENGLISH

TITLE: The international air carrier liability within the context of Brazilian Supreme Court Extraordinary Appeal N. 636331/RJ.

ABSTRACT: This paper aims to bring forward the basic characteristics of international air transport agreements and the carrier's liability for damages. This paper will also study the agreement within the context of Brazilian Supreme Court Extraordinary Appeal N. 636331/RJ. The Court based its understanding on Article 178 of the Federal Constitution of Brazil, in which international covenants apply to international air transport agreements, prevailing over the Brazilian Consumer Protection Code. For that, we will approach, respectively: characteristics of air transport agreements, with emphasis on international air transport agreements; the ruling on Extraordinary Appeal N. 636331/RJ; the historic framework

which guided the Warsaw and Montreal Conventions and their main characteristics; precedents by the Brazilian Superior Court of Justice on this topic; and finally, possible economic consequences of this decision and its repercussion in the consumer environment. The methodology used was qualitative and bibliographical. It is concluded that the pricing of civil liability, in cases of loss or damage to luggage, as well as flight delays, in the international air transport contract, generates economic efficiency for the sector, and at the same time preserves consumers, from a collective perspective.

KEYWORDS: civil liability of the air carrier; Extraordinary Appeal N. 636331/RJ; Warsaw and Montreal Conventions; economic consequences in the consumerist scope.

SUMÁRIO

1 Introdução: Aspectos gerais do contrato de transporte aéreo, incluindo o internacional – 2 Do julgado no Recurso Extraordinário nº 636.331/RJ – 3 Breves linhas históricas da Convenção de Varsóvia e da Convenção de Montreal – 4 Notas sobre a responsabilidade civil à luz da Convenção de Varsóvia e da Convenção de Montreal – 5 Alguns precedentes do Superior Tribunal de Justiça – 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO: ASPECTOS GERAIS DO CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO, INCLUINDO O INTERNACIONAL

O contrato de transporte aéreo de pessoas e de coisas foi regulamentado pelo Código Civil de 2002, em três Seções: (a) disposições gerais, (b) do transporte de pessoas e (c) do transporte de coisas.

O contrato de transporte aéreo de pessoas e de coisas está bem definido pelo artigo 730 do Código Civil, que estabelece: “Art. 730. Pelo contrato de transporte alguém se obriga, mediante retribuição, a transportar, de um lugar para outro, pessoas ou coisas”.

Não há que se falar, assim, em contrato de transporte quando se tratar do transporte desinteressado, como por exemplo, uma viagem gratuita, feita por amizade ou cortesia a um amigo, a teor do artigo 736 do Código Civil.¹ Nesse caso, configura-se uma responsabilidade civil extracontratual, e o transportador só responderá por danos causados ao passageiro quando houver dolo ou culpa grave, nos termos da Súmula nº 145 do Superior Tribunal de Justiça.²

Não se classifica como transporte desinteressado aquele em que o transportador auferir algum tipo de benefício, como é comum, por exemplo, na passagem adquirida mediante programas de milhas. Nesse caso, estará presente o contrato de transporte, nos termos do artigo 730 do Código Civil, havendo, portanto, a incidência daquele e do Código de Defesa do Consumidor.

¹ “Art. 736. Não se subordina às normas do contrato de transporte o feito gratuitamente, por amizade ou cortesia.”

² “Súmula 145 - No transporte desinteressado, de simples cortesia, o transportador só será civilmente responsável por danos causados ao transportado quando incorrer em dolo ou culpa grave.”

No caso do transporte aéreo internacional, tanto a Convenção de Varsóvia como a Convenção de Montreal, em seus artigos iniciais, dispõem que suas disposições serão aplicáveis em hipótese de transporte gratuito efetuado em aeronaves, quando prestado por uma empresa de transporte aéreo.³

Importante, ainda, traçar o panorama legislativo anterior ao Código Civil de 2002. Nesse sentido, observa-se que o Código Civil de 1916 não tratava do contrato de transporte, e o Código Comercial regulava apenas alguns aspectos do contrato de transporte de mercadorias e do transporte de passageiros pelo mar. Verifica-se, na legislação brasileira, a edição de normas específicas sobre o transporte de pessoas (Decretos de números 1.930/1857, 2.681/1912 e 15.673/1922), que tratam do transporte aéreo ferroviário; o Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei n. 7.565/86), que rege o transporte aéreo nacional; o

³ Art. 1.1 A presente Convenção aplica-se a qualquer transporte internacional de pessoas, bagagens ou mercadorias, efetuado por aeronave mediante remuneração. Aplica-se igualmente aos transportes gratuitos efetuados por aeronave por uma empresa de transportes aéreos (Convenção de Varsóvia).

Art. 1.1 A presente Convenção se aplica a todo transporte internacional de pessoas, bagagem ou carga, efetuado em aeronaves, mediante remuneração. Aplica-se igualmente ao transporte gratuito efetuado em aeronaves, por uma empresa de transporte aéreo (Convenção de Montreal).

Decreto nº 952/93 e a Lei nº 11.975/2009, que tratam do transporte rodoviário interestadual e internacional.⁴

Relativamente ao transporte aéreo internacional, pode-se citar a Convenção de Varsóvia, de 1929, ingressada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 20.704/31; e a Convenção de Montreal, de 1999, ratificada no Brasil pelo Decreto legislativo nº 59/2006. Referidos diplomas legais e sua aplicabilidade serão tratados ao longo do presente texto.

O transporte aéreo internacional é basicamente, nos termos da Convenção de Varsóvia e de Montreal, aquele que tem como ponto de partida um país e como ponto de destino outro país, haja ou não escala ou conexão, ou então quando houver escala prevista em um outro país em voos com partida e destino em um mesmo Estado nacional. O artigo 1.2 de ambas as Convenções bem define a caracterização do transporte aéreo internacional.⁵

⁴ GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezini. *Dos contratos de hospedagem, de transporte de passageiros e de turismo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 92.

⁵ Art. 1.2 Para o efeito da presente Convenção, é considerado transporte internacional todo o transporte no qual, de acordo com o que foi estipulado pelas Partes, o ponto de partida e o ponto de destino, quer haja ou não interrupções de transporte ou transbordo, estejam situados quer no território de duas Altas Partes Contratantes, quer apenas no território de uma Alta Parte Contratante, se previu uma escala no território de um ou de outro Estado, mesmo que este Estado não seja uma Alta Parte Contratante. O transporte entre dois pontos dentro do território de uma única Alta Parte Contratante sem uma escala estabelecida no território do outro Estado não será considerado transporte internacional para os efeitos da presente Convenção (Convenção de Varsóvia).

Assim, de acordo com a definição legal do transporte aéreo internacional, pode ser aplicável, por exemplo, a Convenção de Montreal a um país que não a assinou, quando tal localidade for ponto de escala previamente definido, em um voo com ponto de partida e de chegada em outro país vizinho.⁶ Por outro lado, se for um pouso de emergência em outro país fronteiriço, em um voo nacional, por exemplo, não haverá que se falar em transporte aéreo internacional.

2 DO JULGADO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 636.331/RJ

Anteriormente ao decidido pelo Supremo Tribunal Federal no RE nº 636.331/RJ, prevalecia, nos Tribunais

Art. 1.2 Para os fins da presente Convenção, a expressão transporte internacional significa todo transporte em que, conforme o estipulado pelas partes, o ponto de partida e o ponto de destino, haja ou não interrupção no transporte, ou no transbordo, estão situados, seja no território de dois Estados Partes, seja no território de um só Estado Parte, havendo escala prevista no território de qualquer outro Estado, ainda que este não seja um Estado Parte. O transporte entre dois pontos dentro do território de um só Estado Parte, sem uma escala acordada no território de outro Estado, não se considerará transporte internacional, para os fins da presente Convenção (Convenção de Montreal).

⁶ MORSELLO, Marcos Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 418: “Ora, dessume-se que, para a aplicação dos ditames da nova Convenção, no âmbito do transporte aéreo internacional, exige-se que os pontos de partida e de destino, independentemente de interrupção ou transbordo, estejam situados no território de dois Estados Partes, ou seja, países que tenham ratificado o novel diploma legal, aceitando-se excepcionalmente sua aplicação em relação a Estado que não a tenha ratificado, desde que o território deste seja utilizado, tão-somente, como escala em transporte aéreo, cujos pontos de origem e destino estejam situados em território de um mesmo Estado Parte.”

Superiores e também na doutrina, o entendimento de que se aplicava o Código de Defesa do Consumidor no trato da responsabilidade civil decorrente do contrato de transporte aéreo internacional, em relações de consumo.

O entendimento pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor fundamentava-se no artigo 5º, inciso XXXII⁷, e artigo 170, inciso V⁸, da Constituição Federal, já que o direito à defesa do consumidor é um direito fundamental e fundamento da ordem econômica, e, por isso, a lei consumerista seria especial em relação aos tratados internacionais, merecendo primazia. Os tratados internacionais sobre o contrato de transporte internacional continuavam aplicáveis naquilo que não contrariassem o Código de Defesa do Consumidor. Cita-se, nesse sentido, a fim de exemplificar, o decidido no REsp nº 220.898/SP⁹ e no AgRg no Ag nº 252.632/SP¹⁰.

⁷ Art. 5º [...]

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

⁸ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

V - defesa do consumidor.

⁹ RESPONSABILIDADE CIVIL. Transporte aéreo. Extravio de carga. Para a apuração da responsabilidade civil do transportador aéreo internacional pelo extravio de carga, aplica-se o disposto no Código de Defesa do Consumidor.

Recurso conhecido e provido (STJ. Quarta Turma. REsp 220.898/SP.

Relator: Min. Ruy Rosado de Aguiar. *DJ*, 12 fev. 2001).

¹⁰ CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. TRANSPORTE AÉREO. EXTRAVIO DE MERCADORIA. COBERTURA SECURITÁRIA. REEMBOLSO. TARIFAÇÃO AFASTADA. INCIDÊNCIA DAS NORMAS DO CDC.

Dessa maneira, conforme esse entendimento, por serem o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil leis ordinárias, tais quais os tratados internacionais que regem a matéria, não haveria derrogação de umas leis em relação às outras, do mesmo modo que as normas constitucionais relativas ao consumidor e ao transporte aéreo internacional coexistiriam no ordenamento jurídico, como mandamentos gerais e abstratos.

Assim, porém, decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 636.331/RJ, no regime de repercussão geral, cuja ementa aqui é citada para fins didáticos:

1. Recurso extraordinário com repercussão geral.
2. Extravio de bagagem. Dano material. Limitação. Antinomia. Convenção de Varsóvia. Código de Defesa do Consumidor.
3. Julgamento de mérito. É aplicável o limite indenizatório estabelecido na Convenção de Varsóvia e demais acordos internacionais subscritos pelo Brasil, em relação às condenações por dano material decorrente de extravio de bagagem, em voos internacionais.
5. Repercussão geral. Tema 210. Fixação da tese: “Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da

I - Pertinente a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor para afastar a antiga tarificação na indenização por perda de mercadoria em transporte aéreo, prevista na Convenção de Varsóvia e no Código Brasileiro de Aeronáutica.

II - Precedentes do STJ.

III – “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”- Súmula n. 7/STJ.

IV - A ausência de prequestionamento torna o recurso especial carecedor do requisito de admissibilidade.

V - Agravo improvido. (STJ. Quarta Turma. AgRg no Ag 252.632/SP. Relator: Min. Aldir Passarinho Júnior. *DJ*, 4 fev. 2002).

responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor”. 6. Caso concreto. Acórdão que aplicou o Código de Defesa do Consumidor. Indenização superior ao limite previsto no art. 22 da Convenção de Varsóvia, com as modificações efetuadas pelos acordos internacionais posteriores. Decisão recorrida reformada, para reduzir o valor da condenação por danos materiais, limitando-o ao patamar estabelecido na legislação internacional. 7. Recurso a que se dá provimento.¹¹

Da mesma maneira, no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo nº 766.618/SP, o Supremo Tribunal Federal assentou que, nos casos de transporte aéreo internacional, devem também ser aplicados os tratados e normas de direito internacional, em prevalência sobre o Código de Defesa do Consumidor, também em matéria de prazo prescricional.¹²

O resultado prático da aplicação das referidas Convenções internacionais, em detrimento do Código de Defesa do Consumidor e do próprio Código Civil, traz inúmeras consequências, como o regime de responsabilidade civil; a limitação das indenizações, que são tarifadas; o prazo

¹¹ STF. Tribunal Pleno. RE 636.331/RJ. Relator: Min. Gilmar Mendes. *DJe*, 13 nov. 2017.

¹² STF. Tribunal Pleno. ARE 766.618/SP. Relator: Min. Roberto Barroso. *DJe*, 13 nov. 2017: “Direito do Consumidor. Transporte Aéreo Internacional. Conflito entre lei e tratado. Indenização. Prazo prescricional previsto em convenção internacional. Aplicabilidade.”

prescricional, que é menor; as hipóteses de responsabilidade, que são taxativas; etc.

Após o julgado no RE nº 636.331/RJ, pelo Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça passou a adotar o novo entendimento, determinando a aplicação dos tratados internacionais mencionados, em prevalência ao Código de Defesa do Consumidor. Nesse sentido, menciona-se o REsp nº 1.615.981/SP (de relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino¹³ e trata de transporte de carga), que assenta a

¹³ STJ. Terceira Turma. REsp 1.615.981/SP. Relator: Min. Paulo de Tarso Sanseverino. *DJe*, 30 abr. 2018: RECURSO ESPECIAL. CIVIL. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL DE CARGA. TRATAMENTO ADUANEIRO. DESPESAS DE ARMAZENAGEM. INDENIZAÇÃO. CONVENÇÃO DE MONTREAL. APLICABILIDADE. PRESCRIÇÃO BIENAL. OCORRÊNCIA.

1. Controvérsia acerca da aplicabilidade da Convenção de Montreal a pretensão indenizatória decorrente de despesas adicionais de armazenagem causadas por ilícito contratual praticado pela transportadora durante as formalidades aduaneiras.
2. Extensão do contrato de transporte aéreo internacional para além do momento do desembarque da carga, mantendo-se o vínculo jurídico enquanto a carga permanecer sob custódia da transportadora, nos termos do art. 18, item 3, da Convenção de Montreal.
3. Existência de norma na Convenção de Montreal acerca da responsabilidade subjetiva das Transportadoras pelas formalidades aduaneiras (art. 16, item 1).
4. Prevalência da norma internacional em detrimento da legislação interna, na esteira do precedente do Supremo Tribunal Federal (Tema 210/STF), enunciando o seguinte entendimento: “Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor”.
5. Aplicação da Convenção de Montreal ao caso dos autos.

aplicabilidade do regime de responsabilidade civil e do prazo prescricional especificado na Convenção de Montreal – que é menor do que o disposto no Código Civil para responsabilidade civil –; e reconhece que a responsabilidade da transportadora por danos decorrentes por formalidades aduaneiras é subjetiva.

3 BREVES LINHAS HISTÓRICAS DA CONVENÇÃO DE VARSÓVIA E DA CONVENÇÃO DE MONTREAL

A Convenção de Varsóvia surgiu em um contexto pós 1^a Guerra Mundial, em que havia a necessidade de grandes investimentos no setor aéreo, que à época era de alto risco e estava em processo de formação. Assim, iniciava-se o desenvolvimento de um setor que era considerado estratégico e ao mesmo tempo apresentava-se com elevada ocorrência de sinistros. O setor aéreo, que era controlado pelo Estado, então, necessitava da edição de normas que pudessem protegê-lo.

Além disso, a título exemplificativo, na Europa, um voo de poucas horas passava às vezes no território de mais de três países diferentes, como ainda ocorre hoje, sendo imperioso, portanto, a uniformização das regras relativas ao transporte aéreo internacional, incluindo aí o regime de responsabilidade civil.

6. Ocorrência da prescrição bienal prevista no art. 35 da Convenção de Montreal, com a impropriedade do pedido.

7. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

A Convenção de Varsóvia surgiu, por isso, com os objetivos de que o transportador pudesse estimar os riscos de sua atividade e evitar litígios, agilizando o processo de liquidação das indenizações, além da possibilidade de fazer seguro.

Com o passar do tempo, a insuficiência dos valores indenizatórios tarifados pela Convenção passou a ser questionado, e simultaneamente, houve aumento da renda *per capita* de vários países no período pós-guerra, incremento da classe média e maior utilização do transporte aéreo de maneira massificada. Ademais, verificou-se posteriormente também, a diminuição dos sinistros, e por tudo isso, as compensações passaram a ser insuficientes.

Por isso, devido a inúmeras fragmentações que geraram o enfraquecimento da Convenção de Varsóvia, houve o advento da Convenção de Montreal em 1999, buscando a uniformização de certas regras relativas ao transporte aéreo internacional, e trouxe muitas inovações. Tais mudanças vieram em razão da evolução do transporte aéreo e da economia global, em um mundo em que os valores sociais evoluíram, demandando a necessária indenização às vítimas de danos causados por acidentes aéreos.

Outros aspectos que contribuíram para o surgimento da Convenção de Montreal, em razão da necessidade de

modernização da legislação internacional, foram a globalização e a multiplicação de voos e rotas internacionais, privatizações de empresas aéreas, edição de normas consumeristas em diversos países, além do aumento do acesso a essas viagens para os consumidores de todo o mundo, que se dá de maneira massificada.

Destarte, para saber qual a convenção internacional é aplicável no caso concreto, deve-se verificar se os países envolvidos aderiram à Convenção de Montreal, ou então apenas à Convenção de Varsóvia. Por exemplo: em um voo entre o Brasil e a Bolívia, aplica-se a Convenção de Montreal, já que os dois países dela são signatários.¹⁴ A Bolívia a assinou mais recentemente em 2015. Já se for um voo entre Brasil e Venezuela, aplica-se a Convenção de Varsóvia, porque a

¹⁴ MORSELLO, Marcos Fábio. *Op. cit.* p. 417-418: “Ora, como já ressaltamos no Capítulo 2, item 3.1.10, a nova Convenção prevê expressamente a substituição do sistema de Varsóvia, sendo suficiente, para tanto, além da assinatura do ato internacional, o depósito de instrumentos de ratificação, para o início de contagem do prazo de 60 (sessenta) dias, para a vigência no país denominado *Estado Parte*, de modo que se afigura inexistente a denúncia dos diplomas legais integrantes do sistema anterior, o que se infere da análise dos ditames do art. 55 do novel diploma legal.(...) Conclui-se, portanto, que na hipótese, *e.g.*, de transporte aéreo internacional entre um Estado Parte e outro que não o seja, pressupondo sua adesão ao Sistema de Varsóvia, este comportará aplicação, em detrimento da Convenção de Montreal, ressalvada eventual antinomia no âmbito de cada ordenamento jurídico interno, com outros diplomas legais, sem prejuízo de análise daqueles vinculantes em nível comunitário, ou objeto de subscrição por transportadores aéreos pertencentes a vários países, que ainda não ratificaram a nova Convenção.”

Venezuela não ratificou a Convenção de Montreal, que atualmente conta com 137 Estados partes.¹⁵

4 NOTAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL À LUZ DA CONVENÇÃO DE VARSÓVIA E DA CONVENÇÃO DE MONTREAL

Além dos aspectos já tratados que resultaram no enfraquecimento da Convenção de Varsóvia, observou-se, na prática, que sua aplicação passou a ofender a isonomia e o princípio da reparação integral. Assim sendo, em um voo, por exemplo, vindo da Europa, com escala em Nova Iorque e destino final em São Francisco, poderia haver passageiros regidos pelo referido tratado internacional e outros, pela legislação americana. Em caso de acidente com resultado morte, os familiares dos passageiros sob a regência da Convenção de Varsóvia teriam direito a uma indenização tarifada bem menor do que os outros, e que não refletiria uma justa compensação. Os Estados Unidos da América saíram da Convenção de Varsóvia após acidente regido por ela, que demonstrava a insuficiência daquele sistema.¹⁶

¹⁵ Disponível em:

https://www.icao.int/secretariat/legal/list%20of%20parties/mtl199_en.pdf.
Acesso em: 27 ago. 2021.

¹⁶ MORSELLO, Marcos Fábio. *Op. cit.*, p. 351: “Ulterior agravante coadunou-se com acidente aéreo em 21 de janeiro de 1960, com aeronave da companhia colombiana Avianca, acidentada por ocasião de operação de aterrissagem em Montego Bay (Jamaica), na qual faleceram o filho e nora do

A Convenção de Varsóvia prevê uma responsabilidade baseada na culpa presumida disposta em seu artigo 20.1¹⁷, que é excluída quando o transportador prova que tomou todas as medidas e diligências necessárias para evitar o dano e prevê tarifações nas indenizações, sendo que a reparação no caso envolvendo perda ou estrago de bagagem é vinculada ao peso dela, conforme seus artigos 22.1 e 22.2.¹⁸

Em relação à Convenção de Montreal, ela fixou a responsabilidade objetiva para os casos de extravio ou dano a bagagens registradas e manteve a responsabilidade com culpa presumida para as hipóteses de atrasos de voos, o que pode ser observado em seus artigos 17.2 e 19.¹⁹

senador Homer Capehart, do Estado de Indiana, responsável, outrossim, pela Comissão de Relações Exteriores. A partir do referido evento, preferiu-se não se submeter o Protocolo à ratificação.”

¹⁷ Art. 20.1. O transportador não será responsável se provar que tomou, e tomaram os seus prepostos, todas as medidas necessárias para que não se produzisse o dano, ou que não lhes foi possível tomá-las.

¹⁸ Art. 22.1. No transporte de pessoas, limita-se a responsabilidade do transportador, à importância de cento e vinte e cinco mil francos por passageiro. Se a indenização, de conformidade com a lei do tribunal que conhecer da questão puder ser arbitrada em constituição de renda, não poderá o respectivo capital exceder aquele limite. Entretanto, por acordo especial com o transportador, poderá o viajante fixar em mais o limite de responsabilidade.

2. No transporte de mercadorias, ou de bagagem despachada, limita-se a responsabilidade do transportador à quantia de duzentos e cinquenta francos por quilograma, salvo declaração especial de interessa na entrega, feita pelo expedidor no momento de confiar ao transportador os volumes, e mediante o pagamento de uma taxa suplementar eventual.

¹⁹ 17.2. O transportador é responsável pelo dano causado em caso de destruição, perda ou avaria da bagagem registrada, no caso em que a destruição, perda ou avaria haja ocorrido a bordo da aeronave ou durante

A indenização no caso de extravio ou dano de bagagem teve seu valor um pouco mais elevado e não é baseada mais no peso da bagagem, mas, sim, fixada por passageiro, em direitos especiais de saque, do mesmo modo que nos atrasos de voos conforme artigos 22.1 e 22.2²⁰, atendendo nos dias de hoje, a nosso ver, se não o princípio da reparação integral, literalmente, mas, certamente, uma justa compensação na ótica coletiva. Isso porque é cada vez mais comum a utilização de voos internacionais por passageiros de classe média, em um mundo globalizado, que levam poucos pertences de maior valor, em

qualquer período em que a bagagem registrada se encontre sob a custódia do transportador. Não obstante, o transportador não será responsável na medida em que o dano se deva à natureza, a um defeito ou a um vício próprio da bagagem. No caso da bagagem não registrada, incluindo os objetos pessoais, o transportador é responsável, se o dano se deve a sua culpa ou a de seus prepostos.

[...]

19. O transportador é responsável pelo dano ocasionado por atrasos no transporte aéreo de passageiros, bagagem ou carga. Não obstante, o transportador não será responsável pelo dano ocasionado por atraso se prova que ele e seus prepostos adotaram todas as medidas que eram razoavelmente necessárias para evitar o dano ou que lhes foi impossível, a um e a outros, adotar tais medidas.

²⁰ Art. 22.1. Em caso de dano causado por atraso no transporte de pessoas, como se especifica no Artigo 19, a responsabilidade do transportador se limita a 4.150 Direitos Especiais de Saque por passageiro.

2. No transporte de bagagem, a responsabilidade do transportador em caso de destruição, perda, avaria ou atraso se limita a 1.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro, a menos que o passageiro haja feito ao transportador, ao entregar-lhe a bagagem registrada, uma declaração especial de valor da entrega desta no lugar de destino, e tenha pago uma quantia suplementar, se for cabível. Neste caso, o transportador estará obrigado a pagar uma soma que não excederá o valor declarado, a menos que prove que este valor é superior ao valor real da entrega no lugar de destino.

viagens que nem sempre são de permanência tão longa a justificar bagagens com altos valores. Em caso de atraso de voo, o valor máximo indenizável previsto, em nosso entender, também dá azo a uma justa indenização dentro da realidade atual.

Quanto ao dano morte, fixou a Convenção de Montreal, em seus artigos 17.1 e 21²¹, um regime dúplice, ou seja, baseado na responsabilidade objetiva até certo montante, que foi aumentado em relação à Convenção de Varsóvia. E, se esse valor for superado, a responsabilidade torna-se subjetiva.

Essa modalidade híbrida de responsabilidade civil no caso de dano morte ou lesão corporal é chamada de *two-tier system* e só é excluída ou atenuada, na fase da responsabilidade objetiva, pela prova do transportador de culpa exclusiva da vítima, de modo exclusivo ou concorrente, e por força maior

²¹ Art. 17. 1. O transportador é responsável pelo dano causado em caso de morte ou de lesão corporal de um passageiro, desde que o acidente que causou a morte ou a lesão haja ocorrido a bordo da aeronave ou durante quaisquer operações de embarque ou desembarque.

Art. 21. 1. O transportador não poderá excluir nem limitar sua responsabilidade, com relação aos danos previstos no número 1 do Artigo 17, que não exceda de 100.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro.

2. O transportador não será responsável pelos danos previstos no número 1 do Artigo 17, na medida em que exceda de 100.000 Direitos Especiais de Saque por passageiro, se provar que:

a) o dano não se deveu a negligência ou a outra ação ou omissão do transportador ou de seus prepostos; ou b) o dano se deveu unicamente a negligência ou a outra ação ou omissão indevida de um terceiro.

extrínseca.²² Por outro lado, o fortuito interno não serve para excluir a responsabilidade do transportador aéreo.²³

Registra-se que há muitas críticas ao novo entendimento fixado pelo Supremo Tribunal Federal, em razão não só do afastamento da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, mas também pelo não atendimento do princípio geral e cláusula geral da reparação integral, prevista igualmente no Código Civil

²² MORSELLO, Marcos Fábio. *Op. cit.*, p. 75: “Todavia, emergem peculiaridades que inviabilizam a adoção de sistema puro de responsabilidade objetiva, já que se adotou sistema de responsabilidade em dois níveis (*two-tier system*), de acordo com as cifras que componham eventual conflito de interesses.” [...]

“Por outro lado, caso o aventado montante reste superado, haverá a utilização da teoria da culpa, sem qualquer patamar-limite.”

“Observe-se que a responsabilidade objetiva que permeia o sistema, até o limite de 100.000 DES, não se erige ao *status* de teoria do risco integral ou responsabilidade absoluta, máxime tendo em vista a previsão de eximentes, escudadas na prova pelo transportador de culpa exclusiva da vítima, em caráter exclusivo ou concorrente e força maior extrínseca.”

²³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 453-454: “Não se trata de responsabilizar o transportador aéreo pelo fenômeno natural em si, mas pela ineficácia do serviço que presta, face à não realização, em tempo hábil, dos reparos necessários à continuação do fornecimento do serviço.” [...]

“Cumpre, ainda, lembrar que quando o transporte aéreo gera relação de consumo, como de regra ocorre, o fato imprevisível e inevitável ocorrido no momento da realização do serviço, por ínsito ao risco do empreendimento, caracteriza o defeito do serviço, o fortuito interno, cabendo ao transportador a responsabilidade. A eclosão dos fatos, ainda no *iter* do ciclo produtivo, não tem o condão de elidir o dever de indenizar o fornecedor. Daí a quase impossibilidade de se admitir como excludente da responsabilidade do transportador aéreo as intempéries da natureza – fatos que ocorrem durante a prestação do serviço.”

de 2002, em seu artigo 944, *caput*²⁴, como antes havia sido firmado pelo Superior Tribunal de Justiça.²⁵

Importante alinhar que o princípio da reparação integral visa compensar de maneira completa, na medida do possível, todos os danos efetivamente sofridos pela vítima.²⁶ Nesse ponto, necessário observar-se que o julgado do Supremo Tribunal Federal não estabelece que a indenização por danos morais deva seguir as convenções internacionais, motivo pelo qual, deve ser

²⁴ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

²⁵ Como exemplo, podemos observar o decidido no REsp 65.837/SP (STJ. Quarta Turma. REsp 65.837/SP. Relator para acórdão: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. **DJe**, 3 set. 2001): RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO REGRESSIVA. TRANSPORTE AÉREO. EXTRAVIO DE MERCADORIA. INAPLICABILIDADE DA CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. INDENIZAÇÃO AMPLA. ORIENTAÇÃO MAJORITÁRIA DA SEGUNDA SEÇÃO. VOTOS VENCIDOS. RECURSO DESPROVIDO. I - Nos termos da jurisprudência majoritária da Segunda Seção, a indenização decorrente do extravio ou danos à bagagem ou mercadoria deve ser ampla, não se limitando aos valores estabelecidos em legislações específicas.

II - Mesmo nos eventos ocorridos anteriormente à vigência do Código de Defesa do Consumidor, a indenização deve ser ampla, aplicando-se as normas que regulam a responsabilidade civil (art. 159 do Código Civil), uma vez ausentes pressupostos que justifiquem a limitação da indenização.

²⁶ SANSEVERINO, Paulo Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010. E-book, p. 49 e 51: “Apresenta-se o princípio da reparação integral do dano em sua dimensão mais ampla, evidenciando toda a sua utilidade prática, quando se considera a indenização pecuniária. Os danos causados à vítima devem ser avaliados de tal modo a compensar integralmente todos os prejuízos por ela sofridos. Estabelece-se, assim, que, na quantificação da indenização, o juiz deve considerar a extensão efetiva dos prejuízos decorrentes do evento danoso. [...] O fundamento do princípio da reparação integral, acolhido pelo art. 944 do CC, é a noção de justiça corretiva desenvolvida por Aristóteles em sua *Ética a Nicômaco*. Ele a considerava como o critério de justiça mais adequado às relações privadas, posteriormente aperfeiçoada por Tomás de Aquino, com a denominação de justiça comutativa.”

fixada em atenção à cláusula geral da reparação integral. Ademais, decorre dos direitos fundamentais descritos no texto constitucional, de modo que a doutrina cita exemplos jurisprudenciais que afastam o tarifamento da indenização na hipótese de danos morais.²⁷

Há ainda inúmeras outras questões que serão definidas pela jurisprudência ao longo do tempo, como por exemplo, o fenômeno do *overbooking*, em que a empresa aérea, assumindo o próprio risco, de que eventual passageiro não compareça ao voo, opta por vender mais passagens do que assentos disponíveis. Nessa hipótese, que não está prevista na Convenção de Varsóvia e de Montreal, pode-se entender não como caso de atraso de voo, mas como verdadeiro inadimplemento absoluto de fornecimento de voo certo e determinado que foi comprado pelo consumidor, ensejando, portanto, a reparação integral.

²⁷ SANSEVERINO, Paulo Tarso Vieira. *Op. cit.*, p. 279: “A jurisprudência do STJ, após longo debate, com fundamento no disposto nessas normas do art. 5º, V e X, da CF/88, firmou o seu entendimento no sentido de que foram derogadas todas as restrições à plena indenizabilidade dos danos morais ocasionados por atos ilícitos praticados por meio da imprensa, deixando de aplicar tanto as hipóteses de tarifamento legal indenizatório previstas nos arts. 49 a 52, como também o prazo decadencial de três meses estatuído pelo art. 56 da Lei n. 5.250/67. Consolidada essa orientação, houve a edição da Súmula 281, em que fica expressa essa posição firme da Corte Especial no sentido de que ‘a indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista pela Lei de Imprensa’. Com isso, com fulcro nas normas constitucionais, a jurisprudência culminou por consagrar a determinação da reparação integral dos danos materiais e morais causados por meio da imprensa.”

5 ALGUNS PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Serão abordados neste tópico, para fins de melhor visualização prática, alguns precedentes recentes do Superior Tribunal de Justiça em que foi aplicada a Convenção de Montreal, em prevalência sobre o Código de Defesa do Consumidor, relativamente a casos que envolvem o transporte aéreo internacional, sob a jurisdição brasileira.

No AgInt, no Recurso Especial nº 1.874.764/SP²⁸, debateu-se acerca da pretensão indenizatória em razão de danos a cargas ou mercadorias em transporte aéreo internacional. Decidiu-se que a indenização, neste caso, está sujeita aos limites de tabelamento indenizatório impostos pela Convenção de Montreal, porquanto, no caso concreto, o expedidor da bagagem

²⁸ STJ. Quarta Turma. AgInt no REsp 1.874.764/SP. Relator: Min. Luís Felipe Salomão. *DJe*, 29 jun. 2021: AGRADO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. AVARIA DE CARGA. INCIDÊNCIA DAS CONVENÇÕES DE VARSÓVIA E MONTREAL.

1. ‘Nos termos do art. 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor’ (Tema 210) RE 636.331/RJ

2. A pretensão indenizatória decorrente de danos a cargas ou mercadorias em transporte aéreo internacional está sujeita aos limites impostos pela Convenção de Montreal, salvo se o expedidor da bagagem haja feito ao transportador uma declaração especial de valor de sua entrega no lugar de destino, e tenha pago uma quantia suplementar, se for cabível.

3. Agravo interno não provido.

não fez uma declaração especial de valor referente à sua entrega no lugar de destino.

Já no Recurso Especial nº 1.842.066/RS²⁹, foi-se tratado de um caso envolvendo uma ação de indenização por danos materiais e morais contra a Air France por dois consumidores, por força de extravio de bagagens em um voo internacional.

²⁹ STJ. Terceira Turma. REsp 1.842.066/RS. Relator: Min. Moura Ribeiro. *DJe*, 15 jun. 2020: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. AÇÃO INDENIZATÓRIA. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. EXTRAVIO DE BAGAGEM. PEDIDO DE REPARAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. NORMAS E TRATADOS INTERNACIONAIS. CONVENÇÃO DE MONTREAL. LIMITAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DA TRANSPORTADORA APENAS QUANTO AOS DANOS MATERIAIS. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR EM RELAÇÃO AOS DANOS MORAIS. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. Aplica-se o NCPC a este recurso ante os termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.

2. O STF, no julgamento do RE nº 636.331/RJ, com repercussão geral reconhecida, fixou a seguinte tese jurídica: Nos termos do artigo 178 da Constituição da República, as normas e os tratados internacionais limitadores da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor.

3. Referido entendimento tem aplicação apenas aos pedidos de reparação por danos materiais.

4. As indenizações por danos morais decorrentes de extravio de bagagem e de atraso de voo não estão submetidas à tarifação prevista na Convenção de Montreal, devendo-se observar, nesses casos, a efetiva reparação do consumidor preceituada pelo CDC.

5. Recurso especial não provido.

Em primeira instância houve a condenação a Air France para pagar a título de danos materiais, o valor registrado em notas fiscais e mais R\$ 8.000,00 (oito mil reais) a título de danos morais, para cada um dos autores. A sentença foi posteriormente confirmada em segunda instância pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Em razão do julgado no Recurso Extraordinário nº 636.331/RJ pelo Supremo Tribunal Federal, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul reexaminou o tema e, em juízo de retratação, manteve o decidido, mas observou que a tarifação indenizatória da Convenção de Montreal seria aplicável apenas aos danos materiais.

O recurso especial, então, proposto pela Air France, sustentou que os limites de indenização dispostos na Convenção de Montreal abarcariam todos os danos sofridos pelos passageiros, ou seja, tanto os materiais quanto os morais.

Na data em que o caso foi julgado, o limite indenizatório em hipóteses de extravio de bagagem era o equivalente a R\$ 5.940,00 (cinco mil, novecentos e quarenta reais), o que equivale a 1.000 (um mil) DES (Direito Especial de Saque).

Ao negar provimento ao recurso da Air France, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça reputou que os danos morais decorrentes do extravio de bagagem não estariam sujeitos ao limite indenizatório da convenção internacional, já

que conflitaria com o princípio da reparação efetiva do consumidor disposta no artigo 6º, inciso VI, do Código de Defesa do Consumidor.

Nesse sentido, utilizou-se dos seguintes argumentos: (a) embora na Convenção de Montreal o texto refira-se genericamente a danos, ele na verdade não tratou dos danos morais, pois representou uma atualização da Convenção de Varsóvia, de 1929, quando ainda sequer se falava nessa modalidade de violação dos direitos da personalidade; (b) a interpretação dos tratados internacionais deve ser feita mediante boa-fé e à luz de seu objetivo e finalidade, de acordo com o artigo 31 da Convenção de Viena; (c) os prejuízos de natureza extrapatrimonial não admitem tabelamento prévio ou tarifação; (d) a sujeição dos danos morais ao tabelamento indenizatório deveria ter sido feita de modo expreso na Convenção de Montreal para ter aplicabilidade; e (e) se o passageiro pode afastar o limite legal mediante declaração especial do valor patrimonial da bagagem transportada, isso significa que essa tarifação tem por objetivo reparar danos meramente patrimoniais.

Embora a questão não tenha sido definitivamente apreciada pelo Supremo Tribunal Federal e tenha, doutrinariamente, posições em sentido contrário, entende-se, como já aqui defendido, que se trata de um julgado que, em

última análise, adotou um entendimento que está de acordo com a Constituição Federal, já que a indenização pelo dano moral constitui uma reparação à violação aos direitos da personalidade, previstos em sede constitucional, nos termos do seu artigo 5º, incisos V e X.

Em relação à fixação do prazo prescricional, localizaram-se precedentes do Superior Tribunal de Justiça aplicando tanto o Código de Defesa do Consumidor, quanto à Convenção de Montreal, em casos envolvendo danos morais, como a seguir é exposto.

No bojo do AgInt no Recurso Especial 1.898.449/PR³⁰, foi fixado o entendimento de que, na indenização por danos materiais, aplica-se a prescrição bienal das Convenções de Varsóvia e de Montreal, ao passo que, na indenização por danos morais, deve incidir o prazo de cinco anos do Código de Defesa do Consumidor, em um caso que tratava de atraso de voo internacional e perda de conexão.

Por fim, no AgInt no Agravo em Recurso Especial 1.720.648/SC, julgou-se um caso em que a American Airlines

³⁰ STJ. Decisão Monocrática. AgInt no REsp 1.898.449/PR. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze. *DJe*, 29 mar. 2021: Agravo interno no Recurso Especial. Ação de indenização por danos materiais e morais. Atraso de voo internacional e perda de conexão. 1. Indenização por danos materiais. Prescrição bienal. Aplicação das Convenções de Varsóvia e Montreal. Repercussão Geral reconhecida pelo STF. ARE 766.618/SP (Tema 210/STF). 2. Indenização por danos morais. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Súmula n. 83 do STJ. 3. Recurso Especial parcialmente provido, em juízo de retratação.

Inc. requereu a aplicação da prescrição da pretensão indenizatória, em razão da aplicação da Convenção de Montreal, em hipótese de danos materiais e morais decorrente de atraso de voo internacional.

Em primeira instância, a empresa aérea foi condenada ao pagamento de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de danos morais. O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, no entanto, reformou a sentença para julgar extinto o feito com resolução de mérito, diante do reconhecimento da prescrição, fundamentando com base na Convenção de Montreal. O Superior Tribunal de Justiça houve por bem, então, manter o fixado pela Corte de origem.³¹

6 CONCLUSÃO

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 636.331/RJ traz segurança jurídica, ao decidir tema relevante em regime de repercussão geral, a fim de evitar decisões conflitantes ao longo do território nacional, sobre matéria que inclusive, já tinha sido controvertida, em tempos passados no Superior Tribunal de Justiça, que

³¹ STJ. Decisão Monocrática. AgInt no AREsp 1.720.648/SC. Relator: Min. Marco Buzzi. *DJe*, 24 maio 2021: [...] Vê-se, portanto, que o entendimento firmado pela Corte de origem encontra amparo na compreensão firmada pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, razão pela qual o recurso especial em análise não merece prosperar, quanto a este ponto. [...]

inicialmente entendia que prevaleceria a Convenção de Varsóvia sobre o Código de Defesa do Consumidor.

Verifica-se que as hipóteses mais comuns de pedidos e de ações de responsabilidade civil, no caso de transporte aéreo internacional, dizem respeito aos casos de perda ou dano de bagagem e de atraso de voos. Neles, o limite máximo de compensação tarifado pela Convenção de Montreal mostra-se em valor razoável com uma justa compensação para a maior parte das pessoas de classe média que utilizam o transporte aéreo internacional em massa e de maneira dinâmica, em um mundo globalizado. Também está de acordo com o valor que normalmente levam em suas bagagens.

Isso proporciona um benefício coletivo, porque os consumidores acabam sendo devidamente indenizados, de maneira rápida e efetiva, de modo desburocratizado, ao mesmo tempo em que as empresas aéreas conseguem organizar-se economicamente, prevendo com maior facilidade os riscos de sua atividade, o que torna as passagens mais baratas. Pode-se afirmar que, sem limitação de indenização, pagando altas compensações, aumentar-se-ia o custo das passagens, impactando a todos. Além disso, pela Convenção de Montreal, aquele que desejar pode fazer, de modo previsível, declaração especial de valor de bagagem, caso entenda que transporta valor excedente ao que seria eventualmente indenizado.

Por tudo isso, conclui-se que a tarifação da responsabilidade civil, nos casos de extravio ou avaria de bagagem, e também de atrasos de voos, no contrato de transporte aéreo internacional, gera eficiência econômica ao setor, e ao mesmo tempo preserva os consumidores, sob a ótica coletiva.³²

³² CORREA, Atalá. Limitação das indenizações por extravio de bagagens no transporte aéreo internacional: uma abordagem sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito. *Revista IBERC*, v. 4, n. 2, p. 1-17, maio/ago. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.37963/iberc.v4i2.162>. Acesso em: 30 ago. 2021, p. 12-13 e 15: “Em primeiro lugar, cientes de sua responsabilidade, as companhias tomam precauções diversas, para prevenir extravios e danos dentro de uma estrutura de custos razoável. Como evitar todos os danos pode ser impossível ou muito oneroso, elas assumem o risco de indenizar e, quando as reparações se tornam constantes, incorporam esses valores na sua estrutura de custos. Internalizam-se os custos dos acidentes, com elevação do preço ao consumidor final. Isso significa, de maneira simplificada que, em alguma medida, a responsabilidade objetiva tem fundamento econômico equivalente a de um seguro compulsório imposto a todos os consumidores (ou à venda casada de seguro, como se preferir).” [...] “A limitação da responsabilidade pode amenizar esse cenário, pois funciona como um sinal, a demonstrar que os consumidores devem manter o valor da bagagem transportada em patamares módicos, contratando seguros para o transporte de bens valiosos. A medida é diretamente benéfica aos consumidores, sobretudo àqueles que jamais transportariam bagagens valiosas, pois, com menor estrutura de custos e sob um regime de concorrência, o preço das passagens tende a cair. Em outras palavras, a limitação da responsabilidade é medida que, na hipótese, traz eficiência econômica ao negócio de transporte aéreo de passageiros.”

