

Revista do
MINISTÉRIO
PÚBLICO
MILITAR

EDIÇÃO N. 39, MAIO 2023, TOMO I

revista.mpm.mp.br

Qualis B4



1920

MPM 100
ANOS

MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR

Revista do Ministério Público Militar

**Brasília – DF
2023**



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
Subprocurador-Geral 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
Ministro do Superior Tribunal Militar

Romana de Castro
Secretária

Revista do Ministério Público Militar

Ano XLVIII – Edição n. 39 – maio de 2023 – Tomo I
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>*

Qualis: B4

Licença Creative Commons: CC BY 4.0

Capa: Carole Kümmecke

Revisão de textos e diagramação: Romana de Castro

Tiragem: 400 exemplares

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

Revista do Ministério Público Militar – Ano I, n. 1 (1974) – Ano 48, Edição n. 39 (maio 2023) – 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

A maior riqueza do homem
é a sua incompletude.
Nesse ponto sou abastado.
Palavras que me aceitam
como sou – eu não aceito.
Não aguento ser apenas
um sujeito que abre
portas, que puxa válvulas,
Que olha o relógio, que
compra pão às 6 horas da tarde,
que vai lá fora,
que aponta lápis,
que vê a uva etc. etc.
Perdoai
Mas eu preciso ser Outros.
Eu penso renovar o homem
usando borboletas.
(Manoel de Barros)

É com inexcusável júbilo que lanço algumas palavras a propósito desta Edição 39 da Revista do Ministério Público Militar, que vem robustecida com expressiva colaboração de diversos autores, reunindo trinta e um artigos com os mais variados e densos assuntos.

E pode-se mesmo dizer que se trata de uma edição histórica, visto que, numa retrospectiva dos acontecimentos, cabe resgatar a 274ª Sessão Ordinária do Conselho Superior do

Ministério Público Militar (CSMPM), transcorrida na data de 14 de abril de 2021, na qual foi discutida e aprovada a Resolução nº 118/CSMPM, de mesma data, que dispôs sobre a nova política editorial da Revista, tudo com o objetivo primordial de elevar sua qualidade diante da comunidade científica e das instituições responsáveis pela indexação e classificação de periódicos científicos.

A partir dessa norma ficou estabelecido um rol de regramentos a serem seguidos, com foco na cientificidade das publicações e primando-se pela credibilidade da instituição responsável; pela pontualidade nas publicações das edições; pelo ineditismo dos textos; pela relevância para a sociedade; pela qualidade dos pareceres dos revisores; pela diversidade de origens das pesquisas, abrangendo autorias nacionais e internacionais; e pela conquista de importantes indexações, que comprovam a boa qualidade do periódico e ampliam o leque de parceiros difusores da informação.

Para cumprir essa desafiadora missão, foi composto um Conselho Editorial de extremo valor, não se podendo, nem por um instante, deixar de enaltecer a dedicação dos conselheiros Antonio Carlos Gomes Facuri (coordenador), Fernando Hugo Miranda Teles, Karollyne Dias Gondim Neo e Luciano Moreira Gorrilhas, que, nestes dois anos de atuação, acreditaram na

evolução da Revista do MPM e trabalharam com afinco para ampliar seu conceito e confiabilidade nas hostes acadêmicas e outros espaços de pesquisas e investigações científicas. O resultado foi o reconhecimento materializado na elevação do estrato Qualis/CAPES para B4. Parabenizo-os por tão alvissareira conquista, repartindo com os nobres pares do Conselho Superior do Ministério Público Militar esse grande êxito, sobretudo por terem respaldado as iniciativas que culminaram com a adoção de um modelo vanguardista de política editorial.

Entretanto e na plena convicção de que o grau de excelência nas medidas e inovações deve sempre ser um parâmetro a ser buscado, muito em particular na seara da produção e compartilhamento de conhecimento, observa-se que ainda há um longo caminho a ser percorrido no afã de se manter o que foi auferido, mas intentando sempre atingir níveis ainda mais promissores em termos de qualidade neste rico segmento editorial. Assim, a recente conquista deve servir, a um só tempo, de incentivo e de norte, a fim de que a linha de desenvolvimento da Revista do MPM prospere rumo a patamares ainda mais auspiciosos.

Feitas essas oportunas observações, não se pode também deixar de registrar os agradecimentos e tecer as justas

homenagens a todos os articulistas que, com zelo e originalidade, contribuíram para manter vivo o ideário de, por intermédio desta destacada ferramenta de difusão do saber, assentar novas visões e perspectivas sobre a ciência jurídica e, em especial, acerca do ordenamento jurídico militar e das disciplinas correlatas, sempre com o firme desiderato de construir uma sociedade cada vez mais lúcida e mais consciente de seus direitos e deveres.

Uma boa leitura!

Antônio Pereira Duarte
Procurador-Geral de Justiça Militar

Editorial

O Conselho Editorial do Ministério Público Militar (MPM), com muito orgulho, publica mais esta edição da Revista do Ministério Público Militar, que está contemplada com 31 artigos ligados ao Direito Militar, aos Direitos Humanos, ao Direito Internacional Humanitário, ao Direito Internacional Penal, além de outros conectados ao Direito Público.

Devido à grande adesão por parte dos pesquisadores dessas áreas, a impressão foi feita em dois tomos, com a ordem dos artigos estabelecida conforme o último sobrenome dos autores, como foi decidido desde o início dos trabalhos da atual composição do Conselho Editorial.

Isso nos remete a outra determinação fixada por este Conselho, qual seja: o 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.

Nesse sentido, em cada nova edição, melhorias são adicionadas na constante busca pela evolução ininterrupta e, conseqüentemente, pela conquista, cada vez mais ampla, de leitores, pesquisadores e colaboradores.

Como resultado de todo esse esforço, a Revista do MPM alcançou um estrato superior na classificação do Qualis/CAPES, o B4. Isso trouxe a toda equipe do Conselho Editorial e ao MPM como um todo grande satisfação. Porém, a dedicação dos envolvidos não entra em modo de conforto, pelo contrário, torna-se maior, com o objetivo de superar, na próxima avaliação, esse progresso. Além disso, o aspecto mais importante não pode ser esquecido: vigiar para que não ocorra uma jornada reversa, rumo a patamares inferiores.

Este Conselho também procurou ofertar igualmente a todos os autores a oportunidade de divulgar os seus trabalhos, sem distinção doutrinária ou ideológica, sem prioridades ou predileções de nenhuma ordem. Renomados e novatos escritores tiveram, equitativamente, seu espaço reservado.

Aqui se abre um parêntese para agradecer à administração superior do Ministério Público Militar, na figura do procurador-geral Antônio Duarte, que desde o início demonstrou apoio irrestrito aos trabalhos desenvolvidos pelo Conselho Editorial na incansável trajetória de aperfeiçoamento.

Estendemos o nosso agradecimento aos autores deste semestre pela sua extensa colaboração, que abrange artigos dos mais variados temas nacionais e internacionais, atuais e históricos. E, como não poderíamos deixar de mencionar,

renovamos o convite para que habituais e novos escritores nos ajudem a continuar neste bom caminho de levar o conhecimento ao esplêndido universo das mentes ávidas pelo saber.

Boa leitura!

Conselho Editorial do MPM (2021-2023)

Antonio Carlos Gomes Facuri (Conselheiro-Coordenador)

Fernando Hugo Miranda Teles (Conselheiro)

Karollyne Dias Gondim Neo (Conselheira)

Luciano Moreira Gorrilhas (Conselheiro)

Sumário

Tomos I

- ❖ ALMEIDA, Rodolfo Felix. Tributação e a injustiça fiscal: uma leitura à luz dos direitos humanos (*Taxation and fiscal injustice: a reading in the light of human rights*), pp. 21-46
- ❖ ARAÚJO, Wendell Petrachim. Competência interna para processamento e julgamentos dos crimes militares extravagantes, uma visão para além dos paradigmas construídos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (*Internal competence for prosecuting and judging extravagant military crimes, a vision beyond the paradigm constructed by the Inter-American Court of Human Rights*), pp. 47-78
- ❖ BARBOSA, Fabio Marques. O afastamento de servidor público para cumprimento de convocação militar: uma análise à luz do princípio da (im)pessoalidade (*The removal of a public servant to comply with a military summons: an analysis in the light of the principle of (im)personality*), pp. 79-96
- ❖ BARROS, Alan Douglas Ferreira de. Aplicabilidade da figura do investigador infiltrado e do investigador digital na esfera da polícia judiciária militar (*The applicability of the figure of the undercover investigator and the digital investigator in the sphere of the military judicial police*), pp. 97-116

- ❖ BAZILIO, Iara Schuinka. O crime de escravidão sexual e a importância do caráter permanente do Tribunal Penal Internacional. (*The crime of sex slavery and the importance of International Criminal Court' permanent character*), pp. 117-146
- ❖ BRANDÃO, Vanessa Rovaron. A impossibilidade de alegar-se legítima defesa da honra nos crimes de homicídios praticados em contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher e a convencionalidade da apelação para anulação de absolvição pelo Tribunal do Júri no quesito de clemência (*The impossibility of claiming legitimate defense of honor in crimes of homicides committed in the context of domestic and family violence against women and the conventionality of the appeal for annulment of acquittal by the Jury Court in the matter of clemency*), pp. 147-174
- ❖ BRICARD, Pierre. *The role of the military prosecution in France*, pp. 175-202
- ❖ BRITTO, Cláudia Aguiar. Excurso sobre a ótica do processo justo na teoria e na aplicação do processo penal comum e militar (*Excursus on the perspective of fair process in the theory and application of common and military criminal procedure*), pp. 203-234
- ❖ CALIXTO, Tharynne Marcela Barbosa. As relações de cooperação jurídica internacional no combate às práticas de cibercrimes (*International legal cooperation relations in combating cybercrime practices*), pp. 235-244

- ❖ CINELLI, Carlos Frederico Gomes. A metáfora da Guerra em Três Quarteirões e o Princípio da Proporcionalidade: considerações sobre o uso legítimo da força em cenários de conformação difusa (*The metaphor of the Three Blocks War and the Principle of Proportionality: considerations on the legitimate use of force in scenarios of diffuse conformation*), pp. 245-284
- ❖ COELHO, Cyro Wojcikiewicz de Almeida; SOARES, Irineu Carvalho de Oliveira. Os limites e as consequências do direito de silêncio (*The limits and consequences of the right of silence*), pp. 285-308
- ❖ CONTICH, Marta Iturvide. *Regulacion normativa, características y organizacion de la justicia militar en Uruguay. Cometidos del Ministerio Publico*, pp. 309-324
- ❖ D'ASSUNÇÃO, Maria Esther Alencar Advíncula; CHAVES, Marcelo Nóbrega Athayde; LANZILLO, Anderson Souza da Silva. Desapropriação por interesse público: análise de caso a partir da perspectiva habermasiana (*Expropriation for public interest: case analysis from a habermasian perspective*), pp. 325-360
- ❖ GORRILHAS, Luciano Moreira Gorrilhas. As atividades de Polícia Judiciária Militar e a necessidade de observação dos direitos humanos do investigado, da vítima e da testemunha (*The activities of the Military Judiciary Police and the need to observe the human rights of the investigated, the victim and the witness*), pp. 361-388

- ❖ GUIMARÃES E MORAES, Marcelo José de; NEVES, Cícero Robson Coimbra. Engenheiros do caos e o direito penal do novo inimigo (*Chaos engineers and the new enemy's criminal law*), pp. 389-408

Sumário

Tom II

- ❖ MOREIRA, Leandro Corsico; SOUZA, Rodolpho Mattos de. Um estudo sobre a competência da Justiça Militar Estadual para julgar os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, quando praticados por militares estaduais (*A study on the competence of the State Military Justice to judge the crimes of laundering or concealment of assets, rights and values, when practiced by state military*), pp. 21-46
- ❖ NASCIMENTO, Janaina Soares Prazeres. A necessidade de mudança no modelo de Polícia Judiciária Militar diante das funções contemporâneas do Inquérito Policial: considerações iniciais (*The need for change in the Military Judiciary Police model in view of the contemporary functions of the Police Inquiry: initial considerations*), pp. 47-76
- ❖ OLIVEIRA, Rafael Martins Liberato de. Aspectos jurídicos do “caso Putin” e os limites à efetividade da jurisdição penal internacional (*Legal aspects of the "Putin case" and the limits to the effectiveness of international criminal jurisdiction*), pp. 77-110

- ❖ OLIVEIRA, Rodrigo Alves de; MENEZES, Priscila do Nascimento; SOUZA JUNIOR, Antônio Dias de; PEREIRA, Fernanda Caroline de Oliveira Leite; SOUZA, Moacir Lima de; SILVA, Leandro Lima da; RODRIGUES, Sheila do Carmo; MOURA, Leonardo Santos de; PATRIOTA, Silas Batista Correia. Acordo de Não Persecução Penal: mitigação da independência das esferas (*Criminal non-prosecution agreement: mitigation of sphere independence*), pp. 111-138

- ❖ PASSOS, Bruno Gruppioni; JESUS E JESUS, Viviane de; PASSOS, Júlia Gruppioni. Violência contra a mulher: o Poder Judiciário na prevenção e no enfrentamento (*Violence against women: the Judiciary Power in preventing and confrontation*), pp. 139-158

- ❖ QUINTAS, Monick de Souza. Reflexões sobre o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero na Justiça Militar da União (*Reflections on the Protocol for Trial with a Gender Perspective in the Military Justice of the Union*), pp. 159-182

- ❖ RAMOS, Ataliba Dias; FARIAS, Kleiler. A (in) aplicabilidade do perdão judicial na Justiça Militar da União (*The (in) applicability of judicial forgiveness in the Federal Military Justice*), pp. 183-200

- ❖ RIBEIRO, Laura da Cunha Gomes; FARIA, Maristela Medina; MARQUES E SILVA, Vitória. Por detrás da farda feminina: uma análise da atuação das mulheres na Polícia Militar brasileira sob a perspectiva de gênero (*Behind the women's uniform: an analysis of women's performance in the brazilian Military Police from a gender perspective*), pp. 201-222

- ❖ ROCHA, João Carlos de Figueiredo. O papel do Tribunal Penal Internacional no Conflito Armado Internacional entre Rússia e Ucrânia: A expedição do mandado de prisão contra Vladimir Putin e Maria Alekseyevna (*The role of the International Criminal Court in the International Armed Conflict between Russia and Ukraine: The issuance of the arrest warrant against Vladimir Putin and Maria Alekseyevna*), pp. 223-236
- ❖ SARAIVA, Alexandre José de Barros Leal. Polícia Judiciária Militar: prospecção e projeção. Uma proposta: é preciso profissionalizar a polícia judiciária militar das Forças Armadas (*Military Judiciary Police: prospecting and projection. A proposal: it is necessary to professionalize the military judicial police of the Armed Forces*), pp. 237-258
- ❖ SILVA, David Philippe Santiago Correia. Entre senzalas e porões: a responsabilidade civil do Estado pelo dano ao projeto de vida da população preta à luz da súmula 647 do STJ (*Between senzalas and basements: the civil liability of the state for damage to the life project of the black population in the light of STJ's brief 647*), pp. 259-298
- ❖ SOUZA, Alexandre Pacheco de. Preparação do Exército Brasileiro em matéria de Direitos Humanos e em Operações de Garantia da Lei e da Ordem (*Preparation of the Brazilian Army in Matter of Human Rights and Operations to Guarantee Law and Order*), pp. 299-332

- ❖ TAVARES, Andréia Oliveira Matos. O crime de deserção nas Polícias Militares: a subsumção ao crime de abandono de cargo (*The crime of desertion in Military Police: the subsumption to the crime of leaving office*), pp. 333-368
- ❖ TELES, Fernando Hugo Miranda. Art. 5º do Decreto 11.302/2022 (indulto): discricionariiedade ou inconstitucionalidade? (*Art. 5 of Decree 11.302/2022 (pardon): discretion or unconstitutionality?*), pp. 369-386
- ❖ WERKA, Marlo Romulo. Teoria da hierarquia militar mitigada no exercício de mandato eletivo (*Theory of military hierarchy mitigated in the exercise of elective mandate*), pp. 387-418
- ❖ ZAFEIROPOULOS, Dimitrios. *Global Military Justice: Where does the road lead us?* pp. 419-428

Tributação e a injustiça fiscal: uma leitura à luz dos direitos humanos

Rodolfo Felix Almeida

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil pela ESA – OAB (PE). Auditor fiscal do município de Campina Grande (PB).
CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7337774931148758>
Email: rodolfo.fiscalizacaotributaria@gmail.com

Revisores: Fernando Miranda Teles (e-mail: fernando.teles@mpm.mp.br)

Karollyne Dias Gondim Neo (ORCID: 0009-0008-2277-0512; e-mail: karollyne.neo@mpm.mp.br)

Data de recebimento: 30/04/2023

Data de aceitação: 04/05/2023

Data da publicação: 30/05/2023

RESUMO: O Brasil é um país marcado pela desigualdade social, o que se evidencia também na seara tributária. Assim, tem-se como objetivo geral refletir sobre a necessidade de mudanças no sistema tributário nacional com vistas à promoção da justiça fiscal. Toda e qualquer atividade estatal, para ser possível a sua realização, necessita de orçamento, e para isso existem os tributos. A implementação de políticas públicas e sociais dependem da existência prévia de dinheiro público para que possam efetivamente acontecer. Desse modo, a justificativa em abordar essa temática é pertinente e relevante, pois a tributação é imprescindível na busca pelos fins almejados pelo Estado. E, nessa pesquisa, a problemática para a qual se propôs resposta foi a questão da conexão entre os dois ramos do direito: tributário e humanitário, abordando também aspectos doutrinários acerca das políticas de austeridade e do congelamento de gastos públicos como mecanismos de ampliação de desigualdades sociais. Como desfecho, percebe-se o quão necessária é uma reforma para promover a justiça fiscal, privilegiando a

tributação sobre renda em detrimento da tributação sobre o consumo, pois o modelo atual acentua a desigualdade social e, por conseguinte, viola o mínimo existencial e, em última análise, os direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: tributos; política pública; mínimo existencial; austeridade.

ENGLISH

TITLE: Taxation and fiscal injustice: a reading in the light of human rights.

ABSTRACT: Brazil is a country marked by social inequality, which is also evident in the tax area. Thus, the general objective is to reflect on the need for changes in the national tax system with a view to promoting tax justice. All and any state activity, in order to be possible to carry it out, needs a budget and for that there are taxes. The implementation of public and social policies depends on the prior existence of public money so that they can effectively take place. Thus, the justification for addressing this issue is pertinent and relevant, as taxation is essential in the pursuit of the ends sought by the State. And in this research, the problem to which an answer was proposed was the question of the connection between the two branches of law: tax and humanitarian, also addressing doctrinal aspects about austerity policies and the freezing of public spending as mechanisms for expanding social inequalities. As a result, it is clear how necessary a reform is to promote tax justice, privileging taxation on income to the detriment of taxation on consumption, as the current model accentuates social inequality and, therefore, violates the existential minimum and, ultimately, the human rights.