REFERÊNCIAS

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CORREA, Atalá. Limitação das indenizações por extravio de bagagens no transporte aéreo internacional: uma abordagem sob a perspectiva da Análise Econômica do Direito. *Revista IBERC*, v. 4, n. 2, maio/ago. 2021, p. 1-17. Disponível em: <https://doi.org/10.37963/iberc.v4i2.162>. Acesso em: 30 ago. 2021.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. *Dos contratos de hospedagem, de transporte de passageiros e de turismo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORSELLO, Marcos Fábio. *Responsabilidade civil no transporte aéreo*. São Paulo: Atlas, 2006.

SANSEVERINO, Paulo Tarso Vieira. *Princípio da reparação integral*. São Paulo: Saraiva, 2010. E-book.

A decisão do Supremo Tribunal Federal e a nova sistemática do interrogatório nos termos do PL 9436/2017

Ataliba Dias Ramos

Especialista em Direito Público pela Faculdade FORTIUM. Juiz federal da Justiça Militar, titular da Auditoria da 12^a Circunscrição Judiciária Militar.

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6756125396342870>

E-mail: aud12@stm.jus.br

Data de recebimento: 15/10/2022

Data de aceitação: 15/10/2022

Data da publicação: 14/11/2022

RESUMO: O presente artigo trata do interrogatório no processo penal militar, abordando brevemente seu tratamento jurídico tanto no processo penal comum, quanto no militar. Como metodologia adotada, foi realizada uma pesquisa bibliográfica, levantamento jurisprudencial, com especial enfoque a uma importante decisão do Supremo Tribunal Federal acerca desse tema (HC 127.900/AM), bem como levantamento documental com base na Lei de Acesso à Informação (LAI). Destacamos, de início, que o Código de Processo Penal Militar é a principal fonte formal imediata do rito criminal castrense, devendo ser interpretado de acordo com a Carta Magna de 1988, sendo certo que somente em casos excepcionais, quando o tema já é regulado no CPPM, se invocam as normas do Código de

Processo Penal, o que ocorreu por força da referida decisão do E. STF. Prosseguindo na pesquisa, consultamos o site da Câmara dos Deputados para saber de Projeto de Lei versando sobre alterações no atual Código de Processo Penal Militar a fim de adequá-lo à referida decisão da Corte Suprema, no que a resposta foi positiva, já que existe o PL 9.436/2017. Com base na Lei de Acesso à Informação, solicitamos os pareceres do Ministério da Defesa e das Forças Armadas acerca da referida propositura legislativa. Como resultado, identificamos que o “novo” CPPM se adequará ao rito do interrogatório do CPP, exatamente nos moldes da decisão do E. STF, sendo certo que a iniciativa também goza, nesse ponto, de parecer favorável das instituições militares federais.

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

ENGLISH

TITLE: The decision of the Supreme Federal Court and the new system of interrogatory in the Bill 9436/2017.

ABSTRACT: This article deals with interrogation in military criminal proceedings, briefly addressing its legal treatment both in common criminal proceedings and in the military. As adopted methodology, a bibliographical research was carried out, jurisprudential survey, with special focus on an important decision of the Federal Supreme Court on this subject (HC 127.900/AM), as well as a documentary survey based on the Access to Information Law (LAI). We emphasize, at the outset, that the Military Criminal Procedure Code is the main immediate formal source of the military criminal rite, and must be interpreted according to the Magna Carta of 1988, being certain that only in exceptional cases, when the subject is already regulated in the Military Criminal Procedure Code, the

rules of the Criminal Procedure Code are invoked, which occurred by virtue of the aforementioned decision of the Supreme Federal Court. Continuing with the research, we consulted the website of the Chamber of Deputies to find out about a Bill dealing with changes in the current Military Criminal Procedure Code in order to adapt it to the aforementioned decision of the Supreme Court, in which the answer was positive, since there is the Bill 9.436/2017. Based on the Access to Information Law, we requested the opinions of the Ministry of Defense and the Armed Forces on the aforementioned legislative proposal. As a result, we identified that the “new” Military Criminal Procedure Code will adapt to the rite of interrogation of the Criminal Procedure Code, exactly in the molds of the decision of the Supreme Federal Court, being certain that the initiative also enjoys, in this point, the favorable opinion of the federal military institutions.

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

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 A utilização de normas do CPP no Processo Penal Militar – 3 O ato de interrogatório: diferença entre o CPPM e o CPP. A decisão do Supremo Tribunal Federal – 4 O Projeto de Lei 9.436/2017 e a nova sistemática do interrogatório no Processo Penal Militar – 5 Da consulta de parecer das forças armadas acerca do Projeto de Lei 9.436/2017 – 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O processo penal militar pode ser definido como o conjunto de normas que regulam o processo penal militar, bem

como as atividades da polícia judiciária militar, tendo como sua principal fonte de aplicação o Código de Processo Penal Militar (CPPM), que deve ser interpretado sempre em consonância com a Constituição Federal.

Como o próprio nome indica, “fontes são nascedouros, pontos de gênese de algo” (NEVES 2022, p. 255), sendo muito claro que uma das principais fontes do processo penal militar é o CPPM.

Ocorre que o atual código de ritos castrense ingressou no ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto-Lei 1.002, de 21 de outubro de 1969, sob a égide da Constituição Federal de 1967, tendo *status* de lei ordinária, e, pelo fato de alguns de seus artigos apresentarem nítida incompatibilidade material com o Texto Maior, tais dispositivos sequer foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988.

Nessa senda, exemplo clássico é o artigo 305 do CPPM, o qual prevê que o silêncio do acusado poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa (BRASIL, 1969). Não é preciso muito esforço para identificar que essa parte final consiste em uma afronta ao direito ao silêncio e ao princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Com efeito, como muito bem apontado por Claudio Amin Miguel, o réu tem o direito de permanecer em silêncio e essa atitude não poderá ser usada contra ele. Também não se

admite, pelos princípios constitucionais, especialmente o respeito à dignidade humana, o teor do art. 406 do CPPM, segundo o qual o réu deve permanecer de pé durante o interrogatório (MIGUEL; COLDIBELLI, 2020, p. 153).

Pois bem. Apesar de antigo e de ter sofrido poucas alterações em seu texto ao longo desses últimos 50 (cinquenta) anos, o fato é que o CPPM ainda consiste na principal fonte formal imediata do direito judiciário militar (art. 1º do CPPM), ou seja, é a fonte que revela o direito, sendo também chamada de fonte de cognição, devendo sempre ser interpretado, repise-se, em consonância com a Constituição Federal.

Por sua vez, as fontes formais indiretas (mediata, suplementar) são a analogia, os costumes, princípios gerais de direito e jurisprudência, conforme expressa previsão do art. 3º do CPPM.

2 A UTILIZAÇÃO DE NORMAS DO CPP NO PROCESSO PENAL MILITAR

Regulamentando as fontes formais mediatas do processo penal militar, o artigo 3º “a” do CPPM leciona que os casos omissos do referido código serão supridos pela legislação do processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar:

Suprimento dos casos omissos

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

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

Percebe-se, portanto, que, por essa sistemática, se quisermos nos utilizar das normas do CPP em determinado caso concreto, temos que ultrapassar, pelo menos, “duas barreiras hermenêuticas”, quais sejam: o silêncio eloquente (o legislador não quis regulamentar o assunto e, portanto, não se tratou de omissão da lei) e a índole do processo penal militar.

Em relação à barreira do silêncio eloquente, sabemos que existe uma grande discussão acerca da dificuldade para identificá-lo. De fato, não constitui uma tarefa simples ao intérprete do Direito Castrense, já que, muitas vezes, não se sabe se o legislador se omitiu em regulamentar o tema no códex castrense ou se simplesmente não o fez porque não quis, ou seja, propositalmente – o que configura tal silêncio em comento.

Para fins de elucidação do tema, o E. STM, por exemplo, entende que o alcance normativo do Acordo de Não Persecução Penal está circunscrito ao âmbito do processo penal comum, não sendo possível invocá-lo subsidiariamente ao CPPM, sob pena de violação ao Princípio da Especialidade, pois inexistente omissão

(STM, Apelação nº 7000673-46.2021.7.00.0000. Relator: Ministro Marco Antônio de Farias. Data de Julgamento: 05/05/2022, Data de Publicação: 24/05/2022). Portanto, com as inovações do “Pacote Anticrime” entende a Superior Corte Castrense que, quanto ao ANPP, não houve intenção do legislador de aplicá-lo ao processo penal militar, ante as peculiaridades existentes nesse ramo especializado do Direito.

Temos ainda aquilo que denomino de “segunda barreira”, qual seja, a índole do processo penal militar, que consiste em um conceito deveras vago e impreciso, sendo certo que, na doutrina, poucos são os autores que se aventuram em trazer uma definição exata do que, de fato, seria a tal “índole”. Trazendo sua contribuição, Jorge Cesar de Assis esclarece:

Deve ser considerado que a chamada índole do Processo Penal Militar está diretamente ligada àqueles valores, prerrogativas, deveres e obrigações, que, sendo inerentes aos membros das Forças Armadas, devem ser observados no decorrer do processo, enquanto o acusado mantiver o posto ou graduação correspondente.

Fazem parte da índole do Processo Penal Militar as prerrogativas dos militares, constituídas pelas honras, dignidades e distinções devidas aos graus militares e cargos (Estatuto dos Militares, art. 73), e que se retratam já na definição do júízo natural do acusado militar Conselho Especial ou Permanente); na obrigação do acusado militar prestar os sinais de respeito aos membros do Conselho de Justiça; a conservação, pelo militar da reserva ou reformado, das prerrogativas do posto ou graduação, quando pratica ou contra ele é

praticado crime militar (CPM, art. 13); a prestação do compromisso legal pelos juízes militares (CPPM, art. 400) etc. (ASSIS, 2020, p. 38)

Isso posto, voltemos nossa atenção para a grande regra do processo penal castrense, que é: se o CPPM já regulamenta a matéria, devemos, com base no princípio da especialidade, nos valer de suas normas e somente em casos excepcionais teremos a aplicação das normas do CPP na persecução penal castrense.

Diante desse contexto, temos hoje no ordenamento jurídico pátrio um grande exemplo da aplicação dessa excepcionalidade graças a uma importante decisão o E. STF, que definiu o momento adequado para a realização do interrogatório na instrução criminal castrense, conforme veremos adiante.

3 O ATO DE INTERROGATÓRIO: DIFERENÇA ENTRE O CPPM E O CPP. A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O interrogatório pode ser definido como o ato processual por meio do qual o juiz ouve o acusado sobre sua pessoa e sobre a imputação que lhe é feita. É a oportunidade que o acusado tem de se dirigir diretamente ao magistrado, quer para apresentar a versão da defesa acerca da imputação que recai sobre a sua pessoa, podendo, inclusive, indicar meios de prova, quer para confessar, ou até mesmo para permanecer em silêncio,

fornecendo apenas elementos relativos à sua qualificação.
(LIMA 2020, p. 742)

A natureza jurídica do interrogatório é motivo de grande divergência na doutrina, pois se discute se ele é meio de prova ou meio de defesa, e ainda há uma corrente que prega que o interrogatório possui uma natureza mista, ou seja, ele seria ao mesmo tempo meio de prova e meio de defesa.

Com efeito, apesar de o CPPM e o CPP numerarem o interrogatório como ato probatório, é inegável que ele também se constitui em meio de defesa. Nesse sentido a lição de Cláudio Amin e Nelson Coldibelli:

Trata-se de ato exclusivo do Conselho de Justiça, cabendo somente a este formular perguntas ao réu. Essas perguntas serão feitas primeiramente pelo Juiz Auditor e, posteriormente, pelos demais membros por ordem hierárquica, sempre através do Juiz Auditor, ou seja, o Juiz militar formula a pergunta oralmente e, caso o Juiz Auditor entenda ser pertinente, perguntará ao réu. As dúvidas a esse respeito foram devidamente esclarecidas pelo que dispõe o artigo 30, inciso VI, da atual Lei de Organização Judiciária Militar. Às partes cabe apenas se manifestarem quando o juiz violar algum dispositivo legal ou deixar de consignar algo que tenha sido falado pelo acusado. O réu tem o direito de permanecer em silêncio e essa atitude não poderá ser usada contra ele, pois o interrogatório é um meio de defesa. (MIGUEL; COLDIBELLI, 2020, p. 154)

Tal entendimento também é consagrado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que

“(…) o interrogatório do acusado é meio de defesa (…)” (Habeas Corpus no 68.129/RS, Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, DJ: 19/10/1990). No mesmo sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal Militar (Correição Parcial no 2005.01.001888-6, Relator: Ministro Flavio de Oliveira Lencastre, DJ: 03/06/2005).

Noutro giro, o artigo 302 do atual CPPM prevê o interrogatório logo no início da instrução criminal. A lei nº. 11.719/08, por sua vez, alterou alguns dispositivos do CPP, sendo certo que, dentre as mudanças, passou o interrogatório do acusado a ser o último ato processual da audiência de instrução e julgamento, o que veio a fortalecer a ideia de considerá-lo, além de mais um meio de prova, um autêntico e importante meio de defesa.

Ocorre que, como de costume, a alteração realizada pelo órgão legislativo no CPP não foi efetivada no código de ritos castrense, ficando, mais uma vez, a impressão de que o Congresso Nacional simplesmente se esqueceu do CPPM, embora muitos de seus membros e estudiosos afirmem que não se trata de esquecimento, mas de verdadeira opção do legislador. Cícero Coimbra Neves também acredita em verdadeiro esquecimento:

O processo penal militar, em função de um “esquecimento legislativo”, tem conhecido um descompasso em relação ao processo penal

(comum). É dizer, por outras letras, que o legislador brasileiro, ao alterar o Código de Processo Penal (CPP), em regra, esquece-se de promover a mesma alteração no Código de Processo Penal Militar (CPPM), de maneira que as inovações, presumivelmente para adaptar o curso processual aos postulados constitucionais, apenas são trasladados para o processo penal militar após muita discussão doutrinária e jurisprudencial. (NEVES, 2016)

Diante dessa constatação, e pelo fato de a Lei nº 11.719/2008 ser posterior ao CPPM, surgiu uma corrente doutrinária defendendo que o art. 302 do CPPM teria sido derogado e que, também no processo penal militar, deveria o interrogatório ser o último ato da instrução criminal. No caso da Lei de Drogas, por exemplo, já havia precedentes jurisprudenciais no sentido de que deveria ser o interrogatório feito por último, em razão do disposto no art. 400 do CPP.

Finalmente, no primeiro trimestre de 2016, o STF pacificou a questão, definindo o que o deslocamento do interrogatório para o fim da instrução deveria ser aplicado igualmente no processo penal militar (STF. Plenário. HC 127900/AM, Rel Min Dias Toffoli, julgado em 3/3/2016)

Na ocasião, por questões de segurança jurídica (art. 5º XXXVI da CF/88), a Corte Suprema estabeleceu que a tese fixada (interrogatório como último ato da instrução no processo penal militar) somente seria aplicada aos processos penais

militares cuja instrução não tivesse encerrado até 10 de março de 2016 (data de publicação da ata do julgamento).

4 O PROJETO DE LEI 9.436/2017 E A NOVA SISTEMÁTICA DO INTERROGATÓRIO NO PROCESSO PENAL MILITAR

Tramita na Câmara dos Deputados o PL 9.436/2017, de autoria da Comissão de Relações exteriores e de Defesa Nacional, cuja proposição, apresentada em 19 de dezembro de 2017, busca alterar diversos artigos do CPPM, bem como revogar o art.90-A da Lei 9.099/95, a fim de compatibilizar o regramento processual penal militar com o comum e também com a Constituição Federal.

Portanto, não se trata da criação de um código de ritos castrense novo, mas de diversas e substanciais mudanças no CPPM existente, já que a propositura traz diversas inclusões de artigos bem como alteração de tantos outros. Mas, diante da quantidade de alterações e inserções propostas, podemos dizer que estaremos, em caso de aprovação e sanção, diante de um “Novo CPPM”.

Pois bem. Observa-se, nitidamente, que a iniciativa legislativa é posterior à importante decisão do E. STF (HC 127.900/AM) que transferiu o interrogatório do acusado para o final da instrução criminal no processo penal militar. É bem

verdade que o interrogatório foi apenas um dos diversos temas que sofreram alteração, mas isso não nos impede de identificar que o Poder Judiciário, mais uma vez, exerceu influência para que o Poder Legislativo saísse de sua inércia.

Destarte, vemos mais uma vez a relação entre a inércia legislativa e a necessidade de atuação do Supremo Tribunal Federal, por muitos criticado como ativismo judicial. Seja qual for nossa opinião acerca dessa realidade, o fato é que, diante dos precedentes judiciais da Suprema Corte, vislumbramos que E. STF tem realizado substanciais mudanças na separação dos poderes, na medida em que ele se reconhece como órgão legítimo para avançar sobre o sistema político quando este negligencia seu dever de legislar.

Diante desse contexto, cabe ao Poder Legislativo “retomar as rédeas” da situação e fazer aquilo que dele se espera no Estado Constitucional de Direito: produzir as normas legais que regerão o ordenamento jurídico pátrio.

Isso posto, cabe destacar que, desde suas primeiras manifestações, o então relator do aludido PL na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJC), Deputado Subtenente Gonzaga, deixou claro em seu voto que a decisão do STF teve peso para a proposta legislativa em comento:

A incompatibilidade entre o CPPM e o nosso sistema constitucional também fica demonstrada com a jurisprudência consolidada do Supremo

Tribunal Federal, determinando que certos atos processuais no curso do processo militar sejam praticados conforme o CPP comum, a exemplo da realização do interrogatório do réu ao final da instrução probatória. Necessário, portanto, realizar as devidas mudanças no CPPM, a fim de que tal Código, de fato, possa ser eficaz e coeso com o nosso sistema processual constitucional e acusatório. (grifo nosso)

Nesse contexto, a propositura, em sua atual redação (após alguns substitutivos) preceitua o seguinte acerca do interrogatório no processo penal militar:

Tempo e lugar do interrogatório

Art.302. O interrogatório, que será realizado após a instrução, constitui meio de prova, e também de defesa do investigado ou acusado e será realizado na presença de seu defensor. (grifos nossos)

Art.302-A. Será respeitada em sua plenitude a capacidade de compreensão e discernimento do interrogando, não se admitindo o emprego de métodos ou técnicas ilícitas e de quaisquer formas de coação, intimidação ou ameaça contra a liberdade de declarar, sendo irrelevante, nesse caso, o consentimento da pessoa interrogada.

§1º O interrogatório não se prolongará por tempo excessivo, impondo-se o respeito à integridade física e mental do interrogando.

§2º O tempo de duração do interrogatório será expressamente consignado no termo de declarações.

Interrogatório por vídeo conferência

(...)

Como se vê, o legislador pretende espancar a discussão doutrinária, prevendo expressamente o interrogatório como meio de prova e meio de defesa, sendo certo que será realizado ao final da instrução criminal, adequando-se aos moldes do CPP comum, conforme já determinado pela Corte Suprema desde 2016. Há também uma preocupação com a forma de realização do interrogatório, que será realizado com observância do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF/88), já que há expressa vedação de coação, intimidação ou ameaça contra a liberdade de declarar, bem como limite de tempo para realização do ato (art. 302-A do PL).

Nessa toada, consta da justificativa do aludido PL que:

(...) no conjunto de adequações a Constituição da República, cita-se, ainda, que o Código de Processo Penal Militar atual estabelece que o silêncio do acusado “(...) *poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa (...)*”, disposição que ofende o brocardo *nemo tenetur se detegere* (direito de não produzir prova contra si mesmo), consagrado pelo inciso LXIII do art. 5º da Carta Maior. Por esse motivo, alterou-se o art. 302 do Diploma Legal Castrense, passando a preceituar que “(...) *o interrogatório constitui também meio de defesa do investigado ou acusado e será realizado na presença de seu defensor (...)*”.

Prossegue o PL, inserindo o art. 302-B no código de ritos castrense, tratando do interrogatório por videoconferência, grande e desejável inovação tecnológica, já adotada

regulamentada e aplicada na Justiça Militar da União desde a Resolução nº 224, de 17 de maio de 2016, da Presidência do Superior Tribunal Militar, que disciplina “(...) *os procedimentos a serem adotados para a realização de audiências por videoconferência no âmbito da Justiça Militar da União (...)*”.

Nesse sentido, colaciona-se:

Interrogatório por videoconferência

Art. 302-B Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades:

I - prevenir risco a segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento;

II - viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal;

III - impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência;

IV - responder a questão de ordem pública ou prevenir custos com deslocamento ou escolta de preso.

§ 1º Da decisão que determinar a realização de interrogatório por videoconferência, as partes

serão intimadas com 10 (dez) dias de antecedência.

§ 2º Antes do interrogatório por videoconferência, o preso poderá acompanhar, pelo mesmo sistema tecnológico, a realização de todos os atos das audiências de instrução.

§ 3º Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantira ao réu o direito de entrevista previa e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência da Auditoria, e entre este e o preso.

§ 4º Aplica-se o disposto no caput e nos §§ 1o, 2o e 3o, todos deste artigo, no que couber, a realização de outros atos processuais que dependam da participação de pessoa que esteja presa, como acareação, reconhecimento de pessoas e coisas, audiência de custódia e inquirição de testemunha ou tomada de declarações do ofendido.

§ 5º Na hipótese do § 4o deste artigo, fica garantido o acompanhamento do ato processual pelo acusado e seu defensor.

§ 6º Se o réu preso estiver recolhido em estabelecimento prisional localizado fora da sede da Auditoria ou da Circunscrição Judiciária Militar, o interrogatório e a sua participação nas audiências deverão, preferencialmente, ocorrer na forma do caput deste artigo, desde que exista o equipamento necessário. (NR)

Em relação à possibilidade de perguntas pelas partes, o art. 303 do atual CPPM estabelece que o interrogatório será feito, obrigatoriamente, pelo juiz, não sendo nele permitida a

intervenção de qualquer outra pessoa. Por sua vez, o PL em comento adequa essa sistemática garantindo às partes formularem perguntas, primeiro o Ministério Público, depois o defensor, após encerradas as perguntas do juiz:

Participação das partes no interrogatório

Art. 303. O interrogatório será feito pelo juiz.

§ 1º Será garantido as partes formularem perguntas ao acusado, primeiro o Ministério Público, depois o defensor, após encerradas as perguntas do juiz, cabendo-lhe ainda solucionar as questões de ordem apresentadas.

§ 2º No caso de correu, o advogado de um não poderá formular pergunta ao outro. (NR)

Como se vê, a nova redação ficará harmônica ao que já vem sendo aplicado na maioria das Auditorias Militares, tanto da Justiça Militar da União, quanto da Justiça Militar Estadual, em que os magistrados, atentos às inovações trazidas no CPP, já tem franqueado às partes a possibilidade de fazer perguntas ao acusado, o qual, obviamente, tem o direito de não as responder sem que isso lhe traga qualquer prejuízo. É o que também constará no futuro art, 308 do CPPM: “o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

Por derradeiro, tratando da forma e requisito do interrogatório, e tomando como inspiração a atual redação do

artigo 187 do CPP, a propositura legislativa preconiza a seguinte redação ao artigo 306 do CPPM:

Art.306. O interrogatório será constituído de duas partes: a primeira, sobre a pessoa do interrogando, e a segunda, sobre os fatos.

§ 1º Na primeira parte, o interrogando será perguntado sobre o seu nome, naturalidade, estado civil, idade, filiação, residência, meios de vida ou profissão, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o Juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta e se a cumpriu.

§ 2º Na segunda parte, será perguntado sobre os fatos que lhe são imputados, ou que estejam sob investigação e todas as suas circunstancias.

§ 3º Ao final, a autoridade indagará se o interrogando tem algo mais a alegar em sua defesa.

§4º Quando o interrogando quiser confessar a autoria da infração penal, a autoridade indagara se o faz de livre e espontânea vontade. (NR)

Diante de todas essas alterações e inserções, verificamos que o aludido PL procura aproximar as normas do CPPM às do CPP no que tange ao interrogatório, bem como regulamentar o instituto de acordo os parâmetros constitucionais, legais, doutrinários e jurisprudências vigentes.

5 DA CONSULTA DE PARECER DAS FORÇAS ARMADAS ACERCA DO PROJETO DE LEI 9.436/2017

Considerando a relevância da matéria (normas que regem o rito processual penal militar castrense) é sabido que, via de regra, as Forças Armadas são consultadas acerca do Projeto de Lei que vai afetar, de alguma forma, a regularidade das instituições militares.

Diante desse contexto, é de praxe ouvir essas instituições, as quais, por meio de seus departamentos jurídicos competentes, emitem seus pareceres e encaminham, via escalão de Comando, seu posicionamento às Casas Legislativas, apontando eventuais vícios, sugestões, concordância/discordância com os termos propostos, enfim.

Nessa toada, como metodologia para a presente pesquisa, com base na Lei 12. 527, de 18 de novembro de 2011 – Lei de Acesso à Informação, solicitamos ao Ministério da Defesa, à Marinha do Brasil, ao Exército Brasileiro e, por fim, à Força Aérea Brasileira que nos encaminhassem seus pareceres acerca do PL em comento.

Todas as referidas instituições responderam à nossa consulta e, por questões de objetividade, decidimos não recorrer, nos termos do art. 15 da LAI, de nenhuma das respostas fornecidas, ainda que incompletas e/ou imprecisas. Os resultados obtidos foram nos moldes a seguir relatados.

O Ministério da Defesa informou que o Congresso Nacional não encerrou a deliberação executiva da matéria, razão pela qual a instituição ainda não possuía um posicionamento final acerca do assunto. Nesse contexto, recorreram aos ensinamentos do Decreto nº 7.724, de 2012, para esclarecer que são, temporariamente, de acesso restrito os documentos preparatórios, conforme o art. 3º, inciso XII, c/c art. 20 do referido Decreto.

Acrescentou, a título de esclarecimento, que a Pasta entende que a proposta (PL 9.436/2017) é pertinente, em virtude da importância da atualização do CPPM aos parâmetros constitucionais, legais, doutrinários e jurisprudências vigentes.

Por sua vez, o Exército Brasileiro, por meio do seu Serviço de Informações ao Cidadão (SIC-EB), respondeu de maneira bem sucinta, apontando que o Estado-Maior do Exército informou que o parecer final da Força Terrestre, acerca do Projeto de Lei (PL) nº 9436/17, foi favorável aos seus substitutivos, por entender que eram viáveis juridicamente e por considerar pertinente aquela atualização do Código de Processo Penal Militar (CPPM) aos parâmetros constitucionais e jurisprudenciais vigentes. Contudo, foi de parecer contrário às alterações do Art. 18 e do Art. 277-B do CPPM, bem como à alteração proposta na Lei nº 9.099/95.

Como se vê, em que pese tenha informado o posicionamento da Força, o Exército não encaminhou a íntegra do documento, qual seja, o referido parecer exarado pelo Estado-Maior do Exército.

A Aeronáutica, por meio de seu Centro de Comunicação Social, informou que, no âmbito do Comando da Aeronáutica, foram produzidos tão somente documentos preparatórios encaminhados ao Ministério da Defesa para a tomada de decisão. Desse modo, com base no que prevê o § 3º, do art. 7º, da Lei nº 12.527/2011, o direito de acesso aos documentos ou às informações neles contidas utilizados como fundamento da tomada de decisão será assegurado com a edição do ato decisório respectivo por aquela autoridade ministerial.

Destarte, de todas as respostas enviadas, a da Força Aérea foi a mais evasiva. Invocando, inclusive, um artigo da própria LAI que não se aplica ao caso concreto. Pois, se fôssemos aplicar o entendimento constante da resposta, nunca teríamos acesso ao posicionamento da Força em relação nenhum Projeto de Lei, já todas as proposições não são o “ato decisório respectivo”, ou seja, a própria lei com texto já definido e sancionado. Mas, como já dito, decidimos não recorrer porque não era o escopo para confecção do presente ensaio.

Por derradeiro, mas não menos importante, cabe mencionar a resposta da Marinha do Brasil, por meio de seu

Serviço de Informações ao Cidadão (SIC-MB), que, de maneira bem objetiva e eficaz, disse que o documento foi disponibilizado na aba “anexos”. Assim, foi a única Força que encaminhou a íntegra do seu Parecer (Parecer 20-24/2021, de 4 de novembro de 2021, exarado pelo Gabinete do Comando da Marinha) concluindo, ao final, que a Marinha não tinha nada a se opor quanto à aprovação do aludido PL e seu substitutivo, sugerindo pequenas alterações para acatamento do Poder Legislativo.

6 CONCLUSÃO

O Código de Processo Penal Militar, elaborado em 1969, é, sem dúvidas, a principal fonte formal imediata que regulamenta a persecução criminal penal militar, devendo ser interpretado de acordo com a Carta Magna de 1988.

Em casos excepcionais, mesmo quando o CPPM já regulamenta a matéria, as normas do CPP podem ser aplicadas no rito castrense. Isso ocorreu por força de decisão do E. STF (HC 127.900/AM), em relação ao momento de realização do interrogatório, que é meio de prova e também meio de defesa.

Diante dessa iniciativa judicial, o Poder Legislativo se mobilizou para alterar diversos artigos do CPPM, bem como revogar o art.90-A da Lei 9.099/95, a fim de compatibilizar o regramento processual penal militar com o comum e também

com a Constituição Federal, o que se materializou com o PL 9.436/2017. No atual texto da proposutura já se observa que as regras do interrogatório estão harmônicas ao CPP e à decisão do E. STF.

Como a proposutura interfere diretamente na regularidade das instituições militares, o Ministério da Defesa, a Marinha do Brasil, o Exército Brasileiro e a Força Aérea Brasileira foram instados a se manifestar acerca do tema, sendo certo que todas essas instituições se posicionaram favoravelmente (com pequenas diferenças de opinião) acerca da proposutura legislativa, a qual trará ao nosso ordenamento jurídico um “novo” CPPM.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge Cesar de. *Código de Processo Penal Militar Anotado - 1º Volume* (arts. 1º a 383). 5. ed. Curitiba, Juruá, 2020.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 4 out. 2022.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 1.002, de 21 de outubro de 1969*. Código de Processo Penal Militar. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/>. Acesso em: 4 out. 2022.

BRASIL. *Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011*. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm. Acesso em: 06 out. 2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 9.436, de 19 de dezembro de 2017 5.568, de 14 de maio de 2013*. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969 – Código de Processo Penal Militar, bem como revoga o artigo 90-A da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Brasília: Câmara dos Deputados, 2017. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2166882>. Acesso em: 05 out. 2022.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*: volume único – 8 ed. Ver. Ampl e atual. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2020.

MIGUEL, Cláudio Amin; COLDIBELLI, Nelson. *Elementos de Direito Processual Penal Militar*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2020.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. Interrogatório ao final da instrução criminal militar e o prazo para a oposição de exceções. *Revista do Ministério Público Militar*. Edição 26, nov. 2016. Disponível em: <https://revista.mpm.mp.br/>. Acesso em: 06 out. 2022.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de Direito Processual Penal Militar* – Volume Único. 6. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus 127.900* – Amazonas. Impetrante: Defensoria Pública da União. Impetrado: Superior Tribunal Militar. Relator: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno. Brasília, DF, 3 de março de 2016. Data da Publicação: 3 de agosto de 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4763912> Acesso em: 6 out. 2022.

Identifying mass graves during criminal investigation: Aspects regarding the practice of military prosecutor`s offices in Romania¹

Irinel Rotariu

Chief military prosecutor, colonel magistrate Rotariu
Irinel, Military Prosecutor`s Office in Iași –
rotariuirinel@yahoo.com, 040744635686.

Data de recebimento: 15/10/2022

Data de aceitação: 15/10/2022

Data da publicação: 14/11/2022

ABSTRACT: The investigation of mass graves conducted by military prosecutor`s offices is part of the judicial experience subsequent to the fall of the communist regime in Romania. Investigators have to express interest in the application of those criminal technique and modern scientific research methods, which can help them discover the truth and connect them to the technological evolution that shall replace the inability to use the classical investigation methods.

¹ English Translation by Mihai Diana-Valentina, registrar at the Department of Military Prosecutor`s Offices within the General Prosecutor`s Office of Romania.

KEYWORDS: mass grave; genocide; methodology; witnesses; exploratory research; soil analysis; picture analysis; GeoRadar; LiDAR.

SUMÁRIO

1 Introduction – 2 Methodology aspects regarding the search and identification of mass graves – 3 Conclusions.

1 INTRODUCTION

The period of almost 32 years, after the fall of the communist regime in Romania in 1989, has brought innovation to the judicial practice of the military prosecutor's offices due to the fact that, with the disappearance of dictatorship, there have been discovered criminal offences of extreme severity which society had never known of. As the state had the interest to hide those crimes, its representatives being the authors, the discovery of those criminal offences would have had a social connotation which, at that time, did not conform to the standard of exercising the power in the group. Firstly, just like in the rest of Europe, there have been discovered the crimes of the communist regime that had just fallen, the society expressing the need to restore the truth, as *historical dimension* – history already being distorted and used for ideological purposes. Secondly, there has inevitably appeared the *legal compensatory dimension*, which the Romanian democratic society has tried to operate by

memorializing the victims, places and deeds, by granting compensation, as well as the *criminal dimension*, when the Romanian Public Ministry requested the conduction of investigations, sometimes *ex officio* or upon the request of the surviving victims or of their descendants.

A specific component of this criminal dimension is represented by the investigation of cases regarding the discovery of victims in mass graves and the military prosecutor`s offices in Romania, especially the Department of Military Prosecutor`s Offices within the General Prosecutor`s Office of Romania and the Military Prosecutor`s Office in Iași, already have a significant expertise in this area. This component deals with both crimes committed during the communist dictatorship, as the investigation conducted by the Department of Military Prosecutor`s Offices concerning the assassination of prisoners from the labor colony in Periprava, Tulcea County, and crimes committed by the military fascist regime of the 5th decade of the last century in Romania and investigated by the Military Prosecutor`s Office in Iași for the last 12 years. It is imperative to mention that the latter also investigated a medieval mass grave.

The tendency to investigate criminal offences concerning the general phenomenon of the communist regime of brutally oppressing the people who were rebelling against the regime has

materialized by referring to trial two former penitentiary commanders² who were guilty of inhuman treatments applied to the political prisoners from the jails they had run: the cases of Alexandru Vişinescu and Ioan Ficior³, both judged and convicted for crimes against humanity, as provided for in Article 439, paragraph 1, letter j) of the Criminal Code of Romania (2014). In the file of "Gheorghe Ursu" in 2017, the former Minister of Internal Affairs Homoştean Gheorghe and others were referred to trial for crimes against humanity, as provided for in Article 439, paragraph 1, letter j) of the Criminal Code, regarding the murder of the dissident Gheorghe Ursu⁴.

The case that we have chosen as a model of investigating mass graves by the Military Prosecutor's Office in Iaşi deals with the criminal offence of genocide, which consists in the murder of a great number of Jewish people, men, women and children from Sculeni Village, situated in the Republic of Moldova⁵. The crimes were committed at the end of June or at the beginning of July 1941 by Romanian soldiers and possibly German soldiers of the regular army and/or of Einsatzgruppen,

² In 2000, he was brought to trial for murder of the first degree and Gheorghe Crăciun, the commander of the Penitentiary in Aiud, for the murder of 216 political prisoners. The defendant died during the criminal proceedings.

³ Case 494/P/2013 of the Department of Criminal Investigation and Forensics of the General Prosecutor's Office of Romania.

⁴ Case 32/P/2014 of the Department of Military Prosecutor's Offices.

⁵ In 2010, 36 victims were discovered, and in 2019 at least 22 were discovered.

in a wooded area in the North-Eastern Iași and the bodies of the victims were thrown in two mass graves that are known so far⁶. The absence of military elements on clothing items – fragments or buttons of military uniforms or other military items, excepting the ammunition made in 1937-1943 corroborated with the discovery of civilian items, indicated a high level of certainty that the victims were civilians and the assumption that they were taken from their homes shortly before their death. The modus operandi indicated by the witnesses was bringing and executing the victims at the crime scene after the conquest of the village of Sculeni by the army, using firearms and, in some cases, cold weapons. The objects found on the victims illustrate they were not robbed, they were buried fully clothed and with their shoes on. The similar modus operandi and some objects found in mass graves examined in another criminal investigation in 1945 has led to the conclusion that the victims were Jews from Basarabia.

The data from the investigation of the crime scene, along with the examination of the archives, the historical research, the ballistic and forensic expertise indicate that the victims - including women and children whose execution cannot be

⁶ The first mass grave was investigated in Case 171/P/2010 of the Military Prosecutor's Office in Iași. The second one is subject to Case 225/P/2019, the investigation being in progress. In Case 295/P/2015 of the same prosecutor's office the murder of approximately 200 victims was examined; they were killed in a military conflict during the Middle Ages.

justified in any way, military speaking - were murdered with no bias, justification or judgement in the context of the commencement of "Operation Barbarossa" by teams of Romanian and possibly German soldiers. There were identified the authors of the responsible military team of the Romanian Army and it was demonstrated that the ones who survived the war were condemned in 1946 for similar crimes committed in the Republic of Moldova during the attack. The solution adopted was not initiating criminal proceedings due to the existence of "res judicata".

The investigation of mass graves signifies, first of all, defining the term of "mass grave". As far as we are concerned, a mass grave represents a place where 2 or more victims were buried, without differentiation, in the absence of any funeral ritual, subsequently to their execution without trial, the killings taking place right where the mass grave is situated and, sometimes, in other places⁷.

A typical feature of these criminal offences motivated by ideology, race, ethnicity or religion is that the criminal proceedings concern murders committed a long time ago and that the killings were operated in hard-to-reach or hidden places, so running such an investigation, especially for establishing the

⁷ For the definition and the typology of mass grave, we recommend Erin Jessee, Mark Skinner, *A typology of mass grave and mass grave-related sites*, *Forensic Science International* 152 (2005) 55-59, www.elsevier.com/locate/forsciint

facts, is extremely difficult and puts the knowledge and passion of the criminal investigator to the test.

Conducting the criminal proceedings regarding crimes against life, with multiple victims, involves the criminal examination of the crime scene in order to discover the people murdered and their belongings, the traces left there, the tools used for committing those killings and other traces that offer the investigator certain data related to the behavior of the authors before and after the crimes.

2 METHODOLOGY ASPECTS REGARDING THE SEARCH AND IDENTIFICATION OF MASS GRAVES

Identifying the place where the mass grave is located is of great importance because there is where the effort of the investigator is put into during the first phase of the criminal proceedings. This activity grounds the entire evidence that will follow. Over the years, the experience of investigating this previously described case has enabled the investigator to utilize some of the methods of identification of mass graves, which we are going to present in the form of rules and practical methods for searching and locating mass graves:

The most secure method is identifying the crime scene using *witnesses*. Taking into account that witnesses describe acts that happened a long time ago, locating mass graves can be

uncertain. We shall present some methodological rules related to this investigation method:

- a) The investigator shall display the necessary tact when hearing and then accompanying the witness at the crime scene, without showing his dissatisfaction and frustration if the initially indicated spot is not the one where the mass grave is located or does not represent suitable evidence for the case,
- b) The witness shall be heard again if there is no mass grave found in the spot indicated by him. The investigator shall focus on establishing the coordinates of space and time of the acts, the witness remembering in detail the period of time – season, day, month, hour – and the personal circumstances that made him know about the existence of the mass grave. The starting point of the discussion with the witness may be represented by the historical circumstances of that period, in parallel with some personal events in the life of the witness. Also, it is useful remembering some elements for identifying the military forces involved, cars, weapons, firearms that can lead to the recollection of places and deeds.



Photo no. 1 – witness taking part in the identification of a mass grave. Photo used with the permission of the Military Prosecutor's Office in Iași

c) It is necessary to confront the locating data presented by the witness with the facts related to the site indicated by him. Possible landscape maintenance work shall be taken into consideration such as construction, deforestation, logging, mining, demolition, explosions, landslides or any event that can modify the topography of the land. The investigator shall collect the evidence in order to obtain this information before hearing the witness.

d) It is necessary that a large excavation shall be executed at the site indicated by the witness. The

digging area shall be set out according to what the witness declares and the excavation shall be executed according to a plan. The investigator shall organize the digging in a large area, with the targeted site in the center, in order to increase the efficiency of the investigator and taking into account the human errors of the witness's deposition.

The second identification method is *checking, at the crime scene, the data obtained by studying the archives and other documents.*

In some cases, although there is information about the crimes committed a long time ago, it is possible that there are no witnesses able to indicate the place where the victims are. In these circumstances, studying documents from the archives – previous criminal files, maps and old photos of the examined area, operational plans, military reports or administrative documents, newspapers or magazines of those times – may offer information referring to those events and clues for the place where the victims may be buried or for the people who could be called for hearings.

Exploratory research is another identification method for mass graves. It can be conducted using several techniques which have as a premise the existence of a minimal amount of

information *regarding mass murders*, the time and place of the murders, for instance information offered by public rumor or collective memory, folklore or historical knowledge.

Knowing the site of the crime scene, at least approximately, the investigator shall run an exploratory research using research ditches in order to examine the alleged mass grave.

The examined area depends on the possibilities of the exploitation, the density of the ditches being made in accordance with the topography of the land, vegetation, the alleged number of victims buried. Digging shall be executed with special equipment, under the careful supervision of the investigator.

For a maximum efficiency of this exploratory method, it is essential that:

- a) There shall be performed a permanent visual examination during the process of digging, of the area and of the soil extracted.

Visual examination has the purpose to observe:

- a) Bone remains, belongings and clothes of victims,
- b) Traces of working the land, any damage of the stratigraphy that can indicate a previous excavation or the traces of a building where the victims can be found,
- c) Elements of firearms buried in the ground, their presence pinpointing the use of firearms in the area.

d) *Visual examination shall be executed again at the completion of the digging process, in the interior of the ditch, by the investigator.* The execution of this examination may raise the chances to discover the elements previously described. That is because the objects placed in the ground are usually of small dimensions, difficult to observe due to the insignificant differences in colour in relation to the soil, the coverage with soil, thus the investigator`s effort shall be focused on observing these details at a small distance.

e) *Visual examination shall be accompanied by the examination of the soil using a metal detector.* This activity shall be firstly executed on the extracted soil for the identification of metal objects – civilian or military. If the investigator has high-end detectors, which are able to discover soil cavities or the depth where the objects are or the type of metal, the research offers additional data regarding the existence of victims under the ground, those areas being dug thoroughly. If military conflicts took place in the area, it is recommended that the examination shall be taken care of by personnel specially trained to discover and defuse explosive objects and materials, under the direct

supervision of the military prosecutor, in order to avoid accidental explosions⁸.

f) *Visual examination with the metal detector has to be accompanied by the inspection of the soil density with the tip of a knife or other metal instrument. By doing so, the investigator may discover areas where the soil is loose – which indicates previous human activity – and these may be additionally verified with the detector, or visually, and there shall be executed further exploratory excavations.*



Photo no. 2 – Exploratory ditch. The close end has reached the area of a mass grave. The demarcation of an additional digging area has begun. Photo used with the permission of the Military Prosecutor`s Office in Iași.

⁸ Obviously, in these areas, the examination using the metal detector shall also be conducted before the excavation.



Photo no. 3 – Photo taken by drone - the exploratory ditches which led to the discovery of a mass grave. The arrow shows the ditch in Photo no. 2 and the area where the human remains were found. The density of the ditches is notable. The photography is part of the personal collection of this author, with the help of archeologist Dan Ștefan.

The examination of the soil using satellite or aerial photos of the targeted area. This type of examination is suitable because:

- a) Deforested areas and without crops allow the observation of land damage, any landscaping activities that can represent clues,
- b) In forest areas, even though the visual examination does not offer the same clues, the aerial view could offer the investigator data concerning access ways, the relation between the targeted geographical area and the villages nearby, communication ways, details of landforms that are difficult to observe when at ground level.

Free services for satellite observation like Google Earth⁹ or U.S. Geological Survey offer, besides free good resolution images, GIS¹⁰ data and history of the targeted areas seen by satellite. Using these services, the investigator can establish when and what changes occurred in the studied area, possible geographical links to other areas where similar crimes were committed. Commercial services for such imagery like Maxar¹¹ offer high resolution images of the examined areas, infrared images, vegetation maps etc., which could provide clues for the investigation.

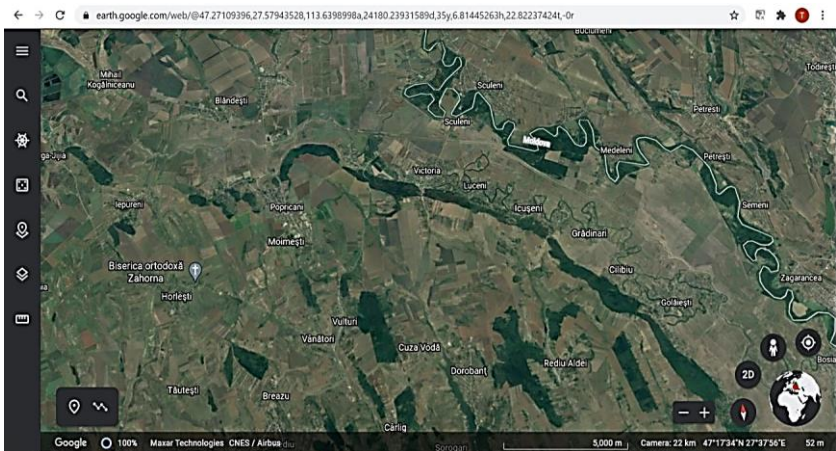


Photo no. 4 – landscape photo of a geographical area situated in Vulturești Forest, Iasi County (in the circle) and two mass graves inspected using Google Earth.

⁹ https://earth.google.com/static/9.145.0.2/app_min.html

¹⁰ GIS – is an analysis system of geographic and spatial data that allow to capture, manage and analyze data concerning spatial locations and create layers of visual information using maps and 3D models.

¹¹ <https://www.maxar.com/>

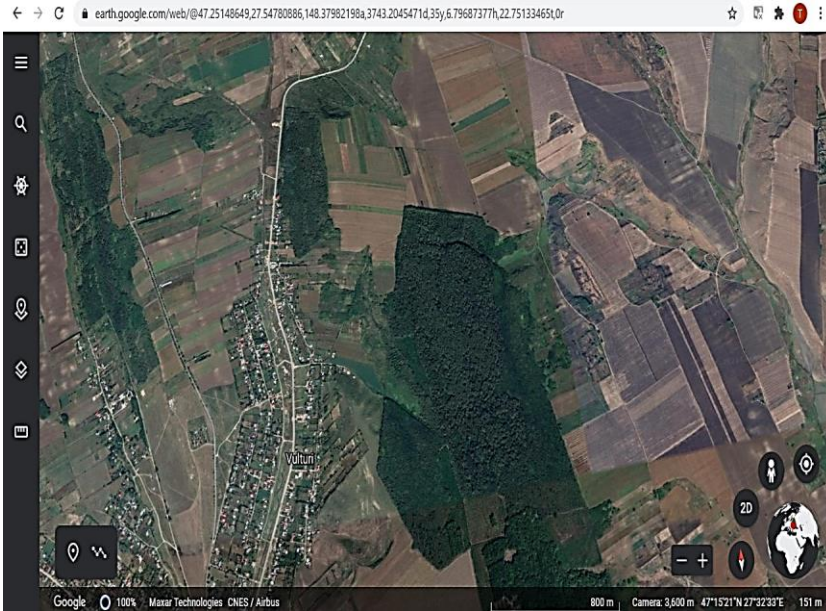


Photo no. 5 – a closer look at the Northern part of Vulturi Forest, Iasi County, and the area where the two mass graves were identified (in the frame), using Google Earth

Other services, some of them for free¹², can offer the investigator sets of additional data, like data regarding the weather evolution of the area, the level of erosion of the soil, albedo etc.

a) The aerial examination from a small distance of the targeted area – using a drone or other similar items – has the advantage of being cheaper and allows the systematization of the investigation and of the

¹² For example, consult <https://data.eol.ucar.edu/>

exploratory excavation or the focus on a certain area that has not been observed or explored before.



Photo no. 6 – Drone image of an area where mass graves were discovered (arrow), emphasizing the access ways and a village – in the distance. Photo from the author`s collection, with the help of archeologist Dan Ștefan.

Using LIDAR data. LIDAR is the acronym for Light Detection and Ranging and represents a method of remote sensing that uses light in the form of a pulsed laser to measure ranges in which light is reflected by the soil and comes back to the source and based on these variable distances, to the Earth. These light pulses – combined with other data recorded by the airborne system – generate precise, three-dimensional information about the shape of the Earth and its surface characteristics.

A lidar instrument principally consists of a laser, a scanner and a specialized GPS receiver. Airplanes and helicopters are the most used platforms for acquiring lidar data over large areas. Topographic lidar normally uses an infrared laser to map the land, while bathymetric lidar uses green light that penetrates the water to measure seafloor and riverbed height.

Utilizing this set of data in the criminal investigation, associated with the GIS data of the targeted area, has the advantage of allowing the observation of areas covered with vegetation and of indicating land damage that can lead the investigator in the area, especially when it has large dimensions. In order to visualize the images, special software products are necessary.

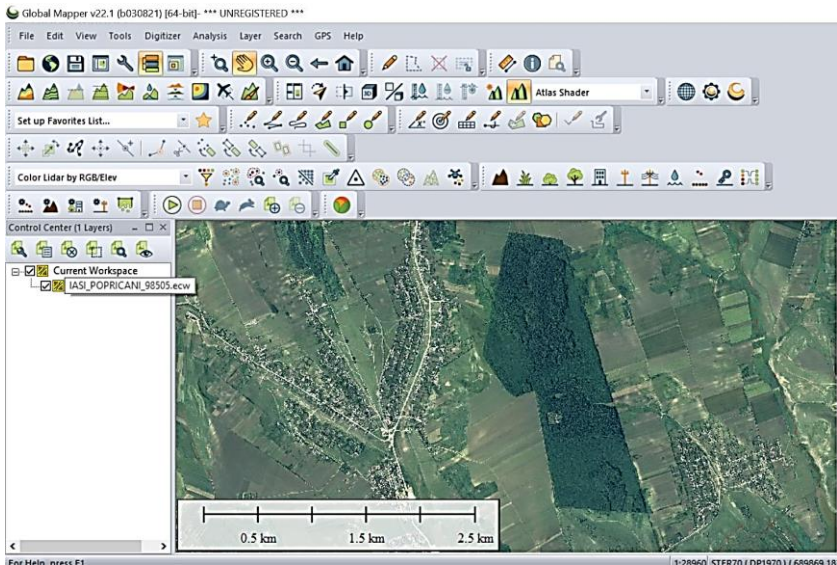


Photo no. 7 – using Global Mapper for the analysis of the examined area by satellite. In photo no. 4 we can see Vulturi Forest, GIS file.

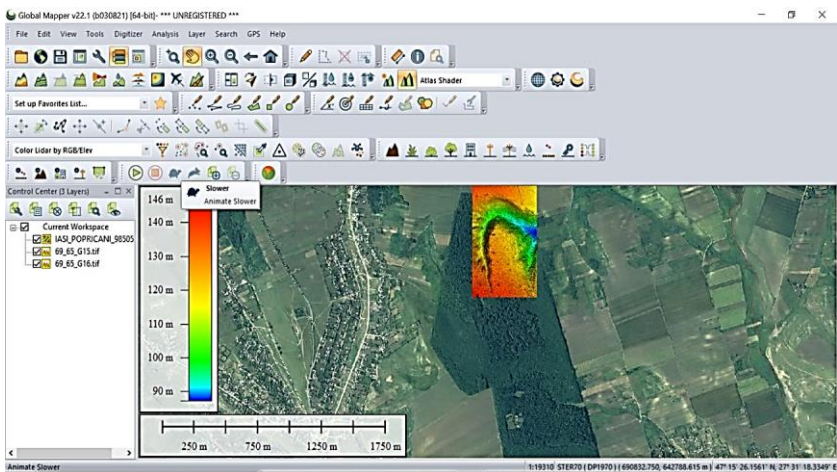


Photo no. 7 – the same area, but with overlaid LIDAR data. There can be noted the details of landforms hidden by the vegetation. We have overlaid the area where the two mass graves were found.

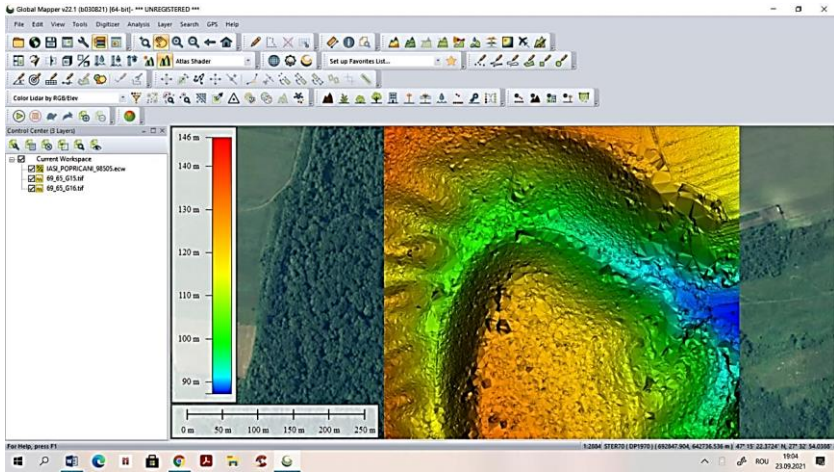


Photo no. 7 – the area from the frame in the previous photo. LIDAR data allow observing and analyzing microforms of landforms.

The data obtained using the program for analyzing the images can be improved by using some functions like creating a profile of height for a certain area, of dimensions, of height deviations, of distances to certain areas. In this way, land damage or microforms become more obvious, the investigator could save precious time by avoiding to go to the targeted area or to excavate areas where clearly cannot be found evidence due to the characteristics of the area.

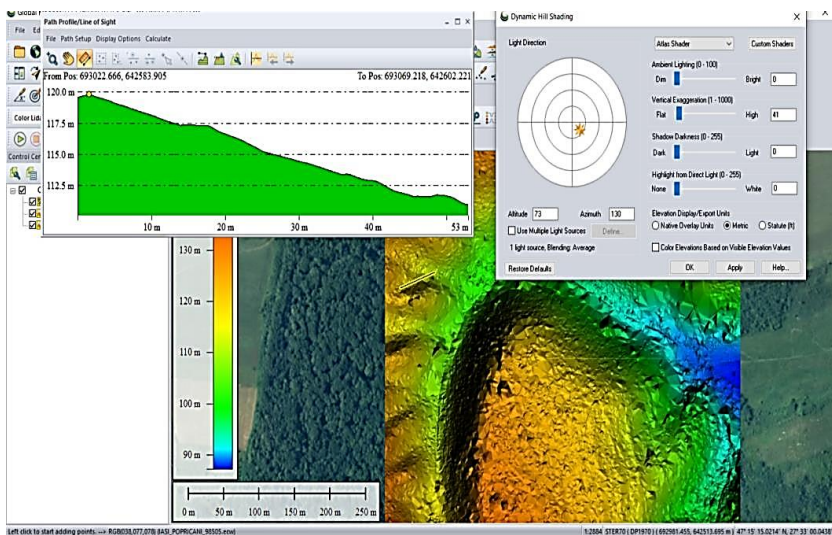


Photo no. 8 – indicating an area where mass graves were identified using the option "dynamic still shading" and creating a profile for the height of the area.

The utilization of light variations of an area (light dynamics) also allows the emphasis or amplification of details that cannot be observed in the standard form of the picture, but can be of interest for the investigator, such as details of height and position of land damage, current or unused ways of access etc.

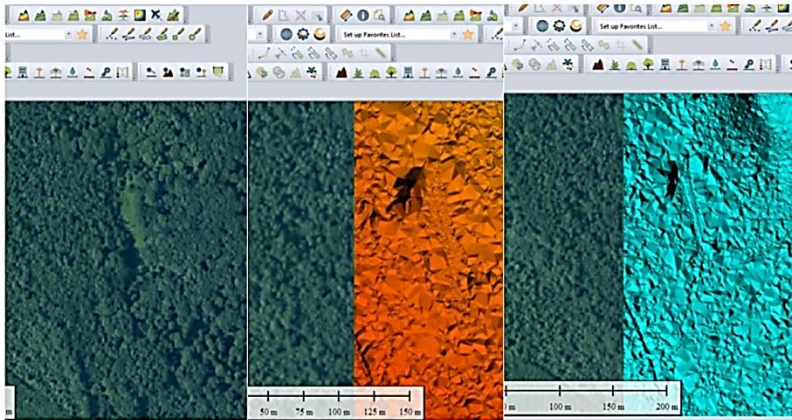


Photo no. 9 – the same area portrayed in visible spectrum – right, with standard LIDAR data – center, with LIDAR data and options "dynamic still shading" and "daylight shadder" in Global Mapper, the free trial version. In the center and right photos, we can see 2 parallel ditches in the North-South direction that cannot be seen in the visible spectrum, not even in a vegetation free area. The left image offers more pronounced details of the forest's network of paths.

Examining the soil with the georadar. Georadar (GPR) uses frequencies between 80-1500 MHz of electromagnetic waves, transmitted through a radar antenna that are reflected by several areas in the ground, and these are detected with the receiver antenna of the radar. The reflective interfaces can be geological structures, objects of human origin, groundwater or any other surface that has a contrast of its dielectric properties.

The signal is transmitted under the ground using the antenna situated at a small distance from the soil in target. The received signals are processed and visualized on a graphic

recording which allows focusing on the excavation in the targeted areas for the investigator, namely where the signal seems to come across an obstacle that reflects radio waves. The depths of penetration are of approximately 10 meters, but it also depends on the soil type: water and clay soil increase the attenuation, while the depth of penetration of the wave decreases. The method has the disadvantage of the costs of the equipment, and of the errors, being paramount that the investigator has a high level of experience in order to interpret the abnormalities.

The examination of the soil using the magnetometric method. The measurement of the electrical conductivity variations of the soil and the evaluation of geomagnetic abnormalities can offer information regarding the presence of construction, objects and metals in the soil. The method's principle is measuring the electrical conductivity of the soil between the sensors of the magnetometer and interpreting the abnormalities represented graphically on a screen. The method is efficient up to a point because the soil is extremely contaminated with metal remains – ammunition, splinters and other metal objects that can cause the deformation of the signal obtained.



Photo no. 10 – utilizing a magnetometer to demarcate the surface of a mass grave already identified in an exploratory ditch. Photo used with the permission of the Military Prosecutor's Office in Iași.

3 CONCLUSIONS

Identifying the place of a mass grave is not an easy task for the investigator. Besides the specialized knowledge, the interest for the technological computer applications in the field of forensics, he needs to receive the necessary logistical and financial support for running a significant investigation, but with uncertain results. Lastly, he needs patience and inspiration for

integrating all the data he has to discover in order to identify the place where the victims are. This procedure presents extreme complexity, but accomplishing this duty confers great satisfaction.

A reponsabilidade de comando e as novas configurações de conflitos armados

Alexandre José de Barros Leal Saraiva

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

Procurador de Justiça Militar.

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0762586589282103>

E-mail: alexandre.saraiva@mpm.mp.br

Data de recebimento: 09/08/2022

Data de aceitação: 26/09/2022

Data da publicação: 14/11/2022

RESUMO: A *responsabilidade de comando* é um instituto do Direito Internacional dos Conflitos Armados dos mais significativos. A partir da evolução conceitual histórica, comenta-se sua lenta construção jurisprudencial e normativa. Passa-se, então, ao objetivo principal do ensaio: analisar os deveres que são impostos aos comandantes militares, na perspectiva analítica, para que suas condutas – prévia, concomitante e posterior às operações militares – possam ser consideradas ombreadas às exigências do art. 28, do Estatuto de Roma. Avança-se e procura-se alinhar essa abordagem em face dos novos paradigmas da guerra moderna, particularmente no cenário de guerra urbana. Conclui-se com uma breve consideração sobre o portfólio doutrinário, acadêmico, legal e operacional à disposição das Forças Armadas brasileiras.

PALAVRAS-CHAVE: responsabilidade de comando; conflitos armados; direito internacional.

ENGLISH

TITLE: Command responsibility and the new configurations of armed conflicts.

ABSTRACT: Command responsibility is one of the most significant institutes of the International Law of Armed Conflicts. From the historical conceptual evolution, its slow jurisprudential and normative construction is commented. We then move on to the main objective of the essay: to analyze the duties imposed on military commanders, from an analytical perspective, so that their conduct – prior, concomitant and subsequent to military operations – can be considered aligned with the requirements of art. 28 – Rome Statute International Criminal. It advances and seeks to align this approach in the face of new paradigms of modern warfare, particularly in the urban warfare scenario. It concludes with a brief consideration of the doctrinal, academic, legal and operational portfolio available to the Brazilian Armed Forces.

KEYWORDS: command responsibility; armed conflicts; international right.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 A responsabilidade de comando no Estatuto de Roma (ER) – 2.1 A construção histórica da responsabilidade de comando – 2.2 A Responsabilidade de comando no Estatuto de Roma – 3 As novas configurações de conflitos armados – 3.1 Guerra Urbana e a responsabilidade de comando – 4 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade de comando¹ é um dos temas mais importantes do Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA) e alcançou, no Estatuto de Roma,² a condição de instituto de Direito Internacional Penal (DIPen), por meio do qual o comandante ou superior responde pelos crimes cometidos por seus comandados ou subordinados em situações nas quais, comprovando-se a relação de autoridade e tendo ele o conhecimento real ou presumido dos fatos, além do efetivo controle dos subordinados, deixa de prevenir ou reprimir suas condutas ilícitas ou de submetê-las às autoridades que forem competentes para investigá-las e puni-las. Para Feital (2021, p. 158):

O Estatuto de Roma representou estágio tal, da responsabilidade do superior, que acadêmicos e operadores ligados ao Direito Humanitário e ao Direito Penal Internacional puderam tratar essa responsabilidade como doutrina, da qual, em

¹ “A responsabilidade de comando é tema de Direito Internacional Penal (DIPen), um capítulo do Direito Internacional Público (DIP), mas influenciado pelo direito penal e com esse ramo cada vez mais interagindo, na medida em que as normas de DIPen vão ingressando no direito interno dos países. Quanto mais próximo do direito penal ‘nacional’, mais os seus institutos, entre eles a responsabilidade de comando, sofrem a influência dos seus princípios e métodos interpretativos” (PEREIRA, 2012, p. 35).

² “[...] o Estatuto de Roma, por essência, é norma complementar ao direito interno e, assim, busca-se verificar se os resultados das ações dos atores estatais e não estatais, diretamente ligados ao conflito armado, podem ser analisados, ocasionalmente, à luz do Direito Internacional Humanitário (DIH), em complemento ao direito penal interno” (SOUSA, 2022, p. 18).

apertada síntese, pode-se extrair o conceito de responsabilidade de comando (por omissão) como o instituto *sui generis* de Direito Internacional, por meio do qual o superior responde pelos crimes dos subordinados, quando, em uma relação superior-subordinado, tendo o efetivo controle das atividades, esse superior deixa de prevenir ou reprimir a conduta ilícita, ou deixa de submetê-la às autoridades competentes, tendo conhecimento real ou presumido dos fatos.

Sem sombra de dúvidas, esse especialíssimo diploma legal é um dos principais instrumentos normativos do DIPen, positivamente marcado com clara aproximação ao direito penal liberal (PEREIRA, 2012, p. 38) e pela criação do tão esperado³ Tribunal Penal Internacional; que, particularmente, se insere em *um processo de reconhecimento da vitalidade do conceito de justiça internacional* (LIMA; BRINA: 2006, p. 55).

Assim, presume-se que é de interesse de toda a comunidade internacional reconhecer e disciplinar a responsabilidade de comandantes e de autoridades civis que

³ “A instituição do Tribunal Penal Internacional – *Court Pénale Internationale* ou *International Criminal Court* – visou atender ao anseio histórico da sociedade internacional relativo à existência de um tribunal com competência para o julgamento de graves crimes contra os direitos humanos, bem como corrigir diversas distorções verificadas em relação a Tribunais criados precedentemente com tal escopo [...] Sua criação representou um avanço importante no que se refere à responsabilização dos governantes, dos chefes militares e mesmo de pessoas comuns pela prática desses delitos, especialmente face à revisão do conceito tradicional de soberania” (IENSUE, 2016, p. 657).

detenham efetivo poder de controle das pessoas que lhe são subordinadas em situações de operações em conflitos armados.

Portanto, este artigo propõe-se a analisar o conteúdo normativo da responsabilidade de comando e submetê-lo à perspectiva de novos paradigmas do emprego bélico das Forças Armadas.

2 A RESPONSABILIDADE DE COMANDO NO ESTATUTO DE ROMA (ER)

2.1 A construção histórica da responsabilidade de comando

Além da responsabilidade criminal individual⁴ que impõe no artigo 25⁵, o Estatuto de Roma foi criativo ao positivar

⁴ “Uma das principais virtudes do Estatuto de Roma de 1998 reside na consagração do princípio segundo o qual a responsabilidade penal por atos violadores do Direito Internacional deve recair sobre os indivíduos que os perpetraram, deixando de ter efeito as eventuais imunidades e privilégios ou ainda a posição ou os cargos oficiais que os mesmos porventura ostentem” (MAZZUOLI, 2011, p. 77).

⁵ Artigo 25

Responsabilidade Criminal Individual

1. De acordo com o presente Estatuto, o Tribunal será competente para julgar as pessoas físicas.

2. Quem cometer um crime da competência do Tribunal será considerado individualmente responsável e poderá ser punido de acordo com o presente Estatuto.

3. Nos termos do presente Estatuto, será considerado criminalmente responsável e poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem:

a) Cometer esse crime individualmente ou em conjunto ou por intermédio de outrem, quer essa pessoa seja, ou não, criminalmente responsável;

a responsabilidade dos chefes militares e de outros superiores hierárquicos, avançando em relação a uma significativa sequência de normas específicas e de decisões históricas, que foram largamente utilizadas em Tribunais *ad hoc* e em julgamentos dos vencidos⁶, tais como o Tribunal de Nuremberg e o julgamento do General Japonês Tomoyuki Yamashita⁷.

b) Ordenar, solicitar ou instigar à prática desse crime, sob forma consumada ou sob a forma de tentativa;

c) Com o propósito de facilitar a prática desse crime, for cúmplice ou encobridor, ou colaborar de algum modo na prática ou na tentativa de prática do crime, nomeadamente pelo fornecimento dos meios para a sua prática;

d) Contribuir de alguma outra forma para a prática ou tentativa de prática do crime por um grupo de pessoas que tenha um objetivo comum. Esta contribuição deverá ser intencional e ocorrer, conforme o caso:

i) Com o propósito de levar a cabo a atividade ou o objetivo criminal do grupo, quando um ou outro impliquem a prática de um crime da competência do Tribunal; ou

ii) Com o conhecimento da intenção do grupo de cometer o crime;

e) No caso de crime de genocídio, incitar, direta e publicamente, à sua prática;

f) Tentar cometer o crime mediante atos que contribuam substancialmente para a sua execução, ainda que não se venha a consumir devido a circunstâncias alheias à sua vontade. Porém, quem desistir da prática do crime, ou impedir de outra forma que este se consuma, não poderá ser punido em conformidade com o presente Estatuto pela tentativa, se renunciar total e voluntariamente ao propósito delituoso.

4. O disposto no presente Estatuto sobre a responsabilidade criminal das pessoas físicas em nada afetará a responsabilidade do Estado, de acordo com o direito internacional.

⁶ “Os elementos de responsabilidade de comando são relação superior-subordinado, controle efetivo, omissão e conhecimento. Esses constituem a essência do instituto jurídico da responsabilidade de comando e foram consolidados ao longo do tempo, na medida em que se buscou a responsabilização individual, seja por meio dos tribunais militares e *ad hoc*, seja por meio de tratados internacionais. De fato, os eventos ligados a Nuremberg, Extremo Oriente, Protocolo Adicional, Ex-Iugoslávia e Tratado de Roma, nos modos vistos aqui, serviram à consolidação desses elementos; consolidação a qual, como observado, deu-se conjuntamente com a

Porém, isso não condena ao esquecimento o legado escondido nas brumas do tempo sobre a responsabilização pessoal do comandante militar, em razão do que sempre merecem ser citados diplomas como o Editó do Rei da França, de 1943⁸; os Artigos de Guerra do Rei Gustavo, de 1621; e o Código Lieber dos Estados Unidos da América, de 1863.

Mas foi depois da Revolução Francesa (1789-1799) que se passou a criticar a punição do comandante por atos praticados por seus subordinados que lhe escapavam da adesão de vontade própria, isto é, sem qualquer liame subjetivo que o ligasse aos resultados; justificando-se a punição estritamente em face da relação de comando e subordinação:

Do ponto de vista do direito penal liberal, a ideia de punição do superior militar pela prática de crime perpetrado pelo subordinado, em virtude apenas da relação de subordinação hierárquica,

positivação das próprias normas de responsabilidade de comando” (FEITAL, 2021, p. 173).

⁷ “Ambos os Tribunais transmitiram a impressão de tratar-se de justiça dos vencedores, uma vez que apenas os países vencidos foram punidos, como se somente seus oficiais tivessem cometido erros. E, ainda de acordo com a justiça dos vencedores, o Japão nada pode fazer em relação aos ataques atômicos em Hiroshima e Nagasaki. Poder-se-ia dizer, então, que ditos tribunais falharam na missão de defender a comunidade internacional. Afinal, eles zelaram apenas pelos interesses das potências aliadas, não podendo ser considerados autênticos tribunais internacionais” (LIMA; BRINA, 2006, p. 34).

⁸ “O Rei ordena para que todo capitão ou tenente seja responsabilizado pelos abusos, crueldades e ofensas cometidos por membros de sua companhia [...] deve ser responsabilizado pela ofensa como se ele mesmo a tivesse cometido e deve ser punido da mesma maneira que o ofensor teria sido”.

remonta a períodos da história anteriores à Revolução Francesa. Por essa época ainda não estavam lançadas as bases do direito penal liberal, que tem como um de seus pilares a responsabilização individual com culpa devidamente comprovada. Antes desse marco histórico não era difícil encontrar hipóteses de responsabilização objetiva diante de qualquer prática delitiva. (PEREIRA, 2012, p. 102)

Assim é que o Estatuto do Tribunal de Nuremberg inovou e instituiu uma norma de abrangência internacional (“todas as pessoas que, agindo, por conta dos países do Eixo”), destinada a punir as ações individuais (*caput* do art. 6º) e os “dirigentes, organizadores, provocadores ou cúmplices que tomaram parte na elaboração ou execução de um plano orquestrado ou de um complô para cometer qualquer dos crimes” [...] “são responsáveis por todos os atos realizados por qualquer pessoa na execução desse plano” (g.n.), criando, assim, a responsabilidade do comandante ou da autoridade política pelos crimes resultantes da operacionalização dos planos e estratégias elaboradas.

O professor Carlos Frederico de Oliveira Pereira identifica, no art. 6º do Estatuto do Tribunal de Nuremberg, a punibilidade da codelinquência, o que já é sensivelmente distinto da estrita responsabilização objetiva do período anterior⁹.

⁹ “A responsabilidade penal do comandante ou dirigente político, pela própria redação do Estatuto, adviria do fato de *planificarem a ação* dos subordinados, razão pela qual seriam responsabilizados pelo que eles

Nova guinada se deu com o julgamento de Yamashita, considerado o *leading case* da responsabilidade de comando por omissão. Na Comissão Militar formada para julgá-lo em face das atrocidades cometidas por tropas japonesas sob seu comando nas Filipinas, apesar de não ter sido comprovada nenhuma *conduta comissiva* do general, decidiu-se que “muitas atrocidades foram cometidas por suas tropas desorganizadas, em razão de sua ineficiência em mantê-las sob controle”. A defesa de Yamashita chegou a interpor dois Habeas Corpus: o primeiro perante a Suprema Corte das Filipinas e o segundo diante da Suprema Corte Americana. Esta, em sua decisão, deixou assentado que:

O recorrente foi acusado de ter “ilegalmente desconsiderado e falhado em cumprir seu dever, como comandante, de controlar as operações dos membros de seu comando, permitindo-lhes cometer atrocidades brutais e outros crimes graves”.

Em nenhum momento foi alegado que o recorrente, pessoalmente, tenha cometido qualquer das atrocidades, ou ordenado tais condutas, ou que tivesse algum conhecimento das mesmas, cometidas por parte de membros de seu comando. As conclusões da Comissão Militar confirmam essa ausência de qualquer

praticaram, o que se justifica pelo fundamento da codelinquência. Independentemente do acerto da punição isolada da planificação através do *conspiracy*, a punição levada a efeito com base no crime executado pelos encarregados de colocar em prática as atrocidades realmente seria possível, pois os requisitos do concurso eventual estavam presentes em Nuremberg”. (PEREIRA, 2010, p. 102).

conduta comissiva do recorrente. A Comissão simplesmente verificou que as atrocidades e outros crimes graves “foram cometidos por membros das Forças Armadas japonesas sob seu comando [...]”; “que, durante o período em questão, [...] não conseguiu prover efetivo controle de suas tropas, como era exigido pelas circunstâncias”.

[...] agora, nós lhe acusamos e condenamos, por sua ineficiência em manter o controle de suas tropas durante o período em que estávamos, efetivamente, eliminando suas Forças e bloqueando sua capacidade de manter controle efetivo. Muitas atrocidades terríveis foram cometidas por suas tropas desorganizadas.

Por causa de essas atrocidades terem sido tão difundidas, nós não nos preocuparemos em provar que você as cometeu, ordenou ou desculpou qualquer um de sua tropa. Nós assumiremos que essas atrocidades devem ter resultado de sua ineficiência e sua negligência como comandante. Em suma, nós lhe imputamos o crime de ineficiência em controlar suas tropas.
(g.n.)

Merece ser lembrado que o General Yamashita não estava nas Filipinas acompanhando suas tropas, mas, mesmo assim, foi condenado pela Comissão Militar Americana, que se valeu do *standart, must have benn know*, isto é: o comandante deveria ter tido conhecimento de que suas tropas estavam a cometer crimes e atrocidades:

Essa é a primeira fórmula utilizada para a responsabilização por omissão do comandante em crimes de guerra – *must have been know*. Ela evidencia que se tratava de uma hipótese de participação por omissão em crime comissivo de resultado. O comandante omisso em controlar a tropa foi responsabilizado pelo crime cometido

pelo subordinado na mesma medida, ou seja, com a aplicação da teoria monista da codelinquência, o que se ajustava à ideia de punição coletiva que norteou os primeiros julgamentos [...]

Reafirmando o que foi dito linhas atrás, o *must have been know* do *leading case*, além de ter anormalmente funcionado como uma hipótese de posição de garante, implicou em responsabilidade objetiva não apenas pela ausência de indagação concreta sobre se efetivamente houve desconsideração pelo comandante da situação de ilicitude em que se envolviam os subordinados, ou seja, é o mesmo que dizer: dado que é comandante, segue-se que é responsável pelo que os subordinados fizeram.

Além disso, no julgamento se olvidou que tipo de desconsideração foi essa do ponto de vista subjetivo, isto é, dolosa ou culposa [...] mesmo assim respondeu pelo crime praticado pelos subordinados e com a pena até maior: pena de morte. (PEREIRA, 2012, p, 109)

O interessante – para dizer o mínimo – é que, no caso do Capitão do Exército americano Ernest Medina, submetido à Corte Marcial pela chacina ocorrida em 16 de março de 1968, na aldeia de My Lai, Vietnã, o veredito foi pela absolvição, sob o fundamento de que eventual condenação exigiria a comprovação do conhecimento real das condutas criminosas dos subordinados e que ele, comandante do pelotão, não estava ao lado de seus comandados na hora dos fuzilamentos; apesar de ter acompanhado a evolução da manobra por meio de comunicação de rádio.

Porém, outro marco importante para a formação do conteúdo do art. 28 do ER foram os julgamentos realizados com

base na Diretriz 10 do Conselho de Controle da Alemanha, dentre os quais destacam-se o *High Command Case* e o *Hostage Case*. Nesses julgamentos, abandonou-se a ideia de responsabilidade objetiva do comandante e firmou-se o entendimento sobre a necessidade de comprovação de uma negligência pessoal, *standart* que foi denominado de culpa construída:

É nítido nesses julgamentos, portanto, a exigência de demonstração da culpa, sendo insuficiente para a dita responsabilização a extensão dos crimes perpetrados pelos subordinados aliada à condição de comandante. Nesses casos, ou ele sabia realmente da existência dos crimes ou o conjunto de informações à sua disposição poderia fazê-lo tomar conhecimento das atrocidades e impedir sua realização, dento de uma hipótese de conhecimento presumido. (PEREIRA, 2012, p. 114)

Da culpa construída passa-se ao *standart* do dever de agir, consubstanciado na obrigação do comandante de evitar o resultado que seria produzido pelo comportamento de seus subordinados, previsto no art. 86, do Protocolo I às Convenções de Genebra¹⁰, que é considerado o primeiro instrumento legal internacional a codificar a responsabilidade de comando:

¹⁰ “1. As Altas Partes Contratantes e as Partes no conflito devem reprimir as infrações graves e tomar as medidas necessárias para fazer cessar quaisquer outras infrações às Convenções ou ao presente Protocolo que resultem de uma omissão contrária ao dever de agir.”

Nesse sentido, o Protocolo I trouxe consigo normas positivadas, não mais de genérica responsabilização do indivíduo, como existentes até então, mas normas específicas de responsabilidade de comando. Por meio dessas normas, ficou reconhecido o papel primordial dos comandantes militares, na busca pela implementação efetiva do Direito de Genebra [...]. (FEITAL, 2021, p. 88)

Note-se que, para o Professor Carlos Frederico de Oliveira Pereira, o art. 86 do Protocolo I não autoriza a responsabilização do comandante omissivo pelos mesmos crimes praticados por seus subordinados, isto porque, segundo compreende, trata-se de um tipo penal autônomo de comportamento omissivo do comandante, em face do que se lhe deveria impor pena específica¹¹, malgrado não tenha sido esse o

“2. O fato de uma infração às Convenções ou ao presente Protocolo ter sido cometida por um subordinado não isenta os seus superiores da sua responsabilidade penal ou disciplinar, consoante o caso, se sabiam ou possuíam informações que permitissem concluir, nas circunstâncias do momento, que aquele subordinado cometia ou ia cometer tal infração e não haviam tomado todas as medidas praticamente possíveis dentro dos seus poderes para impedir ou reprimir essa infração.”

¹¹ “Esse dever de agir – fundamento de toda omissão própria – na jurisprudência internacional era e é visto na responsabilidade de comando como *dever de impedir o resultado* – fundamento da omissão imprópria – aliado à ideia de codelinquência. A principal justificativa é a punição na mesma medida do delito praticado pelo subordinado, o que aconteceu na jurisprudência do pós-guerra [...] no nosso entendimento, de forma alguma ficou estabelecida, no art. 86 do PI, a previsão de possibilidade de punição do comandante omissivo no mesmo crime cometido pelo subordinado, regra própria da associação criminosa. Pelo contrário, está claro que a sua omissão caracteriza crime, logo, um crime omissivo próprio ou omissivo próprio de garante, do qual ele é o sujeito ativo, delito independente do crime cometido

entendimento do Tribunal Penal Internacional, que privilegiou a tese de punição idêntica¹².

Seguindo-se na estrada histórica que levou à responsabilização do comando pelo ER, temos os Tribunais *ad hoc* criados por Resoluções do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas (ONU), para processar e julgar graves violações do Direito Internacional Humanitário ocorridas nos territórios da ex-Iugoslávia (TPIY) e Ruanda (TPIR).

Cumprir destacar que a criação desses Tribunais gerou inquietações, pois se arguiu que o Conselho de Segurança da ONU não possuía, dentre suas atribuições, poder para constituir um tribunal penal internacional¹³:

pelo subordinado a exigir punição também específica. E por que delito independente? Porque ele não está atentando diretamente contra os valores do DICA ínsitos nos crimes internacionais cometidos pelo subordinado. Na verdade, ele viola um dever militar de controlar a disciplina. Situação diversa é se prestar adesão ao crime praticado pelo subordinado”. (PEREIRA, 2012, p. 126)

¹² “O superior hierárquico é responsável pelos crimes cometidos pelos subordinados, e não autonomamente responsável pela sua conduta omissiva. E é justamente em razão disso que a prática dos tribunais, e também do TPI, tem sido de dizer ao mundo que os superiores hierárquicos responsabilizados são responsáveis em função dos core crimes – por exemplo, por genocídio – cometidos pelos seus subordinados e não simplesmente responsáveis por um crime de menor gravidade (que teria sido tipificado autonomamente)”. (FERRAZ, 2014, p.121)

¹³ “Apesar do entendimento já consagrado pela consciência coletiva mundial de aqueles que perpetraram atos bárbaros e hediondos contra a dignidade humana devem ser punidos internacionalmente, os tribunais *ad hoc* acima mencionados não passaram imunes a críticas, dentre elas a de que tais tribunais (que têm caráter temporário e não permanente) foram criados por resoluções do Conselho de Segurança da ONU (sob o amparo do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, relativo às ‘ameaças à paz, ruptura da paz e

Questiona-se ainda a justificativa sustentada pelo Conselho de Segurança para o estabelecimento de tribunais *ad hoc*, qual seja, os poderes atribuídos ao órgão pelo Capítulo VII. As prerrogativas acostadas em dito instrumento atinam apenas para a manutenção ou restabelecimento da paz e segurança, e não para ações legais contra indivíduos. O Conselho de Segurança tem sim, como função, a manutenção da paz, mas isso não implica a legitimidade para ser criador de tribunais internacionais. Nesse sentido, ao avocar tal competência, o Conselho de Segurança está incorrendo em um clássico caso de decisão *ultra vires*, ou seja, estaria imputando-se um poder que não lhe foi atribuído pela Carta. Dessa forma, o estabelecimento dos tribunais *ad hoc* para a ex-Iugoslávia e Ruanda consistiria em uma invasão do Poder Executivo no campo jurisdicional e legislativo. (LIMA; BRINA, 2006, p. 38)

Divergências à parte, certo é que resultou do julgamento do caso *Celebici* (TPIY)¹⁴ a construção teórica do *standart* do

atos de agressão’), e não por tratados internacionais multilaterais, como foi o caso do Tribunal Penal Internacional, o que poderia prejudicar (pelo menos em parte) o estabelecimento concreto de uma Justiça Penal Internacional de caráter permanente”. (MAZZUOLI, 2011, p. 34)

¹⁴ “Čelebići era um campo de detenção localizado em vila de mesmo nome, situada na municipalidade de Konjic, na região do norte da Bósnia-Herzegovina, aproximadamente a 50 quilômetros ao sul de Sarajevo. Konjic tinha importância estratégica, por ter sido utilizada para estabelecer uma linha de suprimentos para tropas bósnias e abrigar as linhas de comunicação entre Sarajevo e outras áreas do país. Inobstante, Konjic também estava em evidência, devido aos combates ocorridos e à consequente prisão de muitos da população sérvia nos quartéis de Čelebići, cujas instalações, situadas na aldeia de mesmo nome, foram adaptadas para o funcionamento da prisão [...] conhecida a importância estratégica de Konjic, em abril de 1992, a ação conjunta de bósnio-croatas com tropas de bósnios muçulmanos resultou em

controle efetivo e a enumeração dos três requisitos da responsabilidade de comando, a saber: (a) relação hierárquica entre superior e subordinado; (b) conhecimento real ou presumido da infração cometida pelo subordinado; e (c) falha em tomar as medidas necessárias para fazer cessar ou para punir a conduta do subordinado.

Apesar da constatação de que as experiências anteriores, consideradas de *per si*, não foram plenamente satisfatórias no processamento e na punição dos responsáveis pelas atrocidades praticadas em conflitos armados; no conjunto histórico, fizeram amadurecer o interesse da comunidade internacional na consolidação da lei penal internacional e na criação do Tribunal Penal Internacional:

Todas essas tensões internacionais, advindas desde a Primeira Guerra Mundial, tornavam, portanto, ainda mais premente, a criação de uma Justiça Penal Internacional de caráter

combate contra as tropas sérvias que, por sua vez, já haviam armado sua população. Após diversos ataques contra instalações sérvias, bloqueios de rodovias, ferrovia e linhas de comunicações, tropas croatas e muçulmanas cercaram Konjic e a isolaram de Sarajevo e Mostar. Ao final dessa operação, militares e civis sérvios foram aprisionados e enviados para o campo de Čelebići (ICTY, 1998). Estabelecido o campo, foram instituídos nas funções de comandante, subcomandante e guarda, respectivamente, Zravko Mucić, Hazim Delić e Esad Landžo. O comandante militar da área em que o campo foi criado era Zejnil Delalić. Todos foram a julgamento, em vista das diversas atrocidades sofridas pelos 103 prisioneiros sérvios (ICTY, 1998). Somente Esad Landžo não recebeu imputação por responsabilidade de comando, tendo-lhe sido atribuídos crimes comissivos, com participação direta que lhe custou, após sucedâneos recursais, a pena definitiva de 15 anos de prisão”. (FEITAL, 2021, p. 99)

permanente, notadamente após a proclamação da Declaração dos Direitos Humanos, em 1948, da celebração da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, no mesmo ano, das quatro Convenções de Genebra sobre Direito Humanitário, em 1949, e de seus dois Protocolos Adicionais, de 1977, da Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa Humanidade, em 1968, e dos Princípios de Cooperação Internacional para Identificação, Detenção, Extradição e Castigo dos Culpáveis em Crimes de Guerra ou de Crimes de Lesa Humanidade, em 1973 [...] Como resposta a este antigo anseio da sociedade internacional, no sentido de estabelecer uma corte criminal internacional de caráter permanente, finalmente veio à luz o Tribunal Penal Internacional, pelo Estatuto de Roma de 1988. Trata-se da primeira instituição global permanente de justiça penal internacional, com competência para processar e julgar os chamados crimes internacionais, entendendo-se como tais as violações das obrigações essenciais para a manutenção da paz e da segurança de sociedade internacional em seu conjunto. (MAZZUOLI, 2011, p. 40)

Passa-se, portanto, a um breve estudo da responsabilidade de comando no Estatuto de Roma.