KEYWORDS: tributes; public policy; existential minimum; austerity.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Tributos – 3 Direitos humanos – 4 Tributos como instrumentos de política social – 5 Tributos e a política de austeridade – 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil, como se sabe, é um país marcado por grande desigualdade social, o que se deve a diversos fatores, desde a forma como foi colonizado e povoado, até a escolha de estratégias pelos governantes e implementação de políticas públicas.

Os direitos humanos, por sua vez, entraram em uma nova fase conceitual após a época contemporânea. Muitos questionamentos, muitas divagações, muitas violações sistêmicas aos direitos das pessoas foram verdadeiros fios condutores de novas formas de leitura do arcabouço jurídico e legal que envolve os direitos denominados de humanos (FACHIN, 2020, p. 54). Nesse diapasão, mostra-se imperioso entender qual é a relação entre a carga tributária e justa aplicação para a sociedade, no afã de que seja trazida à baila uma estrutura arrecadatória que seja condizente com a realidade em que as pessoas possam usufruir de uma vida digna, por meio de um contexto arrecadatório que se aplique bem ao povo e sem prejudicar o Estado e suas atribuições.

A doutrina tem mencionado a importância dos novos diálogos jurídicos e novas visões mais condizentes com a contemporaneidade, a fim de a sociedade não fique atrelada a interpretações que eram adotadas como justas outrora, porquanto não condizem mais com o contexto social hodierno. Todas as áreas do direito, nessa senda, devem estar dentro de parâmetros mínimos de humanismo, a fim de rever abusos e incongruências. O direito tributário, enfoque deste artigo, assim como o civil, o penal e todos os demais, deve observar garantias mínimas previstas em documentos internacionais e assecuratórias do direito da pessoa humana (FACHIN, 2020, p. 54).

A tributação guarda com os direitos humanos estreita relação jurídica e não poderia ser diferente. Para alguns, o direito humano é uma

espécie de norma restritiva da finalidade fiscal do Estado, na medida em que suas disposições são direcionadas aos contribuintes enquanto a parte fraca, hipossuficiente dessa relação (FEITAL, 2019, p. 37). Para outros, nesse desiderato, a tributação equitativa é um potencial mecanismo de mitigação das desigualdades se utilizada menos sobre o consumo e mais sobre a renda (VELLUDO, 2022, p. 14).

Os impostos sobre consumo no Brasil, como se sabe, ocorrem de forma descentralizada com competência dos entes federais, estaduais, distritais e municipais, sendo esses tributos o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI); Programa de Integração Social/Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (PIS/CONFINS); Imposto sobre Operações Financeiras (IOF), este de competência federal; Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), este de competência estadual/distrital; e o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), de competência municipal/distrital. Em meio a esse cenário, várias são as formas de ser o contribuinte onerado sem, todavia, verificar uma efetiva contraprestação. Os seis tributos supracitados sobre o consumo existentes no Brasil são cobrados em cada esfera governamental, cada um dos quais aplicando seu próprio código fiscal, base tributária e alíquotas de impostos.

No que concerne ao tema, é de bom alvitre lembrar, enquanto a maioria dos países tributa o consumo por meio de um único imposto não cumulativo sobre o valor adicionado (IVA), o Brasil adota uma multiplicidade de impostos sobre a produção e o consumo de bens e serviços, provocando um aumento do custo dos investimentos, a oneração desproporcional da produção nacional relativamente à de outros países, além de um enorme contencioso entre o fisco e os contribuintes.

Segundo dados do Banco Mundial, no Brasil são necessárias 1.501 horas de labor por ano para o pagamento de tributos, enquanto em países como os Estados Unidos apenas 175 horas, contra 137 horas a França. Há,

por conseguinte, uma grande complexidade no sistema tributário e, também, uma considerável carga tributária (RIBEIRO, 2020, p. 33).

É bom que se diga, nesse diapasão, haver os que defendem os tributos como protagonistas da desigualdade, tendo, esse assunto, aliás, um desdobramento direto na sobrevivência digna de muitos. Por outro lado, e não contraditoriamente, há também os que frisam ser uma ofensa aos princípios da Constituição Federal de 1988, à política da austeridade, a qual se baseia no congelamento e cortes de gastos muitas das vezes em segmentos sociais importantes para as classes menos favorecidas, como saúde e educação (PITOMBEIRA; OLIVEIRA, 2020, p. 7). É dever do Estado implementar medidas para assegurar a igualdade formal e material, todavia, não é bem o que ocorre quando ele implementa políticas de austeridade.

No Brasil, é necessário fazer ponderações ao debater sobre o assunto, devido a crises institucionais que se prolongam no tempo. A ameaça aos direitos humanos tem sido uma ameaça constante a ser combatida. Na filosofia, por seu turno, tantos os pensadores clássicos como os modernos devem fazer parte da defesa desses direitos enquanto formas de operacionalizar políticas públicas de qualidade, que visem ao bem-estar coletivo e social. As universidades e as instituições de representação social como o Ministério Público, por seu turno, têm um papel imprescindível de germinar e fazer prosperar ensinamentos e debates com o escopo no uso do senso crítico e da capacidade de pensar fora dos padrões impostos pelas estruturas de poder consagradas (SILVA; EUZÉBIOS FILHO, 2023, p. 1).

Têm-se, como se vê, ventiladas aqui importantes considerações sobre as quais devem, não só os operadores do direito refletirem, mas toda a sociedade, afinal, os desdobramentos do que aqui se discute têm efeitos sociais bem relevantes sobre toda a massa social. A compreensão do tema, ora em debate, poderá angariar mais esforços e reflexões, a fim de que soluções possam estender o seu alcance. Visa-se, assim, enriquecer a

cognição e a discussão de como construir uma sociedade mais justa do ponto de vista tributário e, por que não, humanitário.

Superada essa contextualização, passa-se, doravante, a analisar a necessidade de alterações cruciais no sistema tributário brasileiro com o propósito de se alcançar a justiça fiscal. Consequentemente, por tabela, abre-se espaço para o debate sobre o mínimo existencial, já que atualmente a carga tributária compromete sobremaneira a vida dos menos favorecidos.

A metodologia utilizada neste artigo foi a pesquisa bibliográfica.

2 TRIBUTOS

Não é novidade que o Estado se arvora no direito de cobrar tributos para o seu mister. Assim sendo, a atividade arrecadadora estatal é imprescindível para a segurança e manutenção de toda e qualquer sociedade organizada, haja vista que nenhuma sociedade que tenha o mínimo de direitos poderia subsistir sem a cobrança constitucional e legal de tributos, pois, para poder a máquina pública funcionar, são necessários investimentos, e nesse processo é que surge então a atividade financeira e tributária estatal (OLIVEIRA; SANTOS; TORRES, 2020, p. 105):

Estado é instituído para desempenhar a atividade financeira, que é o conjunto das ações e iniciativas que se constituem na arrecadação, gestão e aplicação dos recursos financeiros para a satisfação dos interesses e do bem comum. Como uma das principais formas de arrecadação destes recursos, tem-se a atividade tributária. Esta, por sua vez, tem a finalidade de arrecadar parte das riquezas e dos patrimônios dos particulares para os cofres públicos, como fim de se efetivar e promover a satisfação das necessidades e interesses da coletividade. (OLIVEIRA; SANTOS; TORRES, 2020, p. 105)

O Estado, portanto, arrecada para que possa satisfazer os mínimos existenciais para a vida humana. Essa teoria que decorre diretamente do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana assevera que o Estado, enquanto

provedor, deve garantir pelo menos as necessidades básicas da vida. Muitos desses direitos estão previstos no art. 6º¹ da Constituição Federal de 1988 em que são previstos diversos direitos sociais às pessoas pelo constituinte originário (NUNES e CALDEIRA, 2022, p. 10).

Para Ricardo Alexandre (SANTOS, 2016, p. 37), a característica predominante do direito tributário é que ele é atividade estatal direcionada à execução de políticas públicas para o bem comum. Sendo ramo do direito público, deve ser guiado pelos mesmos princípios de direito administrativo, a saber: supremacia do interesse público, indisponibilidade do interesse público e finalidade pública. Nessa percepção, o direito tributário existe para que o Estado possa existir, afinal os tributos constituem fonte de receita imprescindível à atuação estatal.

Um fato curioso é que a doutrina elenca ainda que o tributo, além de funções sociais, pode ter funções ecológicas. Sobre isso, Paiva (2019, p. 3) ensina que a tributação causa impactos de proteção ao meio ambiente, o que promove aspectos relacionados à preservação e à sustentabilidade. O Estado, como se sabe, deve garantir o desenvolvimento sustentável, enfrentar o desmatamento, os atos ilegais que são reiteradamente praticados por pessoas e empresas nas áreas de preservação ambiental. Então, o tributo pode agir como um meio de promoção da vida saudável e ecologicamente equilibrada.

A atividade tributária do Estado, nessa toada, tem ainda como fundamento a redução das desigualdades sociais. Isso pode se dar por diversas maneiras tais como, por exemplo, na condução de programas em que sejam ofertados cursos, capacitação, projetos e que coloquem as pessoas em

¹ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015).

Parágrafo único. Todo brasileiro em situação de vulnerabilidade social terá direito a uma renda básica familiar, garantida pelo poder público em programa permanente de transferência de renda, cujas normas e requisitos de acesso serão determinados em lei, observada a legislação fiscal e orçamentária (Incluído pela Emenda Constitucional nº 114, de 2021) (BRASIL, 1988).

situações mais isonômicas. Sendo assim, não se pode imaginar uma sociedade sem a existência de um Código no qual estejam devidamente previstas e regulamentadas as disposições acerca da atividade fiscal do Estado (QUERINO; SILVEIRA; FARIA, 2022, p. 2). Esclarecedoras são as palavras dos autores ao afirmarem que:

Como uma das principais formas de arrecadação destes recursos, tem-se a atividade tributária. Esta, por sua vez, tem a finalidade de arrecadar parte das riquezas e dos patrimônios dos particulares para os cofres públicos, com o fim de se efetivar e promover as expectativas humanas e interesses comuns. (QUERINO; SILVEIRA; FARIA, 2022, p. 2)

Ainda sobre a relação entre tributos e o meio ambiente, pode-se perceber o condão da função ecológica na tributação, haja vista haver a proteção a direitos fundamentais da humanidade, como a vida saudável, a preservação das florestas e biomas brasileiros, a promoção da sustentabilidade etc. Todos esses aspectos estão intrinsecamente correlacionados aos direitos humanos e, ao Direito como um todo, afinal, por mais que se destrinche o estudo em diversos ramos, o Direito é um só.

Neste contexto: a atuação do Estado no enfrentamento às desigualdades, a tributação exerce protagonismo, pois é por meio da arrecadação que muitos programas e projetos sociais podem ter início. É possível notar, destarte, a ligação entre os dois campos do conhecimento, tributo e direitos da humanidade.

3 DIREITOS HUMANOS

Com efeito, os direitos humanos surgem como decorrência das inúmeras violações, tanto no âmbito interno dos países quanto em seu âmbito externo, isto é, dentro da ótica internacional. A Declaração Universal dos

Direitos do Homem (DUDH) de 1948², nessa senda, foi um importante marco na construção e consolidação dos direitos da humanidade e a tributação (OLIVEIRA; SANTOS; TORRES, 2020, p. 110).

Sobre o tema, aliás, é consabido que o Estado deve tratar seus cidadãos com respeito e dignidade. A violação desses princípios, por sua vez, pode significar a responsabilidade em âmbito internacional aos países que ratificam ou seguem alguma Convenção, Acordo ou Tratado de direito internacional em matéria de direitos humanos (OLIVEIRA; SANTOS; TORRES, 2020, p.109).

Estes, ademais, guardam estrita relação com o bem-estar social. Os direitos e garantias fundamentais, quando estabelecidos em uma Constituição, são a positivação dos direitos humanos consagrados em uma ótica internacional. Sobre isso, Sgarbossa e Iensue (2017, p. 3) afirmam que, em verdade, esses direitos fundamentais funcionam como verdadeiros direitos humanos colocados na Constituição de um determinado Estado. Com efeito, pode-se entender que os direitos fundamentais nada mais são do que a aplicabilidade interna de comandos internacionais de direitos humanos positivados em tratados, convenções, acordos e outros instrumentos.

Esses mecanismos que garantem direitos são verdadeiros limitadores ao poder estatal, protegendo o indivíduo enquanto a faceta mais frágil da equação social, quando na relação verticalizada entre Estado e pessoa. Os direitos humanos, destarte, funcionam como uma diretriz para as políticas públicas.

Tais direitos, ditos humanos, preconizam a dignidade da pessoa humana e são balizadores das condutas praticadas pelos agentes estatais. O

² A *Declaração Universal dos Direitos Humanos* (DUDH) surgiu em 1948, em meio a um triste e deplorável contexto de atrocidades e genocídios de minorias que ocorreram durante a Segunda Guerra Mundial. A declaração é constituída por ideais que buscam orientar a conduta da sociedade e ações governamentais, além de prescrever leis que garantam a proteção dos direitos humanos. O documento reconhece que dignidade, liberdade de expressão e igualdade perante a lei são condições devidas a todos os seres humanos, independentemente de idade, sexo, cor ou nacionalidade (FARIA; MACHADO, 2022, p. 559).

princípio da dignidade, como se sabe, está em diversos Acordos, Pactos, Convenções internacionais de direito como uma meta a ser alcançada. Nessa senda, a Constituição Federal de 1988 prevê em seu texto a dignidade da pessoa humana como um fundamento da República³, tamanha a sua relevância para o universo jurídico (PEREIRA, 2018, p. 42). A Carta Magna de 1988 surgiu em um momento em que havia grande clamor por liberdades individuais e absentismo estatal. São marcas e características dos direitos fundamentais a comunicabilidade, a historicidade, a conectividade com os demais direitos, a universalidade, dentre outras.

Nesse diapasão, muito se tem a discutir sobre o papel dos tributos e a sua aplicação arrecadatória em relação à dignidade dos cidadãos e da moralidade social como um todo. Como se pode falar em respeito aos direitos humanos em um Estado que é indiferente à forma como exige contribuição dos seus cidadãos? Por que o princípio da capacidade contributiva é tão irrelevante para Estado? Como será que o Legislativo deveria se ater ao assunto sem pensar tão somente em uma perspectiva eleitoral? Parece que o tema ainda está longe de ter o seu devido desfecho porque pouco se discute sobre o que de fato é importante.

4 TRIBUTOS COMO INSTRUMENTOS DE POLÍTICA SOCIAL

A doutrina portuguesa, ao tratar sobre tributos e direitos constitucionais e humanos, tem entendido ser o dever de pagar impostos e

³ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; (Vide Lei nº 13.874, de 2019)

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL, 1988).

outras espécies tributárias um dever fundamental. Nesse sentido, seriam três os elementos caracterizadores do imposto, a saber: elemento objetivo, elemento subjetivo e elemento finalista ou teleológico (PEREIRA, 2018, p. 151).

O elemento objetivo é a própria prestação, o objeto mediato da relação obrigacional, o valor pecuniário. Subjetivo, por sua vez, seria a quem é destinada a obrigação de pagar ou recolher o tributo e, em arremate, teleológico (ou finalista), seria o elemento finalístico do recolhimento, ou seja, seu propósito, podendo ser sua função fiscal ou outra, não incluídas, no entanto, funções com caráter sancionatório. Sobre isso, o art. 3^o do Código Tributário Nacional é explícito em seu texto (PEREIRA, 2018, p. 151).

Assim, a cobrança estatal de impostos tem a finalidade de suprir a sua função fiscal e extrafiscal. Os tributos não são um fim em si mesmo, eles existem para tornar possíveis e viáveis a execução pelo Estado de suas funções institucionais, constitucionais e legais. A doutrina ensina que, sendo o tributo destinado às despesas do Estado, ele terá finalidade fiscal; sendo direcionado a outras tarefas, como a realização de projetos sociais, por exemplo, terá precipuamente funções de extrafiscalidade (PEREIRA, 2018, p. 151).

Explicando sobre funções extrafiscais dos tributos, Simone Barreto (2019, p. 3) ensina:

A extrafiscalidade se opera quando o tributo é utilizado com outras finalidades que vão além da arrecadação. A função precípua do tributo é angariar receitas suficientes ao custeio do Estado. Ao utilizar o tributo com finalidade extrafiscal, pretende o Estado alcançar outro fim que não, apenas, o de financiar as suas atividades.

O Estado, enquanto agente arrecadador de tributos, também na função extrafiscal, tem a importante missão de conduzir as políticas públicas

⁴ Art. 3^o Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada (BRASIL, 1966).

à sociedade. O tributo é quem mantém a atividade estatal, sendo boa parte da receita governamental ao lado de outras que surgem da exploração de atividade econômica. Sendo o tributo uma forma de arrecadação compulsória do contribuinte, o Estado deve compensar essa compulsoriedade com a entrega de saúde, educação, alimentação, enfim, os direitos básicos do art. 6º da Constituição Federal e observando a Teoria do Mínimo Existencial (RIBEIRO; GESTEIRO, 2019, p. 243).

Para as autoras Maria de Fátima Ribeiro e Natália Gesteiro (2019, p. 235), aliás, os tributos possuem função social. No preâmbulo da Constituição Federal de 1988, constam diversos objetivos da República Federativa do Brasil, entre eles: garantir os direitos sociais e individuais, a liberdade, segurança, bem estar, igualdade. Desse modo, a arrecadação tributária é uma fonte de recurso para que o Estado possa colocar em prática os ideais do constituinte originário, pois a Constituição Federal é a lei maior dentro do ordenamento e seus objetivos permanecem atuais. Desse modo, tributos devem cumprir duas funções no mínimo: arrecadar aos cofres públicos e permitir ao gestor o exercício da função social por meio da efetivação de condutas na sociedade.

Em tempos de crise econômico-financeira, a questão se agrava, afinal, as empresas apresentam dificuldades para se manter competitivas e no mercado. Afora isso, inúmeros empreendimentos deixaram de atuar por dificuldades financeiras e outras tantas clamam medidas que possibilitem a sua manutenção no cenário comercial. Nesse contexto, é comum a sonegação de tributos proveniente, principalmente, da alta carga tributária e do obsoleto sistema tributário nacional.

Como é possível notar, há uma linha tênue entre a instituição e cobrança tributária e o exercício dos direitos sociais. Para as camadas mais pobres da sociedade, o recolhimento tributário exerce função de solidariedade em que os mais ricos contribuem com mais e, como regra, esses valores são utilizados na potencialização do enfrentamento às desigualdades. Trata-se,

portanto, do Solidarismo Social, importante princípio da Ordem Social (SOTTILI, 2018, p. 41).