2.2 A Responsabilidade de comando no Estatuto de Roma

Antes mesmo de se iniciar o breve estudo do art. 28 do ER (*Responsabilidade dos Chefes Militares e outros Superiores Hierárquicos*), é preciso não olvidar a existência de uma norma

anterior (art. 25, ER) que impõe a responsabilidade criminal individual, conforme consignado, de passagem, no tópico 2.1.

Com efeito, o art. 25, ER, de forma muito semelhante ao direito penal comum, prevê a punição à pessoa que: (a) comete o crime, individualmente ou em concurso com outras pessoas ou, ainda, por intermédio de pessoa inimputável; (b) ordena, solicita ou instiga a prática criminosa; (c) facilita, assume cumplicidade ou encobre a conduta criminosa; (d) contribui para o cometimento do crime por um grupo de pessoas que tenham esse objetivo em comum.

Já o art. 28 do ER, após fazer ressalva a outras fontes de responsabilidade criminal (a individual, p. ex.), versa sobre a responsabilidade do comandante em face da conduta criminosa de seus subordinados, *ex vi*:

Além de outras fontes de responsabilidade criminal previstas no presente Estatuto, por crimes da competência do Tribunal:

a) O chefe militar, ou a pessoa que atue efetivamente como chefe militar, será criminalmente responsável por crimes da competência do Tribunal que tenham sido cometidos por forças sob o seu comando e controle efetivos ou sob a sua autoridade e controle efetivos, conforme o caso, pelo fato de não exercer um controle apropriado sobre essas forças quando:

i) Esse chefe militar ou essa pessoa tinha conhecimento ou, em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento de que essas forças estavam a cometer ou preparavam-se para cometer esses crimes; e

ii) Esse chefe militar ou essa pessoa não tenha adotado todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática, ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal.

b) Nas relações entre superiores hierárquicos e subordinados, não referidos na alínea *a*), o superior hierárquico será criminalmente responsável pelos crimes da competência do Tribunal que tiverem sido cometidos por subordinados sob a sua autoridade e controle efetivos, pelo fato de não ter exercido um controle apropriado sobre esses subordinados, quando:

i) O superior hierárquico teve conhecimento ou deliberadamente não levou em consideração a informação que indicava claramente que os subordinados estavam a cometer ou se preparavam para cometer esses crimes;

ii) Esses crimes estavam relacionados com atividades sob a sua responsabilidade e controle efetivos; e

iii) O superior hierárquico não adotou todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal.

Destaca-se que, enquanto o item “*a*” refere-se às relações entre comandantes militares e seus subordinados, o “*b*” estende a responsabilidade aos superiores hierárquicos, isto é, às autoridades políticas e civis que possuem poder de mando e de controle efetivo dos subordinados¹⁵. No mais, pode-se constatar

¹⁵ “É necessário que exista uma relação superior-subordinado, para que se configure a hipótese de responsabilização do comandante, porquanto não há que se falar em omissão, se não houver um dever; e não há que se falar em

que o ER incorporou os principais *standarts* dos estatutos e dos julgamentos anteriores à sua formação.

O Professor Carlos Frederico de Oliveira Pereira (2010, p 154) detalha esse amálgama:

Além de outras fontes de responsabilidade criminal previstas no presente Estatuto, por crimes da competência do Tribunal:

a) O chefe militar, ou a pessoa que atue efetivamente como chefe militar (TPIY), será criminalmente responsável por crimes da competência do Tribunal que tenham sido cometidos por forças sob o seu comando (julgamento Yamashita) e controle efetivos ou

dever, se não houver um conjunto de atribuições nas quais se incluía a de ordenar. [...] Já tendo visto que a jurisprudência do Tribunal para a Ex-Iugoslávia não enfatizou o estado formal do comandante, e sim sua “posição fática”, percebe-se a linha consequencial que se faz chegar à concepção acerca da relação superior-subordinado. [...] o dispositivo do artigo 28 abrange as figuras dos comandantes de fato e de direito. [...] recepcionou a teoria de uma efetiva “capacidade material”, para prevenir ou punir a conduta criminal. Desse modo, oficiais de polícia, pessoas responsáveis por unidades paramilitares e pessoas que tenham assumido um controle de fato sobre tropas podem ser incluídos no rol dos comandantes, para fins de responsabilidade de comando, porquanto o que prevalece é o poder concreto que o superior tem para controlar a ação dos que lhe estão subordinados. É nessa linha que o Estatuto de Roma recepciona a possibilidade de civis serem enquadrados como comandantes, para a relação superior-subordinado. Ao comentar sobre o Tratado e também se referir a Čelebići, Dinstein admite que a responsabilidade de comando era limitada a comandantes militares, até a adoção do Estatuto de Roma, e, face à inovação normativa, destaca a consolidação doutrinária ocorrida, notando que a incursão de líderes civis na responsabilidade de comando já estava aceita pelo Tribunal para a Ex-Iugoslávia [...] por força da ideia de capacidade material, civis passam a responder por responsabilidade de comando. Essa inovação não contida na norma convencional antecedente – o Protocolo Adicional I refere-se somente aos chefes militares – ficou consolidada pelo texto de Roma, após construção jurisprudencial iniciada pelo Tribunal para a Ex-Iugoslávia, a partir dos julgamentos de Čelebići”. (FEITAL, 2021, p. 138)

sob a sua autoridade e controle efetivos (TPIY), conforme o caso, pelo fato de não exercer um controle apropriado sobre essas forças quando:

i) Esse chefe militar ou essa pessoa tinha conhecimento ou, em virtude das circunstâncias do momento, deveria ter tido conhecimento (evolução jurisprudencial - Yamashita) de que essas forças estavam a cometer ou preparavam-se para cometer esses crimes; e

ii) Esse chefe militar ou essa pessoa não tenha adotado todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance (LCC 10 – julgamentos) para prevenir ou reprimir a sua prática, ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal (TPIY).

b) Nas relações entre superiores hierárquicos e subordinados, não referidos na alínea a), o superior hierárquico será criminalmente responsável pelos crimes da competência do Tribunal que tiverem sido cometidos por subordinados sob a sua autoridade e controle efetivos (TPIY) pelo fato de não ter exercido um controle apropriado sobre esses subordinados, quando:

i) O superior hierárquico teve conhecimento ou deliberadamente não levou em consideração a informação que indicava claramente que os subordinados estavam a cometer ou se preparavam para cometer esses crimes (Protocolo I);

ii) Esses crimes estavam relacionados com atividades sob a sua responsabilidade e controle efetivos (TPIY); e

iii) O superior hierárquico não adotou todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal (TPIY). (grifos originais)

Outro aspecto importante é que a responsabilidade do comandante, nos termos do art. 28, do ER, refere-se a um comportamento omissivo do líder, isto é, há de se demonstrar que o comandante falhou, em um ou mais aspectos, no seu dever de manter suas tropas dentro dos limites da lei. Esse conjunto de obrigações inclui, dentre outros deveres: o adestramento das frações; o acompanhamento continuado dos militares e das operações em que estão engajados; a manutenção rigorosa da disciplina e o dever de procurar ter, sempre, o conhecimento mais abrangente possível das operações militares. Além disso, cabe-lhe também a obrigação de manter a cadeia de comando superior informada sobre a conduta de seus subordinados, ou seja: além de ser exigido conhecimento, igualmente impõe-se o dever de informar.

Marcelo Feital resume os requisitos da responsabilidade de comando com a exigência de satisfação de quatro requisitos: (a) existência de uma relação superior-hierárquico; (b) o controle efetivo; (c) omissão do comandante (superior); (d) conhecimento ou dever de informar.

Especificamente com relação à aferição da importância causal-normativa da omissão do comandante (ou superior), nos sistemas jurídicos de tradição romana, tal qual o nosso, será preciso realizar uma aproximação com a teoria da culpabilidade e reconhecer a posição de garante do comandante leniente. Mas

isso leva, necessariamente, a se considerar a omissão como crime autônomo, o que, como visto, vai de encontro às decisões já prolatadas pelo TPI, que a tem considerado como hipótese de corresponsabilidade (participação por omissão do comandante nos crimes praticados pelos subordinados):

Uma resposta um pouco mais elaborada para o problema trazido pela exigência de culpabilidade consiste em considerar a previsão positiva (formalizada ou baseada no costume) da responsabilidade do superior hierárquico como configurando um tipo penal autônomo e não mais uma modalidade de participação no crime cometido pelos subordinados. Tomando como referência o atual fundamento normativo da figura no DPI, o art. 28 do Estatuto de Roma do TPI, essa visão considera que os elementos contidos em tal artigo configuram uma ofensa principal e autônoma, independentemente da conduta dos subordinados. Nessa linha caminhou a conclusão a que chegou o TPII no caso Hadzihasanovic, em que precisou enfrentar a situação do comandante militar que sucedeu outro, de maneira que o sucessor não teve qualquer envolvimento com a conduta dos subordinados. [...]

Essa solução certamente evita o conflito com o princípio da culpabilidade e é cogitável de *lege ferenda*. No entanto, essa interpretação não é compatível (a) com o texto expresso no art. 28 do Estatuto de Roma do TPI (assim como não é compatível com os estatutos dos tribunais *ad hoc*), remanescendo um grave (e insuperável) problema de legalidade; assim como não está em linha com o discurso adotado pela prática desses tribunais, que condenam os superiores hierárquicos como responsáveis pelos *core* crimes cometidos pelos seus subordinados, e em função destes, e não de maneira específica e isolada pela conduta omissiva autônoma.

O problema de legalidade do crime autônomo inicia-se pela própria estrutura topográfica dos estatutos, inclusive do Estatuto de Roma, que não incluem a previsão da responsabilidade dos superiores hierárquicos entre os tipos penais que descrevem os crimes, preferindo incluí-la sob o título “princípios gerais”. Por exemplo, no Estatuto de Roma, o art. 28 segue o art. 25, sobre “responsabilidade criminal individual”, em que são descritos os diversos tipos de autoria e de participação; o art. 26 trata da exclusão da jurisdição para pessoas menores de 18 anos; e o art. 27 trata da irrelevância da capacidade oficial do réu (p.ex., ser chefe de Estado ou de Governo). Essa estrutura indica que a responsabilidade do superior hierárquico é um modo de participação e não um crime autonomamente tipificado. (FERRAZ, 2014, p. 128)

Não é à toa, portanto, que muitos estudiosos do DICA no Brasil sugerem mudanças legislativas no ordenamento interno e no próprio Estatuto de Roma, como, v. g., as proposições apresentadas por PEREIRA (2010), dentre as quais destacam-se (a) a criação de tipo penal de *Associação para a prática de crimes*; (b) alteração do art. 25, incluindo a relevância da omissão nas situações em que o agente podia e devia agir (garante); (c) adequação das sanções à situação do garante; etc.

Todavia, em que pesem as dificuldades naturais de aplicação de uma norma penal internacional em face das peculiaridades de cada sistema jurídico interno, fato é que o Estatuto de Roma impõe aos comandantes a responsabilidade criminal pelos ilícitos praticados por seus subordinados, e isso

ganha contornos ainda mais críticos e severos quando se está diante de uma significativa mudança no emprego das Forças Armadas, diante da inconveniência dos novos conflitos.

3 AS NOVAS CONFIGURAÇÕES DE CONFLITOS ARMADOS

Alessandro Visacro insiste em destacar que a guerra, antes de ser um fenômeno político, é um fenômeno social; portanto, é natural que assuma novos contornos e modelagens, pois recebe as mesmas influências de toda a sociedade de seu tempo:

Antes de ser um fenômeno político, a guerra é um fenômeno social. A despeito de todo o protagonismo atribuído aos soldados nos campos de batalha, são as sociedades, e não os exércitos ou seus generais, que produzem a guerra. Essa assertiva nos permite concluir que transformações na conduta da guerra, decorrem, em primeiro lugar, de transformações sociais. No momento em que a humanidade deixa a Era Industrial para ingressar na Era da Informação, passando por rápidas e profundas alterações, devemos entender, de forma objetiva, como essas mudanças afetam a natureza dos conflitos armados e impõem necessariamente uma redefinição e uma ampliação das agendas nacionais de segurança e defesa. (VISACRO, 2021, p. 41)

Dentre as várias transformações ocorridas, nas últimas décadas as Forças Armadas se depararam com a necessidade de se adaptarem para atuar em vários cenários inovadores e

desafiadores, dentre os quais se destacam, no presente estudo, os combates assimétricos nas cidades (guerra urbana).

3.1 Guerra Urbana e a responsabilidade de comando

Iraque, 9 de abril de 2003. Bagdá cede aos ataques americanos e não só os monumentos ao líder Saddam Hussein são destruídos. A guerra tradicional também perdeu alguns de seus símbolos, dentre os quais a preferência dos exércitos em operar em sítios não urbanos:

Podendo se desdobrar e atuar com menos embaraço nos espaços abertos, os exércitos sempre os preferiram aos ambientes compartimentados das cidades e se equiparam, estruturaram e se adestraram para isso. E ainda o fazem em larga medida. O soldado do século XXI, no entanto, não tem mais escolha: na atualidade, impõe-se ou mantém-se a paz nas cidades. A guerra em campo aberto, posta em cheque em 1989, foi eliminada de vez no Iraque em 09 de abril de 2003. Daqui para a frente, salvo exceção, os combates serão urbanos e os nomes das batalhas serão nomes de cidades: Sarajevo, Grozny, Beirute, Bagdá, Mitorivtsa, Bassorá, Abidjanm Bibt Jbeil... (DESPORTES, 2021a, p. 11)

Doutrinariamente duas razões estratégicas justificam o combate nas cidades: o controle de pontos sensíveis (aeroportos, portos, centros de comando, infraestrutura de comunicações etc.) e a importância simbólica da conquista das cidades.

Tisseron (2021, p. 37) cita como exemplo o emprego de tropas soviéticas no Afeganistão:

O ataque baseou-se em três ações com foco em áreas urbanizadas: forças pré-posicionadas desarmaram e eliminaram os chefes militares do país; paraquedistas e *Spetsnaz* (forças especiais) tomaram os aeroportos, as vias de circulação, os prédios do governo e os centros de comunicação de Kabul, principal cidade do país; forças terrestres invadiram o país para conquistar os entroncamentos rodoviários, apossar-se das maiores cidades e suprimir os bolsões de resistência.

Por outro lado, para as forças defensivas, a guerra urbana pode reduzir o hiato tecnológico diante de exércitos mais equipados, treinados e preparados. Daí surge o conceito de *guerra assimétrica* que parece favorecer o “lado mais fraco”, com a utilização de técnicas de guerrilha,¹⁶ atos de terrorismo e mobilização de civis nos combates (inclusive jovens e crianças).

Também se reconhece, no escrutínio de experiências de há pouco, que os combatentes dos exércitos mais fortes, diante

¹⁶ “A guerrilha e o terrorismo também são modos de atuação praticados pelos grupos armados nas cidades. A guerrilha, forma de conflito utilizada pelo fraco contra o forte, caracteriza-se pela recusa ao combate frontal e decisivo, pelo emprego do acossamento e da surpresa. Quer corresponda à luta de uma minoria contra um poder opressor, quer a um combate revolucionário com fins ideológicos ou políticos, quer ainda a uma reação nacional contra um ocupante, suas técnicas não variam muito, pois se apoia de fato em duas constantes: o fator tempo, por tratar-se de prolongar a luta com o intuito de minar a motivação do inimigo em um combate de longo prazo, e a opinião pública, pois as operações militares objetivam sobretudo conquistar o apoio popular”. (TISSERON, 2021, p. 44)

da guerra assimétrica, são mais propensos a violar as normas de conduta e as regras de engajamento.

Essas nuances da guerra urbana produzem consequências drásticas às populações civis que se veem literalmente no meio de combates em suas ruas, com a utilização de *vants* (veículos aéreos não tripulados), artilharia, armas inteligentes, homens e carros-bombas, combates corpo a corpo etc. No ano de 2017, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV) publicou o Relatório Especial “Vi minha cidade morrer”. Depoimentos tomados na linha de frente dos conflitos urbanos no Iraque, Síria e Iêmen. Logo no prefácio e no capítulo de introdução, o documento adverte:

Atualmente, os civis nas cidades estão novamente no meio da guerra – encurralados, feridos, famintos, empobrecidos, mantidos como reféns, usados como escudos humanos e frequentemente impedidos de fugir. Os serviços urbanos básicos como água, assistência à saúde, eletricidade e escolas estão danificados, degradados e algumas vezes deliberadamente atacados [...] Túneis, armadilhas e franco-atiradores se cruzam com drones e guerra digital na nova forma de conflito urbano prolongado que parece ter chegado para ser o novo modelo nos anos vindouros.

Essas novas guerras urbanas podem ficar sem um final por anos a fio, já que os grupos armados agora se escondem com a cobertura das cidades e não mais da vegetação, e as guerras de guerrilha se tornam intrinsecamente urbanas. A vitória escapa de todos os lados e o conflito urbano se transforma em algo crônico na vida de milhões de pessoas [...]

Cerca da metade de todas as vítimas de guerras no mundo todo, entre 2010 e 2015, era do Iraque, Síria e Iêmen, onde os confrontos nas pequenas e grandes cidades foram implacáveis. Embora a guerra urbana e o sofrimento causado não sejam nenhuma novidade, o tipo de confronto que vemos nas cidades hoje se tornou demasiado banal e destrutivo. Causa grandes ofensas com o potencial de perpetuar ciclos de violência. A quantidade de vítimas civis é notadamente alta: segundo algumas estimativas, representam 92% das mortes e ferimentos causados pelo uso de armas explosivas em áreas povoadas, comparado a 34% quando essas armas são empregadas em outras áreas.

Por que o custo humano é tão elevado? Uma das principais razões é a falta generalizada de respeito pelo Direito Internacional Humanitário (DIH) – também conhecido como Direito Internacional dos Conflitos Armados. Este conjunto de normas protege as pessoas que não participam, ou não participam mais, das hostilidades e limita os meios e métodos de guerra. Busca, em essência, limitar os efeitos dos conflitos armados e preservar alguma humanidade na guerra. Porém, as normas estão sendo violadas. Os civis e edifícios civis como hospitais e escolas estão sendo alvejados. Pessoas comuns estão encurraladas em cercos. Não estão sendo tomadas precauções constantes para proteger a população civil. As consequências são devastadoras.

Outro motivo é a escolha das armas e o modo em que são empregadas em áreas densamente povoadas. Embora o bombardeio de áreas extensas em larga escala, usado em certos conflitos do século XX, seja menos frequente no século XXI, o bombardeio e o uso de artilharia pesada em áreas civis continuam sendo características típicas das guerras modernas. (CICV, 2017, p. 7 e 11)

Após consolidar terríveis depoimentos de civis sujeitos aos efeitos da guerra urbana nestes três países: Iraque, Síria e Iêmen, o CICV recomendou dez diretrizes:

- a) as partes em conflito devem respeitar o DIH em todas as circunstâncias. As ações do inimigo não justificam violações às normas do DIH;
- b) os Estados que apoiam as partes em conflitos armados devem garantir que seus apoiados respeitem as normas de DIH, até mesmo porque estão em posição “única e privilegiada” para tal;
- c) as partes beligerantes não devem encerrar civis em cercos. Ao revés, devem assegurar o “acesso rápido, contínuo e desimpedido” da ajuda humanitária a todas as comunidades urbanas necessitadas e garantir, ainda, a saída das pessoas dessas áreas para outros locais, se assim o quiserem, sempre em segurança;
- d) armas explosivas com alto impacto devem ser evitadas em áreas densamente povoadas: “além de causar mortes e destruição dentro da zona de impacto imediato, essas armas possuem efeitos de longo prazo na infraestrutura civil e serviços que são extremamente perigosos para a saúde e sobrevivência da população”;
- e) devem ser respeitados e protegidos os sistemas urbanos complexos de sobrevivência (infraestrutura de

fornecimento de água tratada, energia, esgoto, saúde, comunicação etc.);

f) as partes em conflito e a comunidade internacional devem respeitar os direitos das vítimas civis dos conflitos, abstendo-se de deslocá-las, e, preferencialmente, prestando-lhes ajuda em seus países;

g) as autoridades e a comunidade internacional são instadas a proteger e assistir aos refugiados;

h) as partes em conflito, as autoridades e a comunidade internacional são convidadas a garantir que os provedores de serviços básicos e os profissionais humanitários sejam efetivamente protegidos;

i) as autoridades, os profissionais humanitários e a comunidade internacional são instados a investir na garantia de que as vítimas da guerra urbana tenham acesso aos serviços apropriados de apoio psicossocial e de saúde mental;

j) as autoridades, os profissionais humanitários e a comunidade internacional devem ajudar a reconstruir as comunidades, não somente a infraestrutura: “as cidades são feitas de pessoas, não apenas de prédios”. “O modo em que as cidades serão reconstruídas terá significativo impacto na superação dos traumas das vítimas” (do presente e do futuro).

Vê-se que, das dez diretrizes, as primeiras seis tem como destinatárias as forças beligerantes (regulares ou não), o que implica dizer que, principalmente, tratando-se de tropas regulares, é obrigação dos comandantes, em todos os níveis, e em todas as etapas de instrução, preparo, emprego e repressão (nos casos de violação das normas), manter o respeito ao que resta, no meio do caos, das regras normativas-civilizatórias, aplicando e obedecendo às prescrições do Estatuto de Roma e aos princípios do DIH.

Com foco nesse objetivo, alguns exércitos têm adotado mudanças interessantes em suas doutrinas e no preparo de seus militares. Assim, por exemplo, tem-se investido na capacitação em operações psicológicas, aprendizado da geografia humana das cidades, perícia na linguística regional, habilidades políticas etc., isso tudo ao lado da instalação de centros de treinamentos específicos para a guerra urbana, tais como: o Centro Nacional de Adestramento em Zona Urbana (CENZUB) do exército francês e o *MCKenna Military Operations in Urban Terrain* (MOUT), do exército americano, em Fort Benning, Georgia.

Portanto, pode-se concluir que a responsabilidade do comando nas guerras urbanas possui uma dimensão muito particular no preparo, na instrução e no treinamento dos subordinados. Aliado a isso, é preciso um rigorosíssimo acompanhamento das possíveis afetações da tropa no ambiente

de combate, dada a proximidade com civis não combatentes, em situação de absurda hipossuficiência e que estão, assim, extremamente suscetíveis a abusos e violências.

Com efeito, a condescendência do comandante em favor de atos aviltantes praticados por seus subordinados contra os civis, ainda que de menor intensidade, pode ser fator de incremento e de incentivo para que outras e mais graves violações aconteçam, o que, certamente, induzirá ao reconhecimento, nos termos do art. 28, do ER, de sua falha de autoridade no controle efetivo e apropriado sobre esses comandados.

Portanto, é uma das principais missões dos novos comandantes conhecer, instruir e testar seus comandados na aplicação do conteúdo normativo protetivo, no qual evidentemente se inclui, também, a proteção (inclusive jurídica) das próprias tropas.

Não à toa, e mais uma vez a título de exemplo, no Brasil foi publicada a Diretriz para a Difusão e Implementação do Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA) nas Forças Armadas (Portaria Normativa nº 916/MD, de 13 de junho de 2008).

Após conceituar o DICA como:

[um] conjunto de normas internacionais de origem convencional ou consuetudinária, destinado a ser aplicado nos conflitos armados e

que, por razões humanitárias, limita o direito das partes em conflito a escolher livremente os métodos e os meios a serem empregados na condução das hostilidades, bem como visa a proteger as pessoas e os bens afetados pelos referidos conflitos. (art. 3º)

Essa mesma Diretriz determina que:

É responsabilidade das Forças Armadas difundir e garantir o respeito ao DICA, aos seus integrantes, observados os seguintes aspectos:

I - a difusão do DICA deve ser uma constante preocupação dos militares que exercem cargos de Comando, Chefia ou Direção, em todos os escalões das Forças Armadas; e

II – as Forças Armadas, por meio dos respectivos Comandos Operacionais deverão, sempre que possível e utilizando a estrutura organizacional existente, prever o assessoramento especializado em DICA. (art. 4º) (g. n.)

Um pouco mais à frente, no art. 6º, a norma determina que o DICA deve ser implementado juntamente com sua difusão e que deve ser observada a seguinte metodologia:

I - dar ênfase aos processos de ensino e de instrução que permitam capacitar futuros instrutores e Comandantes a aplicar, respeitar e garantir o respeito ao DICA; II - permitir que os militares possam planejar, conduzir, executar, controlar e avaliar os resultados de operações de combate, de apoio ao combate e de apoio de serviços ao combate (apoio logístico), de acordo com seus níveis hierárquicos; e III – permitir que o DICA faça parte do processo de tomada de decisões pelos Comandantes, Chefes, Diretores e seus respectivos assessores em todos os níveis. (g. n.)

Percebe-se claramente que o comprometimento do comandante com o conhecimento, a difusão, o treinamento e a aferição dos resultados de aplicação dos conteúdos do DICA e das normas de conduta e das regras de engajamento de seus comandados, em todas as fases da operação militar, é elemento probatório na aferição de sua responsabilidade individual (art. 28, ER), pelas ações praticadas por seus subordinados.

4 CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, que as Forças Armadas brasileiras possuem à sua disposição razoável conhecimento das peculiaridades que envolvem a normatização da responsabilidade do comando, nos termos determinados pelo Estatuto de Roma. Esse conhecimento é desvelado por doutrina – ainda incipiente, mas substancial – e por regulação interna, a exemplo da Portaria Normativa nº 916, do Ministério da Defesa.

Há, todavia, muito a ser realizado na difusão dos conceitos elementares, no estudo aprofundado da matéria, no preparo das tropas e no controle efetivo das operações (prévio, concomitante e posterior).

Iniciativas como as da Escola Superior de Defesa (com as merecidas homenagens à sua Instituição *mater*, a Escola Superior de Guerra), que oferece anualmente o Curso de Direto

Internacional Humanitário (CDICA), ajudam a consolidar a compreensão de que mesmo na guerra não deve haver espaço para a *banalidade do mal*.

REFERÊNCIAS

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA (CIVV). *Relatório Especial “Vi minha cidade morrer”*.

Depoimentos tomados na linha de frente dos conflitos urbanos no Iraque, Síria e Iêmen. Bruxelas: CICV, 2017.

DESPORTES, Vicent. *A tomada de decisão em cenário de incerteza*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 2021a.

DESPORTES, Vicent. *Prefácio de Guerras urbanas*. Novos métodos, novos soldados. TISSERON, Antonin, 2021b.

FEITAL, Marcelo. *A responsabilidade de comando por atos de subordinados no Direito Internacional dos Conflitos Armados*.

Rio de Janeiro: Escola de Comando de Estado-Maior do Exército, 2020.

FERRAZ, Sérgio Valladão. A responsabilidade penal dos superiores hierárquicos e a exigência de contribuição causal para os core crimes cometidos pelos subordinados. *Revista Jurídica e Sistema Criminal*, v. 6, n. 11, jul/dez, 2014.

FERGUSON, Niall. *O horror da guerra*. Uma provocante análise da Primeira Guerra Mundial. São Paulo: Planeta do Brasil, 2018.

IENSUE, Geziela. Prosecutor versus Jean-Pierre Bemba Gombo: o Tribunal Penal Internacional e a responsabilidade de

comando. *Espaço Jurídico Journal of Law* [EJLL], [S. 1.], v. 17, n. 2, p. 657–680, 2016. DOI: 10.18593/ejll.v17i2.10309.

Disponível em:

<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/10309>. Acesso em: 18 abr. 2022.

LACAVA FILHO, Nelson. *Bases do Sistema de Direito Penal Militar*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

LIMA, Renata Mantovani de; BRINA, Marina Martins da Costa. *O Tribunal Penal Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Tribunal Penal Internacional e o Direito Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.

MINISTÉRIO DA DEFESA (MD). *Manual de Campanha EB70-MC-10.231 Defesa Antiaérea*. Brasília, 2017.

PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. *Direito Internacional Penal: a responsabilidade de comando o Estatuto de Roma e sua implementação no Código Penal Militar*. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

PEREIRA, Victor Almeida. A Minustah ante as características das operações de não guerra: implicações para o emprego da inteligência militar terrestre nas operações de paz. *Revista Giro do Horizonte*, v. 5, n. 1, 2016. Rio de Janeiro: Escola de Aperfeiçoamento de Oficiais.

SARAIVA, Alexandre José de Barros Leal. A índole do processo penal militar e seu encontro necessário com os princípios da Hierarquia e da Disciplina. *Revista do Ministério Público Militar*, ano 45, n. 33, 2020. Brasília: Procuradoria-Geral de Justiça Militar.

SOUSA, Flávia Ximenes Aguiar de. *O emprego das Forças Armadas em situações de conflitos graves. Uma análise das Regras de Engajamento e a compatibilidade com os Direitos Fundamentais*. São Paulo: Dialética, 2022.

TISSERON, Antonin. *Guerras urbanas. Novos métodos, novos soldados*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 2021.

VISACRO, Alessandro. *A guerra na era da informação*. São Paulo: Contexto, 2019.

Dissenso sobre a aplicação do crime continuado no Direito Penal Militar sob uma ótica constitucional

Rafael Correa da Silva

Mestrando em Direito, UNESA, Rio de Janeiro. Major do Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Rio de Janeiro.

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5412963129098685>

ORCID: 0000-0001-8174-0278

E-mail: rafaelcorreabm@hotmail.com

Data de recebimento: 29/09/2022

Data de aceitação: 03/10/2022

Data da publicação: 14/11/2022

RESUMO: Este artigo tem por objetivo averiguar a aplicação do crime continuado no âmbito do Direito Penal Militar e a incidência do artigo 71 do Código Penal Comum em detrimento dos artigos 79 e 80 do Código Penal Militar. Assim, busca-se compreender o conceito e consequências do crime continuado e a divergência doutrinária e jurisprudencial. Para tanto, averíguam-se decisões dos Tribunais de Justiça dos Estados, dos Tribunais de Justiça Militar e dos Tribunais Superiores. A pesquisa classifica-se como dedutiva, descritiva e bibliográfica. Na conclusão, constatou-se que não há consenso sobre a incidência do artigo 71 do Código Penal Comum aos crimes militares, sendo encontrados argumentos favoráveis e contrários nas decisões judiciais analisadas e na doutrina. Não obstante,

buscaram-se analisar, sob um viés constitucional, os fundamentos das decisões sobre o tema. Deste modo, o que se percebe é que os Tribunais Militares tendem a ser mais brandos, aplicando a regra do Código Penal Comum que é mais benéfica, pois não adota o cúmulo material, mas sim a exacerbação da pena. Porém, no âmbito dos tribunais de justiça, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, prevalece a aplicação dos artigos 79 e 80 do Código Penal Militar, por se tratar de norma especial. Urge, portanto, uma análise mais aprofundada do tema pelo legislador e também pela mais alta Corte, pois o dissenso jurisprudencial enseja insegurança jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: crime militar; crime continuado; cúmulo material; exacerbação da pena; dissenso.

ENGLISH

TITLE: Lack of consensus on the application of continued crime in Military Criminal Law from a constitutional viewpoint.

ABSTRACT: This article aims to investigate the application of continued crime within the scope of Military Criminal Law and the incidence of article 71 of the Common Penal Code to the detriment of articles 79 and 80 of the Military Penal Code. Thus, it seeks to understand the concept and consequences of continued crime and the doctrinal and jurisprudential divergence. For that, decisions of the Courts of Justice of the States, of the Courts of Military Justice and of the Superior Courts are investigated. The research is classified as deductive, descriptive and bibliographical. In conclusion, it was found that there is no consensus on the incidence of article 71 of the Common Penal Code to military crimes, with favorable and contrary arguments being found in the analyzed judicial decisions and in the doctrine. Nevertheless, we sought to

analyze from a constitutional point of view the foundations of decisions on the subject. In this way, what can be seen is that the Military Courts tend to be more lenient, applying the rule of the Common Penal Code, which is more beneficial, as it does not adopt the material cumulative, but the exacerbation of the penalty. However, within the scope of the Courts of Justice, the Superior Court of Justice and the Federal Supreme Court, the application of articles 79 and 80 of the Military Penal Code prevails, as it is a special rule. Therefore, a more in-depth analysis of the subject by the legislator and also by the highest Court is urgent, since jurisprudential dissent gives rise to legal uncertainty.

KEYWORDS: military crime; continuing crime; material cumulus; exacerbation of penalty; dissent.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Crime continuado: aspectos gerais – 3 Justiça militar e crime continuado no código penal militar – 4 A (in)aplicabilidade dos artigos 79 e 80 do CPM ao crime continuado praticado por militar – 5 Posicionamento dos tribunais pátrios – 6 Análise principiológica: a violação à isonomia e à razoabilidade – 7 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

No ordenamento jurídico brasileiro coexistem dois diplomas que tratam do direito material no que diz respeito à esfera penal, quais sejam: o Código Penal Comum; e o Código Penal Militar, que disciplina os crimes militares. Logo, o Código Penal Militar, norma especial, considera os princípios e valores

que norteiam as instituições militares, a exemplo do militarismo, da hierarquia e da disciplina.

Ao presente estudo interessa compreender o crime continuado, instituto previsto tanto no Código Penal Comum, em seu art. 71, como no Código Penal Militar, que destina a disciplina do tema ao art. 80. As semelhanças, porém, terminam nesse ponto, pois, enquanto aquele diploma considera o aumento da pena em caso de continuidade delitiva, o Código Penal Militar dispõe de forma diversa, somando as penas das condutas típicas previstas em seu bojo. Portanto, as consequências do crime continuado, no âmbito da Justiça Penal Militar, são bem mais severas se comparadas às da legislação comum.

Ocorre que a jurisprudência e a doutrina divergem sobre a aplicabilidade dos arts. 79 e 80 do Código Penal Militar e, conseqüentemente, defendem a aplicação do art. 71 do Código Penal Comum, por ser norma mais benéfica, na medida em que aumenta a pena de 1/6 a 2/3.

É nesse contexto que se situa o presente estudo, que tem por objetivo identificar os argumentos favoráveis e contrários à incidência do art. 71 do Código Penal aos crimes militares, em detrimento dos arts. 79 e 80 do Código Penal Militar. E, como objetivos específicos, busca-se averiguar o conceito de crime continuado e suas consequências jurídicas no Código Penal Comum e no Código Penal Militar; identificar o posicionamento

dos Tribunais pátrios quanto à incidência do art. 71 do Código Penal Comum aos crimes continuados praticados por militares; abordar o dissenso jurisprudencial à luz dos princípios da isonomia e razoabilidade.

Registre-se, ainda, que, para apresentar o entendimento jurisprudencial, analisa-se o posicionamento dos Tribunais de Justiça dos Estados e DF, do Superior Tribunal Militar, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Destarte, para alcançar o objetivo supra, adota-se, como método de abordagem, o dedutivo; e, como método de procedimento, o descritivo. No que diz respeito à técnica de pesquisa, é de natureza bibliográfica e documental, pois se buscam, na doutrina, legislação, artigos, dentre outras fontes, elementos para a compreensão do tema.

2 CRIME CONTINUADO: ASPECTOS GERAIS

Compreender a incidência do art. 80 do Código Penal Militar clama, inicialmente, que se contextualize o crime continuado. Para tanto, é necessário averiguar o concurso de crimes, ou seja, o concurso material e o concurso formal.

Segundo Bitencourt (2021, p. 408), ocorre o concurso de crimes quando há a prática de dois ou mais delitos por meio de uma ou mais ações. Logo, independe se o crime é omissivo ou

comissivo, doloso ou culposo, tentado ou consumado. Tais questões são consideradas pelo julgador quando da dosimetria da pena, mas são indiferentes para a configuração do crime continuado.

Complementa Capez (2020, p. 676) que o concurso de crime dá origem ao concurso de pena, ou seja, enseja a cumulação das sanções previstas para cada um dos delitos ou a exasperação da pena, pois não se justifica a aplicação àquele que cometeu vários delitos em concurso da pena aplicada ao indivíduo que praticou um único crime.

No direito brasileiro o concurso formal é configurado quando o agente pratica mais de um delito valendo-se de apenas uma ação ou omissão. Neste caso o Código Penal prevê a exasperação da pena, momento em que se aplica a mais grave, ou apenas uma delas (se idênticas), aumentando de 1/6 até a metade (CAPEZ, 2020, p. 681).

Por sua vez, no concurso material o agente pratica duas ou mais ações, e culmina na prática de dois ou mais delitos. Nesse caso o Código Penal adota o sistema de cumulação da pena, momento em que se soma a sanção prevista para todos os delitos praticados pelo infrator (BITENCOURT, 2021, p. 408).

O terceiro conceito é o que de fato interessa ao presente estudo. Trata-se do crime continuado que, segundo Nucci (2021, p. 453), se configura quando o agente, mediante mais de uma

ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes de uma mesma espécie, nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução. Por conseguinte, cria-se uma suposição de que os subsequentes são uma continuação do primeiro crime, levando exatamente ao crime continuado.

Portanto, a configuração do crime continuado clama alguns requisitos: crimes de mesma espécie, pluralidade de condutas e nexos da continuidade delitiva (condições semelhantes de tempo, lugar e modo de execução) (NUCCI, 2021, p. 453).

No que diz respeito ao primeiro requisito – crimes da mesma espécie –, duas são as correntes jurídicas. A primeira sustenta que são crimes da mesma espécie os que se encontram previstos no mesmo tipo penal, independentemente de ser a figura simples ou qualificada, dolosa ou culposa, tentada ou consumada. São defensores dessa corrente Hungria e Frederico Marques, por exemplo, os quais reconhecem como crime continuado o furto e o furto de coisa comum, o homicídio simples e o homicídio qualificado, etc. (NUCCI, 2021, p. 455). Essa é a corrente majoritária no ordenamento jurídico brasileiro.

A segunda corrente, por sua vez, defende que são crimes da mesma espécie os que atacam o mesmo bem jurídico. Neste sentido, os crimes de furto e roubo são considerados de mesma espécie, pois atacam o mesmo bem jurídico (patrimônio)

(NUCCI, 2021, p. 455). Desta maneira, pode-se considerar que são crimes da mesma espécie não somente os ilícitos previstos na mesma norma penal incriminadora, mas, sobretudo, os que atingem o mesmo bem jurídico tutelado pelo Código Penal, tendo características comuns pelos seus fatos ou motivos determinantes. O que importa, nesse caso, é o bem jurídico tutelado.

A pluralidade de condutas não é difícil de ser compreendida. Consiste em mais de uma ação ou omissão, questão pacífica na doutrina e jurisprudência.

Tem-se, então, o terceiro requisito, que é o nexo de continuidade, consubstanciado nas mesmas circunstâncias de tempo, lugar e modo de execução. A condição de tempo refere-se à existência de uma conexão temporal, da periodicidade da prática de crimes. Logo, um homicídio praticado em 2010 e outro praticado pelo autor em 2022 não se caracterizam no conceito de crime continuado. Já as condições de lugar clamam a conexão espacial, embora não se exija que os crimes ocorram em um mesmo lugar, embora a diversidade de lugar possa, no caso concreto, afastar a continuidade delitiva. Há, ainda, a maneira de execução, quando a legislação traz então a semelhança, ou seja, não há necessidade de o modo de execução ser idêntico em todos os crimes. Por último, há também outras condições semelhantes que configuram o crime continuado, a

exemplo das mesmas oportunidades e situações propícias (BITENCOURT, 2021, p. 410).

Impende frisar que, segundo Bitencourt (2021, p. 410), tais circunstâncias objetivas (tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes) devem ser analisadas em conjunto. A ausência de qualquer uma não impede o conhecimento da continuidade delitiva. Todavia, assevera que, no exame da conjuntura, não foi estabelecido critério objetivo para a sua análise, no que diz respeito aos requisitos atinentes ao crime continuado. Assim, na ausência desses critérios, têm-se observado alguns absurdos jurídicos na jurisprudência brasileira, ao se admitir a continuidade delitiva, em crimes cujas condutas foram praticadas com intervalos superiores a seis meses.

De qualquer sorte, entende Nucci (2021, p. 545) que o requisito imprescindível à continuidade delitiva é a unidade de desígnio, motivo pelo qual se torna indispensável identificar no delinquente a unidade para as diversas condutas que culminaram em vários crimes.

A esse respeito também surgem três correntes. A primeira denominada de subjetiva, que não considera os aspectos objetivos das ações. Contudo, é de difícil aplicação, pois o elemento subjetivo, o *animus* do agente nem sempre é identificado. A segunda teoria, objetivo-subjetiva, existe além dos requisitos objetivos já comentados que a unidade de

desígnios seja explicitada por uma programação inicial do autor e a conseqüente realização sucessiva de delitos. E, por último, tem-se a teoria objetiva, que desconsidera os elementos subjetivos e considera como unidade de desígnios o conjunto das condições objetivas. É esta a teoria adotada pelo Código Penal brasileiro (BITENCOURT, 2021, p. 410), embora Nucci (2021, p. 454) chame a atenção para o fato de que os Tribunais, mormente o Superior Tribunal de Justiça, vêm se posicionando favorável à adoção da teoria subjetivo-objetiva, ressaltando a necessidade do elemento subjetivo para que se reconheça o nexo de causalidade.

Não é demais salientar que o crime continuado foi positivado no Brasil, pela primeira vez, ainda em 1890, tendo sido reformulado no ano de 1923. E, com o advento do Código Penal, foi novamente alterada a sua disciplina, o que também ocorreu em 1984, quando a Parte Geral do Código Penal foi reformada.

Bitencourt (2021, p. 409) aponta que três são as teorias para explicar o crime continuado. A primeira delas é a da ficção jurídica, que consiste na concepção de uma verdadeira unidade delitiva quando, na verdade, são praticados vários delitos. A segunda teoria, da unidade real, sustenta que as diversas violações do bem jurídico tutelado compõem um único delito, unidos por uma unidade de desígnios e lesividade, motivo pelo

qual se desconsidera a pluralidade de condutas. Por último, tem-se a teoria da unidade jurídica, também conhecida como teoria mista, que não discute se há um ou vários crimes, pois entende que o crime continuado na verdade é um terceiro delito.

De acordo com Nucci (2021, p. 454), o direito brasileiro adotou a teoria da ficção jurídica. Assim, apesar de serem praticados pelo agente vários delitos, por questão de política criminal, o legislador presume a existência de apenas um crime, e os crimes subsequentes devem ser considerados continuidade do primeiro para a aplicação da reprimenda penal.

Atualmente, o crime continuado é previsto art. 71 do Código Penal Comum, responsável por consagrar a teoria objetiva e exigir, como requisitos para o crime continuado, a pluralidade de condutas e resultados, sem atentar-se ao elemento subjetivo para caracterização do nexu de causalidade.

Portanto, quando o magistrado reconhece a prática do crime continuado, deve aplicar o aumento de pena, que é de 1/6 a 2/3. Isso se deve porque se aplica a pena do crime mais grave, quando distintas, ou apenas uma das penas, quando as sanções forem idênticas. Em qualquer caso a majorante é aplicada.

A normatização do parágrafo único do referido artigo remete-se à existência de uma forma qualificada para aplicação do crime continuado. Mediante respectiva norma, o julgador poderá aumentar a pena até o triplo, quando os crimes praticados

forem dolosos, atingirem vítimas distintas, ou em sua execução forem utilizadas violência ou grave ameaça à pessoa (BITENCOURT, 2021, p. 411).

Segundo Nucci (2021, p. 458), não foi estabelecida a forma de exasperação de pena no crime continuado simples. A jurisprudência dominante definiu um critério proporcional para a exasperação da reprimenda, aumentando a punição em função da quantidade de delitos cometidos.

Por sua vez, nos termos do art. 71, parágrafo único, do Código Penal brasileiro, o critério objetivo quanto ao número de crimes permanece. Todavia, a jurisprudência remete-se a uma análise de critérios subjetivos (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos e circunstâncias do crime) para definição do *quantum* da punição (CAPEZ, 2020, p. 684).

Dada a relevância ao presente estudo, o crime continuado no Direito Penal Militar será abordado no próximo tópico.

3 JUSTIÇA MILITAR E CRIME CONTINUADO NO CÓDIGO PENAL MILITAR

Antes de se averiguar o crime continuado no Código Penal Militar, e com vistas ao melhor entendimento do dissenso jurisprudencial, é necessária uma breve análise da composição, estrutura e competência da Justiça Militar no país.

A Justiça Militar no Brasil encontra-se prevista e disciplinada em todas as Constituições da República Federativa do Brasil, cuja previsão legal, atualmente, encontra-se no art. 92, inciso VI, da vigente Carta Política, pois os Tribunais e Juízes Militares são consagrados ao lado dos demais órgãos do Judiciário.

Anote-se, ainda, que a Constituição Federal de 1988 trouxe a previsão de duas espécies de justiças militares, a saber: a Justiça Militar da União e a Justiça Militar dos Estados e do Distrito-Federal. A primeira, prevista no art. 122 e nos artigos seguintes, possui competência para processar e julgar os militares das forças armadas; e, a segunda, ou seja, a Justiça Militar do ente federado, prevista no art. 125 e nos artigos seguintes, é competente para processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares dos Estados-membros da federação.

A Constituição de 1988 prevê a possibilidade da criação da Justiça Castrense Estadual de acordo com o seu art. 125, ou seja, a Justiça Militar Estadual está presente nos Estados e respeita o requisito objetivo conforme o § 3º do mesmo artigo:

A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual [...] ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes. (BRASIL, 1988)

Atualmente, há três estados em que o Tribunal Justiça Militar se efetivou: Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul.

Contudo, nos Estados em que o efetivo é inferior ao número mínimo (20 mil integrantes) exigido pela Constituição para criação do Tribunal de Justiça Militar, o Tribunal de Justiça Estadual funciona como órgão de segunda instância.

Desta forma, a atuação da Justiça Militar Estadual perfectibiliza-se nos limites de cada estado bem como no Distrito Federal e tem competência restrita, não havendo, como na Justiça Militar Federal, Circunscrições Judiciárias Militares, ocorrendo nas Auditorias Militares a prática das atividades judicantes. Sendo assim, as auditorias são formadas pelo Conselho Permanente de Justiça e pelo Conselho Especial de Justiça. Assim, ao primeiro, segundo Roth (2003, p. 29): “[...] são submetidos os processos cujos réus sejam praças [...]”, enquanto que ao segundo, também conforme Roth (2003, p. 29): “[...] são submetidos os processos cujos réus sejam oficiais [...]”.

Vale lembrar que, a segunda instância da Justiça Militar Estadual, nos estados de São Paulo, Rio Grande do Sul e Minas Gerais, é exercida pelo Tribunal de Justiça Militar que possui competência originária e derivada para processar e julgar os recursos vindo das auditorias militares estaduais.

É fundamental averiguar o que a atual Constituição brasileira preceitua em relação às Justiças Militares Estaduais, levando-se em consideração as inúmeras modificações apresentadas pela Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, sendo que essas alterações não alcançaram a Justiça Militar Federal, mas ampliou e modificou a competência da Justiça Militar Estadual, ao dar nova redação ao art. 125.

A Emenda Constitucional nº 45/2004 modificou o ordenamento constitucional, apresentando ao meio jurídico a denominada “Reforma do Poder Judiciário”. Dentre as mudanças mais relevantes à Justiça Militar destacam-se: a modificação dos critérios para criação do Tribunal Militar Estadual; a competência conferida constitucionalmente à Justiça Militar Estadual referente ao julgamento dos crimes militares dolosos contra a vida; a criação do juízo singular, pelo Juiz de Direito, de crimes militares; e a ampliação da competência da Justiça Castrense Estadual para contemplar ações desinentes de atos disciplinares.

Importante alteração implementada pela Emenda Constitucional nº 45 está no art. 125, § 3º, relativo à criação dos tribunais de Justiça Militar. Essa Emenda promoveu a alteração da expressão “efetivo da polícia militar” para “efetivo militar”. A referida modificação pelo constituinte derivado tem o intuito de não deixar dúvidas sobre o resultado da soma dos integrantes

da polícia militar e corpo de bombeiro militar, para a criação dos tribunais de Justiça Militar. Nesse tocante, Assis e Lamas (2011, p. 31) comentam que “[...] para entender-se considerado no efetivo militar inclusive os integrantes dos Corpos de Bombeiros Militares”, consoante explicitado na Constituição de 1988 no seu art. 144, V, § 6º.

Outrossim, Casseb (2011, p. 97) especifica “que a segunda instância na seara estadual será exercida pelo Tribunal de Justiça ou pelo Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar superar 20.000 integrantes”.

Anote-se, ainda, que a Justiça Militar da União se divide em dois órgãos: o Superior Tribunal Militar e os Tribunais e Juízes Militares instituídos por lei. Embora haja a previsão de criação de tribunais militares, tais órgãos nunca foram criados por lei ordinária, sendo que atualmente o Superior Tribunal Militar funciona, na prática, como órgão de segunda instância.

Em ambas as instâncias, é possível observar características que diferenciam a Justiça Militar dos demais ramos do Poder Judiciário, sendo composta por juízes togados e por oficiais das Forças Armadas que também exercem atividade jurisdicional plena quando investidos do cargo de juiz militar, o que não se vislumbra atualmente na Justiça Comum ou outro ramo especializado.

Dando seguimento, vale relembrar que o crime continuado é tratado no art. 80 do Código Penal Militar, que, ao contrário do Código Penal Comum, adotou a soma das penas no caso de reconhecimento da continuidade delitiva. Desta feita, e com fulcro nos princípios que regem as Forças Armadas, as Polícias Militares dos Estados e os Corpos de Bombeiros, enquanto militares, estão sujeitos à legislação específica, o que se extrai da análise conjunta do disposto nos arts. 142 e 42 da Constituição Federal de 1988.

Atualmente, o crime militar pode ser conceituado como as violações que atentem contra o dever militar e dos valores que regulam a vida castrense. Destarte, os crimes militares se diferenciam das transgressões disciplinares, visto que estas violam em menor grau os deveres e valores da disciplina militar, enquanto aqueles violam em maior intensidade (ASSIS, 2022, p. 113).

Tendo em vista que há um ramo do Poder Judiciário especializado em processar e julgar os delitos militares, vale conceituar o que são os crimes militares. Em suma, são infrações penais militares as condutas que, por sua natureza, ofendem as instituições militares e que, por mandamento constitucional (arts. 124 e 125, § 4º, da CF), possuem previsão de existência (FREITAS; COSTA, 2010, p. 8).

Em geral tais delitos são processados e julgados pelos órgãos do Poder Judiciário que exercem a jurisdição militar, seja ela estadual, seja ela federal (arts. 122 a 124 e 125, §§ 3º, 4º e 5º, todos da Constituição Federal e art 1º da Lei de Organização Judiciária Militar da União).

Ainda, os art. 9º e 10 do Código Penal Militar trazem quais são as hipóteses em que os delitos previstos no Código serão considerados militares. Contudo, apenas esses dois artigos do código castrense são insuficientes para definir, de maneira satisfatória, o que é o crime militar. Sendo assim, Alves-Marreiros, Rocha e Freitas (2015, p. 87) apresentam um conceito doutrinário de crime militar:

O crime somente é militar se, quando e porque estiverem adicionalmente presentes dois requisitos, somente, a saber: a) Que o crime esteja tipificado na Parte Especial do Código Penal Militar (com a única exceção do art. 10, IV, do CPM) [...] Em seguida, que o crime seja praticado em alguma das circunstâncias previstas no art. 9º ou no art. 10 do CPM.

Assim, o Código Penal Militar tutela os bens jurídicos mais importantes para a vida castrense, denotando uma proteção à hierarquia e disciplina, que são valores primordiais para o militarismo, conferindo legitimidade para a existência do Direito Penal Militar e da Justiça Castrense (ALVES-MARREIROS; ROCHA; FREITAS, 2015, p. 66).

Como bem lembra Nucci (2015, p. 48), embora não seja difícil compreender quem são os militares, era tortuoso tipificar como crimes militares ilícitos penais praticados por policiais militares e bombeiros militares até o advento da vigente Constituição. Porém, o § 4º do art. 125 da Carta Política de 1988 sanou tal problema, ao dispor expressamente que é de competência da Justiça Militar Estadual processar e julgar os militares dos estados.

Registre-se que a Justiça Militar se divide em: da União e dos Estados, o que, segundo Nalini (2012, p. 962), é justificável em virtude das normas especiais que decorrem das peculiaridades da hierarquia que norteia os militares e do rigor das normas internas. E, ainda, é relevante no que tange à atribuição do julgamento dos integrantes das Forças Armadas à Justiça Militar da União, ao passo que a Estadual processa e julga os crimes cometidos por militares estaduais.

Por isso, repita-se, o crime continuado é tratado de forma mais gravosa, pois, nos termos do art. 80 do Código Penal Militar, quando o agente, por mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, e pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhanças, devem os subsequentes ser considerados continuação do primeiro (BRASIL, 1969).

Anote-se que o parágrafo único do referido dispositivo de lei dispõe que não há crime continuado quando se trata de fatos ofensivos de bens jurídicos inerentes à pessoa, salvo se as ações ou omissões são sucessivas e dirigidas contra a mesma vítima (BRASIL, 1969).

Pode-se constatar que o parágrafo único do art. 80 do Código Penal Militar exclui o crime continuado quanto a crimes praticados contra bens jurídicos inerentes à pessoa, salvo se as ações ou omissões sucessivas são dirigidas contra a mesma vítima. Desta forma, resta afastada a possibilidade de ser aplicada a continuidade delitiva por crimes dolosos praticados contra vítimas diferentes, ao contrário do Código Penal comum (NEVES, 2013, p. 289).

No que tange à soma das penas, dispõe o art. 79 que, independentemente de se tratar de concurso material ou concurso formal, a consequência jurídica é a mesma. Logo, somam-se as penas em caso de penas de mesma espécie, e adota-se a mais grave com exasperação da metade das menos graves, se os crimes forem de espécies diferentes (NEVES, 2013, p. 289).

Resta claro, portanto, que a consequência jurídica para o crime continuado no Direito Penal Militar é bem mais grave que a prevista para o mesmo instituto no Código Penal Comum, o

que propicia a divergência doutrinária e a jurisprudencial, como se passa a expor.

4 A (IN)APLICABILIDADE DOS ARTIGOS 79 E 80 DO CPM AO CRIME CONTINUADO PRATICADO POR MILITAR

Apesar da previsão trazida pelo Código Penal Militar no que diz respeito ao crime continuado praticado por militar, que é a cumulação material, a jurisprudência do Superior Tribunal Militar vem aplicando a regra prevista no art. 71 do Código Penal, que resulta em reprimenda mais branda (ALVES-MARREIROS; ROCHA; FREITAS, 2015, p. 284).

Nucci (2015, p. 168) lembra que a orientação legal consagrada nos arts. 79 e 80 do Código Penal Militar sempre encontrou resistência no âmbito do Superior Tribunal Militar. Esse tribunal, muito embora com fundamentos diversos, tem repellido, ao longo dos anos, a aplicação do art. 80 do supracitado diploma legal no que diz respeito ao crime continuado, optando por basear-se no art. 71 do Código Penal comum, mitigando o princípio da especialidade da norma.

Cumprindo aqui abrir um parêntese para esclarecer que a especialidade da lei é um dos princípios que regulam a sua vigência. Logo, a lei especial que cuida de determinada matéria

de maneira mais detalhada e específica, não revoga nem modifica a lei geral (DONIZETTI; QUINTELLA, 2021, p. 19).

De acordo com Bitencourt (2021, p. 124), uma norma penal é considerada especial quando possui os elementos da norma geral, acrescidos de outros elementos considerados especializantes. Desta maneira, a regulamentação especial tem a finalidade de evitar a lei geral, impondo a prevalência da lei especial em detrimento da geral.

Assim, impende frisar que o Código Penal Militar é considerado lei penal especial, devendo, por tal motivo, afastar a aplicação do Código Penal Comum, norma geral, conforme se extrai do art. 124 da Carta da República (MORAES, 2021, p. 385). Conseqüentemente, não há que se falar em aplicação da regra contida no art. 71 do Código Penal Comum aos crimes militares.

A questão é veementemente criticada por Alves-Marreiros, Rocha e Freitas (2015, p. 285), ao ressaltar que a esmagadora maioria das decisões do Superior Tribunal Militar aplica o art. 71, *caput*, do Código Penal Comum ao crime continuado quando praticado por militar, ignorando que a legislação pertinente à matéria dispõe sobre o cúmulo material. E conclui que o posicionamento da Corte não encontra arrimo jurídico.

Em sentido contrário Neves (2013, p. 291) defende o acerto na aplicação da regra consagrada no art. 71 do Código Penal Comum para as hipóteses de crime militar continuado. E justifica seu posicionamento lembrando que o § 1º do art. 81 do Código Penal Militar faculta que se diminua a pena de 1/6 a 1/4 quando unificada em virtude a unidade de ação ou omissão, ou de crime continuado.

De toda sorte, lembra o citado autor que ainda assim a pena aplicada ao militar seria mais grave se comparada à aplicada ao particular que comete um crime continuado. Logo, conclui que é injusta a aplicação das normas consagradas no Código Penal Militar, o que permite a aplicação do art. 71 do Código Penal Comum e da consequente exacerbação da pena.

Apesar do entendimento esposado pelo Superior Tribunal Militar, o Supremo Tribunal Federal vem se posicionado de maneira diversa. Em decisão proferida nos autos do *habeas corpus* 86854/SP¹, de relatoria do Ministro Carlos

¹ “HABEAS CORPUS. CRIME MILITAR DE CONCUSSÃO (ARTS. 305 E 53 DO CPM). EXIGÊNCIA DE DINHEIRO PARA NÃO-LAVRATURA DE AUTOS DE INFRAÇÃO AMBIENTAL. PENA-BASE. MAJORAÇÃO. PRETENDIDA APLICAÇÃO AOS CRIMES MILITARES DA REGRA DA CONTINUIDADE DELITIVA, PREVISTA NO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL COMUM. IMPOSSIBILIDADE. Revela-se devidamente fundamentada a sentença que, para majorar em dois meses a pena-base do acusado, se louva na especial gravidade do crime e no seu modo de execução, tudo conforme o art. 69 do Código Penal Militar. Não se aplica aos crimes militares a regra de continuidade delitiva a que se reporta o art. 71 do Código Penal Comum. Isso porque, nos termos do art. 12 do CP, a inexistência de regramento específico em sentido contrário é premissa da aplicação

Britto, por exemplo, entendeu que é impossível aplicar a regra contida no art. 71 do Código Penal Comum aos crimes militares, na medida em que há uma norma específica e mais rigorosa que se justifica exatamente pelas peculiaridades dos militares e as consequências dos crimes por estes praticados. Logo, não se pode criar uma norma híbrida, mesclando regras dos dois Códigos Penais.

Do até aqui exposto, percebe-se que a divergência doutrinária e jurisprudencial é clara no que concerne à aplicação do instituto do continuado no Direito Penal Militar.

5 POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS PÁTRIOS

Diante da divergência doutrinária e jurisprudencial, inclusive entre o Superior Tribunal Militar e o Supremo Tribunal Federal, buscou-se, na jurisprudência dos Tribunais de

subsidiária do Código Penal às legislações especiais. No caso, tal premissa não se faz presente. Bem ou mal, o Código Penal Militar cuidou de disciplinar os crimes continuados de forma distinta e mais severa do que o Código Penal Comum. Não se pode mesclar o regime penal comum e o castrense, de modo a selecionar o que cada um tem de mais favorável ao acusado. Tal proceder geraria um "hibridismo" incompatível com o princípio da especialidade das leis. Sem contar que a disciplina mais rigorosa do Código Penal Castrense funda-se em razões de política legislativa que se voltam para o combate com maior rigor daquelas infrações definidas como militares. Precedentes. Ordem denegada. (STF - HC: 86854 SP, Relator: CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 14/03/2006, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 02-03-2007 PP-00038 EMENT VOL-02266-03 PP-00558)" (grifos nossos).

Justiça dos Estados, do Superior Tribunal Militar, do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, verificar o posicionamento quanto à aplicação do art. 71 do Código Penal Comum aos crimes continuados praticados por militares. Para tanto, foram coletadas 29 decisões, incluindo as dos Tribunais Superiores.

Parte-se da premissa de que o ordenamento jurídico pátrio, com relação aos precedentes judiciais, funciona num modelo híbrido com características preponderantes do sistema *civil law*, mas compatibilizado com elementos do sistema *common law*, ante o advento da Emenda Constitucional nº 45 e do Novo Código de Processo Civil (SALOMÃO, 2020, p. 11).

Consoante a isto, sobre o crime continuado no direito penal militar, ainda não existe decisão com caráter vinculante. Deste modo, dado o conteúdo meramente persuasivo em tais conteúdos decisórios, buscou-se coletar julgamentos que possuíssem elementos sobre o posicionamento de cada Tribunal com relação ao assunto.

Cumprir registrar que em alguns Tribunais não foram localizadas decisões abordando o assunto. São os Tribunais de Justiça dos Estados do Acre, Alagoas, Amazonas, Bahia, Ceará, Pernambuco, Piauí, Sergipe e Tocantins.

Das decisões analisadas pode-se observar que há divergência sobre o tema, sendo este tratado de maneira diversa

nos Tribunais de Justiça, com divergências entre turmas de um mesmo órgão, como ocorreu nos Tribunais de Justiça Militar dos Estados de Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul, e no Tribunal de Justiça do Pará.

Anote-se que, no âmbito do Tribunal de Justiça da Paraíba, foram verificadas duas decisões conflitantes, em primeira instância. A decisão que aplicou a regra prevista no art. 71 do Código Penal foi alçada ao Tribunal daquele Estado, por meio de um recurso de apelação proposto apenas pela defesa, sendo mantida a decisão proferida em primeiro grau. Anote-se que não seria possível reformar a decisão sobre a regra do crime continuado em função do princípio do *non reformatio in pejus*, pois somente houve recurso da defesa.

Todavia, o processo nº 0030472-96.2003.8.15.2002 está pendente de julgamento na Corte Estadual paraibana, sendo aplicada a regra de continuidade delitiva prevista no art. 80 do Código Penal Militar no juízo de piso, sendo necessário aguardar o deslinde desse julgamento para entender qual o posicionamento do TJPB.

As decisões proferidas pelos Tribunais de Justiça dos Estados do Espírito Santo, Maranhão, Paraná, Goiás e Santa Catarina, por sua vez, alinharam-se na possibilidade da exasperação da pena na hipótese de crime continuado, de acordo

com o previsto no art. 71 do Código Penal Comum. Portanto, afastou-se a aplicação do Código Penal Militar.

É necessário apontar que o Tribunal de Justiça de Roraima sinalizou com a possibilidade de aplicar o sistema de exasperação conforme art. 71 do Código Penal Comum. Entretanto, apesar dessa sinalização, o instituto não foi aplicado em função da incoerência do crime continuado ao caso concreto, situação que, embora demonstre o posicionamento da Corte, não permite incluí-la no rol citado no parágrafo anterior.

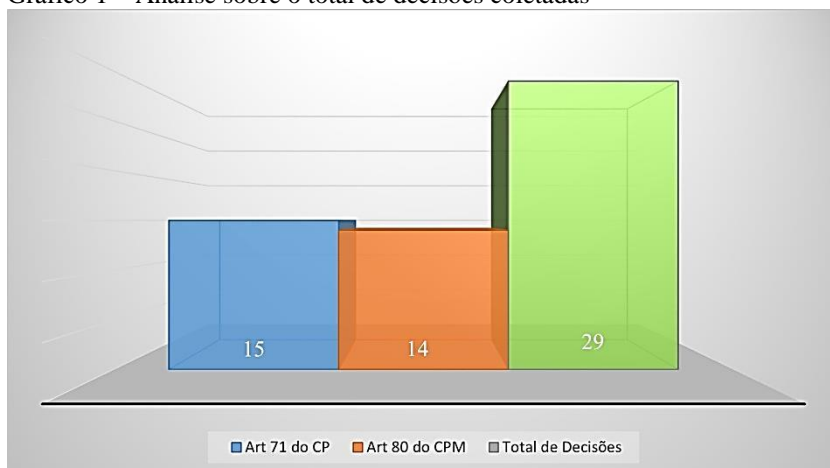
Por outro lado, sustentam a impossibilidade de exasperação da pena em homenagem ao princípio da especialidade que norteia a previsão do art. 80 do Código Penal Militar os Tribunais de Justiça do Distrito Federal e Territórios e dos Estados do Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Rio de Janeiro, Roraima e Rio Grande do Norte, órgãos que decidiram pela aplicação do cúmulo material nas sanções aplicadas aos militares, em consonância com o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

De modo diverso, o Superior Tribunal Militar, reiteradamente, estabelece que é possível aplicar a exasperação da pena no crime continuado, em conformidade com o art. 71 do Código Penal Comum, afastando a especialidade da norma consagrada no Código Penal Militar (NEVES, 2013, p. 289).

Como bem observa Alves-Marreiros, Rocha e Freitas (2015, p. 285), o Tribunal de Justiça Militar do Rio Grande do Sul aplicava a regra prevista no art. 80 do Código Penal Militar, apresentando jurisprudência firme nesse sentido. Todavia, a pesquisa jurisprudencial apontou a existência de um julgado em que foi aplicada a regra conforme disposição do Código Penal Comum, justificando o posicionamento por entender que o crime militar foi praticado por ex-membros da brigada militar, que haviam sido desligados da instituição no curso do processo.

Assim, das 29 decisões coletadas que visavam entender o posicionamento dos tribunais estaduais e do Distrito Federal sobre a aplicação do instituto, foi elaborado o gráfico a seguir para melhor sinalizar as informações obtidas.

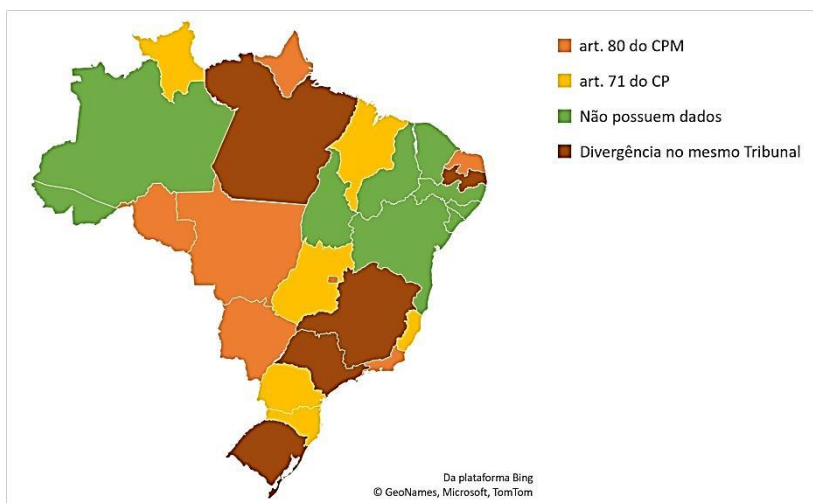
Gráfico 1 – Análise sobre o total de decisões coletadas



Fonte: Elaborado pelo autor (2021).

Ainda com o intuito de verificar a disparidade da jurisprudência mediante análise das decisões proferidas por esses órgãos, foi elaborado um mapa do Brasil para ilustrar o posicionamento das cortes estaduais sobre a aplicação do crime continuado no direito penal militar.

Gráfico 2 – Posicionamento dos tribunais estaduais



Fonte: Elaborado pelo autor (2021).

Diante de tais considerações e levando-se em conta que as decisões buscam apresentar um panorama geral, já que não esgotaram a análise de todos os julgados, dada a impossibilidade de se fazer tamanho aprofundamento, é forçoso reconhecer que os tribunais de justiça dos estados apresentam uma tendência mais rigorosa quanto à aplicação da sanção, prezando pela especialidade da norma.

De modo diverso, o Superior Tribunal Militar vem abrandando a punição dos militares quando da prática de crime continuado, aplicando o disposto no art. 71 do Código Penal Comum em detrimento do consagrado no art. 80 do Código Penal Militar.

6 ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA: A VIOLAÇÃO À ISONOMIA E À RAZOABILIDADE

É visível que a Constituição da República de 1988 foi propulsora de uma nova interpretação a todos os ramos do Direito, trazendo em seu bojo princípios jurídicos essenciais, ganhando relevo, nesse cenário, o princípio da igualdade.

O principal argumento suscitado por aqueles que defendem o afastamento do disposto nos arts. 79 e 80 do Código Penal Militar é a aplicação dos princípios da isonomia e da razoabilidade. Porém, os referidos princípios são invocados tanto para justificar a aplicação do art. 71 do Código Penal Comum aos crimes militares, em detrimento dos arts. 79 e 80 do Código Penal Militar, como para afastar tal aplicação, o que justifica uma reflexão sobre a questão à luz dos referidos princípios.

Segundo Mendes (2021, p.33), os princípios constitucionais fundamentais são concebidos como conjunto de

normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins.

Já Medauar (2016, p. 115) ressalta que os princípios, em sentido amplo, são “fórmulas nas quais estão contidos os pensamentos diretos do ordenamento, de uma disciplina legal ou de um instituto jurídico”.

No mesmo sentido são os ensinamentos de Santos (2017, p. 1-2), ao asseverar que princípios “são exigências de justiça, de equidade ou de qualquer outra dimensão da moral. Um princípio não determina as condições que tornam sua aplicação necessária”, ou seja, “estabelece uma razão (fundamento) que impele o intérprete numa direção, mas que não reclama uma decisão específica, única”. Nesse cenário nota-se que os princípios servem de vetor para a interpretação da norma, além de servirem de garantias constitucionais dos direitos fundamentais. Ademais, exercem função fundamentadora.

O primeiro princípio, qual seja, o da isonomia, encontra-se consagrado no *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988 e busca assegurar a igualdade na lei, desiguando os desiguais para melhor atender os anseios da previsão normativa (MORAES, 2021, p. 66).

Desta maneira, o princípio constitucional da igualdade não impede que a lei ou ato normativo inferior estabeleça tratamento diferenciado entre pessoas ou grupos sociais, o que

se veda e busca impedir é a arbitrariedade na escolha dos parâmetros de distinção. Assim, o princípio da isonomia não impede o tratamento discriminatório entre indivíduos, desde que haja razoabilidade e proporcionalidade na discriminação (MORAES, 2021, p. 67).

O tratamento igualitário dado pelo legislador deve observar os aspectos essenciais e relevantes, ou seja, indivíduos em idênticas situações não podem receber tratamento diferenciado, salvo nos casos expressamente previstos por lei. Desta feita, a Constituição estabelece, no *caput* de seu art. 5º, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. O texto contido no referido dispositivo é o conceito de igualdade formal.

O simples fato de o princípio da igualdade estar disposto na Constituição, como direito fundamental, não garante que a isonomia seja assegurada. O *caput* do art. 5º veda, somente, a desigualdade, o que não pode ser interpretado como se isso garantisse a igualdade social.

O princípio em comento foi suscitado pelo então ministro Aldir Passarinho, em decisão proferida ainda em 1991, para destacar os desequilíbrios entre particulares e militares. Para o mencionado julgador, o tratamento diferenciado se justifica e é aceitável em face das peculiaridades dos agentes e objetos jurídicos protegidos. Logo, a existência de dois Códigos

Penais, com tratamento mais gravoso no Código Penal Militar, não viola a isonomia (BRASIL, 1991).

Todavia, existem entendimentos em sentido contrário, que vislumbram uma ofensa ao princípio da igualdade por força de tratamento diferenciado que ocorre na aplicação do instituto entre os militares das forças armadas quando comparado aos militares estaduais.

Neste sentido, cumpre mencionar trecho de decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, quando, no julgamento da apelação nº 0007720-37.2016.8.24.0091. Para o órgão julgador, há uma disparidade dentre os próprios militares, pois os integrantes das Forças Armadas são julgados pela Justiça Militar da União e os recursos direcionados ao Superior Tribunal Militar, ao passo que os policiais militares e integrantes do corpo de bombeiros, nas localidades que não dispõe de Justiça Militar, são julgados pelo tribunal de Justiça estadual e eventuais recursos remetidos ao Superior Tribunal de Justiça (SANTA CATARINA, 2016).

Assim, para o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a vinculação do militar pode acarretar decisões disformes e antagônicas, em decorrência da violação ao princípio da isonomia no que tange ao tratamento conferido aos militares da União em relação aos militares estaduais (SANTA CATARINA, 2016).

Evidencia-se, portanto, que há entendimento no sentido de que a aplicação do cúmulo material previsto no art. 79 c/c o art. 80 do Código Penal Militar não fere o princípio constitucional da isonomia. Todavia, há corrente no sentido diverso, que propõe que a não aplicação do sistema de exasperação convencionado no art. 71 do Código Penal Comum fere a igualdade constitucional; e os defensores dessa tese sustentam que a ofensa parte da discriminação entre os militares da União e dos estados, tendo em vista que o Superior Tribunal Militar confere tratamento diametralmente oposto ao firmado pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal, quando o assunto é crime continuado aplicado ao Direito Penal Militar.

Dando seguimento, tem-se o princípio da razoabilidade, comumente analisado pelos estudiosos em conjunto com o princípio da proporcionalidade, ora como sinônimos, ora como complementares. Neste estudo será utilizada a expressão “princípio da proporcionalidade” como sinônima do princípio da razoabilidade.

A Constituição Federal de 1988 não trata expressamente do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade, pois se trata de um postulado constitucional implícito. Esse princípio tem por objetivo conservar a ordem estabelecida pela Constituição Federal e proteger os direitos fundamentais dos cidadãos.

Nota-se o reconhecimento por parte dos doutrinadores em que o princípio da proporcionalidade ou razoabilidade é composto por três elementos que são: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Portanto, o princípio em comento é de extrema relevância quanto ao estudo de juízo de ponderação que deve ser adotado ao se confrontar em situação de colisão entre valores constitucionais (LENZA, 2020, p. 182).

Neste sentido, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade traduz os ideais de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, vedação ao excesso e ao retrocesso. Desta maneira, o princípio em tela serve de bússola para o intérprete se orientar em todo o ordenamento jurídico (LENZA, 2020, p. 183).

Bitencourt (2021, p. 34) bem lembra que a “lei de talião” é o exemplo mais antigo do princípio da proporcionalidade, a utilização dos preceitos fundados na “lei de talião” é repelida pelo princípio da razoabilidade. Desta forma, o princípio da razoabilidade tende a controlar o exercício do princípio da proporcionalidade.

Assim sendo, o princípio da proporcionalidade atua no sentido de harmonizar eventuais colisões entre normas e princípios, sendo tido como um superprincípio, encontrando limites apenas sobre a dignidade da pessoa humana, pilar

fundamental da República Federativa do Brasil. Logo, percebe-se que a proporcionalidade é originária do princípio da dignidade da pessoa humana (NEVES, 2013, p. 34).

Logo, sob o manto do princípio da proporcionalidade é que o Superior Tribunal Militar sustenta a aplicação da regra prevista no art. 71 do Código Penal Comum aos crimes militares por entender que a regra prevista no art. 79 do Código Penal Militar afrontaria a proporcionalidade.²

Ademais, os julgadores, ao invocarem o princípio da proporcionalidade e razoabilidade para decisões em prol da

² Nesse sentido: "[...] Há tempos a questão acerca da figura da continuidade delitiva é enfrentada nesta Justiça Militar, uma vez que a disposição contida no Código Penal Militar para a aplicação da pena no crime continuado é bastante diferente daquela prevista no Código Penal. Enquanto o Código Penal Militar, em seu artigo 80, estabelece que na hipótese de crime continuado as penas da mesma espécie devem ser somadas - conforme a regra do artigo 79 daquele Código - o Código Penal preconiza, para o crime continuado, a exasperação, ou seja, a aplicação da pena de um só dos crimes, aumentada, de um sexto a dois terços. Apesar do artigo 80, do Código Penal Militar, encontrar-se vigente, em muitos julgamentos desta Corte optou-se pelo critério do Código Penal para a fixação da pena, em atenção aos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, levando-se em conta, ainda, a manifesta diferenciação de tratamento entre os condenados da Justiça Militar e da Justiça Comum. Verificou-se, ademais, que a fixação da pena do crime continuado em conformidade com o Código Penal Militar permitia punição, por vezes, tão severa quanto aquela do concurso material de crimes.

Afere-se, de todo modo, que o desprezo ao regramento especializado somente pode ocorrer a fim de atender princípios de maior relevância, como nessa hipótese do crime continuado, em que a mitigação da regra instituída na sistemática penal afigura-se como medida de justiça, que atende ao princípio da individualização da pena, nos moldes positivados pelo inciso XLVI do art. 5º da Carta Republicana.

(TJ-MSP - APR: 0075212018, Relator: AVIVALDI NOGUEIRA JUNIOR, Data de Julgamento: 16/08/2018, 2ª Câmara)"

aplicação do art. 71 do Código Penal Comum, justificam isso com base na nítida desproporcionalidade decorrente da pena resultante da aplicação do cúmulo material com base nos arts. 79 e 80 do Código Penal Militar.

7 CONCLUSÃO

Buscou-se, ao longo do presente estudo, refletir sobre a divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à aplicação do art. 71 do Código Penal Comum aos crimes continuados praticados por militares, com ênfase no entendimento dos tribunais pátrios. Nesses casos há o afastamento da regra especial, contida nos arts. 79 e 80 do Código Penal Militar, e a consequente incidência da regra geral.

Para tanto, pautou-se na verificação de um possível dissídio jurisprudencial no que se refere à aplicação do instituto do crime continuado no âmbito do Direito Penal Militar. Tal situação pode gerar um cenário de insegurança jurídica envolvendo um dos mais importantes bens jurídicos tutelados pelo ordenamento pátrio, qual seja: a liberdade.

Isso se deve porque há clara divergência entre os Tribunais de Justiça dos Estados e os Tribunais Militares, o que reflete também no Superior Tribunal Militar e nos Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. E, não raras vezes, em Turmas de um mesmo Tribunal de Justiça dos Estados.

Não bastasse isso, há um tratamento diferenciado, no que tange à competência, em se tratando de integrantes das Forças Armadas em relação aos das forças auxiliares. Aqueles já julgados pelos tribunais militares da União têm, conseqüentemente, os recursos remetidos ao Superior Tribunal Militar, que têm entendimento mais benéfico e aplicam a regra do art. 71 do Código Penal Comum ao crime continuado. Por conseguinte, há a exacerbação da pena.

Por outro lado os integrantes das forças auxiliares, policiais militares e bombeiros, têm recursos apreciados pelos tribunais de Justiça dos estados, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, que aplicam o contido nos arts. 79 e 80 do Código Penal Militar, que adota o critério do cúmulo material. Logo, a pena é mais grave.

Desse modo, evidencia-se que a controvérsia não está apenas entre os tribunais, no que diz respeito à aplicação da norma contida no Código Penal Comum ou no Código Penal Militar, também alcança os próprios militares, a depender do vínculo, se com as Forças Armadas ou se com as forças auxiliares.

Não obstante, a resolução desse imbróglio normativo e jurisprudencial não deve se sobrepor à viga mestra da Constituição Federal de 1988, mormente o princípio da dignidade da pessoa humana, sendo o último bastião diante das

injustiças sociais, sem ignorar, claro, os princípios da isonomia e da razoabilidade, imprescindíveis para solucionar o problema e proporcionar segurança jurídica.

Portanto, a questão precisa ser debatida não apenas na seara acadêmica e nos tribunais, mas também no âmbito do Poder Legislativo, com vistas à adequação da legislação especial, de modo a proporcionar tratamento isonômico, pois os princípios que norteiam a atividade castrense não justificam tamanha disparidade quando reconhecida a prática de crime continuado.

Outrossim, até que o Judiciário se posicione, cumpre ao Supremo Tribunal Federal debruçar-se sobre a questão que é de grande relevância jurídica e social, para afastar o dissenso jurisprudencial hoje existente, e proporcionar, como dito acima, segurança jurídica, o que pode se dar com uma decisão que confira eficácia *erga omnes*.

Por fim, cumpre ressaltar que tramita, no Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 2.037, de autoria do Deputado Rômulo Gouveia, que trata da modificação do art. 80 do Código Penal Militar, que passará a ter redação idêntica ao art. 71 do Código Penal Comum, caso a proposta apresentada se torne lei.

Resta evidente que o tema fomenta debates e que está longe de ser pacificado. Contudo, verifica-se que o entendimento majoritário, que é o afastamento do art. 71 do

Código Penal Comum aos crimes militares, viola os princípios da isonomia e da razoabilidade e, ainda que encontre amparo no princípio da especialidade, precisa ser revisto. Pacificar o entendimento é medida que se impõe, pois a insegurança jurídica que atualmente existe compromete a estabilidade das instituições, principalmente porque envolve importantes princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

ALVES-MARREIROS, Adriano; ROCHA, Guilherme; FREITAS, Ricardo. *Direito penal militar: teoria crítica e prática*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código penal militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores: parte geral, artigos 1º a 135; parte especial, artigos 136 a 410*. 11. ed. Curitiba: Juruá, 2022.

ASSIS, Jorge César de; LAMAS, Cláudia Rocha. *Execução da Sentença na Justiça Militar*. Curitiba: Juruá, 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 maio 2022.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969: Código Penal Militar*. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm.
Acesso em: 10 maio 2022.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: Parte geral: arts. 1 a 120, v. 1. 27. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*: parte especial, v. 3. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CASSEB, Paulo Adib. *A Competência Constitucional da Justiça Militar e a Criação dos Tribunais Militares no Brasil. Direito Militar*: doutrinas e aplicações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

DONIZETTI, Elpídio; QUINTELLA, Felipe. *Curso didático de direito civil*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

FREITAS, Marcelo Silva Laviola de; COSTA, Claucir Conceição. *Manual básico de procedimentos do exercício da atividade de polícia judiciária militar*. Rio de Janeiro: Corpo de Bombeiros Militar do Estado do Rio de Janeiro, 2010.

FUX, Rodrigo; SALOMÃO, Luis Felipe. ARBITRAGEM E PRECEDENTES: possível vinculação do árbitro e mecanismos de controle. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XXIV, n. 80, 2020, p. 7-20.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1991.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 16. ed São Paulo: Saraiva, 2021.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

NALINI, J. R. O Poder Judiciário na Constituição de 1988. *In: Tratado de Direito Constitucional*. Ives Gandra Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valdir do Nascimento (coords.). 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de direito penal militar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Militar Comentado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

ROTH, Ronaldo João. *Justiça militar e as peculiaridades do juiz militar na atuação jurisdicional*. São Paulo: J. de Oliveira, 2003

SANTOS, Fernando Ferreira dos. Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 3, n. 27, 23 dez. 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/160/principio-constitucional-da-dignidade-da-pessoa-humana>. Acesso em: 10 mai. 2022.

ANEXOS – Decisões Tribunais de Justiça – Coletadas

Tabela 1 – Jurisprudência sobre regra de aplicação da Continuidade Delitiva.