Sendo assim, se os tributos são formas de executar políticas públicas direcionadas ao público mais carente, então o recolhimento tributário tem função social e, por conseguinte, está conexo aos direitos fundamentais e também aos direitos humanos. Estes, como se sabe, buscam assegurar que as pessoas tenham seus direitos devidamente respeitados em qualquer localidade do mundo, independente de sua religião, cor da pele, sexo, ideologia partidária ou de gênero e outras situações. O Estado recolhe o tributo e na função extrafiscal pratica as políticas necessárias à justa distribuição de riqueza (FEITAL, 2019, p. 43).

Um fato curioso é que até hoje, como bem lembra Luciana Grassano (MELO, 2020, p. 691), por mais que haja tentativas dos estados-membros em cobrar IPVA sobre a propriedade de veículos automotores como iates, moto-aquáticas e helicópteros, o Judiciário embarga a cobrança com base em uma decisão antiga do STF de que o imposto em comento é o substituto do antigo TRU (Taxa Rodoviária Única), voltada para o transporte terrestre. Em uma clarividente afronta ao princípio da capacidade contributiva, pessoas que têm bens, que têm veículos automotores, até porque esses veículos têm propulsão própria (uma vez que têm motores fortes, ao contrário de uma bicicleta que tem que ser movida pela propulsão da força humana), não pagam imposto sobre a sua propriedade. Contraditoriamente, aquele cidadão que compra uma moto de cinquenta cilindradas, vulgo cinquentinha, tem que pagar o referido imposto.

Caureo (2015, p. 134), por seu turno, complementa que a tributação sobre consumo não observa as peculiaridades dos contribuintes. Por exemplo, o ICMS incide sobre todos os produtos da cesta básica, da energia elétrica, das telecomunicações, dentre outros itens, sem observar a capacidade contributiva.

Outrossim, isso termina aumentando o fardo de ter que buscar a arrecadação nos impostos indiretos, fato que já é a praxe no Brasil. Boa parte do estrato social menos favorecido se vê, destarte, impulsionado a pagar mais valores por decorrência desse tipo de contradição do sistema. Nem se fale, por sua vez, das poucas camadas de Imposto sobre a renda no país: antigamente (até o Governo Sarney) eram onze alíquotas distintas. Atualmente, após a influência massiva de políticas Neoliberais no bojo da nação, há apenas quatro na qual a alíquota máxima é de 27,5% (antigamente a máxima era de 50%), e aquele que recebe acima de R\$4.668,64 já está sujeita a ela. Seria realmente justo cobrar tal percentual de quem recebe valores que ultrapassam as seis casas decimais? Parece que não.

Priscila Siqueira e Ana Cavalcanti (2022, p. 23) pontuam que as limitações ao poder de tributar são características dos direitos humanos, para elas, o Estado deve respeitar os mecanismos constitucionais limitadores à instituição e cobrança de tributos justamente por ser uma garantia do indivíduo prevista constitucionalmente. É uma visão dos direitos humanos enquanto forças que limitam a atividade estatal diante dos cidadãos.

Marciano Godoi e João Victor Dande (2022, p. 321) argumentam que os tributos impostos pelo Estado não são, de maneira alguma, restritivos de direitos. São formas de possibilitar que as políticas públicas saiam do papel, sejam concretizadas, se realizem. Não é possível ao Estado a manutenção das suas políticas sociais sem a contribuição do seu povo, mesmo que compulsória, como é o caso dos tributos.

O fato é que os direitos humanos, como se sabe, são inerentes à condição humana. Os tributos, por seu turno, são ferramentas das quais dispõe o Estado para cumprir seu papel social. Nesse contexto, quando o dinheiro público é recolhido aos cofres públicos e utilizado para dar à sociedade algo de que ela necessita, então o tributo cumpriu seu papel social. O que se quer trazer aqui, entretantes, é a reflexão e o debate sobre a massiva tributação indireta sobre bens de consumo e serviços ao passo que

tributos sobre a renda e propriedades passem despercebidos. Há uma intrínseca relação entre o direito tributário e os direitos humanos, pois estes asseguram um mínimo de direitos às pessoas enquanto aquele pode tornar possíveis as políticas sociais defendidas pelos direitos da humanidade.

5 TRIBUTOS E A POLÍTICA DE AUSTERIDADE

Não raro há quem defenda serem, os tributos, em grande parte, responsáveis pela desigualdade social do Brasil. Eduardo Fagnani e Pedro Rossi (2018, p. 102) entendem que é um atributo da sociedade brasileira a desigualdade marcada pela concentração da renda em pequenos grupos de pessoas. Para tais autores, o país necessita de uma mudança profunda que seja capaz de modificar o panorama econômico e político com ações que busquem a promoção da igualdade entre as pessoas.

À luz do que já foi dito outrora, a problemática da tributação e da desigualdade se acentua com incidência tributária sobre os bens de consumo em detrimento da tributação sobre a renda. No Brasil, os estratos sociais menos favorecidos pagam muitos impostos proporcionais à sua renda, ao passo que a classe mais abastada se beneficia de um sistema que não visa a tributá-la em demasia. Até hoje, aliás, não foi criado o Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF), malgrado previsão constitucional. As propostas de reforma tributária em tramitação no Congresso Nacional não propõem soluções a essa problemática, de modo que parece não ser uma preocupação do Poder Legislativo a correção da celeuma (VELLUDO, 2022, p. 14). No máximo se propõe mudar a sistemática arrecadatória mediante simplificação, como o tão falado IVA, mas sem mudar a lógica por traz do que ora se discute: passar a tributar mais sobre a renda e patrimônio e aliviar a carga tributária sobre bens de consumo e serviço que têm um viés claramente regressivo.

Esse nó górdio de ordem estrutural precisa ser mais discutido e, para isso, é preciso pressionar a discussão. A tributação sobre o consumo, como já foi dito alhures, tem uma enorme envergadura no bojo da nação, o que acaba por onerar mais as pessoas das camadas sociais menos favorecidas enquanto, por outro lado, a renda é pouco tributada, refletindo conseqüentemente em um país de imensas desigualdades e contrastes sociais o que, querendo ou não, influi para uma tratativa desumana para com uma série de pessoas. A redução sobre os impostos de bens e serviços poderia, nesse diapasão, ser compensada, por exemplo, pela ampliação das alíquotas de incidência do Imposto de Renda da Pessoa Física e um outro exemplo seria a tributação dos dividendos que atualmente gozam de isenção tributária (VELLUDO, 2022, p. 20).

Nesse contexto surgem ainda as denominadas políticas de austeridade, ampliando ainda mais as desigualdades já existentes. Elas são representadas por decisões governamentais de corte orçamentário na busca pelo equilíbrio fiscal (SENADO FEDERAL, 2018). Laura Vaz Bitencourt e Caroline Muller Bitencourt (2023, p. 154) argumentam que essa política representa um retrocesso social, uma afronta aos direitos fundamentais na medida em que mais uma vez o governo retira do mais necessitado em prol do mais abastado.

Nas palavras das autoras:

Nesse diapasão, ao congelar as despesas primárias (gastos e investimentos no âmbito social) e não tocar nas despesas financeiras (juros e amortização sobre a dívida pública), a Emenda Constitucional nº 95/2016 revela seu caráter austero em relação à proposta democrática constitucional pactuada a partir de 1988, culminando na subtração/retirada de um futuro projetado para as próximas gerações. (BITENCOURT; BITENCOURT, 2023, p. 156)

Delane Pitombeira e Lucia Oliveira (2020, p. 1700), por seu turno, dizem que há, no Brasil, uma intrínseca relação entre a pobreza e as questões de saúde social e que são perceptíveis nesse sentido as construções de uma

sociedade marcada por segregação de grupos. Com a Emenda Constitucional 95/2016, as aplicações em saúde, educação e em outros direitos sociais ficaram ameaçadas, o que aumentou significativamente a barreira existente entre as classes. O art. 6º da Constituição Federal está perdendo a sua validade prática sob o argumento de déficit fiscal e necessidade de cortar gastos públicos.

Austeridade, calha trazer à baila, é essa política representativa da classe dominante, da elite econômica. É a privação de direitos aos mais necessitados e oprimidos. O tributo como forma de controle social e privilégios aos mais fortes economicamente. Nesse sentido, a política tributária brasileira é realizada em benefício apenas de grupos dominantes, enquanto os pobres e menos favorecidos economicamente são engolidos por uma política fiscal deficitária que, encampada pelo discurso do congelamento de gastos em prol do bem da Nação, afeta diretamente as camadas sociais mais baixas e reverbera diretamente em ações de saúde e educação pública, e estas deveriam ser uma prioridade de qualquer governo (PITOMBEIRA; OLIVEIRA, 2020, p. 1706).

Gustavo Onto e Eugênia Motta (2022, p. 1), sobre o tema, discutem, com afinco, acerca da eficiência das políticas de austeridade, haja vista não ter havido sucesso da sua aplicação em outras partes do mundo. Ao contrário, é um modelo político que caminha na contramão do avanço social e, inclusive, mostrou-se incompatível com momentos de crises econômicas e sanitárias.

Congelar gastos é uma medida fiscal extrema e não se mostra como sendo eficaz, afinal eventos inesperados podem quebrar toda a lógica do congelamento, a exemplo do que houve no mundo nos anos iniciais da covid-19 em que os governos tiveram que gastar mais em decorrência da crise sanitária mundial instalada. Esses são alguns dos problemas que comprovam que o teto de gastos públicos não funciona, sendo apenas um agravante na

distribuição das desigualdades sociais já existentes (ONTO e MOTTA, 2022, p. 1).

Interessantes são os dados apresentados pela Agência do Senado acerca da política de austeridade, demonstrando que, durante os anos em que houve congelamento de gastos públicos, também houve aumento da pobreza:

Os debatedores apresentaram dados segundo os quais a austeridade aplicada no Brasil prejudica as políticas sociais. De acordo com o Banco Mundial, 28,6 milhões de brasileiros saíram da pobreza entre 2004 e 2014. Outro estudo, da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO), estima que em 2016 entre 2,5 milhões e 3,6 milhões de pessoas tenham entrado na faixa da pobreza, com risco de o país voltar ao mapa da fome. (SENADO FEDERAL, 2018)

Na figura abaixo (Fonte: Insper, 2020), tem-se o comparativo de tributação por meio do qual é possível visualizar a diferença das origens da arrecadação incidente sobre serviços e bens em comparação à que incide sobre a renda:

Figura 1 – Percentual da receita total por tipo de tributo
Percentual da receita total por tipo de tributo



Fonte: OCDE, Global Revenue Statistics Database, 2018.

Insper

Como é possível notar há muito, os tributos, no Brasil, incidem muito mais sobre o consumo de bens e serviços, onerando mais os pobres e a classe média que os ricos. Paralelamente a isso, nenhum dos projetos que atualmente tramitam no Congresso resolve essa questão. O governo, por seu turno, apresenta as contas públicas como deficitárias e argumenta como solução o corte de gastos, o congelamento das contas públicas, o que acaba por ampliar as desigualdades sociais já existentes.

Desde 2017, ademais, que o Brasil vive momentos de favorecimento a políticas profundamente nesse sentido. Com o advento da Reforma Trabalhista, por exemplo, os empresários estabilizaram sua condição de privilégios frente às demais camadas sociais. A política econômica praticada no país tem sido direcionada à classe elitista em desfavorecimento aos mais necessitados. O recolhimento de tributos, por sua vez, não ocorre de maneira igualitária e embora haja muita tributação, o governo alega déficit fiscal, e, junto a isso, medidas de corte e congelamento de gastos são impostas como formas enganosas de solucionar a problemática (SENADO FEDERAL, 2018).

O tributo como forma de suprir as necessidades e implementar as políticas do bem-estar social e ainda promover educação como forma de eliminar gradativamente a pobreza ou ao menos diminui-la não parece ser um objetivo da política brasileira. Para os defensores da tributação como instrumento de segregação social, o modelo praticado não é o melhor, sendo, antes, um agravante dos contrastes sociais existentes.

6 CONCLUSÃO

Buscou-se, ao longo deste estudo, refletir sobre a relação entre a política de austeridade, a tributação e os direitos humanos. Constatou-se que a desigualdade social no país é acentuada, entre outras coisas, pelas estratégias governamentais de redução de custo, atingindo principalmente os

grupos menos favorecidos economicamente. Isso se deve porque, ao reduzir investimentos na gestão da coisa pública, aqueles que se valem de serviços como saúde pública e educação têm a sua situação econômica agravada, ao passo que os mais favorecidos lançam mão de serviços privados sendo indiferentes a tais cortes.

Como se sabe, o Estado deve garantir aos seus cidadãos os direitos humanos, o mínimo existencial e, para isso, as contribuições tributárias devem ser utilizadas. Os direitos humanos, junto a isso, são inerentes à condição humana, e o tributo, seja a sua cobrança em si como os valores arrecadados, nesse contexto, deve ser um mecanismo utilizado para lançar mão da execução e concretização de muitos desses direitos atrelados à natureza humana.

Nos últimos anos, entretanto, muitos governos, inclusive o brasileiro, resolveram aderir às políticas de congelamento e corte de gastos públicos, a denominada política de austeridade, com fundamento de redução de gastos e uma possível solução aos déficits fiscais. Tal linha de conduta privilegia sobremodo os mais abastados e intensifica a desigualdade na medida em que impossibilita ações e investimentos em setores essenciais como a saúde e a educação, geralmente os mais prejudicados na conduta em comento.

A tributação, por seu turno, é uma regra para um Estado organizado, uma forma de receita constitucional. Pagar impostos, taxas e outras espécies tributárias é um dever, uma obrigação individual e coletiva. Se todos cumprem seu papel social, a sociedade ganha. É o que informa o Princípio do Solidarismo, uma importante diretriz da Ordem Social. Mas esse pensamento tem sido usurpado pelos novos modelos de governabilidade em que se privilegiam as classes dominantes em detrimento das menos favorecidas.

A partir da cobrança tributária, o Estado poderia já começar implantando, de fato, o princípio da capacidade contributiva promovendo a justiça fiscal ao cobrar mais dos mais favorecidos e menos das camadas mais

populares. Os últimos decênios, porém, não demonstraram essa realidade. Com efeito, diversos projetos no Congresso Nacional visam à Reforma Tributária, mas nenhum com intuito de modificar a forma atual lógica que arrima a tributação hodierna no país, na qual os bens e serviços são os verdadeiros vilões do sistema tributário.

A crítica que predomina à atual sistemática do direito tributário é que ele onera em demasia os bens e serviços em detrimento da renda, o que gera consequentemente o favorecimento da desigualdade social de classes. Se os ricos têm mais recursos, pelo princípio da capacidade contributiva, seria mais lógico que pagasse mais tributos em decorrência de sua renda. O que atualmente ocorre, todavia, é o inverso, sendo a renda e propriedades pouco tributadas ao passo que bens e serviços são muito tributados. É um problema, e não parece estar na agenda governamental a solução. E, agravando ainda mais a problemática, as políticas de austeridade surgem para intensificar eventuais desigualdades. O recolhimento de tributos, que deveria ser um instrumento estatal na condução de políticas públicas isonômicas, torna-se mais uma forma de segregação social.

Conclui-se, em arremate a tudo que foi dito alhures, que as estratégias pautadas na austeridade e o sistema tributário comprometem o mínimo existencial, violando os direitos humanos dos cidadãos, na medida em que agravam a desigualdade social e não promovem a solidariedade, a justiça fiscal. O tema precisa ser debatido em suas nuances, a fim de que melhores estruturas de justiça social sejam, assim, trazidas à baila para a sociedade.

REFERÊNCIAS

AUSTERIDADE econômica prejudica políticas sociais, afirmam debatedores. *Agência Senado*, 2018. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2018/07/05/austeridade->

economica-prejudica-politicas-sociais-afirmam-debatedores. Acesso em: 14 abr. 2023.

BARRETO, Simone Rodrigues Costa. Tributação extrafiscal. *Enciclopédia Jurídica PUCSP*, 2019. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/305/edicao-1/tributacao-extrafiscal>. Acesso em: 11 abr. 2023.

BITENCOURT, Laura Vaz; BITENCOURT, Caroline Muller. A austeridade da emenda constitucional nº 95/2016 e o avanço do Estado Pós-Democrático. *Revista direito e praxis*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 01, jan-mar 2023, p. 139-164. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/KYvZK7MXpzH7bCCsyycyBwc/?lang=pt>. Acesso em: 14 abr. 2023.

BRASIL. *Código Tributário Nacional*. Planalto, 1966. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm. Acesso em: 10 abr. 2023.

BRASIL. *Constituição Federal*. Planalto, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 abr. 2023.

CAIEL, Juliana Teixeira Marques. *Educação em Direitos Humanos como possibilidade de superação ao bullying: possibilidades e limites*. UNESP, 2019. Disponível em: https://agendapos.fclar.unesp.br/agenda-pos/educacao_escolar/4964.pdf. Acesso em: 11 abr. 2023.

CAMARGO, Luiz Eduardo; HERNANDES, Outeiro; PIOVESAN, Flávia. Desafios judiciais em tempos de pandemia: fortalecendo o diálogo entre a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Brasileiro para a proteção dos direitos humanos. *Revista de investigações constitucionais*, Curitiba, V. 09, n. 02, maio/ago. 2022. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rinc/a/MZWt9GNmLzvm3LPPzh7hcGj/?lang=pt>. Acesso em: 10 abr. 2023.

CARLI, Franco Guerino de; RIBAS, Lídia Maria. Smart Cities: extrafiscalidade como indutora do desenvolvimento de cidades inteligentes. *Scielo*, 2021. Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/inter/a/9gBHZytZKHybVVSpXtKF7Dx/?lang=pt>.
Acesso em: 10 abr. 2023.

CAUREO, Elisângela Simon. Capacidade contributiva, tributação indireta e mínimo existencial. *RGPE - Revista da Procuradoria-Geral do Estado*, Porto Alegre, v. 36, n. 76, 2015, p. 103-152.

CIRQUEIRA, Tiago da Luz. *A influência de Jesus Cristo na concepção dos direitos humanos*. PUC-GO, 2020. Disponível em:
<https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/630/1/TCC.pdf>
Acesso em: 11 abr. 2023.

FACHIN, Melina Girardi. Constitucionalismo multinível: diálogos e(m) direitos humanos. *Revista Ibérica do Direito*. Porto-Portugual, v.01, n. 01, jan./jun. 2020, p. 53-68. Disponível em:
<https://www.revistaibericadodireito.pt/index.php/capa/article/view/26/28>.
Acesso em: 10 abr. 2023.

FAGNANI, Eduardo; ROSSI, Pedro. Desenvolvimento, Desigualdade e reforma tributária no Brasil. *Plataforma política social*, 2018. Disponível em:
<https://plataformapoliticassocial.com.br/wp-content/uploads/2018/05/REFORMA-TRIBUTARIA-SOLIDARIA.pdf>.
Acesso em: 14 abr. 2023.