Órgão judiciário	Aplicação do art. 71 do CP	Aplicação do art. 80 do CPM	Processo	Anexo
TJ-AC				
TJ-AL				
TJ-AM				
TJ-AP		X	APL: 47495	BA
TJ-BA				
TJ-CE				
TJ-DFT		X	0002149-56.2017.8.07.0016	AB
TJ-ES	X		00312191920078080024	AC
TJ-GO	X		301022120038090051	AD
TJ-MA	X		0007720-37.2016.8.24.0091	BC
TJM-MG		X	00002227920169130003	AE
TJM-MG	X		00005622320169130003	AF
TJM-MG	X		0000162-93.2008.9.13.0001	AG
TJ-MS		X	00324124420188120001	AH
TJ-MT		X	0018496512012811	AI

Órgão judiciário	Aplicação do art. 71 do CP	Aplicação do art. 80 do CPM	Processo	Anexo
			0042	
TJ-PA		X	APL: 47495	AA
TJ-PA	X		0000439- 85.2007.8.14.0200	AJ
TJ-PB		X	0030472- 96.2003.8.15.2002	--
TJ-PB	X		0009609702013815 2002	AK
TJ-PE				
TJ-PI				
TJ-PR	X		APL: 13937436	AL
TJ-RJ		X	0237773- 68.2015.8.19.0001	AU
TJ-RN		X	APR: 20160143907	AM
TJ-RO		X	0088184- 56.2004.822.0501	NA
TJ-RR	X		ACr: 0010110175733	AO
TJM-RS		X	2966- 85.2014.9.21.0000	AS
TJM-RS	X		Apelação Criminal 3107/2013	AT
TJ-SC	X		APR: 20140740468	AP
TJ-SE				
TJM-SP	X		APR: 0065582012	AQ

Órgão judiciário	Aplicação do art. 71 do CP	Aplicação do art. 80 do CPM	Processo	Anexo
TJM-SP		X	APR: 0071862016	AR
TJM-SP	X		APR: 0069682014	AV
TJ-TO				
STJ		X	REsp 1554479/SP	AW
STM	X		7000428402018700 0000	AY
STM	X		7000488422020700 0000	AZ
STF		X	HC: 86854 SP	AX

Fonte: O autor (2021)

ANEXO AA – EMENTA TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARÁ

PENAL - PENAL MILITAR - CRIMES MILITARES - CONTINUIDADE DELITIVA INAPLICABILIDADE DAS NORMAS DO CÓDIGO PENAL COMUM - AUSÊNCIA DE RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - EQUÍVOCO NO JULGAMENTO NÃO DEMONSTRADO - DOSIMETRIA DA PENA

1) Não é de se aplicar o Código Penal comum na continuidade delitiva de crimes militares, mormente quando existem normas próprias para a espécie insertas no Código Penal castrense

2) Ante a ausência de recurso ministerial, não se pode alterar o critério utilizado pelo Juiz, sob pena de incorrer em *reformatio in pejus*

3) Quando o agente toma a iniciativa de prender e espancar as vítimas, sem o motivo plausível, não pode alegar estrito cumprimento do dever legal ou se colocar no lugar destas

4) Pode o Juiz aplicar a pena-base acima do mínimo legal, embora sendo o réu primário, desde que as circunstâncias judiciais não lhe sejam favoráveis, entretanto o quantum deve ser dosado de forma criteriosa, levando em consideração tais circunstâncias, para que não ocorra exacerbação da pena - 5)- Recurso provido parcialmente. (TJ-AP - APL: 47495 AP, Relator: Desembargador DÔGLAS EVANGELISTA RAMOS, Data de Julgamento: 16/04/1996, CÂMARA ÚNICA, Data de Publicação: no DOE N.º 1310 de Segunda, 06 de Maio de 1996 – grifos nossos)

ANEXO AB – EMENTA TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL

PENAL MILITAR. PROCESSO PENAL MILITAR. APELAÇÕES. MILITAR DO CORPO DE BOMBEIROS DO DISTRITO FEDERAL. USO DE DOCUMENTO PÚBLICO FALSO. ATESTADOS MÉDICOS. PROVA SUFICIENTE. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. CONTINUIDADE DELITIVA. PREVALÊNCIA DO ART. 80 DO CPM. ESPECIALIDADE DA NORMA. RECURSOS CONHECIDOS. APELO DEFENSIVO NÃO PROVIDO. APELO MINISTERIAL PROVIDO. PENA REDIMENSIONADA.

1 - O uso de documento falso, crime militar impróprio previsto no art. 315 do Código Penal Militar, é de natureza formal, cujo objeto jurídico tutelado é a fé pública, e que se consuma com o efetivo uso do documento contrafeito como se autêntico fosse.

2 - Militar do Corpo de Bombeiros do Distrito Federal que, visando a concessão de licença médica para tratamento de saúde, apresenta perante a Administração Militar atestados médicos falsos da Secretaria de Saúde do DF, ciente da falsidade das peças, pratica o crime previsto no art. 315 c/c art. 311 do Código Penal Militar, devendo ser mantida a condenação.

3 - Em observância ao princípio da especialidade e à vedação à criação de *lex tertia*, não se aplica o art. 71 do Código Penal nos casos de continuidade delitiva de crimes militares, devendo ser aplicadas as regras previstas nos artigos 79 e 80 do Código Penal Militar. Precedente STJ.

4 - Recursos conhecidos. Apelo defensivo não provido. Apelo ministerial provido. Pena redimensionada. (TJ-DF 20170110121902 DF 0002149-56.2017.8.07.0016, Relator: MARIA IVATÔNIA, Data de Julgamento: 21/11/2019, 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE : 26/11/2019 . Pág.: 132/136 – grifos nossos)

ANEXO AC – EMENTA TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESPÍRITO SANTO

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME MILITAR - SUBTRAÇÃO DE DOCUMENTOS - MATERIALIDADE E AUTORIA - PENA-BASE - FUNDAMENTAÇÃO SUCINTA - CRIME CONTINUADO - CÓDIGO PENAL - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. Como os elementos de prova carreados ao feito deixam patente a materialidade e a autoria do delito militar de subtração ou inutilização de livro, processo ou documento, na modalidade continuada, justifica-se a condenação do apelante. Ainda que a fundamentação trazida pelo magistrado a quo seja concisa, é plenamente pertinente para a manutenção das circunstâncias judiciais desfavoráveis na fixação da pena-base. Em se tratando de crime continuado, deve ser mantida a utilização da regra disposta no artigo 71 do Código Penal, eis que mais benéfica do que aquela disciplinada no artigo 80 do Código Penal Militar, entendimento este já sedimentado no âmbito do Superior Tribunal Militar. Recurso conhecido e improvido. (TJ-ES - APL: 00312191920078080024, Relator: NEY BATISTA COUTINHO, Data de Julgamento: 05/12/2012, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 13/12/2012 - grifei)

ANEXO AD – EMENTA TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GÓIAS

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME MILITAR. JUSTIÇA CASTRENSE. CORRUPÇÃO PASSIVA. ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. EMENDATIO LIBELLI. CONCUSSÃO. REDUÇÃO DA PENA. DE OFÍCIO, APLICAÇÃO DO ARTIGO 71 DO CÓDIGO PENAL COMUM E EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO.

1 - Resultando das provas dos autos, mormente pelos depoimentos testemunhais colhidos em juízo, a certeza da conduta ilícita do processado, concernente à prática de crime contra a administração militar, não sobra espaço ao pronunciamento jurisdicional absolutório.

2 - Evidenciada a exigência de vantagem indevida para si, de forma direta, necessário se faz a *emendatio libelli* e a *reformatio in melius* para a correta capitulação do crime, substituindo-se a corrupção passiva pela concussão (artigo 305 do CPM).

3 - Constatando-se que todas as circunstâncias judiciais do artigo 69, do CPM se mostraram favoráveis, impõe-se a redução das penas basilares para o mínimo legal cominado.

4 - A pluralidade de ações justifica a incidência da continuidade delitiva, devendo ser aplicada, de ofício, a regra esculpida no art. 71 do CP comum, visto que tal medida permite a fixação de uma reprimenda mais justa e proporcional, não sendo aplicável ao caso o art. 80 do CPM.

5 - Altera-se o regime fechado para o aberto nos termos do artigo 61 do CPM e artigo 33, § 2º, letra “c”, do Código Penal comum.

6 - No caso de crime continuado, a prescrição é referida, não à pena unificada, mas a de cada crime considerado isoladamente, não se computando o acréscimo decorrente da continuidade. Inteligência do artigo 125, § 3º, do CPM e Súmula do STF n. 497.

7 - Declaração de ofício de extinção da punibilidade do crime de corrupção, pelo advento da prescrição punitiva retroativa.

8 - Apelo conhecido e parcialmente provido. De ofício, adequação típica da concussão, aplicação do artigo 71 do CP e extinção da punibilidade pela prescrição. (TJ-GO - APR: 301022120038090051, Relator: DR(A). JAIRO FERREIRA JUNIOR, Data de Julgamento: 17/05/2018, 1A CAMARA CRIMINAL, Data de Publicação: DJ 2525 de 15/06/2018 – grifos nossos)

ANEXO AE – ACÓRDÃO TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DE MINAS GERAIS

APELAÇÃO CRIMINAL - INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO - APRESENTAÇÃO TARDIA - MERA IRREGULARIDADE - NULIDADE DA SENTENÇA - IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ - NÃO CARACTERIZAÇÃO - INIMPUTABILIDADE OU SEMI-IMPUTABILIDADE DO APELANTE - EXAME DE INSANIDADE MENTAL A QUE APELANTE FOI SUBMETIDO ATESTA QUE ELE POSSUÍA PLENA CAPACIDADE DE ENTENDER O CARÁTER ILÍCITO DO FATO E DE AUTODETERMINAR-SE SEGUNDO ESSE ENTENDIMENTO - CRIME DE DANO - ABSOLVIÇÃO - INSUFICIÊNCIA DE PROVA PARA LASTREAR A CONDENAÇÃO - CRIME DE AMEAÇA EM FACE DO OFICIAL TEN PM ROBISVALDO - ATIPICIDADE DA CONDUTA - EXACERBAÇÃO DA PENA - CARACTERIZAÇÃO - REDUÇÃO DA PENA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

(TJMMG 00002227920169130003, Relator: Juiz Fernando Armando Ribeiro, Data de Julgamento: 05/12/2017, Data de Publicação: 14/12/2017)

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, sendo apelante o Cb PM Daniel de Sousa e apelado o Ministério Público do Estado de Minas Gerais, acordam os juízes da Primeira Câmara, por unanimidade, nos termos do voto do juiz relator, em passar pelas preliminares suscitadas pelo Ministério Público e pela defesa e, no mérito, em dar provimento parcial ao presente recurso, para reformar a condenação imposta ao apelante, quanto ao crime de ameaça, em face do Ten PM Robisvaldo Pereira, absolvendo o com fulcro na alínea b do art. 439 do CPPM, e quanto ao crime de dano, absolvendo o com fulcro na alínea e do art. 439 do CPPM, bem como para reduzir as penas impostas em relação aos demais crimes pelos quais foi condenado, impondo-lhe a pena definitiva de 03 (três) anos, 11 (onze) meses e 12 (doze) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime aberto.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação aviado pelo Cb PM Daniel de Sousa, em face da sentença do Conselho Permanente de Justiça que o condenou pela prática dos crimes previstos nos artigos 177 (resistência mediante ameaça ou violência), 223 (ameaça), 259 (dano simples), 298 (desacato a superior), todos do Código Penal Militar, impondo-lhe a pena total de 08 (oito) anos e 19 (dezenove) dias de reclusão.

O militar foi denunciado pelo Ministério Público estadual, nos seguintes termos (fls. 1A/1B):

[...]

Melhor sorte não socorre o apelante em relação ao pleito de aplicabilidade do instituto do crime continuado, com a incidência da regra prevista no art. 71 do Código Penal comum e não das regras previstas nos artigos 79 e 80 do Código Penal Militar. A inaplicabilidade da regra de continuidade delitiva prevista no art. 71 do Código Penal no âmbito da

Justiça Militar decorre da estrita observância do princípio da especialidade, que determina a prevalência da norma especial sobre a geral.

[...]

Ante o exposto, dou provimento parcial ao presente recurso, para reformar a condenação imposta ao apelante, quanto ao crime de ameaça, em face do Ten PM Robisvaldo Pereira, absolvendo o com fulcro na alínea b do art. 439 do CPPM, e quanto ao crime de dano, absolvendo-o com fulcro na alínea e do art. 439 do CPPM, bem como para reduzir as penas impostas em relação aos demais crimes pelos quais foi condenado, impondo-lhe a pena definitiva de 03 (três) anos, 11 (onze) meses e 12 (doze) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime aberto.

É como voto.

JUIZ CEL PM RÚBIO PAULINO COELHO, REVISOR

Acompanho, integralmente, o voto do eminente juiz relator.

JUIZ CEL BM OSMAR DUARTE MARCELINO

Eminentes Juízes, após análise detida e acurada do feito, cumpreme ressaltar que acompanho integralmente o brilhante e judicioso voto do e. Juiz Relator, diga-se, digno de encômios, por sua completude e vastidão jurídica.

É como voto.

Belo Horizonte, sala das sessões do Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais, aos 05 de dezembro de 2017.

Juiz Fernando Armando Ribeiro

Relator

(TJMMG 00002227920169130003, Relator: Juiz Fernando Armando Ribeiro, Data de Julgamento: 05/12/2017, Data de Publicação: 14/12/2017 – grifos nossos)

ANEXO AF – EMENTA TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DE MINAS GERAIS

APELAÇÃO CRIMINAL DA DEFESA - CONDENAÇÃO POR PRÁTICA DO DELITO DE FALSIDADE IDEOLÓGICA (ART. 312 DO CPM)- PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE DOLO E INSUFICIÊNCIA DE PROVAS - FATO TÍPICO CONSISTENTE EM LAVRATURA DE REDS RELATIVOS A OCORRÊNCIAS DE TRÂNSITO - DOCUMENTOS LAVRADOS COM HISTÓRICO DE FATOS DIVERSOS DOS EFETIVAMENTE OCORRIDOS - PROVAS DOCUMENTAIS E TESTEMUNHAIS COERENTES E HARMÔNICAS - RECURSO IMPROVIDO.

(TJMMG 00005622320169130003, Relator: Juiz Jadir Silva, Data de Julgamento: 26/04/2018, Data de Publicação: 07/05/2018)

ANEXO AG – EMENTA TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DE MINAS GERAIS

APELAÇÃO – CRIME DE VIOLAÇÃO DO SIGILO FUNCIONAL – ART. 326 DO CPM – CRIME CONTINUADO – MANUTENÇÃO DA PENA – RECURSOS NÃO PROVIDOS – SENTENÇA MANTIDA. - Tendo sido praticado o crime do artigo 326 do CPM em continuidade delitiva, o parâmetro a ser observado para aumentar a pena-base deve ser o constante no art. 71 do CPB. - Mantém-se a condenação de dois anos e seis meses de prisão aplicada ao militar, a ser cumprida em regime aberto. - Nega-se provimento aos recursos do autor e do Ministério Público. - Mantém-se a r. sentença. (APELAÇÃO N. 0000162-93.2008.9.13.0001; Relator: Juiz Cel PM James Ferreira Santos; Julgamento (unânime): 16/08/2012; DJME: 23/08/2012. – grifos nossos)

ANEXO AH - EMENTA TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MATO GROSSO DO SUL

APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA – CRIME MILITAR – USO DE DOCUMENTO FALSO – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – PROVAS QUE DEMONSTRAM PERFEITAMENTE A PRÁTICA DO CRIME E O DOLO DA CONDUTA – CONDENAÇÃO MANTIDA – PENA-BASE – PEDIDO DE REDUÇÃO – POSSIBILIDADE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NÃO FUNDAMENTADAS DE FORMA CONCRETA – REDUZIDA – IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Se as provas colhidas nos autos indicam a falsidade nos documentos, bem como as circunstâncias fáticas demonstram que o réu sabia dessa falsidade e mesmo assim usou os documentos para se beneficiar, inviável se torna a absolvição do crime disposto no art. 315 do CPM. Deve ser reduzida a pena-base ao mínimo legal quando o magistrado limitou-se a indicar as circunstâncias judiciais desfavoráveis sem lançar nenhuma fundamentação concreta para se saber o motivo pela qual elas foram julgadas dessa forma. É inaplicável o regramento da continuidade delitiva prevista no art. 71 do CP no caso vertente, visto que os crimes militares possuem regramento próprio, disposto no art. 80 do CPM.

(TJ-MS - APR: 00324124420188120001 MS 0032412-44.2018.8.12.0001, Relator: Des. Jonas Hass Silva Júnior, Data de Julgamento: 30/01/2020, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 03/02/2020) – grifos nossos)

ANEXO AI – EMENTA TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MATO GROSSO

RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL – CRIMES MILITARES – DESOBEDIÊNCIA, DESACATO (DUAS VEZES) E AMEAÇA – 1. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO DO CRIME DO ART. 301 DO CÓDIGO PENAL MILITAR – SUPOSTA FRAGILIDADE PROBATÓRIA – INOCORRÊNCIA – PROVA DE MATERIALIDADE E DA AUTORIA DE TODOS OS FATOS DEVIDAMENTE COMPROVADAS – INAPLICABILIDADE DO POSTULADO IN DUBIO PRO REO – 2. PLEITO ABSOLUTÓRIO QUANTO AO CRIME DO ART. 298, DA LEI MATERIAL PENAL MILITAR – OFENSAS SUPOSTAMENTE PRECEDIDAS DE ASSOMO EMOCIONAL – SUPERIOR QUE AGIU EM ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL – EVENTUAL ESTADO DE NERVOSISMO E IRRITAÇÃO DO ACUSADO QUE NÃO AFASTA O DOLO DE DESACATAR – NÍTIDA INTENÇÃO DE OFENSA À DIGNIDADE E AO DECORO DO SUPERIOR, MALFERINDO OS PRINCÍPIOS DE HIERARQUIA E DISCIPLINA – BIS IN IDEM – INEXISTÊNCIA – OCORRÊNCIA DE DOIS CRIMES DE DESACATO EM MOMENTOS DISTINTOS – RECONHECIMENTO PELO CONSELHO PERMANENTE DE JUSTIÇA DE CONTINUIDADE DELITIVA EM RELAÇÃO AOS DOIS FATOS – 3. ABRANDAMENTO DA SANÇÃO IMPOSTA – IMPERTINÊNCIA – ÚNICA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVADA DE FORMA IDÔNEA E APLICAÇÃO DOS ARTS. 79 e 80, DA LEI PENAL CASTRENSE – RECURSO DESPROVIDO. 1. É incabível o acatamento do pleito de absolvição quando a materialidade e a autoria dos delitos narrados na exordial acusatória estão comprovadas, tornando inaplicáveis, pois, a norma contida no art. 439, inciso a e c, do Código Penal Militar, bem como o aforismo *in dubio pro reo*. 2. Comprovada nos autos a existência do dolo do

inrepado em ofender gratuitamente a dignidade e o decoro de superior hierárquico, não há que se falar em absolvição por ter aquele agido em suposto assomo emocional, mormente quando este atuou em estrito cumprimento do dever legal. A condenação por dois crimes de desacato praticados mediante duas ações nas mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução e outras semelhantes, não consubstancia em bis in idem, mormente quando foi reconhecida a continuidade delitiva entre as condutas.

3. Não merece reparos a sanção fixada com base em circunstância judicial avaliada de maneira idônea, justa e suficiente para reprovação e prevenção do crime, em respeito ao princípio da individualização da pena, previsto no art. 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal, agregada às especificidades previstas nos arts. 79 e 80 do Código Penal Militar. (TJ-MT - APL: 00184965120128110042 42672/2014, Relator: DES. LUIZ FERREIRA DA SILVA, Data de Julgamento: 03/09/2014, TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 15/09/2014 – grifos nossos)

ANEXO AJ – EMENTA TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARÁ

APELAÇÃO PENAL MILITAR. CRIME DE PECULATO COMETIDO POR POLICIAL MILITAR. ART. 303 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA MANTIDA. AUTORIA COMPROVADA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. INVIABILIDADE. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS DESFAVORÁVEIS. CRIME CONTINUADO. UTILIZAÇÃO DE ÍNDICE PERTINENTE A GRAVIDADE DO DELITO E CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. RECURSO DESPROVIDO.

1.[...]. 2. Irretocáveis as considerações feitas pelo juízo de piso por ocasião da análise dos vetores do art. 69 do CPM, eis que o mesmo fundamentou de forma adequada a valoração atribuída a cada uma das circunstâncias judiciais, reportando-se ao caso concreto, restando incabível a fixação de pena

no patamar mínimo estabelecido para o delito, em razão da presença de vetores desfavoráveis ao réu. 3. O quantum utilizado para majorar a pena por ocasião da aplicação do art. 71 do CPB, também se encontra acobertado de bom senso, uma vez que o delito descrito deve ser sancionado na medida de sua gravidade e de acordo com o resultado encontrado a quando da análise das circunstâncias do art. 69 do CPM, não havendo que se falar em modificação ou revisão da dosimetria, já que a mesma está revestida de razoabilidade e proporcionalidade. 4. Recurso conhecido e desprovido, nos termos do voto da Des^a. Relatora. (TJPA; APL 0000439-85.2007.8.14.0200; Ac. 171627; Primeira Turma de Direito Penal; Rel^a Des^a Vânia Lúcia Silveira Azevedo da Silva; Julg. 14/03/2017; DJPA 16/03/2017 – grifos nossos)

ANEXO AK – EMENTA TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARAÍBA

APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 251 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. ESTELIONATO EM CONTINUIDADE DELITIVA. MEIO FRAUDULENTO E DOLO AO INDUZIR POLICIAIS A ERRO MEDIANTE FRAUDE. PRELIMINAR. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. NÃO ACOLHIMENTO. ATOS EXECUTÓRIOS SE INICIAVAM DENTRO DAS UNIDADES MILITARES. CRIME PRATICADO POR MILITAR CONTRA MILITAR NA MESMA SITUAÇÃO. ART. 9º, INCISO II, ALÍNEA A DO CPM. MÉRITO. PLEITO PELA ABSOLVIÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVAS PARA CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ELEMENTOS PROBATÓRIOS SUFICIENTES PARA COMPROVAR A MATERIALIDADE E AUTORIA. DOLO ANTECEDENTE CARACTERIZADO PELA INTENÇÃO DO ACUSADO EM OBTER VANTAGEM INDEVIDA. PLEITO SUBSIDIÁRIO DE DIMINUIÇÃO DA PENA. NÃO ACOLHIMENTO. PENA SOPESADA DE FORMA PROPORCIONAL. DESPROVIMENTO DO APELO 1. Não há absolvição por ausência de provas da autoria, quando as provas são firmes em

apontar os recorrentes como sendo autor dos fatos narrados na denúncia. 2. Atos executórios do delito se iniciavam dentro das unidades militares, sendo praticados por militar da ativa contra militar da ativa. 3. O acusado agiu com dolo antecedente para captar a confiança de seus companheiros de caserna, mediante emprego de ardil, induzindo-lhes a erro com o fim de obter vantagem ilícita em prejuízo destes últimos. 4. Ao considerar o princípio da proibição da *reformatio in pejus*, e havendo apenas recurso da defesa, o juízo *ad quem* não poderá agravar a situação.

[...]

Após, acertadamente aplicou o magistrado a regra do crime continuado do Código Penal Brasileiro, previsto no art.71, sendo a pena mais grave de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, aumentada em 2/3, por conta do grande número de vítimas, ou seja, 10 (dez), totalizando, em definitiva, no patamar de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, no Batalhão ao qual está vinculado ou outro estabelecimento militar.

[...]

(TJ-PB 00096097020138152002 PB, Relator: DES. CARLOS MARTINS BELTRÃO FILHO, Data de Julgamento: 11/02/2020, Câmara Especializada Criminal – grifos nossos)

ANEXO AL – EMENTA TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ

DECISÃO: ACORDAM os integrantes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, a fim de reduzir a pena para 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, mantidas as demais disposições da sentença. EMENTA: APELAÇÃO CRIME - JUSTIÇA

MILITAR - APROPRIAÇÃO INDÉBITA (DUAS VEZES) - PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO - INVIABILIDADE - RESPOSTA PENAL - CRIME CONTINUADO - RECONHECIMENTO - APLICAÇÃO DA REGRA DO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL - PRECEDENTES DO STM - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ-PR - APL: 13937436 PR 1393743-6 (Acórdão), Relator: Naor R. de Macedo Neto, Data de Julgamento: 22/10/2015, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 1684 06/11/2015 – grifos nosos)

ANEXO AM – EMENTA TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE

PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE CORRUPÇÃO PASSIVA - 6 VEZES (ART. 308 CPM), RECEPÇÃO - DUAS VEZES (ART. 254 CPM), PECULATO FURTO - 4 VEZES (303, § 2º), PREVARICAÇÃO (ART. 319 CPM) E VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO QUALIFICADA (ART. 226, §§ 1º E 2º, CPM). DAS PRELIMINARES DE NULIDADE DA SENTENÇA POR VÍCIO DA PROVA EMPRESTADA E INOBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ E LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. ASSUNTOS AFETOS AO PRÓPRIO MERITUM CAUSAE. TRANSFERÊNCIA QUE SE IMPÕE. MÉRITO. ILICITUDE DA PROVA. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E ESCUTAS AMBIENTAIS DERIVADAS DE PROCESSO PENAL. PROVA COMPARTILHADA. CONTRADITÓRIO DIFERIDO. INOCORRÊNCIA DE MÁCULA. IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. ALTERNÂNCIA DOS MEMBROS DO CONSELHO DE SENTENÇA INERENTE À JUSTIÇA MILITAR. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. CONJECTURA ACERCA DE INFLUÊNCIA MUDIÁTICA. NÃO DEMONSTRAÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA DOS CRIMES DEVIDAMENTE

COMPROVADAS. "OPERAÇÃO NOVOS RUMOS". DESDOBRAMENTO DE OPERAÇÕES INVESTIGATIVAS. CONJUNTO PROBATÓRIO HÁBIL E BASTANTE A REVELAR UNIDADE DE DESÍGNIOS ENTRE OS ACUSADOS NA PRÁTICA DE DIVERSOS CRIMES MILITARES. CONTINUIDADE DELITIVA. TIPOS PENAS DISTINTOS. HIPÓTESE DE CONCURSO MATERIAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE. *DECISUM* MANTIDO. CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO.

[...]

O Eminentíssimo Relator proferiu seu voto conhecendo e negando provimento ao presente recurso, posição que acompanho em sua integralidade.

Destaco apenas que a continuidade delitiva a ser aplicada ao caso em comento, já que todos os delitos são de natureza castrense, não é prevista no artigo 71 do Código Penal, e sim a regrada no artigo 80 do Código Penal Militar, em função do Princípio da Especialidade, que por sua vez aplica as normas do concurso material (artigo 79 do CPM), como fez o juízo sentenciante.

[...]

(TJ-RN - APR: 20160143907 RN, Relator: Desembargador Saraiva Sobrinho, Data de Julgamento: 06/06/2017, Câmara Criminal)

ANEXO AN – EMENTA TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RONDÔNIA

Apelação. Crime militar. Peculato. Comprovação. Depoimento de policiais. Valor probatório. Absolvição. Impossibilidade. Atipicidade da conduta. Não ocorrência. Crime continuado. Regra do art. 80 do CPM. Violação ao princípio da isonomia. Aplicação do Código Penal. Hibridismo incompatível com o princípio da especialidade das Leis. 1. As declarações de policiais, colhidas sob o crivo do contraditório e livres de máculas, constituem meio de prova idôneo, máxime quando em harmonia com as declarações de testemunha presencial, o que impossibilita a absolvição. 2. Incide nas penas do art. 303, caput, do CPM o policial militar que, tendo a disponibilidade jurídica, retira em proveito próprio e alheio, de posto de gasolina, dinheiro correspondente a conversão de combustível destinado ao abastecimento de viaturas da Polícia Militar sob seu comando em razão do cargo que exercia. 3. Não se pode mesclar o regime penal comum e o castrense, de modo a selecionar o que cada um tem de mais favorável ao acusado, de modo a gerar um hibridismo incompatível com o princípio da especialidade das Leis. 4. A disciplina mais rigorosa do Código Penal castrense funda-se em razões de política legislativa que se voltam para o combate com maior rigor daquelas infrações definidas como militares. Precedentes do STF.

(TJ-RO - APL: 00881845620048220501 RO 0088184-56.2004.822.0501, Relator: Desembargador Gilberto Barbosa, Data de Julgamento: 14/08/2012, 2ª Câmara Especial, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 20/08/2012 – grifos nossos)

ANEXO AO – EMENTA TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE RORAIMA

APELAÇÃO CRIMINAL - JUSTIÇA MILITAR - CRIME DE FALSIDADE DOCUMENTAL EM CONCURSO MATERIAL DE

CRIMES (ART. 315, C.C ART. 79, AMBOS DO CÓDIGO PENAL MILITAR). CONFECÇÃO DE ATESTADOS MÉDICOS FALSOS EM QUATRO DATAS DIFERENTES. OBTENÇÃO DE LICENÇA MÉDICA IRREGULAR. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS ROBUSTAS PARA ENSEJAR UMA CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS POR MEIO DOS ATESTADOS MÉDICOS FALSOS, DO LAUDO DOCUMENTOSCÓPICO QUE ATESTOU A FALSIDADE DOS ATESTADOS E DOS DEPOIMENTOS DAS TESTEMUNHAS OITIVADAS EM JUÍZO. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 26 DO CP (SEMI-IMPUTABILIDADE). IMPOSSIBILIDADE. LAUDO DE SANIDADE MENTAL NÃO ATESTOU QUALQUER ENFERMIDADE NA APELANTE. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA PREVISTA NO ART. 71, DO CPB, EM DETRIMENTO DO CONCURSO DE CRIMES PREVISTO NO ART. 79, DO CÓDIGO PENAL MILITAR. IMPOSSIBILIDADE. LAPSO TEMPORAL ENTRE O SEGUNDO, TERCEIRO E QUARTO DELITOS MUITO SUPERIOR A 30 (TRINTA) DIAS, O QUE TORNA INVIÁVEL O RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA, COM AMPARO NA JURISPRUDÊNCIA DO STF E DO STJ. RECURSO DESPROVIDO EM CONSONÂNCIA COM O PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO GRADUADO. 1. Quanto à alegação de semi-imputabilidade, tal assertiva não deve prosperar, tendo em vista que a apelante não logrou êxito em demonstrar por meio de exame pericial que se encontrava acometida de doença mental. 2. A instrução criminal evidenciou que, ao adotar tal comportamento, a recorrente beneficiou-se de ausências ao quartel, a pretexto de sofrer males de saúde que, de fato, não restaram comprovadas a contento, pois se assim fossem, não precisaria ter feito uso de atestados médicos falsos.

3. É assente na doutrina que não há "como determinar o número máximo de dias ou mesmo de meses para que se possa entender pela continuidade delitiva. No entanto, o Supremo Tribunal Federal, todavia, lançou luz sobre o tema ao firmar, e a consolidar, o entendimento de que, excedido o intervalo de 30 dias entre os crimes, não é possível ter-se o segundo delito como continuidade do primeiro (" Habeas Corpus "indeferido." [Grifei] (HC 73.219/SP, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, DJ de 26/04/1996;)

(TJ-RR - ACr: 0010110175733 0010.11.017573-3, Relator: Des. LEONARDO CUPELLO, Data de Publicação: DJe 17/10/2016, p. 29 – grifos nossos)

ANEXO AP – EMENTA TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES MILITARES. ABANDONO DE POSTO E DESCUMPRIMENTO DE MISSÃO (ARTS. 195 E 196 AMBOS DO CÓDIGO PENAL MILITAR). SENTENÇA CONDENATÓRIA. IRRESIGNAÇÃO DA DEFESA. PLEITO ABSOLUTÓRIO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. ACUSADO, SARGENTO DA POLÍCIA MILITAR, QUE ABANDONOU O POSTO ANTECIPADAMENTE, POR QUATRO DIAS, SEM AUTORIZAÇÃO DO SUPERIOR HIERÁRQUICO. POLICIAL FLAGRADO, DURANTE A ESCALA, EM SUA RESIDÊNCIA REALIZANDO TRABALHOS PARTICULARES. DEPOIMENTOS A CONFIRMAR A MISSÃO A ELE CONFIADA - COORDENAÇÃO DE OPERAÇÃO NOS ARREDORES DE ESCOLA MUNICIPAL - E O ABANDONO ANTECIPADO DO POSTO. OUTROSSIM, FILMAGENS QUE NÃO DEIXAM DÚVIDAS SOBRE O MODUS OPERANDI. CONSIDERÁVEL PERÍODO DE TEMPO DOS AFASTAMENTOS. DOLO GENÉRICO EVIDENCIADO. VONTADE

LIVRE E CONSCIENTE DE ABANDONAR O POSTO. CRIME DE MERA CONDUTA E DE PERIGO PRESUMIDO. DESNECESSÁRIA COMPROVAÇÃO DE EFETIVO DANO À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. MISSÃO DESCUMPRIDA. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. DE OFÍCIO, ADEQUAÇÃO DA PENA APLICADA AO CRIME DE DESCUMPRIMENTO DE MISSÃO. CONTINUIDADE DELITIVA INDEVIDAMENTE SOPESADA. CRIME ÚNICO. AUMENTO DA PENA EXTIRPADO. ABANDONO DE POSTO. CRIME CONTINUADO. ALMEJADA APLICAÇÃO DO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL NO LUGAR DOS ARTS. 80 E 79 AMBOS DO CÓDIGO PENAL MILITAR. CABIMENTO. ENTENDIMENTO REMANSOSO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA CASTRENSE, EM CONFORMIDADE COM A ATUAL POLÍTICA CRIMINAL. CONSAGRAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA ISONOMIA. NECESSÁRIO REDIMENSIONAMENTO DA PENA. CONCESSÃO DE SURSIS. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

(TJ-SC - APR: 20140740468 Capital 2014.074046-8, Relator: Leopoldo Augusto Brüggemann, Data de Julgamento: 17/11/2015, Terceira Câmara Criminal – grifos nossos)

ANEXO AQ – EMENTA TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DE SÃO PAULO

PoliciaI Militar. Apelação Criminal. Uso de documento falso. Art. 315 do CPM. Conjunto probatório sólido. Condenação mantida. Atestado médico declarado particular. Aplicação do art. 80 c.c. o art. 79 do CPM. Dosimetria que se revelou incongruente com os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade. Sentença reformada para corrigir a pena aplicada. Não existindo dúvidas quanto à materialidade ou autoria,

restaram afastadas as argumentações defensivas no sentido de existir circunstância que excluísse a imputabilidade do réu. O robusto e harmônico conjunto probatório foi suficiente para o convencimento do Órgão Julgador quanto à culpabilidade do réu. (TJ-MSP - APR: 0065582012, Relator: PAULO PRAZAK, Data de Julgamento: 15/08/2013, 2ª Câmara) (grifos nossos)

ANEXO AR – EMENTA TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DE SÃO PAULO

PoliciaI Militar. Apelos defensivo e ministerial. Quebra de sigilo profissional. Artigo 326 do CPM. Apelo Defensivo: Preliminares. Nulidade. Afastada. Momento processual oportuno. Art. 504, letra a, do CPPM. Alegação. Violação aos artigos 9º, inc. II, c, e 72, II, do CPM, artigos 391, 499, 500, IV, do CPPM, artigos 5º, LIII e 125, § 5º, da CF/88. Arguição de Incompetência. Rejeitadas. Absolvição com fundamento na alínea a, segunda parte, do art. 439 do CPPM. Inalcançável. Há prova material da quebra de sigilo funcional, além da confissão do acusado e depoimento da testemunha “Piauí”, que confirma a quebra do sigilo, também confessou que mantinha contato telefônico com o civil “Patrick”, civil envolvido com o tráfico de drogas. Condenação Mantida. Dosimetria. “Bis in idem”, art. 70, inc. II, letra l do CPM. Afastada. Estar de serviço não é elementar do tipo penal. Majorantes mantidas. Aplicação do art. 71 do Código Penal comum. Afastada. Especialidade. A sistemática de aplicação da pena para o concurso de crimes, insculpida no art. 79 do no CPM, foi recepcionada pelo constituinte de 1988. Não há que se falar na aplicação da regra contida no art. 71 do Código Penal ordinário por analogia, uma vez que a Lei Castrense não foi omissa, o que afasta a aplicação subsidiária. Recurso defensivo não provido. Apelo Ministerial: Dosimetria. Aplicação correta do art. 435, § 1º do CPPM. Fixação da pena em 03 (três) anos e 01 (um) mês de detenção. Apelo

ministerial provido. (TJ-MSP - APR: 0071862016, Relator: PAULO PRAZAK, Data de Julgamento: 22/06/2016, 2ª Câmara – grifos nossos)

ANEXO AS – EMENTA TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DO RIO GRANDE DO SUL

APELAÇÃO CRIMINAL. ART.230 DO CPM, VIOLAÇÃO DE SEGREDO PROFISSIONAL. CONCURSO DE CRIMES. REGRA ESPECÍFICA(CPM, ARTS. 79 E 80). IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ART. 71 DO CP. *In casu*, militares em atividade acessaram o sistema de consultas integradas da Secretaria de Segurança e sem justa causa revelaram antecedentes criminais de três civis ao Prefeito da cidade, incorrendo assim no crime previsto no art. 230 do CPM. Foram somadas as penas conforme arts. 79 e 80 do CPM. A defesa propugnou a aplicação do art. 71 do CP, o que foi denegado, por existir no CPM regra específica que inviabiliza tal aplicação conforme determina o art. 12 do CP. Irrelevante no âmbito da Justiça Castrense, para a aplicação da pena, a discussão doutrinária sobre se houve concurso formal ou crime continuado. O Tribunal, à unanimidade, negou provimento à apelação defensiva. (TJM-RS - Apelação Criminal. Nº 2966-85.2014.9.21.0000, Relator: JUIZ-CEL. FÁBIO DUARTE FERNANDES, Data de Julgamento: 19/02/2015 – grifos nossos)

ANEXO AT - EMENTA TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DO RIO GRANDE DO SUL

CONCUSSÃO. CONTINUIDADE DELITIVA (SEIS VEZES) POLICIAIS MILITARES QUE, NA ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO DE POLICIA AMBIENTAL, EXIGIAM VANTAGEM INDEVIDA, CONSISTENTE EM AJUDA FINANCEIRA E MATERIAIS PARA MOBILIAR SUAS RESIDÊNCIAS. DOSIMETRIA DA PENA. OBSERVÂNCIA DOS ARTS. 80 E 81, § 1º, DO CP MILITAR.

APLICAÇÃO DO ART. 71 DO C PENAL COMUM POR POLÍTICA CRIMINAL. UMA VEZ QUE SE TRATAM HOJE DE EX-POLICIAIS MILITARES. Os elementos de convicção revelam a prática habitual que os ora apelantes compareciam em empresas da região dos vinhedos e, percebendo irregularidades ambientais, exigiam dos respectivos responsáveis, ainda que indiretamente ou implicitamente, pagamento ou entrega de alguma vantagem indevida, com o objetivo de não adotarem as providências e as penalidades devidas. A observância do art. 81, 1º, do CP Militar faculta a diminuição da pena em caso de crime continuado, afastando a aplicação da regra prevista no art. 71 do CP brasileiro, conforme orientação do Supremo Tribunal Federal (RE nº 115.770-4-RJ, 2ª Turma, “RT”, 682/298). Contudo, excepcionalmente, por razões de política criminal, julga-se possível aplicar no caso concreto a continuidade delitiva, nos moldes da legislação penal comum, art. 71, caput, do CP, tal como pleiteado pela defesa, de modo a ajustar a reprimenda à efetiva gravidade da conduta, até porque os ora apelantes não mais se encontram nas fileiras da Brigada Militar. Apelo parcialmente provido. Decisão unânime (TJM-RS ,Apelação Criminal 3107/2013, Juiz relator SÉRGIO ANTONIO BERNI DE BRUM julgado em 25/9/2013 – grifos nossos).

ANEXO AU – EMENTA TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO

Apelação Criminal. Corrupção Passiva. Código Penal Militar. Narra a denúncia que os Réus, todos PMs, sendo a maioria lotada, na época, no BOPE, teriam recebido vantagens indevidas de diversos integrantes da facção criminosa Comando Vermelho, responsáveis por grande parte do tráfico de drogas e armas de fogo no Estado do Rio de Janeiro, em troca de repasse de informações a respeito de data, horário e locais em que seriam realizadas as operações policiais desse Especial Batalhão. A vil e criminosa conduta seria

remunerada pelos traficantes por meio de repasse de valores semanais, que variavam de R\$ 2.000,00 a R\$ 10.000,00. Autoria e materialidade do delito devidamente comprovadas nos autos. As provas obtidas por meio das interceptações telefônicas, ações de vigilância, buscas e apreensões feitas nas residências e locais onde os acusados trabalhavam, bem como as provas orais produzidas em Juízo, comprovam a participação dos Réus na prática do delito, restando claro que competia a Felizardo a função de chefiar o esquema criminoso. Pontue-se que o mesmo acervo probatório comprova a participação do Corréu Rodrigo na ação criminosa. NEGA-SE PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO E SE DÁ PROVIMENTO PARCIAL AO MINISTERIAL, a fim de condenar o Réu Rodrigo nas penas dos arts. 308, §1º, por 06 vezes, c/c 70, II, “I”, na forma do 80, todos do Código Penal Militar. Decreta-se, em favor da Fazenda Nacional, a perda dos valores arrecadados, em espécie, na posse dos Réus, quando do cumprimento dos mandados de busca e apreensão, na forma que autorizam os arts. 109, II, “b”, do CPM e 91, II, do CP, eis que restou incontroverso que foram auferidos pelos agentes com a prática do fato criminoso. (TJRJ - Apelação Criminal: 0237773-68.2015.8.19.0001, Relator: Flávio Marcelo De Azevedo Horta Fernandes, Data de Julgamento: 14/08/2019, 2ª Câmara Criminal – grifos nossos)

ANEXO AV – EMENTA TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DE SÃO PAULO

Penal Militar. Arts. 312 e 319, c.c. art. 70, II, I, todos do CPM. Policial militar que, no exercício de função específica, insere declaração falsa em quatro documentos e libera irregularmente quatro veículos, sendo um deles a terceiro sem a indispensável procuração. Caracterizados os delitos de falsidade ideológica, por quatro vezes, e de prevaricação, por uma vez. Reconhecida o crime continuado entre os dois primeiros e os dois últimos

delitos de falsidade. Pleito defensivo de absolvição nos termos do art. 439, 'b' ou 'd', do CPPM. Impossibilidade. Consumação dos crimes suficientemente comprovada pela prova documental e pela confissão do acusado. Recurso improvido, mas aplicada, de ofício, a regra de crime continuado prevista no art. 71, do CP, reduzindo, no caso concreto, a pena imposta, por melhor se adequar ao espírito de Justiça.