FARIA, Carolina Dourado de; MACHADO, Yuri de Jesus. Análise comparativa: direitos humanos e as leis orgânicas da saúde. *Revista Bioética*. Salvador B.A. V. 30, n. 03, p. 558 – 563, jul./set 2022. Disponível em:
<https://www.scielo.br/j/bioet/a/pSmJKmtGG6ZgfgqbsKXFyDnR/>. Acesso em: 11 abr. 2023.

FEITAL, Thiago Álvares. A dependência entre os direitos humanos e o direito tributário. *Revista de informação legislativa, RIL*, Brasília, v. 56, n. 224, 2019, p. 37-58, out./dez. Disponível em:
https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/224/ril_v56_n224_p37.pdf.
Acesso em: 10 abr. 2023.

GODOI, Marciano Seabra de; DANDE, João Victor Araújo. Será mesmo o tributo uma restrição a direitos fundamentais?. *Revista direito tributário atual*, [S. l.], n. 50, abr. 2022, p. 305–324. Disponível em:

<https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/2152/1947>. Acesso em: 10 abr. 2023.

INSPER. *Comparativo de Tributação 2020*. Imagem 01. Disponível em: <https://www.insper.edu.br/conhecimento/conjuntura-economica/reforma-tributaria-2/>. Acesso em: 14 abr. 2023.

MELO, Luciana Grassano de Gouvêa. A Justiça fiscal entre o “dever-ser” constitucional e o “ser” institucional. *In: Reformas ou Deformas Tributárias e Financeiras*. Por que, para que, para quem e como? SCAFF, Fernando *et al.* (org.). Belo Horizonte, Letramento, 2020, p. 684-698.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto; CALDEIRA, Mirella D’Angelo. Direito ao mínimo existencial. *Enciclopédia Jurídica PUCSP*, 2022. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/512/edicao-1/direito-ao-minimo-existencial>. Acesso em: 11 abr. 2023.

OLIVEIRA, Zaíra Garcia de; SANTOS, Jaderson Faria dos; TORRES, Juliana Castro. A utilização dos tributos como possibilidade de efetivação dos direitos humanos. *Revista ciência et praxis*, [s.l.] v. 13, n. 25, jan./jun. 2020, p. 105-112,. Disponível em: <https://revista.uemg.br/index.php/praxys/article/view/4071/2870>. Acesso em: 10 abr. 2023.

ONTO, Gustavo; MOTTA, Eugênia. A analogia da casa: uma crítica etnográfica às políticas de austeridade. *Nex jornal*, 2022. Disponível em: <https://pp.nexojornal.com.br/opiniao/2022/A-analogia-da-casa-uma-cr%C3%ADtica-etnogr%C3%A1fica-%C3%A0s-pol%C3%ADticas-de-austeridade>. Acesso em: 14 abr. 2023.

PAIVA, Francisco Cleiton da Silva. Tributação ambiental como mecanismo indutor do direito humano ao desenvolvimento sustentável. *Revista Eletrônica Direito e Política*, [S. l.], v. 14, n. 1, maio 2019, p. 117–132. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/rdp/article/view/14230>. Acesso em: 10 abr. 2023.

PEREIRA, Ricardo Utrabo. *O dever fundamental de pagar tributos e a sua relevância para o estado democrático brasileiro*. UENP, 2018. Disponível

em: <https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/11014-ricardo-utrabo-pereira/file>. Acesso em: 10 abr. 2023.

PITOMBEIRA, Delane Felinto; OLIVEIRA, Lucia Conde de. Pobreza e desigualdades sociais: tensões entre direitos, austeridade e suas implicações na atenção primária. *Scielo*, 2020. Disponível em: <https://www.scielo.org/article/csc/2020.v25n5/1699-1708/pt/>. Acesso em: 14 abr. 2023.

QUERINO, Ana Celia; SILVEIRA, Cassiano Queiroz Avelar; FARIA, Jaderson. O direito ao ambiente saudável como direito humano e seus reflexos na esfera tributária. *Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania, Anais [...] Ribeirão Preto*, v. 10, n. 10, 2022, p. 544-558. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/cbpc/article/view/2843>. Acesso em: 10 abr. 2023.

RIBEIRO, Maria de Fátima; GESTEIRO, Natália Paludetto. A busca da cidadania fiscal no desenvolvimento econômico: função social do tributo. *FACNOPAR*, 2019. Disponível em: <https://facnopar.com.br/conteudo-arquivos/arquivo-2019-08-28-15670130410168.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2023.

RIBEIRO, Roberto Name. *O Estudo da Carga Tributária no Brasil de 2018*. Brasília: Esplanada dos Ministérios, 2020.

SANTOS, Ricardo Alexandre de Almeida. *Direito tributário: Esquematizado*. 10. ed. São Paulo: editora Florense LTDA, 2016. Disponível em: <http://ole.uff.br/wp-content/uploads/sites/269/2019/07/Direito-Tribut%C3%A1rio-Esquematizado-Ricardo-Alexandre-2016.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2023.

SGARBOSSA, Luís Fernando; IENSUE, Geziela. Circulação de modelos, direitos e garantias fundamentais: o caso do “Amparo” mexicano. *Scielo*, 2017. Disponível em: http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1692-25302017000200155&script=sci_arttext. Acesso em: 10 abr. 2023.

SIQUEIRA, Priscilla dos Reis; CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. Deduções relacionadas à saúde e à educação no imposto de renda sob ataque: direito ao mínimo existencial posto em xeque no cenário neoliberal da sociedade da informação. *Revista Jurídica em tempo*, [s.l.], v.

22, n. 02, p. 22-45, fev. 2023. Disponível em:
<https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/3338>. Acesso em: 10 abr. 2023.

SILVA, Alessandro Soares; EUZÉBIOS FILHO, Antonio. Poder, crise e insurgência no Brasil e o direito a ter direitos. *Scielo*, 2023. Disponível em:
<https://www.scielo.br/j/pusp/a/dddH8RnM67MnNXdStDzVTZq/?lang=pt>. Acesso em: 10 abr. 2023.

SOTTILI, Luciana Adélia. A proteção social no Brasil: Entre o Individualismo e o solidarismo social. *Repositório FERG*, 2018. Disponível em:
<https://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/8381/3b5b2dd719cfed2d9ad46f8853ef775a.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 11 abr. 2023.

VELLUDO, Mariana Catharin. *Reforma tributária e distribuição de renda no Brasil: Uma abordagem de equilíbrio geral computável*. UFPR, 2022. Disponível em:
<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/76153/R%20-%20D%20-%20MARIANA%20CATHARIN%20VELLUDO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 14 abr. 2023.

VINHAS, Cleidson Teixeira *et al.* O constitucionalismo e a mudança dos princípios norteadores das constituições até a carta brasileira de 1988. *Revista ibero- americana de humanidades, ciências e educação*. São Paulo, 08, n. 01, jan. 2022, p. 1016 - 1028. Disponível em:
<https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/3930/1516>. Acesso em: 11 abr. 2023.

Competência interna para processamento e julgamentos dos crimes militares extravagantes, uma visão para além dos paradigmas construídos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos

Wendell Petrachim Araujo

Bacharelado em Direito.

Mestrando em Políticas Sociais e Direitos Humanos pela Universidade
Católica de Pelotas/RS. Especialista em Direito Público
Juiz Federal da Justiça Militar.

Revisores: Fernando Hugo Miranda Teles (e-mail:

fernando.teles@mpm.mp.br)

Antonio Carlos Gomes Facuri (ORCID: 0009-0006-8038-8288; e-
mail: antonio.facuri@mpm.mp.br)

Data de recebimento: 30/04/2023

Data de aceitação: 02/05/2023

Data da publicação: 30/05/2023

RESUMO: Este artigo tem por propósito promover uma análise crítico-jurídica acerca da alteração promovida pela Lei nº 13.774/2018 na Lei de Organização da Justiça Militar da União (LOJMU), a qual estabeleceu uma mudança significativa na distribuição de competência interna no âmbito da Justiça Castrense, relativamente ao processamento e julgamento dos crimes

militares, tendo-se, em especial atenção, o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos acerca da matéria. Observa-se que, para além da competência dos Conselhos de Justiça, estabeleceu-se um novo órgão jurisdicional, o Juízo Monocrático, cuja competência se direciona ao julgamento dos crimes militares cometidos por civis. Entretanto, em que pese isso, verifica-se que a Lei nº 13.774/2018 não estabeleceu de forma clara a competência para o julgamento das condutas delituosas não tipificadas no Codex Castrense porventura cometidos exclusivamente por militares (omissão legislativa). Nessa toada, necessária uma abordagem do tema sopesando a distribuição de competência interna quando da ocorrência de crimes militares que não se encontram previstos no Código Penal Militar (CPM), mas que, em decorrência da edição da Lei nº 13.491/2017, passaram a ser de competência da Justiça Especializada, ainda mais a partir da alteração promovida na LOJMU, nos art. 27 e 30. Assim, a presente discussão reveste-se de extrema importância na medida em que se delinearão propostas reflexivas para se concluir pela possibilidade, ou não, em observância ao Princípio do Juiz Natural, de militares das Forças Armadas (sem que haja no polo passivo a presença de civis) serem julgados de forma monocrática pelo magistrado da Justiça Castrense Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Lei nº 13.774/2018; Lei de Organização da Justiça Militar; direitos humanos; crime militar extravagante; competência monocrática; novas perspectivas processuais.

ENGLISH

TITLE: Internal competence for prosecuting and judging extravagant military crimes, a vision beyond the paradigm constructed by the Inter-American Court of Human Rights.

ABSTRACT: This article aims to promote a critical-legal analysis of the amendment promoted by Law nº 13.774/2018 in the Law of Organization of Military Justice of the Union (LOJMU), which established a significant change in the distribution of internal competence within the scope of Justice Military, regarding the processing and judgment of military crimes, with special attention being given to the understanding of the Inter-American Court of Human Rights on the matter. It is observed that, in addition to the

competence of the Councils of Justice, a new judicial body was established, the Monocratic Judgment, whose competence is directed to the judgment of military crimes committed by civilians. However, in spite of this, it appears that Law n. 13.774/2018 did not clearly establish the competence for the judgment of criminal conduct not typified in the Codex Military, perhaps committed exclusively by military personnel (legislative omission). In this regard, an approach to the subject is necessary, weighing the distribution of internal competence when the occurrence of military crimes that are not provided for in the Military Penal Code (CPM), but which, as a result of the enactment of Law n. 13.491/2017, became the responsibility of the Specialized Justice, even more from the amendment promoted in LOJMU, in art. 27 and 30. Thus, the present discussion is of extreme importance insofar as reflective proposals will be outlined to conclude on the possibility, or not, in compliance with the Principle of the Natural Judge, of Armed Forces personnel (without there being in the as defendants the presence of civilians) be judged in a monocratic manner by the magistrate of the Federal Military Justice.

KEYWORDS: Law n. 13.774/2018; Law on the Organization of Military Justice; human rights; extravagant military crime; monocratic competence; new procedural perspectives.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Da posição da Corte Interamericana de Direitos acerca da competência da JMU – 3 Da alteração promovida pela Lei 13.774/2018 – 4 Da distribuição interna de competência em matéria criminal no âmbito da JMU – 5 Competência monocrática do Juiz Federal da Justiça Militar nos crimes militares extravagantes – 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A competência da Justiça Militar da União para processar e julgar civis sempre fora objeto de bastante discussão doutrinária e jurisprudencial, seja no âmbito da comunidade jurídica nacional, seja na internacional.

Nesse contexto, cumpre-se, em primeiro lugar, ressaltar o acórdão prolatado pelo Supremo Tribunal Federal, de relatoria do eminente Ministro Celso de Melo, antes da alteração promovida pela nº 13.774/18, que ao analisar, amiúde, o direito comparado e o postulado do Juiz Natural, nas hipóteses de estabelecimento de competência da Justiça Militar para julgar civis, assim dispôs, *ipsis verbis*:

Cumprе enfatizar, desde logo, que a Justiça Militar da União - cujos órgãos (Conselhos de Justiça e o E. Superior Tribunal Militar) não se identificam nem se subsumem à noção de tribunais de exceção ou de juízos “ad hoc” (ALEXANDRE DE MORAES, “Direito Constitucional”, p. 88/89, item n. 21.1, 25ª ed., 2010, Atlas; UADI LAMMÊGO BULOS, “Curso de Direito Constitucional”, p. 669, item n. 47.3, “c”, 5ª ed., 2010, Saraiva; SYLVIO MOTTA e GUSTAVO BARCHET, “Curso de Direito Constitucional”, p. 215, item n. 2.29, 2007, Elsevier; PEDRO LENZA, “Direito Constitucional Esquemático”, p. 777/778, item n. 14.9.22, 14ª ed., 2010, Saraiva, v.g.) – dispõe de competência penal para processar e julgar civis, mesmo em tempo de paz, por suposta prática de crime militar tipificado em lei (KILDARE GONÇALVES CARVALHO, “Direito Constitucional”, p. 1076, item n. 14, 13ª ed., 2007, Del Rey, v.g.), **eis que a Constituição da República, ao remeter ao plano da legislação ordinária a definição dos delitos castrenses, viabilizou a qualificação de qualquer civil, em algumas situações específicas, como possível sujeito ativo dessa especial modalidade de infração penal**, como claramente resulta da leitura do próprio Código Penal Militar, considerada a regra inscrita em seu art. 9º, em contexto que permite reconhecer que, no ordenamento positivo brasileiro, a conceituação de crime militar rege-se pelo critério objetivo, estabelecido “*ratione legis*”, segundo se extrai do magistério da doutrina (JORGE ALBERTO ROMEIRO, “Curso de Direito Penal Militar – Parte Geral”, p. 66, item n. 48, 1994, Saraiva; CÉLIO LOBÃO, “Direito Penal Militar”, p. 50/53, item n. 8, 1990, Brasília Jurídica; JOSÉ DA SILVA LOUREIRO NETO, “Direito Penal Militar”, p. 17/28, item n. 2.2, 5ª ed., 2010, Atlas, v.g.). **Isso significa, portanto, que a Justiça Militar da União possui, excepcionalmente, em tema de delitos castrenses, jurisdição penal sobre civis, quer em tempo de paz, quer em tempo de guerra.** (STF. HC 106171, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 01/03/2011, grifos nossos)

Ocorre que, em meio ao debate da submissão de civis ao foro militar, exsurge uma nova proposta paradigmática com o voto-vista do Ministro Gilmar Mendes no *Habeas Corpus* nº 112.848, no qual fora trazido o posicionamento de que os civis poderiam ser julgados monocraticamente pelo “Juiz-Auditor” (nomenclatura do cargo antes de sua alteração para Juiz Federal da Justiça Militar), tendo essa forma de pensar “ganhado corpo” e, assim, impulsionado novos entendimentos no âmbito da primeira instância da JMU e, também, dos novos “ventos legislativos” sobre a temática (que culminaria com a promulgação da Lei 13.774/2018).

Nesse contexto, cabe-se nos pontuar o seguinte excerto do artigo¹ intitulado: “*Julgamento Monocrático de Civis na JMU*”, de autoria do Magistrado da Justiça Castrense Federal Frederico Magno de Melo Veras, que evidencia a citada mudança de perspectiva para o julgamento de civis, no ano de 2014, *in fine*:

[...] No dia 20 de outubro deste ano, na 2ª Auditoria da 11ª CJM, houve o julgamento monocrático de uma civil, acusada da prática do crime de estelionato (artigo 251 do CPM), que findou por ser condenada, por desclassificação, pela prática do crime de apropriação de coisa havida acidentalmente (artigo 249 do CPM). A sentença condenatória ainda não transitou em julgado e é provável que haja recurso da Defensoria Pública da União (DPU). Isso ocorreu no bojo do processo nº 0000243-92.20121.7.11.0011, feito instruído e julgado monocraticamente, **por entender-se que os conselhos de justiça, ou seja, o colegiado misto, composto majoritariamente por militares e presidido por um destes, não possuem competência para o processamento e julgamento de civis.** O entendimento referido é analisado na parte da sentença destinada a argumentar sobre a inconstitucionalidade patente de militares, carentes de formação jurídica, decidirem sobre a declaração de medidas cautelares, a homologação de perícias judiciais, o deferimento ou indeferimento de questões de ordem, a culpabilidade do acusado, a classificação do crime e a dosimetria da pena, isso apenas no âmbito dos processos

¹ Texto extraído do site: <https://jusmilitaris.com.br>, publicado em 03/11/2014. Acesso em: 29 abr. 2023.

em que figurem civis como acusados. [...]. (VERAS, 2014, grifos nossos)

Ainda nesse cenário, no mesmo ano de 2014, fora apresentado pelo Superior Tribunal Militar, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 7.683/2014, com a proposta de alterar vários dispositivos da Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992 (LOJMU), tendo sido, após o debate bicameral (PLC nº 123/2018 no Senado Federal – Casa Revisora), publicada a Lei nº 13.774, em 20 de dezembro de 2018.

Assim, a partir dessa alteração legislativa, implementou-se na esfera normativa-legal a regra competencial de processamento e julgamentos de civis, na JMU, pelo Juiz Federal da Justiça Militar, consoante nos leciona² o Professor e Magistrado Federal Márcio André Lopes Cavalcante, *ipsis verbis*:

Competência do Juiz Federal da Justiça Militar para julgar crimes militares praticados por civis

Vimos acima que os crimes de competência da Justiça Militar da União são julgados, em 1ª instância, em regra, por um Conselho de Justiça.

A Lei nº 13.774/2018 criou uma exceção a essa regra.

Se o crime militar for praticado por um civil, nas hipóteses previstas nos incisos I e III do art. 9º do CPM, este crime será julgado, singularmente, por um Juiz Federal da Justiça Militar.

Se um militar for denunciado no mesmo processo por ter praticado o crime junto com o civil, ele também será julgado pelo Juiz Federal da Justiça Militar.

Foi o que previu a nova redação do art. 30, I-B, da Lei nº 8.457/92:

Art. 30. Compete ao juiz federal da Justiça Militar, monocraticamente:

(...)

I-B – processar e julgar civis nos casos previstos nos incisos I e III do art. 9º do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar), e militares, quando estes forem acusados juntamente com aqueles no mesmo processo;

O Presidente do STM, Min. José Coêlho Ferreira explicou que havia uma demanda da sociedade para que os civis que cometam crimes militares fossem julgados por juízes

² Texto extraído do site: <https://www.dizerodireito.com.br> publicado em 21/12/2018. Acesso em: 29 abr. 2023.

de carreira, com as garantias constitucionais da magistratura e, por isso, houve essa alteração. Antes da Lei nº 13.774/2018, os crimes militares praticados por civis eram julgados, em 1ª instância, pelos Conselhos de Justiça. (CAVALCANTE, 2018, grifos nossos)

Não obstante isso, apesar das diversas alterações promovidas na LOJMU, em especial para adequar o órgão julgador, no âmbito da Justiça Castrense Federal, aos anseios, por exemplo, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e mesmo tendo ocorrido essa modificação após a edição da Lei nº 13.491/17 (que ampliou a competência da Justiça Militar), o legislador ordinário parece ter “se esquecido” de determinar, de forma indene de dúvidas, a competência interna para o processamento (e seu respectivo julgamento) dos crimes militares extravagantes cometidos exclusivamente por militares das Forças Armadas.

A metodologia utilizada na realização deste trabalho foi a pesquisa bibliográfica.

2 DA POSIÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS ACERCA DA COMPETÊNCIA DA JMU

No tocante ao julgamento de civis pela Justiça Militar e o posicionamento de Organismos Internacionais de proteção dos direitos humanos, já nos alertava o Professor Jorge César de Assis em seu artigo³ “*Processo e Julgamento de Civis pelo Juiz Monocrático na Justiça Militar da União*”, *litteris*:

[...] Sabe-se que existe uma Carta de Princípios da ONU (noticiada por Kathia Martin Chenut²), que se pretende sejam observados na Justiça Militar. Na versão atual do documento elaborado pelo francês Emmanuel Decaux³, e que foi apresentado originariamente na antiga Comissão de

³ Texto extraído do site: <https://jusmilitaris.com.br>, publicado em 30/07/2014. Acesso em: 29 abr. 2023.

direitos Humanos em 13.01.2006, está integrado atualmente na agenda do órgão que substituiu a Comissão de direitos Humanos da ONU, que é o Conselho de Direitos Humanos. **A análise do Projeto de Princípios – que se constitui de 20 princípios -, e seguindo-se a observação precisa de Kathia Martin Chenut, permite verificar que vários deles estão sendo respeitados no Brasil:** o 1º (criação da jurisdição militar pela Constituição e pela lei), já que a Justiça Militar brasileira tem amparo constitucional e legal; o 7º (incompetência dos tribunais militares para julgar menores de 18 anos), pois no Brasil eles estão submetidos à Justiça da Infância e da Juventude, e, neste ponto, as regras permissivas ainda constantes do CPM não foram recepcionadas pela Lei maior. **Também se verifica que o Princípio 5º (incompetência da jurisdição militar para julgar civil) já se encontra atendido para a Justiça Militar Estadual.** O Princípio 8º (competência funcional da jurisdição militar) é ainda ponto de questionamento já que a competência da Justiça Militar brasileira é ampla, envolvendo um número considerável de crimes militares impróprios. (ASSIS, 2014, grifos nossos)

Verifica-se que antes da promulgação da Lei nº 13.774/18, a crítica mais incisiva que era direcionada à Justiça Militar da União, pelos Organismos Internacionais de proteção dos direitos humanos, dizia respeito ao fato de os civis serem julgados pelos Conselhos de Justiça (em regime de escabinato).

Gize-se que essa ponderação não mais era voltada à Justiça Militar Estadual, tendo-se em conta as alterações promovidas pela chamada “Reforma do Poder Judiciário” – implementada pela Emenda Constitucional nº 45/2004 – que retirou a competência do foro especializado para julgamento de civis, encaminhando-a à Justiça Comum.

Nesse contexto, inclusive, não podemos nos olvidar de citarmos o brilhante e aprofundado trabalho desenvolvido pelo magistrado federal da Justiça Militar Luiz Octavio Rabelo Neto, quanto à competência da JMU para o julgamento de civis em tempo de paz, tendo como balizas os padrões jurisprudenciais da Corte Interamericana de Direitos Humanos, *in fine*:

Um grande desafio jurídico para a Justiça Militar da União (JMU) brasileira é delimitar precisamente sua

competência, de forma a compatibilizá-la com a Constituição Federal, bem como com os tratados internacionais de direitos humanos a que aderiu o Estado brasileiro, especialmente, para os fins deste artigo, a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH). [...]. Nesse sentido, deixando de lado o foco na configuração da Justiça Militar dos Estados da federação, objetiva-se, neste artigo, analisar se a atual configuração da JMU, especificamente no que tange a sua competência para o julgamento de civis, compatibiliza-se com esse aparato legal, bem como com os padrões (estáveis) presentes na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) acerca da competência da Justiça Militar. [...]. A ideia de escrever esse artigo surgiu da participação no seminário “Encontro da Justiça Militar da União com a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos: uma discussão sobre o papel das justiças militares no sistema interamericano de direitos humanos”, realizado entre os dias 9 a 12 de fevereiro de 2015 na sede do Superior Tribunal Militar (STM), em Brasília, ocasião em que alguns palestrantes expuseram os padrões (estáveis) existentes na jurisprudência da Corte IDH acerca da justiça militar e surgiu o questionamento dos participantes se esses padrões seriam ou não aplicáveis à JMU brasileira, diante das peculiaridades que essa possui, em comparação com a organização da justiça militar de outros países americanos, não tendo surgido uma posição definitiva dos expositores sobre o tema, até para se evitar um prejulgamento sobre a justiça militar brasileira, a qual ainda não foi objeto de consideração contenciosa pela Corte. O Brasil, conforme previsão do Decreto nº 4.463/2002, reconheceu como obrigatória a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, para fatos posteriores a 10/12/1998, em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22/11/1969, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 678/1992. **Disso resultam a importância e a necessidade de o operador jurídico nacional conhecer e aplicar efetivamente, no que for cabível, a jurisprudência da Corte**. [...]. Há no Brasil um grande desconhecimento ou desconsideração dos precedentes oriundos da jurisprudência da Corte IDH, especialmente no que tange à justiça militar, sua organização e competência. **Contudo, tendo o Brasil ratificado o tratado internacional consubstanciado na CADH, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão sujeitos a ela, o que lhes obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não sejam afetados pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e finalidade**. [...]. Com esse intuito, far-se-á um brevíssimo resumo, em tradução livre, de todos os 31 casos envolvendo controvérsias sobre a justiça militar já apreciados e julgados

pela Corte IDH, expondo uma sinopse dos fatos, dos argumentos da demandante, que é a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, e da conclusão da Corte IDH no julgamento. Esses casos envolvem 10 (dez) Estados: Nicarágua, Peru, Colômbia, Chile, Guatemala, Argentina, México, República Dominicana, Venezuela e Equador. [...]. **Tendo em vista a existência de precedentes da Corte IDH no sentido da incompetência da justiça militar para julgamento de civis, deve-se realizar um processo de decomposição desses precedentes com o objetivo de separar a essência da tese jurídica ou razão de decidir** (*ratio decidendi* no direito inglês ou *holding* no direito norteamericano) das considerações periféricas (*obiter dicta*), pois é apenas o núcleo determinante do precedente que vincula (*binding precedent*) o julgamento dos processos posteriores. [...]. Não obstante, a atribuição de competência penal a instituições administrativas vinculadas ao Poder Executivo para julgamento de civis poderia ainda ser objeto de questionamento, porque o Estado está obrigado a adotar disposições de direito interno, inclusive constitucionais, que se adequem à CADH. Contudo, esse não é o caso brasileiro. **A Justiça militar da União é um órgão judicial civil! Esse é um fato relevantíssimo para defesa da competência da JMU quanto ao julgamento de civis e para o afastamento dos precedentes da Corte IDH nesse ponto. Conforme demonstrado no item 2 desse estudo, a JMU se desvinculou do Poder Executivo, passando a constituir um dos órgãos do Poder Judiciário nacional desde a Constituição Federal de 1934, situação que permanece até os dias atuais com a CF de 1988, que trata dos Tribunais e Juízes Militares como órgãos do Poder Judiciário (art. 92, VI)**. Conforme jurisprudência da Corte IDH, a garantia do juiz natural deve ser analisada de acordo com o objeto e finalidade da CADH, que é a proteção efetiva da pessoa humana (Cfr. Caso 19 Comerciantes, par. 173; Caso do Massacre de la Rochela, par. 200; Caso Zambrano Vélez e outros Vs. Equador, par. 66.). Essa proteção da pessoa humana, inclusive de acusados civis, é realizada pela JMU, onde se obedecem, regularmente, às garantias do devido processo legal. (NETO, 2016, p. 54/137, grifos nossos)

Feitas essas considerações no que diz respeito à competência da JMU para processar e julgar civis, devemos fazer um “giro de olhar” e passarmos a uma nova perspectiva que se alicerça, agora, na distribuição de competência interna da Justiça Especializada, em específico para processar e julgar os crimes militares extravagantes.

3 DA ALTERAÇÃO PROMOVIDA PELA LEI 13.774/2018

Agora sobre outra temática, nos utilizamos, mais uma vez, dos ensinamentos⁴ do Dr. Luiz Octavio Rabelo Neto, ao comentar sobre a Lei nº 13.774/2018, que nos alerta, *ipsis verbis*:

A recém-publicada Lei nº 13.774, de 19/12/2018, que entrou em vigor na data de sua publicação (20.12.2018), **trouxe grandes inovações para a Justiça Militar da União (JMU), alterando a Lei Orgânica da Justiça Militar da União (LOJMU)**, Lei nº 8.457, de 04 de setembro de 1992, de forma a modernizar essa Justiça especializada e conferir maior celeridade no processamento e julgamento de processos penais militares. [...]. A competência da JMU para o julgamento penal de civis tem sido contestada. Com esse objeto, tramitam no Supremo Tribunal Federal (STF), dentre outras causas, a Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental (ADPF) 289, proposta pelo Procurador-Geral da República (PGR) em 15/08/2013, que tem por objetivo conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 9º, incisos, I e III, do CPM, para que seja reconhecida a incompetência da JMU para julgar civis em tempo de paz e para que estes crimes sejam submetidos a julgamento pela justiça comum, federal ou estadual. Na mesma diretriz, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5032, ajuizada em 14/08/2013, também pelo PGR, tem por objetivo a declaração de inconstitucionalidade do § 7º do art. 15 da Lei Complementar nº 97/1999, que considera atividade militar, para fins de determinação de competência da JMU, determinadas atribuições subsidiárias das Forças Armadas, como, por exemplo, as operações para garantia da lei e da ordem. **Com a Lei nº 13.774, a força argumentativa dessas demandas restou sensivelmente reduzida, visto que, embora ainda se julgue civil na JMU, esse julgamento não será feito por militares da ativa, mas por um juiz civil. Com isso, muito mais do que antes da nova lei, torna-se clara a improcedência dos pedidos formulados nessas demandas.** (NETO, 2016, p. 54/137, grifos nossos)

⁴ Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/71024>. Acesso em: 29 abr. 2023.

Podemos perceber então o importante papel alcançado pela Lei 13.774/2018 ao buscar estabilizar os comentários dirigidos à Justiça Militar da União naquilo de dizia respeito ao processamento e julgamento de civis.

Vejam-se, ademais, os esclarecimentos trazidos pelo Promotor de Justiça Militar Leonardo Jucá Pires de Sá, nos quais ele destaca⁵, relativamente às alterações promovidas na LOJMU, *litteris*:

Até então, os órgãos de julgamento em primeira instância da JMU eram todos colegiados, em sistema de escabinato, consistindo no Conselho Especial de Justiça e no Conselho Permanente de Justiça, cujas competências são dadas pelo art. 27 da Lei nº 8.457/1992. Ao Conselho Especial de Justiça compete processar e julgar oficiais, nos termos do art. 27, I, da Lei nº 8.457/1992. A exceção, na JMU, se resume aos oficiais-generais, aos quais é reconhecido o foro por prerrogativa de função no Superior Tribunal Militar (art. 6º, I, “a”, da Lei nº 8.457/1992). Quanto aos civis, era pacífico o entendimento de que seriam processados e julgados pelo Conselho Permanente de Justiça, haja vista que a antiga redação do art. 27, II, da Lei nº 8.457/1992 estabelecia ser de sua competência o processamento e o julgamento de acusados que não fossem oficiais, previsão que abrangia as praças e os civis. Contudo, na redação dada pela Lei nº 13.774/2018 ao inciso II do art. 27, tem-se que é da competência do Conselho Permanente de Justiça processar e julgar militares que não sejam oficiais. Note-se que o termo “acusados” foi substituído pelo termo “militares”, o que certamente exclui os acusados civis. **À primeira vista, parece superada a celeuma do julgamento de civis por órgãos judiciais militares em tempos de paz. Embora ainda seja possível a prática de crime militar por civis, e ainda que seu processamento e julgamento seja da competência da Justiça Militar da União, o órgão judicial competente consistirá em um juiz civil, com formação jurídica (como é a regra no ordenamento brasileiro), sem a participação de juízes militares.** (SÁ, 2020, grifos nossos)

Para melhor compreensão do tema, na parte que regula a competência dos órgãos da primeira instância da JMU, observe-se o disposto antes e depois da alteração legislativa, *ipsis verbis*:

⁵ Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/indice>. Publicado em 20 abr. 2020. Acesso em: 29 abr. 2023.

REDAÇÃO ANTIGA DA LOJMU	APÓS A LEI Nº 13.774/2018
<p>Art. 27. Compete aos conselhos: I – Especial de Justiça, processar e julgar oficiais, exceto oficiais-generais, <u>nos delitos previstos na legislação penal militar,</u> II – Permanente de Justiça, processar e julgar acusados que não sejam oficiais, <u>nos delitos de que trata o inciso anterior, excetuado o disposto no art. 6º, inciso I, alínea b, desta lei:</u> [...].</p> <p>Art. 30. Compete ao Juiz-Auditor: I – decidir sobre recebimento de denúncia, pedido de arquivamento, de devolução de inquérito e representação; [...]. (grifos nossos)</p>	<p>Art. 27. Compete aos conselhos: I – Especial de Justiça, processar e julgar oficiais, exceto oficiais-generais, <u>nos delitos previstos na legislação penal militar,</u> II – Permanente de Justiça, processar e julgar militares que não sejam oficiais, <u>nos delitos a que se refere o inciso I do caput deste artigo.</u> (Redação dada pela Lei nº 13.774, de 2018) [...].</p> <p>Art. 30. Compete ao juiz federal da Justiça Militar, monocraticamente: (Redação dada pela Lei nº 13.774, de 2018)</p> <p>I – decidir sobre recebimento de denúncia, pedido de arquivamento, de devolução de inquérito e representação;</p> <p>I-A – presidir os Conselhos de Justiça; (Incluído pela Lei nº 13.774, de 2018)</p> <p>I-B – <u>processar e julgar civis nos casos previstos nos incisos I e III do art. 9º do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar), e militares, quando estes forem acusados juntamente com aqueles no mesmo processo;</u> (Incluído pela Lei nº 13.774, de 2018)</p> <p>I-C – julgar os habeas corpus, habeas data e mandados de segurança contra ato de autoridade militar praticado em razão da ocorrência de crime militar, exceto o praticado por oficial-general; (Incluído pela Lei nº 13.774, de 2018) [...]. (grifos nossos)</p>

Constata-se, desse modo, a preocupação do legislador em deixar clara a competência para o processamento de julgamento de civis sem a participação do escabinato.

Ocorre que, apesar de a Lei nº 13.774/2018 ter sido publicada após a edição da Lei nº 13.491/2017 (que ampliou a competência da Justiça Militar), deixou ela de trazer de forma clara a competência dos Conselhos de Justiça para processar e julgar os crimes militares extravagantes, isso porque não se pode dizer que os crimes previstos na legislação penal comum (Código Penal comum e legislação penal extravagante) possam ser consideradas “legislação penal militar” (nos termos do disposto na parte final dos incisos I e II, do art. 27 da LOJMU).

Inclusive, aproveitando a oportunidade, repiso o raciocínio trazido no artigo: “*Lei 13.491/2017, perspectivas e nuances da alteração legislativa ocorrida no Código Penal Militar*”, publicado na Revista da ENAJUM (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados da Justiça Militar da União), com relação a configuração do crime militar e a necessidade anterior de o tipo penal encontrar-se previsto no CPM (que ao meu sentir é o que caracteriza “legislação penal militar”), *in fine*:

Como se pode perceber, **há um caminho a ser percorrido para se chegar à conclusão de que determinada conduta possa ser identificada como crime militar.**

Isso porque, deve-se, inicialmente, perquirir se há qualquer ressalva constitucional (como por exemplo, nos casos em que há competência do Tribunal do Júri) e, não existindo, passar-se a fase seguinte, qual seja: analisar se possui enquadramento nas hipóteses elencadas no artigo 9º (tempo de paz) ou artigo 10 (tempo de guerra).

Constata-se, assim, que não como se falar em crime militar se a conduta do agente não se amoldar nas diversas situações estabelecidas nos art. 9º e 10 do Códex Penal Militar.

Sobre a análise do art. 9º, antes da alteração promovida pela Lei 13.491/2017, a doutrina penalista lecionava, *litteris*: Esmeraldino Bandeira alertava para a dificuldade porque não existia, a seu tempo, critério científico ou legal na definição de crime militar. O Código Penal Militar de 1969 adotou o critério legal, *ratione legis*, na conceituação de crime militar. Os arts. 9.º e 10 estabelecem critérios que classificam os

crimes como militares em razão da matéria (*ratione materiae*), do local (*ratione loci*), da pessoa (*ratione personae*), do tempo (*ratione temporis*) e em razão da função (*propter officium*). [...]. Como anotam Neves e Streifinger, os “crimes previstos na Parte Especial do Código Penal Militar carecem, para sua perfeita tipificação, de complementação da Parte Geral”. Com efeito, os arts. 9.º e 10 são indispensáveis normas de extensão para a tipicidade do crime militar. O operador do direito harmoniza os requisitos dos arts. 9.º e 10 com os crimes previstos na Parte Especial. (ROSSETTO, p. 106, grifos nossos)

Ora, antes da alteração legislativa promovida pela Lei 13.491/2017 o caminho terminava na parte especial do Código Penal Militar, e se não se conseguisse tipificar dessa forma, os fatos perdiam a natureza de crime militar sendo processados e julgados, se fosse o caso, pela Justiça Comum.

Era o que acontecia com o clássico exemplo do crime de aborto, que se fosse cometido por uma militar (dentro de um hospital militar), por não haver previsão na parte especial do CPM, seria de competência da Justiça Comum.

E foi, justamente, esse *itineris* que a lei 13.491/2017 veio alterar.

O artigo 9º, do Código Penal Militar, passou a ter a seguinte redação, *verbis*: (...).

Observa-se que além de a Lei 13.491/17 afastar a discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da competência da Justiça Militar para o processamento e julgamento dos crimes dolosos contra a vida de civis, também laureou a justiça militar com aumento de sua competência, ao estabelecer nova redação ao inciso II, do art. 9º, do Código Penal Militar. (ARAUJO, 2018, p. 155, grifos nossos)

Nessa toada, com a edição da Lei nº 13.774/2018, no que tange ao estabelecimento do Juízo Natural, a partir de então, não basta identificar se determinada conduta se caracteriza como crime militar, pois anteriormente todos os delitos castrenses eram julgados pelos Conselhos de Justiça (se indagando tão somente se seria atribuição do Conselho Permanente ou Especial), pois se deve analisar a presença (ou não) de civis para fins de distribuição interna de competência para o Juiz Federal da Justiça Militar.