(TJ-MSP - APR: 0069682014, Relator: CLOVIS SANTINON, Data de Julgamento: 12/03/2015, 2ª Câmara – grifos nossos)

ANEXO AX – EMENTA SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

HABEAS CORPUS. CRIME MILITAR DE CONCUSSÃO (ARTS. 305 E 53 DO CPM). EXIGÊNCIA DE DINHEIRO PARA NÃO-LAVRATURA DE AUTOS DE INFRAÇÃO AMBIENTAL. PENA-BASE. MAJORAÇÃO. PRETENDIDA APLICAÇÃO AOS CRIMES MILITARES DA REGRA DA CONTINUIDADE DELITIVA, PREVISTA NO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL COMUM. IMPOSSIBILIDADE. Revela-se devidamente fundamentada a sentença que, para majorar em dois meses a pena-base do acusado, se louva na especial gravidade do crime e no seu modo de execução, tudo conforme o art. 69 do Código Penal Militar. Não se aplica aos crimes militares a regra de continuidade delitiva a que se reporta o art. 71 do Código Penal Comum. Isso porque, nos termos do art. 12 do CP, a inexistência de regramento específico em sentido contrário é premissa da aplicação subsidiária do Código Penal às legislações especiais. No caso, tal premissa não se faz presente. Bem ou mal, o Código Penal Militar cuidou de disciplinar os crimes continuados de forma distinta e mais severa do que o Código Penal Comum. Não se pode mesclar o regime penal comum e o castrense, de modo a selecionar o que cada um tem de mais favorável ao acusado. Tal proceder geraria um "hibridismo" incompatível com o princípio da especialidade das leis. Sem contar que a disciplina mais rigorosa do

Código Penal Castrense funda-se em razões de política legislativa que se voltam para o combate com maior rigor daquelas infrações definidas como militares. Precedentes. Ordem denegada. (STF - HC: 86854 SP, Relator: CARLOS BRITTO, Data de Julgamento: 14/03/2006, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 02-03-2007 PP-00038 EMENT VOL-02266-03 PP-00558 – grifos nossos)

ANEXO AW – EMENTA SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PENAL MILITAR. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FALSIDADE IDEOLÓGICA. CONTINUIDADE DELITIVA. ARTIGOS 79 E 80 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 71 DO CPAOS DELITOS PREVISTOS NO CPM. IMPOSSIBILIDADE. 1. O entendimento adotado pelo Tribunal de origem encontra-se no mesmo sentido da jurisprudência desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal de que, em observância ao princípio da especialidade, não se aplica o art. 71 do Código Penal nos casos de continuidade delitiva de crimes militares, devendo ser aplicadas as regras previstas nos artigos 79 e 80 do Código Penal Militar. 2. Agravo regimental não provido."(AgRg no REsp 1554479/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 5/5/2017 – grifos nossos)

ANEXO AY – EMENTA SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

EMENTA: APELAÇÃO. ART. 240, § 6º, INCISO II, DO CPM E ART. 251 DO CPM. RECURSOS DO MPM E DA DEFESA. PROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL E DESPROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO. AUTORIA E MATERIALIDADE INCONTESTES. CONTINUIDADE DELITIVA. POLÍTICA CRIMINAL. PROPORCIONALIDADE. DECISÃO UNÂNIME. I. O Ministério Público

Militar pleiteia a reforma da Sentença para que o Réu seja condenado como incurso no art. 251 do CPM. A Defensoria Pública da União requer a sua absolvição no tocante aos crimes de furto qualificado descritos na Denúncia. II. As condutas praticadas pelo Réu encontram-se amplamente comprovadas pelos depoimentos colhidos em Juízo e demais provas acostadas aos autos, adequam-se, perfeitamente, ao tipo penal descrito no art. 240, § 6º, inciso II, do CPM e no art. 251 do CPM, nos exatos termos narrados na Denúncia. III. A Autoria e a materialidade delitiva estão presentes, sem quaisquer causas legais ou supralegais de exclusão dos crimes. Impõe-se a manutenção da condenação pelo crime de furto qualificado e a reforma da Sentença para que o Réu seja condenado, também, pelo crime de estelionato. IV. Por questões de política criminal, em respeito ao princípio da proporcionalidade e diante da particularidade do caso, entende-se que, ao invés do concurso material, deve ser aplicada a continuidade delitiva entre os 12 (doze) delitos de furto qualificado mediante fraude e os 5 (cinco) crimes de estelionato. V. Provimento do Apelo Ministerial e desprovimento do Apelo da Defesa. Decisão unânime.

[...]

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os ministros do Superior Tribunal Militar, em sessão de julgamento, sob a Presidência do Excelentíssimo Senhor Ministro JOSÉ COÊLHO FERREIRA, na conformidade do Extrato da Ata de julgamento,

Por unanimidade, em negar provimento ao Apelo da Defensoria Pública da União e em dar provimento ao Recurso do Ministério Público Militar, para condenar o réu ex-Cb Ex MARCOS VINÍCIUS SANTOS FERREIRA à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, pela prática, em continuidade delitiva, do delito de furto qualificado mediante fraude, por 12 (doze) vezes, e de crime de estelionato, por 5 (cinco) vezes, com base nos

arts. 240, § 6º, inciso II; e 251, caput, ambos do CPM, c/c o art. 71 do CP,
fixando o regime prisional semiaberto para o início do cumprimento da pena.

[...]

(STM - APL: 70004284020187000000, Relator: José Barroso Filho,
Data de Julgamento: 05/12/2018, Data de Publicação: 08/01/2019 – grifos
nossos)

ANEXO AZ – EMENTA SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

EMENTA: APELAÇÃO. MPM. ESTELIONATO (ART. 251, CAPUT, E § 3º, DO CPM). PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. MILITARES NO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES CONTRA A ORDEM ADMINISTRATIVA MILITAR. PROCEDÊNCIA. AUTORIA, MATERIALIDADE E DOLO. COMPROVAÇÃO. PROVIMENTO. DECISÃO POR MAIORIA. 1. A autoria, a materialidade e o dolo relativo ao delito tipificado no art. 251 do CPM estão sobejamente demonstrados nos autos. A própria Sentença absolutória reconhece a prática delitiva pelos Acusados, apesar de considerar a conduta como infração disciplinar. 2. Os fatos imputados na Denúncia foram corroborados pelos depoimentos de testemunha ouvida no curso da Sindicância e em Juízo. 3. O exame pericial grafotécnico, realizado na requisição de parecer especializado não deixou dúvida quanto à participação direta do 1º Acusado na emissão de, ao menos, uma das guias. 4. Em relação às demais requisições fraudulentas, os indícios apontam que o 1º Acusado foi quem preencheu os documentos ou, ao menos, deles fez uso, uma vez que emitiu as respectivas guias para a sua namorada e para a sua genitora. 5. O Apelado trabalhava com a emissão de guias do FUSEx, de maneira que tinha total conhecimento e compreensão das situações que permitiam a emissão de guias de encaminhamento. 6. É inverossímil que o Primeiro Acusado acreditasse que as referidas pessoas

fossem suas dependentes, pois tinha pleno conhecimento de que dependentes beneficiários do FUSEx devem ser devidamente cadastrados e possuir PREC-CP para poder utilizar os respectivos benefícios. 7. Em desfavor do Réu o fato de as guias terem sido emitidas após o licenciamento do Acusado. 8. A existência de falhas nos procedimentos e nas rotinas do Setor de emissão de guias do HGeC não justifica as condutas delituosas praticadas. 9. É incontestável que o 2º Acusado tinha conhecimento de que, para a emissão de guia de encaminhamento, era necessário confirmar a condição do paciente como usuário cadastrado no FUSEx. São improcedentes, portanto as alegações de ausência de dolo específico, ante a ausência da má-fé, da intenção de obter vantagem ilícita e de causar prejuízo à Administração Militar, bem como o suposto erro de direito. 10. No momento em que emitiu indevidamente a guia para si mesmo, o 2º Acusado não era soldado do efetivo variável. 11. Inaplicabilidade da insignificância ao caso. No âmbito da Justiça Castrense, a constatação do postulado da insignificância não deve ficar adstrita ao valor do prejuízo patrimonial, mas também deve sopesar o desvalor da conduta. 12. Por maioria, dado provimento ao Recurso ministerial, para, reformando a Sentença absolutória, condenar o 1º Acusado à pena 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de detenção, como incurso no art. 251, caput, e § 3º do CPM, c/c o art. 71 do CP, com o benefício do sursis pelo prazo de 2 (dois) anos, com fulcro no art. 84 do CPM e no art. 606 do CPPM, com as condições previstas no art. 626 do CPPM, excetuando a da alínea a, com o direito de recorrer em liberdade, fixando o regime inicial aberto para eventual cumprimento de pena; e condenar o 2º Acusado, como incurso no art. 251, caput, e § 3º do CPM, c/c o art. 71 do CP, à pena de 11 (onze) meses e 6 (seis) dias de detenção, e declarada, de ofício, extinta a sua punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, na forma retroativa, nos termos dos artigos 123, inciso IV, e 125, inciso VII, §§ 1º, e 5º, inciso I, 129 e 133, todos do CPM.

(STM - APL: 70004884220207000000, Relator: LÚCIO MÁRIO DE BARROS GÓES, Data de Julgamento: 03/12/2020, Data de Publicação: 03/02/2021 – grifos nossos)

ANEXO BA - EMENTA TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO AMAPA

PENAL - PENAL MILITAR - CRIMES MILITARES - CONTINUIDADE DELITIVA INAPLICABILIDADE DAS NORMAS DO CÓDIGO PENAL COMUM - AUSÊNCIA DE RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO - EQUÍVOCO NO JULGAMENTO NÃO DEMONSTRADO - DOSIMETRIA DA PENA - 1) - Não é de se aplicar o Código Penal comum na continuidade delitiva de crimes militares, mormente quando existem normas próprias para a espécie insertas no Código Penal castrense - 2)- Ante a ausência de recurso ministerial, não se pode alterar o critério utilizado pelo Juiz, sob pena de incorrer em reformatio in pejus - 3)- Quando o agente toma a iniciativa de prender e espancar as vítimas, sem o motivo plausível, não pode alegar estrito cumprimento do dever legal ou se colocar no lugar destas - 4)- Pode o Juiz aplicar a pena-base acima do mínimo legal, embora sendo o réu primário, desde que as circunstâncias judiciais não lhe sejam favoráveis, entretanto o quantum deve ser dosado de forma criteriosa, levando em consideração tais circunstâncias, para que não ocorra exacerbação da pena - 5)- Recurso provido parcialmente.

(TJ-AP - APL: 47495 AP, Relator: Desembargador DÔGLAS EVANGELISTA RAMOS, Data de Julgamento: 16/04/1996, CÂMARA ÚNICA, Data de Publicação: no DOE N.º 1310 de Segunda, 06 de Maio de 1996 – grifos nossos)

APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIMES MILITARES.
CORRUPÇÃO PASSIVA E INOBSERVÂNCIA DE LEI,

REGULAMENTO OU INSTRUÇÃO AMBOS EM CONTINUIDADE DELITIVA. ART. 308, § 1º, DO CÓDIGO PENAL MILITAR E ART. 324 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. RECURSOS INTERPOSTOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E PELA DEFESA. I - APELAÇÃO DO RÉU: PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA EM RELAÇÃO AOS FATOS 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 16, 18 E 21 OU, DE FORMA ALTERNATIVA, DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE INOBSERVÂNCIA DE LEI, REGULAMENTO OU INSTRUÇÃO. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADOS. ALEGAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SEGURANÇA PRIVADA CONSISTE EM RONDAS E VERIFICAÇÃO DE REGULARIDADE DO LOCAL EM CASO DE DISPARO DO ALARME EXECUTADOS SOMENTE EM DIAS DE FOLGA. APREENSÃO DE DOCUMENTAÇÃO CONTÁBIL CASEIRA COM TODOS OS REGISTROS DOS RECEBIMENTOS MENSIS. EMPRESÁRIOS VÍTIMAS QUE CONFIRMAM CONTRATAÇÃO DO RÉU EM RAZÃO DE SUA FUNÇÃO DE POLICIAL MILITAR. NARRATIVAS QUE INCLUEM EXECUÇÃO DE RONDAS COM A VIATURA POLICIAL E/OU SUA MOTOCICLETA PARTICULAR EM DIAS DE FOLGA, DISPONIBILIZAÇÃO DE TELEFONE CELULAR PARA ACESSO FACILITADO AOS SERVIÇOS DA POLÍCIA MILITAR E MONITORAÇÃO DE SISTEMA DE ALARMES. COBRANÇA DE VALORES MENSIS DURANTE CERCA DE SETE ANOS QUE RENDERAM AO RÉU SOMA VARIÁVEL, ALGUMAS EM PATAMAR SUPERIOR A OITO VEZES A REMUNERAÇÃO PERCEBIDA COMO POLICIAL. CONFISSÃO CONSTANTE DO INTERROGATÓRIO JUDICIAL DE ATENDIMENTO DE SETENTA CLIENTES, NÚMERO DE VÍTIMAS SUPERIOR ÀS TRINTA E DUAS CONSTANTES DA DENÚNCIA. CONDENAÇÃO

MANTIDA. DESCLASSIFICAÇÃO INVIÁVEL. DOSIMETRIA DA PENA. PEDIDO PARA AFASTAMENTO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS E APLICAÇÃO DA PENA MÍNIMA. AUSÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PENA-BASE MANTIDA INALTERADA. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE PREVISTA NO ART. 35 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. ALEGAÇÃO DE QUE CONSIDERAVA ESTAR COMETENDO TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR QUE PROÍBE O SERVIÇO DE SEGURANÇA PRIVADA, JAMAIS CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA. ERRO DE INTERPRETAÇÃO NÃO CONFIGURADO. RECEBIMENTO DE VANTAGEM INDEVIDA EM RAZÃO DA SUA FUNÇÃO. INSURGÊNCIA PELA CAUSA DE AUMENTO DE PENA DESCRITA NO ART. 308, § 1º, DO CPM. ALEGAÇÃO DE QUE A VIOLAÇÃO DE DEVER DE OFÍCIO NÃO ESTÁ FUNDAMENTADA. NÃO ACOLHIMENTO. SENTENÇA QUE REGISTRA O EFETIVO RECEBIMENTO DA VANTAGEM E PRÁTICA DE OFÍCIO INFRINGINDO DEVER FUNCIONAL. CORRUPÇÃO EXAURIDA. MAJORAÇÃO CORRETAMENTE APLICADA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. II - RECURSO DA ACUSAÇÃO: PEDIDO DE CONDENAÇÃO DO RÉU TAMBÉM EM RELAÇÃO AOS FATOS 3, 11, 17 E 22 O PRIMEIRO PELO CRIME DESCRITO NO ART. 324 DO CÓDIGO PENAL MILITAR E OS DEMAIS, PELO DELITO DESCRITO NO ART. 308, § 1º, DO CÓDIGO PENAL MILITAR OU, NO MÍNIMO PELO ART. 324 DAQUELA MESMA LEGISLAÇÃO. ACOLHIMENTO SOMENTE COM RELAÇÃO AO FATO 3, POIS HÁ PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO AS ALEGAÇÕES FINAIS ESCRITAS E O TRABALHO EXTRA CORPORAÇÃO ESTÁ CONFIGURADO. DESCUMPRIMENTO DE NORMAS LEGAIS QUE VEDAM TAL PRÁTICA. CONDENAÇÃO PELOS DEMAIS FATOS

INVIÁVEL. DESCRIÇÃO DA DENÚNCIA ACERCA DA AÇÃO QUE CONFIGURA O RECEBIMENTO DA VANTAGEM EM RAZÃO DA FUNÇÃO NÃO CONFIRMADA PELA PROVA COLHIDA EM JUÍZO. RESPEITO AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. DIREITO PENAL QUE NÃO SE CONTENTA COM INDÍCIOS E PROBABILIDADES. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA INVIÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CRIME DE INOBSERVÂNCIA DE LEI, REGULAMENTO OU INSTRUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE ACOLHIDA. INTELIGÊNCIA DO ART. 437, A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR. POSSIBILIDADE DE DAR AO FATO NOVA DEFINIÇÃO JURÍDICA DIVERSA DA CONSTANTE NA DENÚNCIA QUE EXIGE FORMULAÇÃO DE PEDIDO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM ALEGAÇÕES ESCRITAS E CIÊNCIA À PARTE ADVERSA PARA RESPONDÊ-LAS. APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 5 DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR QUE SOMENTE É POSSÍVEL QUANDO IMPORTE EM BENEFÍCIO PARA O RÉU. ACUSADO ABSOLVIDO EM PRIMEIRO GRAU. DESCLASSIFICAÇÃO NESTA INSTÂNCIA QUE IMPLICARIA EM FLAGRANTE PREJUÍZO. DOSIMETRIA. RECLAMO DA UTILIZAÇÃO DO REGRAMENTO DO CÓDIGO PENAL COMUM NO QUE TANGE À CONTINUIDADE DELITIVA. PLEITO PELA APLICAÇÃO DO CÓDIGO PENAL MILITAR. APLICAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU DO ENTENDIMENTO ADOTADO PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA CASTRENSE, SOB FUNDAMENTO DE OBSERVÂNCIA DA ATUAL POLÍTICA CRIMINAL E DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE APLICAM A REGRA ESPECIAL POR ENTENDER QUE O TRATAMENTO DIFERENCIADO POSSUI JUSTIFICATIVA CONSTITUCIONALMENTE

ACEITÁVEL E NÃO VIOLA O PRINCÍPIO DA ISONOMIA. JULGADOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE NÃO ABORDAM A DIVERGÊNCIA DE TRATAMENTO ENTRE OS MILITARES DAS FORÇAS ARMADAS E DAS FORÇAS AUXILIARES. CONDENAÇÃO PELO CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA POR CATORZE VEZES E PELO CRIME DE INOBSERVÂNCIA DE LEI, REGULAMENTO OU INSTRUÇÃO POR QUINZE VEZES. EVIDENTE INJUSTIÇA E DESPROPORCIONALIDADE NA PENA A SER APLICADA AO CASO CONCRETO COM BASE NO CÓDIGO CASTRENSE. PATAMAR SUPERIOR A UM SÉCULO. APLICAÇÃO EXCEPCIONAL DA REGRA CONSTANTE NO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

(TJ-SC - APR: 00077203720168240091 Capital 0007720-37.2016.8.24.0091, Relator: Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Data de Julgamento: 14/02/2019, Quinta Câmara Criminal)

ANEXO BC - SENTENÇA AUDITORIA DE JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DO MARANHÃO

AÇÃO PENAL nº 3991/2016-JME/MA.

AUTOR: Ministério Público Estadual.

ACUSADO: AMARILDO RIOS PINHEIRO – SD PM Nº 604/89

SENTENÇA

I – RELATÓRIO e FUNDAMENTAÇÃO

Com o fito de prestigiar a celeridade processual, relatório e fundamentação conforme pronunciamento e votos proferidos na presente Sessão.

II – DISPOSITIVO

Ante o exposto, analisando todo o contexto probatório, em cotejo com os depoimentos trazidos na instrução processual e os demais meios de prova, sobretudo documentais, restando comprovadas autoria, materialidade e culpabilidade, o Conselho Permanente de Justiça resolve condenar o acusado AMARILDO RIOS PINHEIRO – SD PM Nº 604/89, nos termos do art. 315 do Código Penal Militar.

Passo a dosar-lhe a pena.

III - DOSIMETRIA DA PENA

Considerando o art. 58 do Código Penal Militar e com base no artigo 69 do mesmo diploma legal, passo agora a dosimetria da pena: culpabilidade: normal a delitos desta espécie, considerando a exigibilidade de conduta diversa, visto que o acusado poderia ter evitado que as ações se refletissem sobre seus deveres policiais. Personalidade: sem capacidade técnica para auferir critérios psicológicos e antropológicos. Extensão do dano: dentro dos padrões normais do delito, não merecendo uma reprimenda maior que a prevista ordinariamente. Modo de execução: próprios do delito. Motivação: o presente delito se deu pela necessidade de afastar situação indesejada através da utilização de documentos falsos, fato este que não sobeja a previsão ordinária do tipo. Primariedade: haja vista inexistir nos autos, comprovação anterior devidamente transitada em julgado, tenho o réu como primário.

Assim, fixo a sua pena-base em 02 (dois) anos de reclusão.

Não há circunstâncias agravantes e nem atenuantes.

Presente a causa de aumento de pena de crime continuado, vê-se não ser possível a aplicação do aumento conforme postula o órgão ministerial. É que, é de entendimento pacificado no Superior Tribunal Militar que, em vez de se aplicar a regra prevista no art. 80 do Código Penal Militar, que é muito rígida em matéria de crime continuado, aplica-se, subsidiariamente, a norma do art. 71 do Código Penal comum.

O intuito do STM, ao adotar os princípios norteadores do Código Penal em detrimento do que estabelece o CPM, é evitar que se apliquem penas cumuladas a um agente que comete vários atos criminosos da mesma espécie,

em momentos diversos e contra um mesmo sujeito passivo, para unificá-las numa só.

Dessa forma, majoro a pena em 1/6 (um sexto), o que equivale a 04 (quatro) meses.

Por não haver causa de diminuição de pena, fixo a pena em definitivo no patamar de 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

A pena deverá ser cumprida no Pavilhão de Prisões do Quartel do Comando Geral do Estado do Maranhão, em regime aberto, por analogia ao art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal.

O apenado, nos termos do §1º do art. 36, do CPB, deverá exercer suas atividades durante o dia e recolher-se às 21h00min, na revista do recolher, e ser liberado às 07h00min do dia seguinte.

Por exceder o limite temporal previsto no art. 84 do Código Penal Militar, deixo de conceder o benefício da suspensão condicional da pena.

Dou esta sentença por publicada e devidamente intimados os presentes. Registre-se.

Após o trânsito em julgado, expeça-se mandado de prisão.

(TJ-MA – Ação Penal nº 3991/2016 – JME/MA – Processo nº 0007720-37.2016.8.24.0091, Juiz de Direito: Nelson Melo de Moraes Rêgo. Data de Julgamento: 19/10/2018, Auditoria de Justiça Militar do Estado do Maranhão)

Serviços de Inteligência e (de)colonialidade

Claudio Júnio Carvalho Souza

Graduando em Direito pela Universidade Federal de
Minas Gerais, Belo Horizonte-MG.

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5659847612978298>

ORCID: 0000-0001-6799-7683

Pedro Lucas Moura de Almeida Cruz

Graduando em Direito pela Universidade Federal de
Minas Gerais, Belo Horizonte-MG.

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1629447349781904>

E-mail: pedrolucasufmg@gmail.com

Rafael Sarto Muller

Doutorando em Letras-Literaturas de Língua Portuguesa
pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo
Horizonte-MG.

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3568106426139819>

ORCID: 0000-0002-7651-9023

Data de recebimento: 29/09/2022

Data de aceitação: 11/10/2022

Data da publicação: 14/11/2022

RESUMO: Os Serviços de Inteligência (SI), parte integrante do núcleo coercitivo do Estado e, portanto, instituições regidas pelo Direito Público, são responsáveis pela formação, compilação e análise de conhecimentos estratégicos, fundamentais para

subsidiar os processos de decisão. A Inteligência Policial no campo da criminologia e as Inteligências de Estado na formulação de políticas públicas são exemplos dessa atividade. O presente artigo teórico, guiado por uma abordagem decolonial, pretende demonstrar os vícios e as marcas que sugerem a colonialidade dos SI brasileiros e quais os caminhos possíveis – e essenciais – para a construção de um modelo decolonial, democrático, ético e atento às exigências materiais dos Direitos Humanos. Para tanto, na primeira seção, caracterizamos os SI a partir de suas classificações mais frequentes; na segunda, realizamos uma introdução à definição de colonialidade e às proposições do decolonialismo como abordagem; na terceira e última, analisamos criticamente elementos centrais da constituição e modos de funcionamento dos SI – securitismo e sua gestão e ética. Diante dessa discussão, posicionamo-nos criticamente frente às importações irrestritas dos modelos de SI do “Norte-Global” pelos países periféricos, e estabelecemos os principais eixos para uma proposta decolonial de SI. Como achados teóricos, identificamos que, para além da subsidiariedade estratégica, o modelo brasileiro atual, securitista, secretista, centralizador e hierárquico, proposto pelas cartilhas norte-americanas e europeias de estrutura e gestão dos SI, estabelece e fortalece práticas políticas e militares de exceção e/ou pouco democráticas, desalinhadas do perfil ético dos Direitos Humanos. Por conclusão, a gestão social e a desconstrução aparecem, por fim, como práticas sugeridas para reversão desse quadro.

PALAVRAS-CHAVE: serviços de inteligência; decolonialidade; securitismo; gestão social.

ENGLISH

TITLE: Intelligence Services and (de)coloniality.

ABSTRACT: Intelligence Services (IS), an integral part of the coercive nucleus of the State, are responsible for the formation, compilation and analysis of strategic knowledge, fundamental to support decision-making processes. Police Intelligence in the field of criminology and State Intelligence in the formulation of public policies are examples of this activity. This theoretical article, guided by a decolonial approach, intends to demonstrate the vices and the marks that suggest the coloniality of the Brazilian IS and what are the possible – and essential – paths for the construction of a decolonial, democratic, ethical and attentive model to the Brazilian idiosyncrasies . Therefore, in the first section, we characterize the IS from their most frequent classifications; in the second, we introduce the definition of coloniality and the propositions of decolonialism as an approach; in the third and last, we critically analyze central elements of the constitution and ways of functioning of the IS – securitism and its management and ethics. In view of this discussion, we take a critical stand against the unrestricted imports of IS models from the “North-Global” by peripheral countries, and we establish the main axes for a decolonial IS proposal. As theoretical findings, we identified that, in addition to strategic subsidiarity, the current Brazilian model, securitist, secretive, centralizing and hierarchical, proposed by the US and European primers of IS structure and management, establishes and strengthens exceptional military and political practices and / or undemocratic. Finally, social management and deconstruction appear as suggested practices for reversing this situation.

KEYWORDS: intelligence services; decoloniality; securitism; social management.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Serviços de Inteligência e suas classificações – 3 Colonialidade e Decolonialidade – 4 Elementos centrais do funcionamento dos Serviços de Inteligência – 4.1 Securitismo nos Serviços de Inteligência – 4.2 Gestão dos Serviços de Inteligência – 4.3 Ética dos Serviços de Inteligência – 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Os Serviços de Inteligência (SI) são estruturas que compõem o núcleo coercitivo do Estado e têm como atribuições a produção de informação estratégica para subsidiar os processos de decisão. Um dos exemplos mais conhecidos de sua aplicação dá-se na criminologia, sob a forma específica da Inteligência Policial. Dizer que compõem o núcleo coercitivo significa partir da premissa da existência de um agente adverso a ser combatido e para o qual a informação estratégica deve ser guardada em sigilo. Na mesma esteira, o valor estratégico de determinado conhecimento decorre, dentre outros fatores, do privilégio de acesso que seu detentor possui, sendo um ativo a ser protegido (AGÊNCIA BRASILEIRA DE INTELIGÊNCIA, 2016).

Apesar dessa concepção específica, nos normativos brasileiros a Inteligência é apresentada em sua forma ampliada (BRASIL, 1999):

[...] a atividade que objetiva a obtenção, análise e disseminação de conhecimentos dentro e fora do território nacional sobre fatos e situações de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório e a ação governamental e sobre a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado.

Ao excluir da definição o seu caráter coercitivo e de sigilo, ampliam-se – e muito – suas atribuições. Para sua limitação teórica, alguns autores propõem que a Inteligência, de fato, seja apenas aquela usada como instrumento de Estado, excluindo-se as inteligências privadas (que poderiam se amalgamar na presente definição), mas sem incorrer na restrição de atribuições dos atuais SI (CONGRESSO NACIONAL, 2015).

Sustentamos que essa ampliação dos poderes e atribuições dos SI está longe de se demonstrar como uma proposta inovadora, do ponto de vista do desenvolvimento local, apresentando-se como forma recrudescida do modelo securitista, secretista, centralizador e hierárquico, proposto pelas cartilhas norte-americanas e europeias de estrutura e gestão dos SI.

É com base nisso que traçamos como objetivo do presente trabalho: identificar elementos sugestivos da colonialidade dos SI brasileiros e desdobrar quais seriam os quesitos necessários para a construção de uma proposta decolonial para tais serviços.

O presente artigo está estruturado da seguinte forma: na primeira seção, caracterizamos os SI a partir de suas classificações mais frequentes; na segunda, realizamos uma introdução à definição de colonialidade e às proposições do decolonialismo como abordagem; na terceira e última, analisamos criticamente elementos centrais da constituição e modos de funcionamento dos SI – securitismo e sua gestão e ética.

2 SERVIÇOS DE INTELIGÊNCIA E SUAS CLASSIFICAÇÕES

Em relação às classificações devidas, são vastas as propostas fornecidas por diversos autores, os quais ajudam a caracterizar os espaços de ação dos SI. Essas classificações serão apresentadas aqui em sua forma sintética, uma vez que os limites entre tais categorizações podem ser, eventualmente, menos imediatos do que o apresentado, variando ligeiramente, inclusive, entre autores e países.

Uma primeira classificação formal, conforme o sentido, diferencia as Inteligências propriamente ditas – sentido estrito – como instrumentos de Estado, e as Inteligências privadas, de mercado ou estratégicas – sentido amplo –, usadas por empresas e que, assim, não se tratariam de Serviços de Inteligência de fato (CONGRESSO NACIONAL, 2015).

A classificação Funcional dos SI separa-os em Inteligências de Estado e Inteligências Executivas, de acordo com o tipo de decisão que subsidiam. As Inteligências de Estado voltam-se às decisões não estruturadas, em que há uma multiplicidade de opções a se escolher, e não há nenhum método específico, anteriormente determinado, para que se realize a escolha. As Inteligências Executivas, por sua parte, voltam-se para o subsídio a decisões estruturadas, cuja tomada já está direcionada, prestando-se a auxiliar mais na execução das atividades e suas respectivas decisões operacionais (PACHECO, 2012).

A classificação por Alvo dos SI divide-os em Interna e Externa. A Inteligência Interna volta-se aos alvos interiores ao Estado, relacionando-se, usualmente, aos sujeitos residentes no país (pelo critério de territorialidade) e/ou aos seus nacionais (pelo critério de sanguinidade). A Externa atua para além das fronteiras nacionais, tendo por alvo típico outros Estados e seus cidadãos (UGATE, 2012).

A classificação por Origem dos SI dá-se de acordo com o ente que a institui, podendo ser de uma ampla gama de nomenclaturas. A título de exemplo, citamos as Inteligências Militar (órgãos militares), Policial (órgãos policiais), Ministerial (Ministério Público), Financeira (Conselho de Controle de Atividades Financeiras, Coaf), Estratégica (empresas e órgãos

públicos com atividades meramente administrativas ou de gestão), dentre outras (PACHECO, 2012).

Por fim, cabe destacar também a classificação das Atividades de Inteligência, realizadas pelos SI e usualmente divididas em setores: Operações, Análise (Inteligência) e Contraineligência. O setor de Operações volta-se à coleta (dados abertos) e busca (dados negados) de dados e informações que servirão de base para a construção do conhecimento de Inteligência. O setor de Análise volta-se ao cruzamento e tratamento de dados e informações, produção e difusão do conhecimento gerado para os decisores. A Contraineligência, por sua vez, tem por missão a salvaguarda de todos os ativos de interesse da instituição ou do Estado, aí envolvidos os próprios conhecimentos produzidos, as identidades de seus profissionais, os meios tecnológicos disponíveis, áreas físicas e instalações, a imagem institucional, as próprias operações (como ativo intangível), dentre outros (AGÊNCIA BRASILEIRA DE INTELIGÊNCIA, 2016; GONÇALVES, 2016; PACHECO, 2012).

Exemplos de Serviços de Inteligências são organizadas no Quadro 1, conforme as classificações propostas pelos autores supramencionados. Destaca-se que se trata de informações gerais da atuação principal do órgão, uma vez que os limites entre classificações sempre são problemáticos e eventualmente

órgãos classificados de uma forma possam executar ações que se caracterizam de outra.

Quadro 1 – Exemplos de Serviços de Inteligência e sua classificação

Origem/ Exemplo	Sentido	Funcional	Alvo	Observações ¹
Agência Brasileira de Inteligência	Estrito	Estratégica (de Estado) e Executiva	Interna e Externa	Desenvolve conhecimentos complexos para definir as diretrizes de Inteligência em âmbito nacional e realiza operações para obtenção de dados negados específicos ou trocas de informações de Inteligência com órgãos parceiros, tanto interna quanto externamente.
Inteligência Policial (realizada pela Polícia Federal)	Estrito	Estratégica e Executiva	Interna	Desenvolve conhecimentos complexos para conhecer realidade dos crimes praticados como um todo e executa operações com vistas à elucidação de crimes pontuais (conhecimentos não voltados à composição de provas).

¹ Produzidas a partir de informações provenientes dos próprios estudos que categorizam as Inteligências (PACHECO, 2012; UGATE, 2012; GONÇALVES, 2016), das missões institucionais de determinados órgãos, artigos científicos mencionando o fenômeno do capitalismo de vigilância operado por empresas transnacionais (VIANNA; MENEGHETTI, 2020) e de documentos oficiais de estudos técnicos (AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES, 2018).

<p>Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT)</p>	<p>Estrito</p>	<p>Executiva</p>	<p>Interna</p>	<p>Levanta informações sobre fluxos de veículos no país, monitora redes sociais e pessoas de interesse (líderes de movimentos de caminhoneiros, por exemplo). As diretrizes do uso dessas informações já estão dadas de modo geral.</p>
<p>Empresas Transnacionais (ex.: Google, Microsoft)</p>	<p>Amplio (Inteligência Privada)</p>	<p>Estratégica e Executiva</p>	<p>Interna e Externa</p>	<p>Coletam informações de seus clientes e usuários (executiva), no país sede e em todo o mundo (interna e externa) e usam essas informações para, além de fornecer serviços personalizados para clientes e usuários (executiva), posicionar estrategicamente a empresa perante concorrentes e exercer controle global sobre dados (estratégica).</p>
<p>Inteligência Financeira (realizada pelo Coaf)</p>	<p>Estrito</p>	<p>Executiva</p>	<p>Interna</p>	<p>Acompanhamento das transações financeiras de modo sistemático para identificação e combate a fraudes e outros crimes dessa ordem. As diretrizes já estão postas, conforme sua missão institucional</p>

				(“produzir Inteligência Financeira e promover a proteção dos setores econômicos contra a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo”).
--	--	--	--	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Fonte: elaboração própria.

Como se percebe, a atuação potencial dos SI é muito vasta: operam nos mais diversos órgãos, tanto interna quanto externamente, subsidiando decisões estruturadas e não estruturadas, e com controle sobre toda a cadeia produtiva do conhecimento, desde sua coleta e busca até análise, difusão e salvaguarda. Naturalmente, portanto, a adoção de lógicas securitistas (que se valem do discurso da segurança nacional para legitimar ações), secretistas (que abusam do sigilo intrínseco às atividades de Inteligência para dificultar o controle de suas ações), centralizadoras e hierárquicas acabam por prover tais serviços de um poder quase irrestrito, sendo esse modelo referendado como exemplo a se seguir, sob a alcunha de “moderna gestão” dos SI.

Não à toa, uma das fontes previstas de fundamentos da Doutrina Nacional da Atividade de Inteligência (AGÊNCIA BRASILEIRA DE INTELIGÊNCIA, 2016) é a tradição, sobre a qual se menciona:

A tradição da Atividade corresponde aos conteúdos e às práticas aprimorados e considerados eficazes, desenvolvidos em países onde a eficiência da Atividade é reconhecida. A tradição oferece modelos de atuação e procedimentos que configuram formas de exercer a Atividade e de aperfeiçoá-la.

Os “países nos quais a eficiência da Atividade é reconhecida”, notadamente, referem-se aos Estados Unidos, Reino Unido, Alemanha, dentre outros do norte ocidental. São referidos, especialmente, por se tratarem de democracias consolidadas (em uma perspectiva liberal) e possuírem SI com atribuições bem delimitadas (ainda que não necessariamente limitadas) (GILL, 2012).

Essa constatação já dá claros indícios da colonialidade que transpassa o pensamento brasileiro a respeito da formulação e funcionamento ótimo dos SI. Passamos, então, a ela.

3 COLONIALIDADE E DECOLONIALIDADE

O nosso ponto de partida, nesse sentido, é a Europa Moderna. O continente europeu especializou-se no comensalismo, na captura irrestrita das riquezas da terra, do trabalho e da intelectualidade do outro: o não europeu. Ao “Sul Global”, como consequência da colonização, foi privado – dentre muitas questões – o exercício do pensamento e da

liberdade de se desenvolver com as próprias pernas, ainda que trêmulas pela covarde Divisão Internacional de Riquezas. Como assinala Eduardo Galeano (2017, p. 17), “A divisão internacional do trabalho significa que alguns países se especializam em ganhar e outros em perder” e, aprimorando-se no prejuízo, desde o princípio, a América Latina “continua trabalhando como serviçal” dos interesses estrangeiros, sobretudo do capital, em detrimento do desenvolvimento regional.

Não nos cabe aqui, reafirmar – como muitos autores já o fizeram – os avanços da modernidade, mas sim, constatar que, em sentido paralelo e indispensável, fez-se necessária para essas conquistas a construção da estrutura colonial e, por consequência, da colonialidade, que, segundo Mignolo (2017, p. 2), “nomeia a lógica subjacente da fundação e do desdobramento da civilização ocidental desde o Renascimento até hoje, da qual colonialismos históricos têm sido uma dimensão constituinte”.

A partir dos estudos do sociólogo Aníbal Quijano (2005), responsável pela expressão colonialidade do poder, sobre a qual se alicerçam grandes considerações deste artigo, é fundamental ressaltar a complexidade e capilaridade do fenômeno colonial-moderno europeu na América Latina para, então, compreendermos a posição em que se encontram as relações

sociais e econômicas, mas, sobretudo, de inferioridade de condições para a produção intelectual na região frente à tentação em importar modelos teóricos prontos e tentar aplicá-los à nossa realidade.

A começar com essa breve definição, que por ora nos satisfaz, verificam-se dois fenômenos associados e constituintes da lógica de funcionamento do colonialismo: a fundação do critério de raça como distinção entre colonizadores (europeus) e colonizados (não europeus); e a organização socioeconômica em torno do completo domínio sobre as diversas formas de trabalho, sendo um fator dependente do outro para o seu pleno funcionamento (QUIJANO, 2005). Essa percepção de mundo criou domínios subjetivos os quais historicamente foram utilizados como diferenciação entre colonizadores e colonizados.

Diante do sucesso dessa estratégia europeia de controle no campo econômico, outra imposição colonial ganhou relevância simultaneamente: a ressignificação cultural em torno da lógica eurocêntrica. Isso diz respeito à colonização europeia concentrar, ainda segundo Quijano (2005, p. 121), “o controle de todas as formas de controle da subjetividade, da cultura, e em especial do conhecimento, da produção do conhecimento”.

A América Latina, assim, engendrou-se na submissão como condição para a entrada e participação do capitalismo

global. Não por vontade própria, mas pelo fator perverso da modernidade: a colonialidade do poder, do pensar e do ser (RESENDE, 2017). No campo das relações intersubjetivas, podemos apontar um processo que ocorreu com três faces (QUIJANO, 2005): primeiro, com aproveitamento de conhecimentos locais já produzidos e que poderiam adaptar-se em benefício do desenvolvimento capitalista; segundo, a partir da repressão das formas de produção de conhecimento, de sentidos, do universo simbólico e padrões de expressão dos povos colonizados; e, por último, forçando o aprendizado da cultura colonizadora, mas somente nos aspectos que auxiliavam na reprodução da dominação colonial. É a esse múltiplo processo que designamos a causa da colonialidade intersubjetiva, do saber-ser, a qual dificulta a produção de conhecimentos verdadeiramente locais, direcionados às problemáticas da nossa região, produzidos e pensados por nós, sem buscar validade em autores estrangeiros.

Os estudos decoloniais pressupõem, assim, a existência de uma colonialidade. A percepção da existência dessa colonialidade já é, em si, um primeiro passo da proposição decolonial (MIGNOLO, 2017), pois compreende e assume a posição de subalternidade racial, cultural, econômica e intelectual designada aos países do Sul Global – em específico, à América Latina – como um produto do processo colonial e da

Modernidade como um todo. No campo dos discursos, segundo Viviane Melo Resende (2017, p. 12), busca-se tomar “teorias territorializadas como quaisquer outras” como “universalmente válidas ou intrinsecamente superiores” pelo simples fato de serem um produto da intelectualidade europeia ocidental.

Ao optarmos pela abordagem decolonial, tratamos apenas de não tomar um conhecimento geograficamente localizado, ou seja, produzido sob uma série de características particulares de uma região, como universalmente válido, e reconhecemos a importância e validade de teorias formuladas por pensadores latino-americanos para realidades latino-americanas. Em suma, como assinala Viviane de Melo Resende (2017, p. 10):

[...] o desafio decolonial propõe a produção de conhecimento acessível e útil para a superação de problemas. Isso inclui um pensamento mais próximo do cotidiano, uma superação da objetivação do outro, uma ciência de sujeito para sujeito, um saber compartilhado e mutuamente relevante, uma superação disciplinar.

Nesse campo de batalha pela consagração de produções culturais e intelectuais, cuja conclusão à América latina é de que “tudo nos é proibido, exceto cruzar os braços”, como reflete Galeano (2017, p. 24), pensar e produzir conhecimentos decoloniais, na área dos Serviços de Inteligência, é um importante passo para a construção e efetivação de um projeto

funcional e democrático, atento às especificidades do continente, tais como o narcotráfico, o crime organizado, as milícias e, principalmente, a fragilidade institucional das recentes democracias. Encontramos, nesse caminho, o desafio de desvencilharmo-nos da imposta submissão automática aos interesses e cartilhas de funcionamento dos países europeus e dos EUA: o pensamento decolonial é, portanto, além de um método de abordagem e pesquisa, um exercício de libertação de quem nós nunca fomos e nem seremos.

4 ELEMENTOS CENTRAIS DO FUNCIONAMENTO DOS SERVIÇOS DE INTELIGÊNCIA

A ideia de funcionamento aqui adotada escapa às propostas vinculadas à análise dos processos de construção do conhecimento de Inteligência no interior de um SI. O escopo do presente trabalho preocupa-se com o funcionamento enquanto prática social global, intermediada por uma série de práticas discursivas, as quais permitem conhecer a lógica decisória dos próprios SI quanto à sua própria realidade. Em outras palavras, o modo como se porta e se legitima, enquanto organização, perante outros atores sociais, notadamente, a sociedade civil (FERNANDES, 2019). Nesse ínterim, selecionamos três elementos centrais do funcionamento dos SI para análise: securitismo e sua gestão e ética.

4.1 Securitismo nos Serviços de Inteligência

Ao optarmos por uma metodologia decolonial, não buscamos – como pode parecer à primeira vista – vendarmo-nos à realidade. E nos cabe aqui duas realidades igualmente válidas e simultâneas. Primeiro, a influência atual – e histórica – das teorias setentrionais na dinâmica formativa não somente das nossas estruturas de pensamento, mas principalmente, em nossas estruturas de poder e vigilância. Segundo, a possibilidade de, ao mirarmos um olhar crítico sobre as teorias do Norte Global, interpretá-las e adaptá-las verdadeiramente às nossas realidades latino-americanas tão *sui generis*, cumprindo, com isso, o compromisso decolonial.

É diante e a partir desse pressuposto metodológico que observamos os problemas acerca das indefinições, das contradições e dos usos dos termos “securitismo” e “securitização” na realidade latino-americana. Essas problemáticas são, sobretudo, uma falha de tradução – não no sentido que convencionamos a compreender, como um erro de transcrição de uma língua para outra, mas como uma insuficiência no processo de traduzir, às dinâmicas locais, teorias espacial e metodologicamente localizadas em outra realidade.