4 DA DISTRIBUIÇÃO INTERNA DE COMPETÊNCIA EM MATÉRIA CRIMINAL NO ÂMBITO DA JMU

No ponto, antes de passarmos à discussão que envolve a necessidade, com a edição da Lei nº 13.774/2018, de distribuição interna de competência no âmbito da 1ª instância da JMU, faz-se mister alguns esclarecimentos introitos.

Ora, o que ocorre é que, antes da Lei nº 13.774/2018, na Justiça Militar Federal, não havia discussão acerca de quem seria o órgão julgador, porquanto tal mister era estabelecido, única e exclusivamente, aos Conselhos de Justiça, diferentemente do que já acontecia na Justiça Militar Estadual (após a Emenda Constitucional nº 45/2004), em que existia a competência monocrática do Juiz de Direito do Juízo Militar naquelas situações em que a vítima do crime fosse civil ou a matéria versasse atos disciplinares militares, *ex vi* do art. 125, § 5º da Constituição Federal.

De outra maneira, atualmente, após a constatação da ocorrência de um possível crime militar, deve-se questionar, de largada, no âmbito da JMU, a condição do agente (sujeição ativa) a fim de que se possa saber se haverá um julgamento com base no escabinato (Conselho de Justiça) ou por meio do Juiz Federal da Justiça Militar.

Nesse contexto, importante destacar que não se está a falar em uma competência funcional (por prerrogativa de função), nos termos lecionados pelo Professor Renato Brasileiro de Lima, *in fine*:

Em face da relevância das funções desempenhadas por certos agentes, a Constituição Federal, as Constituições Estaduais e a legislação infraconstitucional lhes conferem o direito de serem julgados por Tribunais. Cuida-se da denominada competência *ratione functionae*. Essa jurisdição especial assegurada a certas funções públicas tem como matriz o interesse maior da sociedade de que aqueles que ocupam certos cargos possam exercê-los em sua plenitude, com alto grau de autonomia e independência, a partir da convicção de que seus atos, se eventualmente questionados, serão julgados de forma imparcial por um Tribunal. Como se percebe, a competência por prerrogativa de função é estabelecida não

em virtude da pessoa que exerce determinada função, mas sim como instrumento que visa resguardar a função exercida pelo agente. **Daí o motivo pelo qual preferimos utilizar a expressão *ratione functionae* em detrimento de *ratione personae*.** Como dizia o Ministro Victor Nunes Leal, presume o legislador que os Tribunais de maior categoria tenham mais isenção para julgar os ocupantes de determinadas funções públicas, por sua capacidade de resistir, seja à eventual influência do próprio acusado, seja às influências que atuarem contra ele. A presumida independência do Tribunal de superior hierarquia é, pois, uma garantia bilateral, garantia contra e a favor do acusado. **Essa excepcionalidade do foro por prerrogativa de função em face de preceitos sensíveis da Constituição Federal, como o da isonomia e o do juiz natural, possui uma razão de ser própria, específica, justificável, que transmuda sua conotação de privilégio, no sentido pejorativo da palavra, para prerrogativa essencial ao bom exercício da função.** Por tal motivo, em uma Constituição Federal que pretende tratar igualmente os cidadãos comuns, as hipóteses de prerrogativa de foro, pelo privilégio que de certa forma conferem, devem ser interpretadas restritivamente. Como esse *foro por prerrogativa de função* é estabelecido em decorrência das funções desempenhadas pelo agente, e não em razão da pessoa, predomina na doutrina o entendimento de que não há qualquer ofensa ao princípio da isonomia. (LIMA, 2022, p. 489, grifos nossos)

Ou seja, levando-se em consideração a necessidade de se indagar as características do sujeito ativo do delito, conclui-se que se estabeleceu uma hipótese de definição de competência em razão da pessoa (e não uma competência funcional), de modo que agora não se discute se a competência seria da JMU (ou não), mas sim para, estabelecida a da Justiça Castrense, determinar-se a competência interna para processamento e julgamento do feito, qual seja do Juiz Federal da Justiça Militar.

Aqui, não podemos nos esquecer do regramento trazido pelo Código de Processo Penal Militar, no que tange a determinação de competência, *litteris*:

Determinação da competência

Art. 85. **A competência do fôro militar será determinada:**

I - de modo geral:

a) pelo lugar da infração;

b) pela residência ou domicílio do acusado;

c) pela prevenção;

II - de modo especial, pela sede do lugar de serviço.

Na Circunscrição Judiciária

Art. 86. **Dentro de cada Circunscrição Judiciária Militar, a competência será determinada:**

a) pela especialização das Auditorias;

b) pela distribuição;

c) por disposição especial deste Código. (BRASIL, grifos nossos)

Constata-se da leitura dos dispositivos acima transcritos que, a Lei Adjetiva Castrense nada dispôs sobre a delimitação interna (dentro do mesma Auditoria da JMU), preocupando-se, tão somente, na determinação de competência dentro de cada Circunscrição Judiciária Militar (CJM).

A propósito, elucidativos são os ensinamentos do Professor Renato Brasileiro de Lima, *verbis*:

Compreende-se a competência, por conseguinte, como a medida e o limite da jurisdição, dentro dos quais o órgão jurisdicional poderá aplicar o direito objetivo ao caso concreto. Na dicção de Vicente Greco Filho, a competência é “o poder de fazer atuar a jurisdição que tem um órgão jurisdicional diante de um caso concreto. Decorre esse poder de uma delimitação prévia, constitucional e legal, estabelecida segundo critérios de especialização da justiça, distribuição territorial e divisão de serviço. **A exigência dessa distribuição decorre da evidente impossibilidade de um juiz único decidir toda a massa de lides existente no universo e, também, da necessidade de que as lides sejam decididas pelo órgão jurisdicional adequado, mais apto a melhor resolvê-las**”. (LIMA, 2022, p. 361-362, grifos nossos)

No âmbito da Justiça Militar Estadual, o processamento e julgamento de crimes pelo Juízo Singular (Juiz de Direito do Juízo Militar) deixaram de ser novidade desde a reforma do Poder Judiciário promovida pela Emenda Constitucional de nº 45 de 2004.

Sobre esse assunto (inovação), nos ensina o Professor Celio Lobão, *in fine*:

Segundo Campos Barros, a determinação da competência refere-se à divisão de trabalho entre os diversos órgãos jurisdicionais, e leva em conta os elementos da causa ou litígio penal, sejam estes objetivos, subjetivos ou causais,

atendendo ao que dispõe a legislação ordinária e a constitucional. Prosseguindo, afirma que "a *suma divisio* da competência reside nas duas formas básicas: competência material e competência funcional" (Sistema, vol.1, págs. 161 e 162). **A competência material diz respeito à natureza do litígio, à natureza da infração que constitui o objeto do processo. A competência material da Justiça Militar, como um dos órgãos do Poder Judiciário, vem definida na Constituição, segundo a qual compete à Justiça Militar, federal e estadual, processar e julgar os crimes militares definidos em lei (arts. 124 e 125, § 4º).** Lei ordinária incluiu no CPM a ressalva da competência do Júri, nos crimes dolosos contra a vida, cometidos por militar contra civil (art. 9º, p. ún., do CPM). Posteriormente, a ressalva da competência do Júri, no que se refere à Justiça Militar estadual, foi alçada a nível constitucional, através da EC 45/2004 que alterou o art. 125, § 4º, da CF. **Inovação da EC 45/2004 consistiu na ampliação da competência da Justiça castrense estadual, incluindo o processo e julgamento das "ações judiciais contra atos disciplinares militares" (art. 125, § 5º).** (LOBÃO, 2010, p. 162, grifos nossos)

Saliente-se que, a propósito, mesmo antes da alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.474/18, o Professor Célio Lobão já defendia a possibilidade da atuação monocrática por parte do magistrado togado (que na época nem presidia os Conselhos de Justiça), nos feitos de competência do Órgão Colegiado, naquelas hipóteses em que se exigia um conhecimento específico, como, por exemplo, naqueles atos que recaíssem sobre coisas, *verbis*:

Entendemos que os atos relativos às providências que recaem sobre coisas (sequestro, hipoteca legal e arresto) deveriam ser da competência do Juiz, considerando que requerem conhecimentos jurídicos específicos. Não há vedação expressa na lei, para a prática desses atos pelo Juiz, singularmente (conf. Célio Lobão, Atos privativos do Juiz-auditor, pág. 16). (LOBÃO, 2010, p. 164, grifos nossos)

Observa-se que, nessas situações apontadas pela doutrina penalista especializada, não se tratava, a bem da verdade, de uma distribuição de competência interna, mas sim de um modo de proceder que tornasse a prestação jurisdicional mais efetiva e eficiente, em razão da exigência de

conhecimentos específicos próprios dos profissionais de atuam na área jurídica.

Nesse jaez, tendo-se em consideração as peculiaridades que envolvem o julgamento de um crime militar extravagante, nos parece ser mais uma situação a se agregar ao raciocínio lógico-jurídico trazido pelo Professor Célio Lobão, pois esse tipo de crime não exige dos Juízes Militares, que compõem o escabinato (Conselhos de Justiça), um conhecimento da vida na caserna (experiência da vida militar).

5 COMPETÊNCIA MONOCRÁTICA DO JUIZ FEDERAL DA JUSTIÇA MILITAR NOS CRIMES MILITARES EXTRAVAGANTES

A partir de agora, com a premissa de já ter sido firmada a competência da JMU, cumpre-nos analisar em qual órgão judicante recairá a responsabilidade para o processamento e julgamento de eventual ação penal militar, instaurada em decorrência de a exordial acusatória apresentada pelo *Parquet* das Armas ter sido recebida pelo Juízo com fundamento em tipos penais extravagantes.

Nas situações envolvendo o cometimento de crimes militares (ou sua participação) por civis, não pairam dúvidas de que o Juízo Natural será o Juiz Federal da Justiça Militar, noutro giro, sabe-se que se a prática delitiva for praticada por militar e o tipo penal estiver descrito no CPM, caberá ao Conselho de Justiça respectivo o seu processamento e julgamento.

Ocorre, entretanto, que nem a LOJMU nem o CPPM trazem, de forma clara e indubitável, de quem será a competência para o processamento e julgamento de militares que tenham contra si a apresentação, pelo Ministério Público Militar, de denúncia pela prática de crimes previstos na legislação penal comum (CP comum e/ou legislação penal extravagante).

Sobre este tema, convém-nos reproduzir as explicações já tecidas, por ocasião da análise da aplicação do Estatuto da Pessoa Idosa na Justiça

Militar, na obra “Crime Militares Extravagantes”, coordenada pelo Professor e Promotor de Justiça Militar Cícero Robson Coimbra Neves, *in fine*:

A questão sobre a competência da Justiça Militar da União parece envolta de “atecnias” legislativas que multiplicam as interpretações divergentes e tornam hercúlea a missão do operador do direito nesse ramo especializado, o que foi recrudescido pela abordagem antagônica das recentes alterações legislativas promovidas pelas Leis 13.491/2017 e 13.774/2018, in verbis:

LEI 13.491/2017

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

I – os crimes de que trata êste Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

II – os crimes previstos neste Código **e os previstos na legislação penal**, quando praticados: [...]. (grifos nossos)

LEI 13.774/2018

Art. 27. Compete aos conselhos:

I – Especial de Justiça, processar e julgar oficiais, exceto oficiais-generais, **nos delitos previstos na legislação penal militar**,

II – Permanente de Justiça, processar e julgar militares que não sejam oficiais, **nos delitos a que se refere o inciso I do caput deste artigo**. [...]. (grifos nossos)

Ora, partindo-se da premissa de que o legislador não utiliza palavras ou expressões sem utilidade, a terminologia utilizada mais recentemente (art. 27 da Lei nº 8.457/92) demonstra que, no âmbito da competência da Justiça Militar da União, há distinção entre delitos “previstos na legislação penal militar” e “previstos na legislação penal comum”, o que fortalece o entendimento doutrinário de que o “conceito de crime militar” (art. 9º do CPM), em verdade, representa regra de natureza processual (competência) inserida em lei material, fenômeno conhecido como “norma heterotópica”, in verbis:

[...] Na verdade, o conceito de crime militar constante no art. 9º, incisos I, II e III, do Código Penal Militar, funciona como verdadeiro exemplo de norma heterotópica. Como exposto no Título introdutório deste Manual, há determinadas regras que, não obstante previstas em diplomas processuais penais, possuem conteúdo material, devendo, pois,

retroagir para beneficiar o acusado. Outras, no entanto, inseridas em leis materiais, são dotadas de conteúdo processual, a elas sendo aplicável o critério da aplicação imediata (*tempus regit actum*). É aí que surge o fenômeno denominado heterotopia, ou seja, situação em que, apesar de o conteúdo da norma conferir-lhe uma determinada natureza, encontra-se ela prevista em diploma de natureza distinta. Logo, como se trata de lei processual que altera regras de competência, a Lei n. 13491/17 deve ter aplicação imediata aos processos em andamento, salvo se já houver sentença relativa ao mérito, hipótese em que o processo deve seguir na jurisdição em que ela foi prolatada, ressalvada a hipótese de supressão do Tribunal que deveria julgar o recurso. Enfim, como se trata de norma processual que altera a competência em razão da matéria, não se pode admitir a perpetuação da competência. (LIMA, 2018, p. 367-368, grifos nossos)

Assim, para atribuir unidade ao ordenamento jurídico, ao que nos parece salvo melhor juízo, a melhor interpretação da norma do artigo 9º do CPM é a de que se trata de regra de competência (aspecto formal), e não de norma de extensão (aspecto material), de modo que cabe à Justiça Militar processar e julgar os crimes militares (previstos no CPM) ou “comuns” (previstos no CP ou legislação extravagante) quando praticados nas circunstâncias previstas nas alíneas daquele dispositivo legal.

Deveras, a gênese da controvérsia hermenêutica parece se arvorar na errônea interpretação restritiva dada ao artigo 124 da Constituição Federal (“à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei”) e na tradição do direito pátrio em buscar, diuturnamente, um conceito de crime militar (aspecto material), e não delimitar o âmbito de competência da Justiça Especializada (aspecto formal).

Todavia, o texto constitucional não exaure a competência da Justiça Militar da União, sendo desacertado atribuir-lhe interpretação no sentido de excluir o processo e julgamento de “crimes não militares”, de modo que a busca por um novo conceito de “crime militar” (em que se atribui “roupagem” militar a um tipo penal comum) para explicar uma regra processual não parece ser a melhor solução.

Para visualizar melhor a questão, basta ser realizado um paralelo com a competência por conexão (art. 78 do CPP), em que se atribui ao Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII, da CF) o julgamento de crimes não previstos na Carta Magna e não se fala em “crime doloso contra a vida por extensão”, mas sim de ampliação legal de competência em que se deve assegurar os institutos aplicáveis aos tipos penais conexos (art. 60, parágrafo único, da Lei nº 9099/95).

Ora, o raciocínio, “*mutatis mutandis*”, deve ser o mesmo para a competência da Justiça Militar da União, pois o mero fato de ser julgado no foro castrense (aspecto formal) não desnatura o crime para torná-lo militar (sob a perspectiva classificatória que levaria em consideração que a definição de que crime militar é aquele previsto na parte especial do CPM), sendo a associação inexorável entre “crime militar” e “Justiça Militar” ultrapassada no atual quadro normativo vigente.

Neste ponto, não é demais lembrar que o cometimento de ditos “crimes comuns” também abala, como já dito, os pilares da hierarquia e da disciplina (tuteladas pelo direito penal militar), bastando para isso uma simples passagem pelo Estatuto dos Militares, em especial do art. 28, para chegarmos a essa conclusão. (NEVES, 2022, p. 825-826, grifos nossos)

Verifica-se, portanto, que, com a publicação da Lei nº 13.491/17, promoveu-se uma abertura da moldura normativa de viés Kelseniano (em sua obra Teoria Pura do Direito⁶), cujo contexto de aplicabilidade já fora abordado pelo Supremo Tribunal Federal, cuja *ratio* lógico-jurídica pode ser estendida a presente discussão, *litteris*:

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO EM RECLAMAÇÃO. TERCEIRIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA. ILICITUDE. FRAUDE. AUSÊNCIA DE ADERÊNCIA ESTRITA ENTRE O ATO RECLAMADO E A DECISÃO PARADIGMA. 1. Reclamação em face de decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região que declarou ilícita terceirização de mão de obra, reconhecendo fraude na contratação, em razão da existência de intermediação de mão de obra e prestação de serviços com subordinação jurídica. 2. Ausência de aderência estrita entre a decisão reclamada e os paradigmas invocados - ADPF 324, RE 958.252 (Tema 725 da repercussão geral), e ARE 791.932 (Tema 739 da repercussão geral). **3. O órgão reclamado entendeu, com fundamento no contexto probatório, que as circunstâncias fáticas apresentadas não se enquadravam na moldura normativa do art. 94, II, da Lei 9.472/97.** A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal entende que não há desrespeito à Súmula Vinculante 10 se houve mera interpretação do texto infraconstitucional, sem esvaziamento de seu sentido. 4. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art.

⁶ KELSEN, H. Teoria pura do direito. 6 ed. São Paulo: M. Fontes, 1999, p. 388.

1.021, § 4º, do CPC/2015. (Rcl 39466 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 13/10/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-258) (grifos nossos)

Assim, no âmbito da JMU, com essa “abertura normativa”, passaram a ser objeto de análise condutas enquadradas tipicamente no Código Penal Militar e na legislação penal comum (crimes licitatórios, crimes de abuso de autoridade, crimes previstos no Estatuto do Desarmamento, dentre outros, à guisa de exemplo), de modo que não nos parece ser da melhor técnica jurídica a afirmação (equiparação) de que o simples fato de esses crimes serem objeto de apreciação pela Justiça Castrense (mesmo que a conduta típica tenha previsão no Código Penal comum) sejam “transmudados” e passem a ser considerando como “delitos previstos na legislação penal militar”.

Nesse jaez, o que devemos nos questionar é o seguinte: confrontando-se o posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos e as restrições sempre citadas ao julgamento pelo escabinato, diante da aparente omissão legislativa ocasionada a partir da conjugação da Lei nº 13.491/17 e 13.774/2018, de quem seria a competência para processar militares por crimes previstos na legislação penal comum?

Respondendo esse questionamento, já decidiu a Egrégia Corte Castrense, adotando a mesma forma de pensar utilizada na solução do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) nas ações penais militares envolvendo militares licenciados, qual seja, o tempo do crime, *litteris*:

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. **CRIME DE MOEDA FALSA, ART. 289, § 1º, DO CÓDIGO PENAL COMUM. DECISÃO MONOCRÁTICA. DISPENSA DO COLEGIADO JULGADOR.** PRELIMINAR DO MPM. NULIDADE POR OMISSÃO DE FORMALIDADE ESSENCIAL AO PROCESSO. QUESTÃO IMBRICADA COM MÉRITO. NÃO CONHECIMENTO. DECISÃO UNÂNIME. PRELIMINAR DEFENSIVA. INCONSTITUCIONALIDADE DO VETO PARCIAL AO

ART. 2º DA LEI Nº 13.491/2017. NOVA REDAÇÃO DO ART. 9º, INCISO II, DO CPM. IDONEIDADE DOS TRÂMITES DO PROCESSO LEGISLATIVO. AUSÊNCIA DE DERRUBADA DE VETO PRESIDENCIAL MEDIANTE SESSÃO CONJUNTA DO CONGRESSO NACIONAL. REJEIÇÃO. DECISÃO UNÂNIME. PRELIMINAR DEFENSIVA. SUSPENSÃO DO PROCESSO ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DO IRDR. PERDA DO OBJETO. REJEIÇÃO. DECISÃO POR MAIORIA. MÉRITO. A PERDA SUPERVENIENTE DA CONDIÇÃO DE MILITAR NÃO ALTERA A REGRA COMPETENCIAL DO ESCABINATO. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. **ADVENTO DA LEI Nº 13.491/2017. AMPLIAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. CONCEITO DE CRIME MILITAR POR EXTENSÃO. STATUS DE MILITAR AO TEMPO DO FATO. PRINCÍPIO TEMPUS REGIT ACTUM. DECISÃO RECORRIDA. CASSAÇÃO. RECURSO MINISTERIAL.** PROVIMENTO. DECISÃO POR MAIORIA. [...]. No mérito, examina-se decisão que reconsiderou o provimento judicial anterior e deixou de convocar Conselho de Justiça, passando a atuar monocraticamente, sob a tese de que delito de moeda falsa, previsto na legislação penal comum, não foi abarcado pela tese consagrada na Petição nº 7000425-51.2019.7.00.0000 (Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR), segundo a qual ficou assentada a competência do órgão colegiado para processar e julgar ex-militar que era integrante das Forças Armadas ao tempo do crime. O Juiz Federal Substituto desta JMU, ao dispensar o Conselho Permanente de Justiça para a Marinha do Brasil, invadiu a competência do Colegiado a quo, dando ensejo à nulidade processual, ex vi do art. 500, inciso I, do CPPM. **Na fixação de competência dos órgãos que compõem a primeira instância desta JMU, urge observar a condição do agente, civil ou militar, no momento em que o crime é cometido, em reverência ao princípio tempus regit actum, pouco importando a posterior modificação dessa condição, sem vilipendiar Princípio do Juiz Natural.** Firma-se, portanto, desde o nascedouro da relação jurídica-processual, a competência do escabinato de 1º grau. Depara-se com caso amoldado à hipótese de ampliação do conceito de crime militar, após a vigência da Lei nº 13.491/2017. Precedentes do STM. Recurso ministerial provido para, cassando a decisão recorrida, reconhecer a competência do Conselho Permanente de Justiça para processar e julgar o caso. Decisão por maioria. (Superior Tribunal Militar. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO nº 7000154-71.2021.7.00.0000. Relator(a): Ministro(a) FRANCISCO JOSELI PARENTE

CAMELO. Data de Julgamento: 15/12/2021, Data de Publicação: 23/12/2021)(grifos nossos)

À vista disso, de acordo com o Superior Tribunal Militar, para fins de definição de competência interna deve-se analisar a condição do agente no momento do crime, afastando, por consequência, os argumentos que, mediante outra perspectiva, levavam em consideração o fato de ter sido atribuída a imputação para um tipo penal previsto na legislação extravagante.

Sucedede-se que essa decisão prolatada pelo STM se deu por maioria de seus membros, tendo votado vencido o Eminentíssimo Ministro Dr. José Coêlho Ferreira, cuja fundamentação de seu voto, pela sua percuciência, passa-se a transcrever, *ipsis verbis*:

10. A partir dessas disposições constitucionais e infraconstitucionais, não há qualquer dúvida de que a Justiça Militar da União teve a sua competência ampliada, pois com o advento da Lei nº 13.491, de 2017, passou a ser competente para processar e julgar crimes previstos na legislação penal comum, quando praticado por militares nas hipóteses elencadas no inciso II do art. 9º do CPM.

11. **Porém, o cerne da questão cinge-se justamente em identificar, a partir da distribuição de competência interna da JMU, qual órgão judicante de 1ª Instância é o competente para processar e julgar os denominados crimes militares por extensão, à luz da Lei nº 13.491, de 2017.**

11.1 Nesse aspecto, se havia dúvida aparente sobre o assunto, essa pendência foi dirimida pelo legislador ordinário com a edição da novel Lei nº 13.774, de 2018, cuja legislação tem como suporte de validade o art. 124 da Constituição Federal.

11.2 **Ora, uma simples leitura dos incisos I e II do art. 27 da mencionada Lei nº 13.774, de 2018, conforme foram transcritos anteriormente, é suficiente para se chegar à conclusão de que a intenção do legislador foi a de que o Escabinato, representado pelos Conselhos Especial e Permanente de Justiça, se ocupasse somente do processamento e julgamento dos crimes propriamente militares e daqueles impropriamente militares previstos no Código Penal Militar, quando definidos de modo diverso na lei penal comum.** Isso porque, sob a ótica do resultado, a interpretação que se impera no caso é a declarativa, uma vez que o legislador expressamente delimitou a competência dos

referidos Conselhos de Justiça, dispondo que são competentes para processar e julgar militares, nos delitos previstos na legislação penal militar (art. 27, incisos I e II, da Lei nº 13.774, de 2018). Vale dizer, fica descartada qualquer inferência de que a expressão legislação penal militar seria considerada inútil ou tivesse sido empregada com qualquer outra acepção.

11.3 Já a interpretação extensiva proposta pelo ilustre Relator, para se chegar ao resultado de que a tese jurídica firmada no IRDR aplica-se à hipótese prevista no inciso II do art. 9º do CPM, na parte relativa aos delitos previstos na legislação penal comum, por óbvio, não encontra amparo na legislação de regência, tampouco foi abordada no Acórdão proferido nos autos da Petição nº 7000425-51.2019.7.00.0000 (IRDR), o que reforça a ausência de plausibilidade jurídica.

11.4. Além do mais, mesmo em se tratando de matéria de competência, não se pode olvidar que qualquer extensão de resultado interpretativo em prejuízo do réu é incompatível com o direito penal. Daí o motivo pelo qual entendo que deve prevalecer a mens legis ínsita nos incisos I e II do art. 27 da Lei nº 13.774, de 2018, até porque essa Lei é posterior àquela que tratou dos crimes militares por extensão (Lei nº 13.491, de 2017). Aliás, sobre a exortação de que se deve preservar o espírito da lei no direito penal, vale referenciar os seguintes julgados do Pretório Excelso, ainda que não se trate sobre matéria de competência, in litteris: [...].11.5 **Dessa forma, com a delimitação da competência do Escabinato, fica evidente que a competência para processar e julgar os crimes militares por extensão, salvo aqueles praticados por oficiais-generais, estão compreendidos no âmbito da competência residual do juiz federal da Justiça Militar. Isso porque o mesmo legislador elegeu o juiz togado como o protagonista na condução do processo-crime perante a 1ª Instância desta Justiça castrense.** Nessa mesma toada, retirou a Presidência dos Conselhos Especial e Permanente de Justiça dos oficiais-generais e dos oficiais superiores e a reservou ao juiz togado, realçando o protagonismo de que ora se fala. (Declaração de Voto Vencido, RSE nº 7000154-71.2021.7.00.0000)(grifos nossos)

Logo, com o devido acatamento e respeito aos posicionamentos divergentes, parece-nos que a colmatação da lacuna legislativa retrocitada, deve ser solucionada mediante a fixação da competência singular do magistrado togado para processar e julgar ações penais militares que tragam a imputação delitiva escorada em norma penal prevista no Código Penal

comum ou em legislação penal extravagante, à exceção, evidentemente, como muito bem pontuando pelo Ministro Dr. José Coêlho Ferreira, daqueles cometidos por oficiais gerais, nos exatos termos do art. 6º, I, a, da LOJMU.

6 CONCLUSÃO

É bem verdade que a discussão versando sobre a competência da JMU para julgar civis, bem como a da Justiça Militar (Estadual e Federal) para processar os denominados “Crimes Militares Extravagantes”, de longe está de ser pacificada e estabilizada, haja vista que pendente no Supremo Tribunal Federal o julgamento de ações constitucionais como, por exemplo: a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 289 (que discute a incompetência da Justiça Militar para julgar civis em tempo de paz e se requer o julgamento pela Justiça comum – federal ou estadual); e a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5901 (que requer a inconstitucionalidade da Lei 13.491/2017), as quais podem confirmar (ou não) os entendimentos hoje predominantes acerca dessas matérias.

Por isso, neste momento conclusivo, faz-se mister ressaltar o que fora trazido pelo Professor Fernando Pessôa da Silveira Mello, em seu artigo intitulado “O ENCONTRO MARCADO DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO COM O SEU FUTURO: o *turning point* da justiça mais antiga do país”, publicado na Revista de Doutrina e Jurisprudência do STM, *in fine*:

É inevitável e inadiável discutir os próximos passos da Justiça Militar da União: onde estamos e para onde vamos, em uma acepção institucional. Temas relevantes e caros à Justiça Castrense e sua competência estão na iminência de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal. Há ações tanto na via abstrata do controle concentrado de constitucionalidade como na jurisdição subjetiva da Suprema Corte que levarão, de forma indubitosa, a uma revisitação de toda a Justiça Militar – e não apenas sua própria competência à luz de uma releitura do art. 124 da Constituição Federal. [...]. Em simples resumo crítico sob a perspectiva técnico-jurídica, os pontos sensíveis que estão submetidos ao crivo do Supremo Tribunal Federal são a competência para processar

e julgar civis em tempo paz, a competência para processar e julgar delitos ocorridos em sede de Garantia da Lei e da Ordem, a aplicabilidade, ou não, da Lei 9.099/95 no âmbito do processo penal militar, a aplicabilidade, ou não, da resposta à acusação nos termos do artigo 396 do Código de Processo Penal comum, etc. Mas, para o intérprete que vai além do ordinário, não é isso. É muito mais. A análise desses quatro feitos em tramitação no Supremo Tribunal Federal nos permite concluir, sem maiores esforços, que a Justiça Militar enfrenta, indene de dúvidas, um dos momentos mais críticos e determinantes de sua história mais do que bicentenária: o turning point é iminente. Não conhecemos quais serão os resultados, mas a preparação para qualquer deles é que vai direcionar o caminho. **O futuro da Justiça Militar da União depende de como institucionalmente se posicionará, afastando-se em definitivo da ingenuidade e se aproximando dos players relevantes do xadrez em que se encontra: tanto do cenário político como do cenário jurídico. Se saíremos menores ou maiores, nós que escolhemos, pois é na adversidade que encontramos a chance de nos distinguirmos. Já muito se ouve: “para quem não sabe onde se quer chegar, qualquer lugar é válido”.** (MELLO, 2020, p. 30/37, grifos nossos)

Assim, devemos seguir acompanhando as “peças desse tabuleiro de xadrez” de modo acompanhar como a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal vão “desenhar” esse padrão competencial da Justiça Militar da União nesse cenário envolvendo civis e, em especial, os crimes militares extravagantes.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Wendell Petrachim. Lei 13.491/2017, perspectivas e nuances da alteração legislativa ocorrida no Código Penal Militar. *Revista da Enajum: Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados da Justiça Militar da União*. Ano 1, n. 1 (jun. 2018). Brasília/DF.

ASSIS, Jorge Cesar de. Processo e Julgamento de Civis pelo Juiz Monocrático na Justiça Militar da União. *Jusmilitaris*, 2014. Disponível em:

<https://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/julgtoecivisjmu.pdf>.

Acesso em: 29 abr. 2023.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 abr. 2023.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Portal da Legislação, Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 30 abr. 2023.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Portal da Legislação, Brasília. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 30 abr. 2023.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969*. Código Penal Militar. Portal da Legislação, Brasília. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm. Acesso em: 30 abr. 2023.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969*. Código de Processo Penal Militar. Portal da Legislação, Brasília. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm. Acesso em: 30 abr. 2023.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 8.457, de 04 de setembro de 1992*. Organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares. Portal da Legislação, Brasília. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8457.htm. Acesso em: 30 abr. 2023.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017*. Altera o Decreto-Lei nº

1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar. Portal da Legislação, Brasília. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13491.htm. Acesso em: 30 abr. 2023.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. *Lei nº 13.774, de 19 de dezembro de 2018*. Altera a Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992, que “Organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares”. Portal da Legislação, Brasília. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13774.htm. Acesso em: 30 abr. 2023.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Atividade Legislativa. Projetos de Lei e Outras Proposições. *Projeto de Lei nº 7863/2014*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=621357>. Acesso em: 7 maio 2023.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Lei 13.774/2018: reorganiza a Justiça Militar da União*. *Dizer Direito*, dez. 2018. Disponível em: <https://www.dizerodireito.com.br/2018/12/ola-amigos-do-dizer-o-direito-foi.html>. Acesso em: 29 abr 2023.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6 ed. São Paulo: M. Fontes, 1999.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

LOBÃO, Célio. *Direito processual penal militar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MELLO, Fernando Pessôa da Silveira. O ENCONTRO MARCADO DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO COM O SEU FUTURO: o turning point da justiça mais antiga do país. *Revista de doutrina e jurisprudência do Superior Tribunal Militar*. V. 30, n. 1 (jul./dez. 2020). Brasília: Superior Tribunal Militar, 2020.

NETO, Luiz Octavio Rabelo. Competência da Justiça Militar da União para Julgamento de Cíveis: Compatibilidade Constitucional e com o Sistema Interamericano de Proteção de Direitos Humanos. *Revista de doutrina e jurisprudência do Superior Tribunal Militar*. V. 25, n. 2 (jan./jun. 2016). Brasília: Superior Tribunal Militar, 2016.

NETO, Luiz Octavio Rabelo. A Reforma da Justiça Militar da União: comentários à Lei nº 13.774, de 19 de dezembro de 2018. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 24, n. 5710, 18 fev. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/71024>. Acesso em: 29 abr. 2023.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Crimes Militares Extravagantes* – Volume único. 2. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

SÁ, Leonardo Jucá Pires de. A competência para o julgamento de civis pela JMU após a Lei nº 13.774/2018. *Observatório da Justiça Militar Estadual*, abr. 2020. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2020/04/20/A-compet%C3%Aancia-para-o-julgamento-de-civis-pela-JMU-ap%C3%B3s-a-Lei-n%C2%BA-137742018>. Acesso em: 29 abr 2023.

SENADO FEDERAL. Atividade Legislativa. Projetos de Lei e Outras Proposições. *Projeto de Lei da Câmara nº 123/2018*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/134642>. Acesso em: 7 maio 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. Recurso em Sentido Estrito nº 7000154-71.2021.7.00.0000. Relator(a): Ministro(a) FRANCISCO JOSELI PARENTE CAMELO. Data de Julgamento: 15/12/2021. Data de Publicação: 23/12/2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus 106.171/Amazonas*. 01/03/2011, Segunda Turma. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1099369>. Acesso em: 7 maio 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Reclamação nº 39466*, Espírito Santo. Relator ministro Roberto Barroso, julgado em 13/10/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5866041>. Acesso em: 7 maio 2032.

VERAS, Frederico Magno de Melo. Julgamento Monocrático de Civis na JMU. *Jusmilitaris*, 2014. Disponível em: <https://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/compmono-fred.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2023.

O afastamento do servidor público para cumprimento de convocação militar: uma análise à luz do princípio da (im)personalidade

Fabio Marques Barbosa

Mestre em Estudos Fronteiriços (Ciências Sociais Aplicadas), na linha de pesquisa Desenvolvimento, Ocupação Territorial e Meio Ambiente, pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Especialista em Direito Criminal pela Universidade Católica Dom Bosco. Bacharel em direito pela UFMS. Delegado de Polícia do Estado de Goiás. Ex-policia militar do Estado de Mato Grosso do Sul. Ex-analista da SEFAZ/MT. Ex-procurador jurídico efetivo do Município de Rondonópolis/MT.
CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5045408184062599>
E-mail: delegadofabiomarques@gmail.com

Revisores:

Karollyne Dias Gondim Neo (ORCID: 0009-0008-2277-0512; e-mail: karollyne.neo@mpm.mp.br)
Fernando Hugo Miranda Teles (e-mail: fernando.teles@mpm.mp.br)

Data de recebimento: 05/03/2023

Data de aceitação: 04/05/2023

Data da publicação: 30/05/2023

RESUMO: O presente ensaio visa discorrer brevemente acerca do afastamento do servidor público efetivo para fins de cumprimento do serviço militar. A análise é pertinente pelo fato de vários servidores públicos, de todos os entes federados, ainda que durante o estágio probatório, estarem obtendo o afastamento do serviço público efetivo para, supostamente, atender convocação militar, mesmo nas hipóteses de participação voluntária em processo seletivo das Forças Armadas. Destarte, serão abordados os aspectos

legais da convocação militar, diferenciando-se o serviço militar obrigatório do voluntário, bem como uma breve análise acerca da verdadeira essência das licenças previstas nos estatutos dos servidores para fins de cumprimento da obrigação militar. Esta pesquisa se utilizou da metodologia de revisão bibliográfica. Concluiu-se que a licença para o serviço militar, prevista nos estatutos dos servidores, deve ser restringida à convocação para o serviço militar obrigatório, aquele resultante do alistamento militar. Por via de consequência, tratando-se de incorporação voluntária para a prestação de serviço temporário, após aprovação em difícil processo seletivo, a licença deve ser negada, sob pena de se permitir a acumulação ilícita de cargos públicos e de ferir, salvo melhor juízo, a Lei de Improbidade Administrativa, além de atentar contra os interesses da administração pública à qual o servidor está vinculado.

PALAVRAS-CHAVE: serviço militar; afastamento do servidor público; supremacia do interesse público; princípio da impessoalidade.

ENGLISH

TITLE: The removal of public servants to comply with a military summons: an analysis in the light of the principle of (im)personality.

ABSTRACT: This essay aims to discuss briefly about the removal of effective public servants for the purpose of fulfilling military service. The analysis is pertinent due to the fact that some public servants, from all federated entities, even during the probationary period, are obtaining removal from the effective public service to, supposedly, attend military summons, even in the hypotheses of voluntary participation in the selection process of the Armed forces. Thus, the legal aspects of military conscription will be addressed, differentiating “mandatory” from “voluntary” military service, as well as a brief analysis of the true essence of the licenses provided for in the civil servants’ statutes for the purpose of fulfilling the constitutional military obligation.

KEYWORDS: military service; removal of the public servant; supremacy of public interest; principle of impersonality.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Da previsão legal para o serviço militar – 3 Diferenças entre o serviço militar obrigatório e o voluntário – 4 Da licença para prestação do serviço militar – 5 Da acumulação ilícita de cargos públicos – 6 Da preponderância do interesse particular em face do interesse público – ausência do servidor efetivo nos quadros da Administração – 7 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A história das forças armadas é bastante antiga, havendo registros de sua existência antes mesmo do nascimento de Cristo. Segundo consta, os primeiros agrupamentos organizados para defender territórios e atacar inimigos pertenciam às cidades-Estados da Suméria, no sul da Mesopotâmia, atual território do Iraque (KRIWACZEK, 2018).