Em diversos momentos, utilizamo-nos dos termos “securitismo” e “secretismo” como elementos chaves na

construção da colonialidade e do que aqui convencionamos denominar “a operacionalidade colonial dos SI”.

Propomos, como parte da metodologia decolonial, analisar o processo de construção do significado de securitização, teorizado a princípio pela Escola de Copenhague, como possuído por duas naturezas: uma potencialmente positiva (securitização), quando o processo se apresenta como uma solução possível, eventual, mas sobretudo, pontual; e outra negativa (securitismo), quando se encerra em justificar um estado de exceção permanente como base da operacionalidade do aparato militar e de inteligência do Estado.

A preocupação com a delimitação e diferenciação dos lexos “securitismo” e “securitização” que buscamos empreender visa preencher a lacuna semântica e diminuir as zonas de intersecção e, por consequência, de imprecisão entre os dois termos. O esforço reside em não os tomar como sinônimos, mas pelo contrário, a partir de uma justificativa primeira de ordem gramatical, compreender que existe uma carga de sentido – positiva ou negativa – na escolha de um dos dois termos na construção do sentido pretendido.

Em primeiro plano, cremos haver dois caminhos possíveis aos pesquisadores que se dedicam à importação dessa teoria. A primeira é uma valoração positiva, a qual considera aceitável, possível e, algumas vezes, até necessária a associação

umbilical entre o aparato de forças de segurança (polícias, exército e Serviços de Inteligência de Estado) e a figura política do Estado, qual seja, nos atores políticos que sustentam seu discurso. A essa categoria de pensamento que verifica no processo de securitização algo positivo, necessário e que não se ocupa em criticar sua permanência creditamos ser preferível o uso da terminologia “securitização”.

De fato, a partir da securitização de um tema, ou seja, quando um assunto é alocado como um perigo determinante à existência do Estado, diversas aberturas aos devidos trâmites legais são legitimadas como permitidas. Há uma redução na burocracia estatal com fins de garantir celeridade aos processos exigidos, e políticas de exceção tornam-se válidas, aceitáveis e naturalizadas, visto que buscam assegurar a existência do Estado – e, por extensão, da sociedade – diante dessa ameaça.

É, entretanto, justamente este é o ponto de partida do segundo caminho semântico que se pode compreender a partir do processo de securitização: a normalização da exceção como um estado permanente das ações dos aparatos de segurança caracteriza o que denominamos “securitismo”. Os processos de securitização e securitismo, como já exposto, enquanto atos de discurso, processos de criação, de passagem, mas, sobretudo, de construção, inserem-se na lógica dicotômica do nós-eles, do que é seguro e do que não é, do que deve ser tomado como um

problema político e daquilo que é uma situação de perigo existencial ao bem-estar do Estado (e, por extensão, da sociedade). Depreende-se, portanto, não ser algo natural, como nas palavras de Rodrigues (2016, p.59-60, “não haveria, nesse sentido, uma ontologia do ‘inimigo’, ou seja, um ‘inimigo’ natural ou invariavelmente ‘inimigo’, mas pessoas, hábitos e grupos sociais que são definidos e construídos como tal por outros grupos sociais”).

Sendo um processo construído com base em um discurso, uma narrativa não necessariamente efetiva, mas passível de ser engendrada por interesses políticos, econômicos e sociais bastante específicos, pode ser utilizada para justificar o constante estado de exceção, o qual patrocina medidas violentas, de desrespeito aos Direitos Humanos e às próprias garantias constitucionais contra um grupo também bastante específico da sociedade – só que este, imediatamente antagônico ao grupo propositor da narrativa persecutória – pois como ressalta Leone Henrique Rodrigues Santana, “quando se securitiza um tema, não se define somente quem deve ser protegido, mas também quem deve ser vitimado para que a ameaça seja eliminada” (2018, p. 268). É a lógica nós-eles, amigo-inimigo em seu pleno funcionamento.

A construção dos conceitos de securitismo e securitização decorrem, antes, dos diversos processos que

foram, ao longo da história, conformando a ideia de segurança (AMARAL, 2008). Não sendo a proposta deste trabalho o remonte histórico de tais concepções, optamos por uma abordagem sistemática, que atualiza as várias concepções em torno de um sistema de classificação e organização conceitual que permite ao leitor acessar as diversas nuances de tais conceitos.

Nesse sentido e primeiramente, “segurança” pode ser organizada em duas propostas: uma positiva e uma negativa. A proposta positiva é a respeito do conhecimento certo do futuro, segurança da ocorrência de determinados eventos, controle perante os fatos vindouros. A proposta negativa é a respeito da evitação de eventos negativos, do estado psicológico em que impera a ausência de medo ou ameaça (AMARAL, 2008). Veja-se que, em proposição lógica direcionada a um evento estressor específico, as duas propostas parecem se coadunar em uma proposta única: a não ocorrência de evento negativo consolida-se com a ocorrência de eventos outros positivos. Entretanto, essa é uma interpretação minimizadora do conceito. Veja-se também que, em proposição não direcionada a nenhum evento em específico, a proposta positiva acaba por ampliar a concepção de segurança: não só evita o conjunto de eventos potenciais negativos, mas permite escolher, dentre toda sorte de eventos potenciais positivos, aquele que mais se adere às expectativas

atuais. A proposta negativa legitima o discurso de segurança (uma vez que parece lógico e legítimo que eventos negativos devam ser evitados), enquanto a proposta positiva o amplia. É a partir dessa ampliação operada pela lógica positiva que os discursos de segurança passam a flertar mais profundamente com os discursos economicistas e de eficiência, ganhando força no levante neoliberal e aproximando liberalismo econômico e conservadorismo militar.

Outra organização possível ao conceito de “segurança”, decorrente do desenvolvimento da proposta negativa, diz respeito às características das ameaças em um *continuum* pouco definido, que se desloca: daquelas diretas, imediatas e concretas àquelas indiretas, mediatas e abstratas. As ameaças diretas, imediatas e concretas são aquelas que, ao mesmo tempo, podem ser facilmente identificáveis, nomeáveis, elencadas e têm conhecidas motivação, capacidade técnica para ação e oportunidade. Não existe um espaço de mediação entre a ameaça e o ameaçado que pode reequilibrar os *status* e modificar as regras do jogo e seus resultados posteriores. A ameaça é tida como certa e inquestionável. A título de exemplo estão os casos de guerras declaradas e o terrorismo tradicional identificado. Do outro lado, surgem as ameaças indiretas, mediatas e abstratas, que são aquelas decorrentes de todo um jogo de oportunidades e concorrência em que os opositores o

são postulados em torno de seus rendimentos. Um exemplo claro decorre do escopo das Inteligências de Negócios e dos embates econômicos entre grandes corporações, em que o evento estressor se processa enquanto perda de mercados e lucros e os agentes adversos, condutores da ameaça, podem ser dos mais diversos: todo um rol de corporações consolidadas concorrentes, inovações tecnológicas, surgimento de novos materiais, políticas econômicas de governo, etc. Novamente, a proposta direta e concreta legitima o discurso de segurança, enquanto a proposta indireta e abstrata a amplia para novos setores.

Ao lado da “segurança” está o conceito de “sigilo” ou “segredo”, cujas possibilidades de debate, interpretação e aplicação são análogas ao primeiro. Em sua forma negativa, está em impedir o acesso à informação estratégica por parte de terceiros. Em sua forma positiva, está em obter o máximo de informação estratégica do máximo de fontes, garantindo uma vantagem competitiva informacional perante outros e possibilitando o controle do futuro (à similaridade da segurança positiva). Em sua forma concreta, existem os “dados negados”, cuja revelação incorre em grande prejuízo certo (identidade de agentes de Inteligência, por exemplo). Em sua forma abstrata, incluem-se também dados originalmente abertos, mas processados de tal forma segundo ritos especiais e resultando em

produtos customizados tais que garantem maior certeza na tomada de decisão direcionada a determinados fins (garantindo que propostas anteriormente estabelecidas de modo arbitrário sejam aplicadas a bel prazer do decisor, respaldadas nos subsídios selecionados fornecidos pela Inteligência).

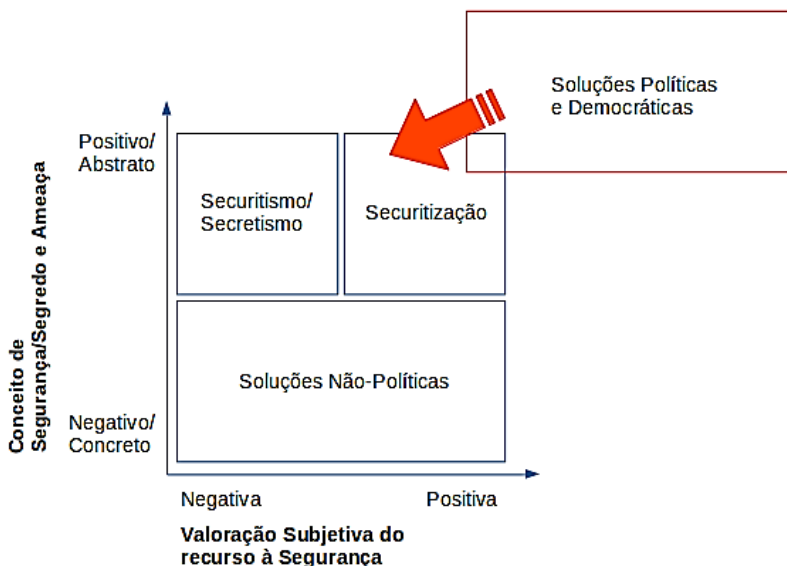
Ao processo de ampliação do conceito de “segurança” – e, com ele, a aplicação de suas premissas restritas a âmbitos e temáticas dos mais diversos – chamamos “securitização” ou “securitismo”. Tais conceitos são tomados, usualmente, por sinônimos ou têm sua diferenciação chancelada por diversos autores baseados em motivos mais ou menos arbitrários. Em usando uma abordagem sistemática e discursiva, baseamo-nos em Grill (2012) para operar tal diferenciação. Os conceitos de securitismo e secretismo decorrem das composições “segurança” e “segredo”, respectivamente, mais a partícula “ismo”. Com função muito mais avaliativa do que meramente denotativa, indicam um julgamento pejorativo do uso das partículas radicalares a que se relacionam (GRILL, 2012). Nesse sentido, adotamos que securitismo está relacionado à prática de se valer do discurso da segurança nacional para legitimar ações dos SI, enquanto que secretismo se relaciona ao abuso do sigilo intrínseco às atividades de Inteligência para dificultar o controle de suas ações em prol de interesses governistas.

Todo esse escopo terminológico (segurança, securitização, securitismo, segredo/sigilo, secretismo) pode ser organizado em torno de dois eixos de variáveis. Um deles relacionado à amplitude do conceito de base (segurança e segredo/sigilo). O outro relacionado à valoração subjetiva dada à ampliação operada (FIGURA 1).

Em todo caso, o apelo à segurança e ao segredo pressupõe a aplicação de soluções não políticas para as ameaças enfrentadas. Se isso se legitima pela urgência e especificidade em face das ameaças diretas, imediatas e concretas por meio do conceito negativo de segurança e segredo/sigilo, sua ampliação (securitismo e secretismo) é decorrência do baixo poder e reentrância que as soluções políticas têm nos espaços decisores. As soluções dialógicas, politizadoras e profundamente democráticas são tomadas, via de regra, por ineficazes e burocráticas, incapazes de atender à urgência que as ameaças impõem. Entretanto, daí decorrem duas problematizações possíveis: (a) que a urgência pode ser construída ou ampliada mediante os mesmos mecanismos de legitimação do securitismo e do secretismo, extrapolando o conceito de segurança e exacerbando o potencial das ameaças; (b) que as soluções políticas e democráticas, adequadas para as ameaças incertas, indiretas, mediatas e abstratas, só são hoje consideradas

ineficientes por falta de prática e/ou interesse dos decisores em não as praticar.

Figura 1 – Organização sistemática dos conceitos de Securitismo e Secretismo conforme seus atributos semânticos



Fonte: elaboração própria.

4.2 Gestão dos Serviços de Inteligência

No plano da gestão, existem dois principais modelos-paradigmas que servem de base à construção dos casos específicos de gestão: gestão social (GS) e gestão estratégica (GE). Elas opõem-se organicamente. Dentre os fatos que compõem essa oposição, estão: (a) a GS prima pela cooperação e solidariedade, enquanto a GE volta-se à concorrência e à eliminação de seu opositor; (b) na GS prevalece o diálogo e na

GE o monólogo; (c) a GS dota-se de visão participativa e dialógica, enquanto a GE volta-se a um utilitarismo tecnoburocrata (TENÓRIO, 2005).

A partir da constatação da democracia deliberativa, que ocorre quando são ordenadas as necessidades de determinada comunidade, consideram-se as pluralidades de forma de comunicação – morais, éticas, pragmáticas e de negociação. Dessa maneira, a gestão social parte do princípio de que, nas correlações “sociedade-Estado” e “trabalho-capital”, os atores sociedade e trabalho são indispensáveis para a articulação de estratégias e visam o bom funcionamento da sociedade, a partir da conciliação com o mercado, a fim de manter uma gestão que seja satisfatória para ambas as esferas da vida pública. Isso se dá por meio da justiça, entendida como a garantia processual da participação em igualdade de condições. Assim, portanto, “‘A política’ é concebida como a forma reflexiva da vida ética substantiva, (...), como o meio pelo qual os membros de comunidades, mais ou menos integradas, tornam-se conscientes de sua mútua dependência” (HABERMAS, 2004, p. 198 *apud* TENÓRIO, 2005, p. 108), de maneira equivalente e equiparada.

Dessa maneira, a perspectiva social de gestão pública encontra seus alicerces no conceito de cidadania deliberativa. Nesse contexto, “a legitimidade das decisões políticas deve ter origem em processos de discussão, orientados pelos princípios

da inclusão, do pluralismo, da igualdade participativa, da autonomia e do bem comum” (TENÓRIO, 2005, p. 105). Não obstante, a gestão pública social parte do princípio de que a eficiência é atribuída à ampla comunicação, nos diversos setores correspondentes, a partir da conciliação moral e ética dos interesses dominantes. Assim, é proposta uma nova forma deliberativa, fora do contexto neoliberal, quando são evidenciadas as possibilidades de escape das barreiras de classe, da estratificação e exploração social, construindo, dessa maneira, uma sociedade culturalmente emancipada, conforme sua própria lógica histórica e social. Trata-se do ato emancipatório, uma vez que os indivíduos se apropriam das possibilidades de cidadania e participação, com o propósito de construir seu próprio futuro, tornando seus interesses evidenciados e discutidos.

Doutro lado, a gestão estratégica “é um tipo de ação social utilitarista, fundada no cálculo de meios e fins e implementada através da interação de duas ou mais pessoas na qual uma delas tem a autoridade formal sobre a(s) outras(s).” (TENÓRIO, 2005, p. 120). Ela se trata de um fenômeno pautado pela coalizão entre as noções de competência técnica e hierarquia, valendo-se de discursos de ordem economicista para legitimar o seu emprego.

Um desses discursos, no campo da Inteligência, decorre de sua função instrumental: de que a Inteligência funciona como instrumento que fornece subsídios aos tomadores de decisão de forma isenta, materializado nos princípios de objetividade e imparcialidade (AGÊNCIA BRASILEIRA DE INTELIGÊNCIA, 2016), e, enquanto ferramenta, pode ser usada para fins legítimos ou ilegítimos, estando o problema em seu detentor.

Entretanto, é sabido da própria estrutura do conhecimento que não existe realidade objetiva outra que não aquela consensualizada de modo subjetivo entre os homens (GOLDSTEIN, 2009). Ao produzir qualquer conhecimento, este necessariamente estará enviesado pelas premissas adotadas durante a sua formulação e pela forma que é apresentado, uma vez que toda a linguagem decorre de processos empíricos e subjetivos (MOREIRA, 2005), não havendo que se falar em linguagens objetivas como diferentes daquelas expressivas (CANDIDO, 2006). Mais especificamente, no campo da Inteligência, o problema ainda se recrudescer, uma vez que os processos de recrutamento para seus quadros são baseados na confiança pregressa existente entre aqueles quadros historicamente lotados e os ingressantes (OLIVEIRA, 2018), sugerindo a formação de um corpo mais hegemônico em termos

de visão de mundo (notadamente, a visão de mundo que ainda acredita em objetividade instrumental do conhecimento).

A GE corre, portanto, lado a lado com novas concepções de Estado, notadamente o Estado Heterogêneo conforme descreve Boaventura de Souza Santos (2016, p. 52):

[O Estado heterogêneo] não se baseia nem no direito, nem na violação do direito e é mais positivo do que negativo – atua por meio de decisões administrativas, objetivos econômicos, mecanismos monetários e financeiros, incentivos fiscais, taxas de câmbio, subsídios, formação profissional, ameaças públicas contra os atores sociais mais agressivos, controle das greves do setor público, criação de mitos de desenvolvimento por intermédio dos meios de comunicação social etc.

O grande trunfo do Direito enquanto instrumento fora transferir parte do poder da força para os cidadãos, permitindo uma participação mais direta; do contrário, o Direito é exclusivamente instrumento legitimador da força. A fonte da legitimação democrática, portanto, reside muito mais na premissa de participação popular e redução da concentração da força do que na mera positivação por meio do Direito, das instituições e suas atribuições, em especial em um contexto de Estado heterogêneo em que a função do Direito se redireciona à manutenção da uma ordem social aparente.

Uma das estratégias baseadas no Direito desse modelo de Estado pressupõe a criação de espaços técnicos especializados para a tomada de decisões de modo aparentemente dialogado, ao que a existência de atores sociais organizados e que se submetam a esse pacto social e conjunto de normas de diálogo previamente impostas pelo Estado torna-se um imperativo (SANTOS, 2016). Esse diálogo, como se depreende, é meramente formal e parte de um processo de tentativa de legitimação do modelo, uma vez que exclui da participação os setores que não aceitem se submeter a tais normas, acatando apenas aqueles discursos concordantes com as previsões hierarquicamente impostas. É nesse meio, de conhecimentos estratégicos e tomadas de decisões subsidiadas por órgãos e setores competentes para tal, que a Inteligência exerce suas atividades.

Como se percebe, as lógicas securitistas e secretistas são incompatíveis com a gestão social, pressupondo a adoção de uma gestão estratégica pelos SI. A própria concepção de conhecimento estratégico faz residir nele o caráter de exclusividade de acesso, garantido pelo sigilo. É nessa esteira que os diversos discursos que sustentam os SI vão se legitimando entre si, em um enovelado discursivo que é coerente apenas internamente, mas frágil quando confrontado com

princípios basilares externos mais profundos de uma democracia realmente participativa e inclusiva.

Se o modelo decolonial pressupõe quebra com modelos importados; e modelos importados estão baseados no securitismo, secretismo e gestão estratégica, impõe pensar propostas de gestão social para os Serviços de Inteligência. O primeiro elemento dessa aproximação reside no desenvolvimento de propostas mais profundas e enérgicas de Controle Social.

Ocorre que o mais longe que teóricos chegam é tratar a existência do controle social de modo abstrato, vinculando-o, muitas vezes, a um controle esporádico, dependente da mídia cuja legitimidade torna-se instável, e responsabilizado como deficitário e ineficiente em decorrência de condições internas de falta de cidadania, ignorando o papel do Estado heterogêneo na manutenção desse contexto. É o caso proposto por Gonçalves (2018, p. 35), em que o Controle Social:

Trata-se de mecanismo de manifestação da cidadania ativa, no qual o cidadão fiscaliza o Poder Público e cobra medidas dos governantes e demais agentes públicos. Quanto mais desenvolvida a noção de cidadania em uma sociedade, mais efetivo pode ser o controle social. A mídia tem papel relevante nesse contexto.

Na sequência, para uma proposta decolonial, há que se solapar a ideia hierárquica existente de que a gestão estratégica é

a solução mais alinhada aos pressupostos dos SI, desconstruindo a ideia do modelo baseado em GS como mera alternativa ao GE e permitindo-se pensá-la como uma necessidade imperativa de reversão dos rumos de constituição e operação do Estado que vão se conformando. O elemento central que impede a realização dessa mudança paradigmática reside exatamente na concepção de hierarquia, elemento fundante de todas as concepções até o momento debatidas: securitismo, secretismo e gestão estratégica.

Hierarquia e igualdade são duas categorias de princípios complementares que estão intrinsecamente relacionados com holismo e individualismo e “constituem dois conjuntos de representações sociais, duas configurações de ideias e valores característicos de uma dada sociedade, [...], duas ideologias” (PINHEIRO, 2001, p. 96). Apesar de complementares, o modelo hierárquico “implica um caráter de universalidade das estruturas em oposição” (PINHEIRO, 2001, p. 98), o que significa dizer que, mesmo relações de oposição aparentemente em pés de igualdade são conformadas de tal modo que um dos elementos seja englobante em relação ao outro. Assim, conceber a GS apenas como alternativa à GE não as coloca em relação de igualdade, mantendo-se o caráter hegemônico da opção pela segunda.

No campo da Inteligência, tais operações ideológicas se processam por transferência de discursos de legitimação. De um lado, os SI afirmam-se conciliáveis com o Estado Democrático de Direito ao constatarem-se enquanto exceção: por operarem o sigilo, exceção à regra da transparência prevista nos normativos institucionais; e por usarem, em suas produções de conhecimentos, uma parte minoritária de dados negados. Doutro, baseiam-se em premissas que se contradizem a esse primeiro discurso, uma vez que se guiam por uma proposta hegemônica de gestão estratégica. Como resultado, segurança degenera-se em securitismo e sigilo em secretismo.

4.3 Ética dos Serviços de Inteligência

De maneira a compreender como os Serviços de Inteligência se apropriam das premissas éticas ditadas pelos países do norte-global, passamos à exposição de seus principais paradigmas teóricos, a fim de, posteriormente, evidenciar as contradições decorrentes dessas opções.

O idealismo kantiano é um conceito amplamente utilizado como um parâmetro para classificar uma ação como ética, ou não. Kant parte do princípio de que, para uma ação ser considerada ética, ela deve ter um cunho universal que tenha ampla aceitação e que esteja de acordo com o princípio da dignidade humana. Nesse sentido, uma ação que usufrui

ilegalmente de dados particulares ou que manipula fontes humanas é considerada moralmente condenada pelo imperativo categórico de Kant, uma vez que “a manipulação da coerção de uma fonte humana controlada seria condenada, pois usa um ator humano como uma ferramenta para um fim político” (JONES, 2010).

Entretanto, pressupostos enquanto agentes éticos, a realidade dos Serviços de Inteligência contraria a lógica deontológica, pois exploraria, em grande parte, apenas a desonestidade alheia. Assim, uma discussão moral sobre os Serviços de Inteligência inevitavelmente questiona a base do funcionamento dessas instituições e evidencia a necessidade de readaptação – ou mesmo de reformulação – das estratégias usadas para colher informações que são úteis para a segurança nacional. O problema se dá uma vez que se parte do pressuposto de que “fontes abertas” não exigem limitações éticas.

Em contrapartida, há também a perspectiva da ética sob a ótica realista, originada por pensadores como Maquiavel e Hobbes (JONES, 2010). Nessa vertente, os indivíduos, por meio de um consenso, aceitam que algumas de suas liberdades naturais sejam privadas, em troca de segurança nacional, que é fornecida pelo Estado. De acordo com o pensamento realista, as ações podem ser moralmente justificadas pela manutenção da ordem social. Nesse sentido, a vertente ética realista se opõe à

idealista, visto que, para a primeira, uma ação é considerada ética quando produz o bem maior para a comunidade política, enquanto, na última, todos os atores humanos são únicos e devem, portanto, ser respeitados em sua subjetividade.

Assim, para cumprir com a lógica da segurança nacional, os Estados têm o pressuposto ético baseado na hegemonia da comunidade política. Dessa maneira, portanto, toma-se por discurso que é eficaz que uma nação obtenha informações ilegais, seja de um civil ou de outra nação, caso a intenção seja determinar as existentes, e potenciais, ameaças.

Então, sob o argumento da moralidade realista, uma abordagem agressiva e criativa de coleta de informações nada mais é do que uma forma eficiente, usada pelo Estado, para manter a soberania nacional, livre de interferências, tornando-se “caçadores e não coletores”. Essa ideia popularizou-se principalmente após o ataque de 11 de setembro, quando os debates sobre a crescente função dos serviços de inteligência tornaram-se uma necessidade, a fim proteger ostensivamente as comunidades do terrorismo (JONES, 2010).

Existem vários desdobramentos que se resultam a partir da abordagem realista: por não haver limites claros na política internacional sobre os serviços de inteligência, é comum que haja desconfiança e insegurança em relação às diferentes comunidades nacionais. Em contrapartida, espera-se, também,

que as comunidades se agrupem em coalizões amigas, com o intuito de trabalharem em conjunto, no contexto da segurança contra o terrorismo, por exemplo.

Apesar de opostas, as vertentes idealista e realista são importantes ferramentas para refletir, e até mesmo para reformular, os Serviços de Inteligência. Por serem de criação humana, são instituições que carecem de constante aperfeiçoamento, com o intuito final de atingir a praticidade e que respeitem os parâmetros éticos da comunidade a qual estiver inserida. Nesse contexto, as abordagens da teoria consequencialista e da guerra justa à inteligência ética podem ser vistas como “idealismo pragmático”, por unirem aspectos das diferentes perspectivas idealista e realista.

O consequencialismo preocupa-se mais com os fins, assim como o realismo, do que com os meios utilizados para colher informações necessárias para garantir a soberania nacional (JONES, 2010). Dessa maneira, julga as ações pelo valor de suas consequências finais. Entretanto, por ser uma adaptação às duas perspectivas, o consequencialismo também aborda aspectos do idealismo. Por exemplo, são considerados os impactos negativos de ações que causam danos. Assim, nesse sistema, as ações éticas são as que produzem o melhor resultado geral, num espectro que equilibre as duas perspectivas. Nessa esteira, o consequencialismo objetiva o benefício geral,

garantido pela comunidade de inteligência, a fim de promover a estabilidade da segurança nacional, sendo possível superar a questão da moralidade envolvida nos métodos utilizados para obter as informações.

Métodos particulares de inteligência poderiam ser amplamente utilizados se os seus fins promovessem o objetivo idealista de paz internacional. A partir disso, portanto, métodos coercitivos são moralmente aceitos, desde que a finalidade da ação esteja emparelhada a um objetivo benéficamente reconhecido. A vertente consequencialista não é defensora de que tudo é válido; e sim, de que a aceitação de determinada ação é derivada dos meios que resultam no fim objetivado. Por exemplo, métodos de tortura poderiam ser aceitos, caso um prisioneiro obtivesse informações que financiariam o fim, ou a prevenção, de algum ataque à comunidade social. Do ponto de vista crítico, aponta-se usualmente que o consequencialismo carece de padrões éticos objetivos, visto que determinada ação será considerada ética, a partir do contexto a qual estiver inserida. Nesse sentido, o relativismo é tomado como um problema, uma vez que diversas variáveis serão consideradas, tais como o objetivo final, os meios, o modelo ético e moral tido como parâmetro para justificar determinada ação etc. Assim, para definir se alguma ação atingirá, ou não, um fim que seja benéfico, é necessário que todo um contexto seja levado em

consideração, além da necessidade da certeza, em relação ao benefício final conquistado (JONES, 2010).

Não se menciona, por exemplo, o paradoxo gerado pela lógica consequencialista na problemática da paz internacional, em que esta estaria automaticamente solapada pelo uso ele mesmo dos métodos de tortura (não se poderia configurar “paz internacional” em um contexto em que a tortura é uma prática rotineira). Igualmente, a objetividade é tomada como parâmetro válido e a multiplicidade de variáveis como um problema a ser superado, quando, na aproximação entre teoria e prática, o movimento deveria ser exatamente o contrário: compreender que a objetividade é uma convenção social que limita e reduz, por meio da generalização, as idiosincrasias dos sujeitos e que a solução pluralista e inclusiva – mais próxima do ideário idealista – visa combater esse reducionismo.

A abordagem eleita como oficial para os SI é a Teoria da Guerra Justa, considerada um método eficaz para determinar a legitimidade do uso da força nas relações internacionais. Portanto, utilizando-se do conceito idealista, os meios morais e éticos de Kant são amplamente considerados, porém, considera-se, também, que as nações não devem – e não podem – abdicar-se de seus interesses vitais às ameaças de segurança. Nessa esteira, as estratégias utilizadas são determinadas pelo último recurso, quando são considerados fatores como intenção correta,

meios proporcionais, probabilidade de sucesso, consideração pelas consequências humanas e discriminação (JONES, 2010).

Como se depreende, a Teoria da Inteligência Justa, derivada da proposta de Teoria da Guerra Justa, utiliza-se do recurso ao securitismo para legitimação das ações outrora condenáveis. A ameaça à segurança nacional dota-se de caráter especial, sendo considerada legítima por si mesmo. Interpelada pelo discurso de segurança, a forma de lidar com a ameaça é convertida em forma de lidar com a segurança, distanciando sujeito e objeto (ameaça) e tornando as ações do primeiro em relação ao segundo mais palatáveis. A título de exemplo, deixa-se de abordar a “eliminação do outro” (que pressupõe um igual ou similar concreto) e passa-se a abordar, discursivamente, a “eliminação do risco” (cuja natureza abstrata torna-o diverso do sujeito). É com essa passagem, do concreto ao abstrato, que fica caracterizada a securitização, inclusive, da ética de Inteligência.

Do ponto de vista lógico, a operação engendrada da passagem do consequencialismo à Teoria da Guerra ou Inteligência justa é a mesma composição de formas da díade securitização-securitismo: uma forma positiva legitima, enquanto uma forma negativa a amplia. O consequencialismo é o discurso de legitimação, frágil pelo paradoxo evidente e inaplicabilidade. A Teoria da Guerra Justa, ao formular a mesma proposição em formato negativo (deixa-se de buscar a “paz

internacional” para se buscar a “ausência de riscos internacionais”, uma vez que os Estados não podem abrir mão de defender-se deles). No todo, realismo, consequencialismo e Teoria da Guerra Justa compõem um só núcleo de racionalidade ética que tenta se legitimar pela força, pela repetição do mesmo conteúdo sob formas diferentes, aparentando quantitativamente superior ao idealismo.

Nessa esteira, uma vez que o bloco realismo-consequencialismo – “Inteligência Justa” – é a expressão da legitimação da força pela força ela mesma, a própria ética torna-se incompatível com a Inteligência. Uma vez que a ética se comporta como crítica à regra, o fato de a ética da Inteligência ser securitizada e haver a obrigação de adotar-se um modelo ético estanque (hoje a chamada Teoria da Inteligência Justa), converte-se ela mesma em regra. Note-se que a própria Doutrina Nacional da Atividade de Inteligência, no Brasil, preceitua: “o profissional deve ser crítico para avaliar as situações, julgando de modo arguto se e por que esse ou aquele procedimento é necessário e que implicações impõe” (AGÊNCIA BRASILEIRA DE INTELIGÊNCIA, 2016, p. 252). Ao exigir a postura de julgamento dos meios necessários e suas implicações a cada situação, exige, na prática, a adoção da Teoria da Inteligência Justa, minorando a importância da multiplicidade de proposições éticas em torno da complexidade e contradizendo-se

em seus próprios termos, uma vez que anteriormente, no mesmo texto, houvera afirmado “inconveniente e improdutivo aderir a apenas uma delas” [abordagens éticas] (AGÊNCIA BRASILEIRA DE INTELIGÊNCIA, 2016, p. 252).

Dito em termos claros, em que pese o esforço discursivo de proposição de uma “Inteligência Justa”, a Inteligência como conhecida hoje não pode ser ética. A única possibilidade ética para a Inteligência, portanto, decorre de sua desconstrução. Uma vez caracterizada a partir dos constructos de securitismo, secretismo e gestão hierárquica e centralizada, a sua saída envolveria a descentralização, a transparência e a busca de soluções democráticas para os problemas a que ela se propõe resolver, ainda que sob a pena (ou risco) de descaracterizá-la.

5 CONCLUSÃO

Pensar os Serviços de Inteligência de maneira decolonial significa ultrapassar as atuais caracterizações dessa estrutura, de modo a repensar, até mesmo, sua própria definição. Historicamente, a América Latina foi subvertida aos interesses dominantes, de maneira imposta, com o intuito de favorecer os países detentores da hegemonia capitalista (GALEANO, 2000). Nesse sentido, os países latino-americanos especializaram-se na reprodução de teorias e comportamentos institucionais

favoráveis à ótica arbitrária de poder, de maneira acrítica, subjugando-se aos interesses estrangeiros.

É nesse sentido que as produções intelectuais nascentes no contexto europeu e norte-americano, bem como as estratégias utilizadas no que tange aos Serviços de Inteligência, foram absorvidos, também, pelas sociedades sul-americanas, sem uma prévia racionalização sobre as desvantagens dessa reprodução. É válido reforçar, porém, que tal apropriação foi fruto de mecanismos de dominação dos autointitulados países de primeiro mundo, ao forçarem, pois, a universalização dessas estratégias.

A fim de compreender as especificidades políticas, econômicas, sociais, culturais e estruturais de cada país, é necessário que sejam produzidos e valorizados os conhecimentos locais. Assim, as produções científicas nacionais possuem o papel de reformular e de adaptar as atuais políticas que concernem à estruturação dos SI, de modo a serem convenientes às necessidades locais.

Isso posto, concluímos com nossa pesquisa que os SI brasileiros estão colonizados pelos modelos e proposições norte-americanas e reproduzem discursos hegemônicos desconectados com a realidade pluralista brasileira, quais sejam: (a) o discurso securitista e secretista de oposição entre grupos sociais diversos, minando possibilidades de debates em torno de soluções mais

democráticas; (b) o discurso da Gestão Estratégica, centralizador do poder, excludente e que reproduz o discurso da instrumentalidade e objetividade dos SI como forma de autolegitimação; (c) o discurso da “Ética da Inteligência Justa”, que reproduz a outros termos a lógica realista de supressão de direitos e valores em prol dos objetivos estabelecidos pelos detentores do poder.

Em final, todos os elementos reproduzem a lógica neoliberal da exploração do outro e da concentração de poder. No viés decolonial, essa lógica é substituída por uma lógica pluralista e inclusiva, propondo que as soluções fáticas sejam construídas de modo dialógico com a sociedade, mediante processos de gestão social, auto-organização e ação direta. Soluções estas, portanto, mais profundamente democráticas.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASILEIRA DE INTELIGÊNCIA. *Portaria N° 244-ABIN/GSI/PR*, de 23 de agosto de 2016. Aprova os Fundamentos Doutrinários da Doutrina Nacional da Atividade de Inteligência. 2016. Disponível em: <https://www.gov.br/abin/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/Col3v5.pdf/view>. Acesso em: 1 dez. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES. *Estudo Técnico Preliminar da Contratação: Solução*

Tecnológica de Inteligência e Gestão da Informação. 2018.

Disponível em:

http://www.antt.gov.br/backend/galeria/arquivos/2019/12/12/ETP_Inteligencia.pdf. Acesso em: 12 dez. 2019.

AMARAL, Arthur Bernardes do. *A Guerra ao Terror e a Tríplice Fronteira na agenda de segurança dos Estados Unidos*. 2008. 278 f. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro (RJ), 2008. Disponível em: <https://doi.org/10.17771/PUCRio.acad.13091>. Acesso em: 25 ago. 2020.

BRASIL. *Lei nº 9.883, de 7 de dezembro de 1999*. Institui o Sistema Brasileiro de Inteligência, cria a Agência Brasileira de Inteligência - ABIN, e dá outras providências. 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9883.htm. Acesso em: 1 jun. 2020.

CÂNDIDO, Antônio. *O estudo analítico do poema*. São Paulo: Associação Editorial Humanitas, 2006. Disponível em: <http://lelivros.love/book/baixar-livro-o-estudo-analitico-do-poema-antonio-candido-em-pdf-epub-e-mobi-ou-ler-online/>. Acesso em: 15 maio 2020.

CONGRESSO NACIONAL. Comissão Mista de Controle das Atividades de Inteligência. *Relatório de Atividades 2015*. Brasília: 2015. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/801dc07e-afc7-4bbe-942b-84c41c17d471>. Acesso em: 18 maio 2020.

FERNANDES, Kamila Bossato. Um guia para a análise crítica multimodal. *Galáxia (São Paulo)*, n. 41, p. 183–186, ago. 2019. DOI [10.1590/1982-25542019240203](https://doi.org/10.1590/1982-25542019240203). Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1982

[-25532019000200183&lng=en&nrm=iso&tlng=pt](#). Acesso em:
14 jan. 2021.

GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina*.
Porto Alegre, RS: L&PM, 2017.

GILL, Peter. Alguns aspectos da reforma da inteligência na
América Latina. *Varia Historia*, v. 28, n. 47, p. 101–120, jun.
2012. DOI 10.1590/S0104-87752012000100006. Disponível
em:
http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0104-87752012000100006&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em:
28 maio 2020.

GOLDSTEIN, Rebecca Newberger. *Incompletude: a
demonstração e o paradoxo de Kurt Gödel*. 1. ed. Lisboa:
Gradiva, 2009.

GONÇALVES, Joanisval Brito. *Atividade de inteligência e
legislação correlata*. Niteroi-RJ: Impetus, 2016.

GONÇALVES, Joanisval Brito. *Políticos e espões: o controle
da Atividade de Inteligência*. Niteroi-RJ: Impetus, 2018.

GRILL, Igor Gastal. “Ismos”, “ícones” e intérpretes: as lógicas
das “etiquetagens” na política de dois estados brasileiros (MA e
RS). *Revista de Sociologia e Política*, v. 20, n. 43, p. 193–220,
out. 2012. DOI 10.1590/S0104-44782012000300009.
Disponível em:
http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0104-44782012000300009&lng=en&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em:
1 dez. 2020.

JONES, Jennifer Morgan. Is Ethical Intelligence a Contradiction
in Terms? *In: Ethics of Spying: A Reader for the Intelligence
Professional*. [S. l.: s. n.], 2010. p. 21–31. Disponível em:

https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=ICq7gAMV2OUC&oi=fnd&pg=PA21&ots=b8_hE0zDNd&sig=PdCBml_To77jCfDgDc5MrazF0uw&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false. Acesso em: 10 abr. 2020.

MIGNOLO, Walter D. Colonialidade: o lado mais escuro da modernidade. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, São Paulo, vol. 32, no. 94, p. 1-18, junho, 2017. Disponível: [0102-6909-rbcsoc-3294022017.pdf](https://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v32n94/0102-6909-rbcsoc-3294022017.pdf) (scielo.br). em: <https://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v32n94/0102-6909-rbcsoc-3294022017.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2020.

MOREIRA, Vivianne de Castilho. *Leibniz & a Linguagem*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

OLIVEIRA, Marcel Carrijo de. A confiança como requisito para a gestão de segurança em organizações de Inteligência de Estado. *Revista Brasileira de Inteligência*, n. 13, p. 61–76, 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/abin/pt-br/centrais-de-conteudo/revista-brasileira-de-inteligencia/RBI13.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2021.

PACHECO, Denilson Feitoza. *Inteligência, Segurança e Direito: políticas e operações de Inteligência*. 2012. 264 f. Relatório de Pesquisa da Residência Pós- Doutoral – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, 2012.

PINHEIRO, Clara Virgínia de Queiroz. Indivíduo e sociedade: um estudo sobre a perspectiva hierárquica de Louis Dumont. *Revista Mal Estar e Subjetividade*, v. 1, n. 1, p. 94–105, set. 2001. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1518-614820010001000006&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt. Acesso em: 3 ago. 2020.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais Perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires, Argentina: CLACSO, 2005, p. 107–130. Disponível em:
http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_QUIJANO.pdf. Acesso em: 18 dez. 2020.

RESENDE, Viviane de Melo. *Decolonizar os estudos críticos do discurso: por perspectivas latino-americanas*. In: XII CONGRESSO INTERNACIONAL DA ALED, 18 out. 2017. Universidad Católica - Santiago do Chile: [s. n.], 18 out. 2017. DOI <https://doi.org/10.1080/17405904.2020.1754869>. Disponível em:
<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/17405904.2020.1754869>. Acesso em: 18 dez. 2020.

RODRIGUES, Thiago. Narcotráfico, militarização e pacificações: novas securitizações no Brasil. In: PASSOS, Rodrigo Duarte Fernandes dos; FUCILLE, Alexandre (orgs.). *Visões do Sul: crise e transformações do sistema internacional*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2016, v. 2, p. 55–87. Disponível em:
https://www.academia.edu/29598890/Vis%C3%B5es_do_Sul_Crise_e_Transforma%C3%A7%C3%B5es_do_Sistema_Internacional_Vol_2_South_Views_Crisis_and_International_System_Transformations_Vol_2. Acesso em: 20 jan. 2021.

SANTANA, Leone Henrique Rodrigues. Discursos na construção de inimigos: a guerra às drogas como objeto de intervencionismo e repressão de grupos sociais. *CSONline - Revista Eletrônica de Ciências Sociais*, n. 25, 2017. DOI 10.34019/1981-2140.2017.17487. Disponível em:
<https://periodicos.ufjf.br/index.php/csonline/article/view/17487>. Acesso em: 18 dez. 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A difícil democracia: reinventar as esquerdas*. 1. ed. São Paulo, Brasil: Boitempo, 2016.

TENÓRIO, Fernando Guilherme. (Re)Visitando o Conceito de Gestão Social. *Desenvolvimento em Questão*, v. 3, n. 5, p. 101–124, 2005. DOI 10.21527/2237-6453.2005.5.101-124.

Disponível em:

<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/desenvolvimentoemquestao/article/view/108>. Acesso em: 20 mar. 2020.

UGATE, José Manuel. El ámbito normativo de la inteligencia interior en América Latina. *Varia Historia*, v. 28, n. 47, p. 121–162, jun. 2012. DOI 10.1590/S0104-87752012000100007.

Disponível em:

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0104-87752012000100007&lng=en&nrm=iso&tlng=es. Acesso em: 28 maio 2020.

VIANNA, Fernando Ressetti Pinheiro Marques;

MENEGHETTI, Francis Kanashiro. Isso é Crowdsourcing ou Crowdsensing? Uma análise da participação humana em plataformas digitais à luz da perspectiva do Capitalismo de Vigilância. *REAd. Revista Eletrônica de Administração (Porto Alegre)*, v. 26, n. 1, p. 176–209, abr. 2020. DOI 10.1590/1413-2311.280.96476. Disponível em:

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1413-23112020000100176&lng=en&nrm=iso&tlng=en. Acesso em: 14 jan. 2021.

Este periódico foi impresso em Brasília (DF), em novembro de
2022, pela Gráfica Movimento.

O papel do miolo é o Pólen 80g, e o da capa é o Duo Design
250g.

Visite o site da Revista do MPM: <https://revista.mpm.mp.br/>