Com a expansão das civilizações, e conseqüentes disputas por territórios, o arremetimento compulsório de guerreiros passou a ser uma questão de sobrevivência das soberanias. Assim, durante a Revolução Francesa, em 1789, surgiu o serviço militar universal e voluntário, perdendo força a convocação coercitiva (ROCHA; PIRES, 2004).

Os revolucionários, inicialmente, tinham a intenção de criar um exército livre, no qual os jovens seriam recrutados para compor as tropas por vontade própria. O principal argumento estava na construção de um povo fraterno e igualitário, fomentando-se o espírito de pertencimento.

Entretanto, em decorrência das iminentes guerras com países vizinhos, os revolucionários perceberam que somente a convocação universal e obrigatória poderia arremeter uma quantidade significativa de homens para lutar contra eventuais invasões.

No início, esses chamamentos não observavam a origem social dos recrutas, circunstância modificada com o passar dos anos, cujo fator anti-isonômico foi desnudado. Passaram-se, assim, a se proteger das convocações as famílias mais abastadas ou com alguma influência no poder dominante.

No Brasil, a história do Exército surge oficialmente com a independência. Mas há apontamentos de guerras em solo brasileiro desde a colonização, com tropas constituídas por brancos, negros e ameríndios (KRAAY, 2004).

Atualmente, as Forças Armadas Brasileiras convocam seus recrutas de forma universal e obrigatória, admitindo-se a incorporação voluntária, com caráter profissional.

Pelo exposto, este trabalho visa discurrir brevemente acerca do afastamento do servidor público efetivo para fins de cumprimento do serviço militar. Para tanto foi utilizada a metodologia de revisão bibliográfica

2 DA PREVISÃO LEGAL PARA O SERVIÇO MILITAR

Inexistem dúvidas a respeito da importância das Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica) para a defesa do patrimônio e soberania do país, cujo alistamento para fins de recrutamento decorre de imposição constitucional.

O serviço militar tem, assim, assento na Carta Republicana, precisamente no art. 143, tal como na Lei Federal 4.375/64, que estabelece, em seu art. 2º, que:

[...] todos os brasileiros naturalizados ou por opção são obrigados ao Serviço Militar no ano em que completar 18 (dezoito) anos de idade, apresentando-se na Junta de Alistamento Militar do Município independente de avisos ou notificações na época própria.

Em regra, há um manifesto caráter compulsório da prestação do serviço às Forças Armadas, restando-se, inclusive, condição essencial para a prática de diversos atos da vida civil, a exemplo da posse em cargo público (ASSIS, 2007).

A propósito, assim dispõe o art. 52 da Lei Federal 4.375/64:

[...] Os brasileiros, no exercício de função pública, quer em caráter efetivo ou interino, quer em estágio probatório ou em

comissão, e extranumerários de qualquer modalidade, da União, dos Estados, dos Territórios, dos Municípios e da Prefeitura do Distrito Federal, quando insubmissos, ficarão suspensos do cargo ou função ou emprego, e privados de qualquer remuneração enquanto não regularizarem sua situação militar.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos servidores empregados das entidades autárquicas, das sociedades de economia mista e das empresas concessionárias de serviço público.

Essa obrigação, de acordo com o art. 5º da referida Lei: “[...] em tempo de paz, começa no 1º dia de janeiro do ano em que o cidadão completar 18 (dezoito) anos de idade e subsistirá até 31 de dezembro do ano em que completar 45 (quarenta e cinco) anos”.

Como é possível notar, a obrigatoriedade do alistamento para o serviço militar tem início quando o jovem (homem) estiver prestes a completar 18 anos (MAGALHÃES, 2001).

Essa obrigação somente poderá ser afastada quando presente algum imperativo de consciência, notadamente em tempo de paz, e decorrente de convicção política, filosófica ou de crença religiosa. Ainda assim, o brasileiro dispensado deverá cumprir serviço alternativo, ou seja, haverá outra prestação constitucional em substituição (MAGALHÃES, 2001).

Por outro lado, existem situações em que o jovem voluntariamente procura as Forças Armadas para a prestação do serviço, ainda que já tenha cumprido esse encargo constitucionalmente imposto. Portanto, é preciso diferenciar o serviço militar obrigatório do serviço militar voluntário de caráter temporário e profissional.

3 DIFERENÇAS ENTRE O SERVIÇO MILITAR OBRIGATÓRIO E O VOLUNTÁRIO

Conforme ponderado acima, o serviço militar é regulamentado pela Lei Federal 4.365/64, com o seguinte conceito:

Art. 1º O Serviço Militar consiste no exercício de atividades específicas desempenhadas nas Forças Armadas – Exército,

Marinha e Aeronáutica – e compreenderá, na mobilização, todos os encargos relacionados com a defesa nacional.

Parágrafo único. O serviço militar temporário não se destina ao ingresso na carreira militar de que trata o § 2º do art. 3º da Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980 (Estatuto dos Militares).

Já o art. 3º da mesma Lei estabelece que o serviço militar inicial:

[...] será prestado por classes constituídas de brasileiros nascidos entre 1º de janeiro e 31 de dezembro, no ano em que completarem 19 (dezenove) anos de idade.

§ 1º A classe será designada pelo ano de nascimento dos cidadãos que a constituem.

§ 2º A prestação do Serviço Militar dos brasileiros compreendidos no § 1º deste artigo será fixada na regulamentação da presente Lei.

Ao revés, o art. 27 da destacada Lei trata do serviço militar de caráter temporário e voluntário, *ipsis litteris*:

Art. 27. Os Comandantes das Forças Armadas poderão, em qualquer época do ano, autorizar a aceitação para o **serviço militar temporário de voluntários**, reservistas ou não.

§ 1º **Os voluntários inscritos serão submetidos a processo seletivo simplificado para incorporação no serviço ativo como oficial subalterno ou praça temporário, observados os seguintes requisitos:**

I - a idade máxima para o ingresso será de 40 (quarenta) anos; e

II - a idade-limite para permanência será de 45 (quarenta e cinco) anos [...] (grifo nosso).

Nessa esteira, para o serviço militar obrigatório, o único requisito, a rigor, é a idade, isto é, basta ter entre 17 e 45 anos e efetuar o alistamento em uma das juntas militares.

Noutro giro, para o serviço militar voluntário, o arregimento ocorre na qualidade de oficial ou praça temporários, exigindo-se reconhecida competência técnico-profissional ou notório saber científico. Igualmente, o candidato não pode ter sido considerado isento do serviço militar por licenciamento ou exclusão a bem da disciplina ou por incapacidade física ou mental definitiva, além de serem exigidos outros requisitos específicos para a função almejada (art. 27 da Lei Federal).

Essa distinção é de fundamental importância para a compreensão do espírito das licenças previstas nos estatutos dos servidores públicos. Isso porque, a depender do caso, a casuística demonstra que vários agentes públicos, mesmo já tendo cumprido sua obrigação militar, ostentando a condição de reservistas, desejam ingressar no serviço voluntário e temporário, de forma livre e desimpedida, mediante um complexo processo seletivo, desfalcando o quadro de servidores do ente público o qual está vinculado, conforme consignado a seguir.

4 DA LICENÇA PARA A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO MILITAR

Diversos estatutos de servidores públicos, de todas as esferas de governo, preveem como requisito para a investidura no cargo público a quitação com o serviço militar.

Sem embargo, podem ocorrer circunstâncias práticas em que o brasileiro, no ato da posse de cargo público, embora comprove a quitação com o serviço militar obrigatório, seja convocado para prestar o serviço posteriormente, já durante o exercício da função pública.

Essa situação, que não perde o caráter de serviço militar obrigatório, poderá ocorrer quando houver a emissão de “certidão de dispensa de incorporação”, especialmente nos casos de graduação em curso superior, a exemplo do curso de medicina, odontologia, farmácia entre outros cursos. Nessas hipóteses, o profissional recém-formado prestará seus serviços nas Forças Armadas, na condição de oficial temporário.

As previsões de afastamento do cargo público efetivo, nos regimes jurídicos municipais, estaduais ou federais, para fins de cumprimento da obrigação militar, são justamente para esses casos. Veja algumas previsões:

Lei Federal 8.112/90

Art. 81. Conceder-se-á ao servidor licença:

I - por motivo de doença em pessoa da família;

II - por motivo de afastamento do cônjuge ou companheiro;

III - **para o serviço militar;**

IV - para atividade política [...]

Lei Estadual 10.261/1968 (Estado de São Paulo)

Artigo 181 - O funcionário efetivo poderá ser licenciado:(NR)

I - para tratamento de saúde; (NR)

II - quando acidentado no exercício de suas atribuições ou acometido por doença profissional; (NR)

III - no caso previsto no artigo 198; (NR)

IV - por motivo de doença em pessoa de sua família; (NR)

V - **para cumprir obrigações concernentes ao serviço militar** [...]

Lei Complementar 04/90 (Estado de Mato Grosso)

Art. 103. Conceder-se-á, ao servidor, licença:

I - por motivo de doença em pessoa da família;

II - por motivo de afastamento do cônjuge ou companheiro;

III - para serviço militar;

IV - para atividade políticas;

Lei Complementar 840/2011 (Distrito Federal)

Art. 130. Além do abono de ponto, o servidor faz jus a licença:

I - por motivo de afastamento do cônjuge ou companheiro;

II - por motivo de doença em pessoa da família;

III - para o serviço militar [...]

Lei Estadual 20.756/2020 (Estado de Goiás)

Art. 133. Ao servidor ocupante de cargo de provimento efetivo poderão ser concedidas as seguintes licenças:

I - para tratamento de saúde;

II - por motivo de doença em pessoa da família;

III - maternidade;

IV - paternidade;

V - por motivo de afastamento de cônjuge ou companheiro;

VI - **para o serviço militar** [...] (grifos nossos)

Conforme observado, os regimes jurídicos estabelecem o afastamento para o serviço militar, porém, sem qualquer detalhamento, permitindo-se interpretações destoantes acerca da essência do instituto.

Trata-se de uma suspensão temporária do serviço público, de forma não remunerada, bastando que seja apresentada a prova da convocação militar. Depois da desincorporação, que poderá ocorrer após 8 (oito) anos de serviço militar, o agente público, dentro do prazo de 30 (trinta) dias, deverá ser reconduzido ao cargo público efetivo (MATTOS, 2006).

Assim dispõe o art. 60 da Lei Federal 4.375/64:

[...] os funcionários públicos federais, estaduais ou municipais, bem como os empregados, operários ou trabalhadores, qualquer que seja a natureza da entidade em que exerçam as suas atividades, quando incorporados ou matriculados em Órgão de Formação de Reserva, **por motivo de convocação para prestação do Serviço Militar inicial** estabelecido pelo art. 16, desde que para isso forçados a abandonarem o cargo ou emprego, terão assegurado o retorno ao cargo ou emprego respectivo, dentro dos 30 (trinta) dias que se seguirem ao licenciamento, ou término de curso, salvo se declararem, por ocasião da incorporação ou matrícula, não pretender a ele voltar. (grifo nosso)

Embora seja lacunosa, essa previsão de afastamento do servidor público efetivo deve ser restrita para fins de serviço militar obrigatório, aquele em que o agente se alista e é convocado para servir, não fazendo qualquer sentido permitir a licença àqueles que participaram voluntariamente de um concorrido e complexo processo seletivo, ainda mais quando já dispensados da obrigatoriedade, ostentando o *status* de reservistas.

A título de exemplo da complexidade da seleção, consigna-se a Lei Federal 12.464/211, que regulamenta o ensino na Força Aérea Brasileira, com os seguintes requisitos para ingresso, *litteratim*:

Art. 20. Para o ingresso na Aeronáutica e habilitação à matrícula em um dos cursos ou estágios da Aeronáutica destinados à formação ou adaptação de oficiais e de praças, da ativa e da reserva, o candidato deverá atender aos seguintes requisitos:

I - **ser aprovado em processo seletivo**, que pode ser composto por exame de provas ou provas e títulos, prova prático-oral, prova prática, inspeção de saúde, teste de avaliação do condicionamento físico, exame de aptidão psicológica e teste de aptidão motora;

II - estar classificado dentro do número de vagas oferecidas;

III - possuir a formação ou habilitação necessária ao preenchimento do cargo;

IV - (VETADO);

V - atender aos requisitos de limites de idade decorrentes do estabelecido no inciso X do § 3º do art. 142 da Constituição Federal, no que concerne ao tempo de serviço e às idades-limite de permanência no serviço ativo para os diversos corpos e quadros, devendo estar dentro dos seguintes limites etários, até 31 de dezembro do ano da matrícula [...]

VI - estar em dia com as obrigações eleitorais e militares
[...] (grifo nosso).

Esse último inciso faz saltar aos olhos a irregularidade das licenças concedidas aos servidores públicos que já cumpriram sua obrigação militar, pois a carteira de reservista ou documento que prove o alistamento ou quitação com o serviço militar é imprescindível para a investidura no serviço público, podendo gerar, em muitos casos, acumulação ilícita de cargos públicos.

5 DA ACUMULAÇÃO ILÍCITA DE CARGOS PÚBLICOS

O 37, XVII, CF/88 veda a acumulação remunerada de cargos públicos, ressalvadas as hipóteses de compatibilidade de horários para a de dois cargos de professor; a de um cargo de professor com outro técnico ou científico; a de dois cargos ou empregos privativos de profissionais de saúde, com profissões regulamentadas (JUSTEN FILHO, 2016).

Destarte, o servidor público que estiver ocupando mais de um cargo, emprego ou função pública, fora dos casos previstos na CF/88, estará em conflito com as regras de probidade, praticando, a princípio, ilícito administrativo.

Consoante abalizada doutrina, são considerados cargos, empregos ou funções públicas todos aqueles exercidos na administração direta, autárquica e fundacional, em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, quer seja no regime estatutário ou no regime da Consolidação das Leis do Trabalho, como por exemplo, em situações de contratos temporários de trabalho.

Para Marçal Justen Filho (2016), o militar é um servidor público singular, investido na atribuição de manutenção da soberania e da ordem pública (defesa da pátria, dos poderes constitucionais da lei e da ordem), com regime jurídico diferenciado, sempre estatutário, e instituído por diploma normativo específico.

Não se olvida da possibilidade de o servidor público se licenciar de suas funções para tratar de assuntos particulares (LTIP¹), o que poderia, em tese, afastar a acumulação ilícita de cargos públicos. No entanto, ainda nessa hipótese, o vínculo anterior com a administração pública estará mantido, mesmo sem remuneração, o que gera responsabilização do agente público por ato de improbidade, salvo quando comprovada a boa-fé (CARVALHO FILHO, 2016).

Sobre o tema, eis o entendimento sumulado pelo Tribunal de Contas da União:

SÚMULA Nº 246 - TCU

O fato de o servidor licenciar-se, sem vencimentos, do cargo público ou emprego que exerça em órgão ou entidade da administração direta ou indireta não o habilita a tomar posse em outro cargo ou emprego público, sem incidir no exercício cumulativo vedado pelo artigo 37 da Constituição Federal, pois que o instituto da acumulação de cargos se dirige à titularidade de cargos, empregos e funções públicas, e não apenas à percepção de vantagens pecuniárias.

Nesse norte, é imperiosa a conclusão de que flerta com a improbidade administrativa o servidor que, mesmo licenciado e sem remuneração, assume outro cargo público distinto daqueles permitidos pela CF/88.

A esse respeito, a jurisprudência abaixo é esclarecedora:

ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. SERVIDOR PÚBLICO. RECURSO ESPECIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. VIOLAÇÃO AOS ARTS. ARTS. 1.022, II, PARÁGRAFO ÚNICO, II E 489, § 1º, IV DO CPC/2015. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CONFIGURADA. CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO PARA PROVIMENTO DE SERVENTIA EXTRAJUDICIAL. PRETENSÃO DE POSSE NA SERVENTIA SEM A NECESSIDADE DA EFETIVA EXONERAÇÃO DO CARGO PÚBLICO

¹ A rigor, são licenças concedidas aos servidores públicos: para tratamento de saúde; à gestante, à adotante e a paternidade; por acidente em serviço; por motivo de doença em pessoa da família; para o serviço militar; política, na forma da Lei; particulares; para desempenho de mandato classista; prêmio; para desempenho de mandato eletivo federal, estadual e distrital.

CONCOMITANTEMENTE OCUPADO PELO IMPETRANTE. LICENÇA NO CARGO PÚBLICO QUE NÃO ENSEJA O INGRESSO NA ATIVIDADE CARTORIAL. EXEGESE DO ART. 25 DA LEI 8.935/94. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. 1. O art. 25, *caput* e parágrafo único, da Lei 8.935/1994 (que "Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro"), de modo expresse, estabelece a impossibilidade de se acumular o exercício da atividade notarial e de registro com qualquer cargo, emprego ou função públicos, ainda que em comissão. 2. Para fins de caracterização de indevida acumulação com a atividade cartorial, basta a comprovação de que houve a posse em cargo público, donde se conclui que a licença não remunerada do servidor não tem o condão de afastar a vedação de acumulação em tela. Precedentes: STJ - RMS 57.573/BA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 20/08/2018; STJ, RMS 50.731/PB, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 28/10/2016; STF - MS 27.955 AgR, Rel. Ministro ROBERTO BARROSO, PRIMEIRA TURMA, DJe 04/09/2018). 3. Recurso especial do Estado de Mato Grosso do Sul conhecido e provido, com a consequente denegação da segurança. (STJ, 2018)

Para sanar qualquer dúvida, abstraindo-se um pouco da obrigação militar, imagine que um servidor requeira licença não remunerada para assumir cargo público temporário de natureza civil em algum órgão/ente público. A título de exemplo, pontua-se a aprovação de um servidor público municipal para ocupar um cargo temporário em uma empresa estatal. Por questões óbvias, a única solução esperada será o indeferimento de seu pedido.

Além disso, é preciso ponderar que a ausência do servidor público nos quadros de servidores do ente federado, ainda que temporariamente, trará sérios prejuízos ao interesse público, prevalecendo a pessoalidade e o interesse particular do servidor licenciado.

6 DA PREPONDERÂNCIA DO INTERESSE PARTICULAR EM FACE DO INTERESSE PÚBLICO – AUSÊNCIA DO SERVIDOR EFETIVO NOS QUADROS DA ADMINISTRAÇÃO

Conforme apontado acima, ao permitir o afastamento do servidor público efetivo para voluntariamente assumir cargo temporário nas Forças

Armadas, o administrador público estará afrontando gravemente o princípio da supremacia do interesse público, uma vez que o interesse particular do servidor de participar do processo seletivo militar estará se sobrepondo ao interesse da administração.

Ademais, ao deixar o cargo na administração pública vago, a depender da função desempenhada, este não poderá ser exercido por substituto, como ocorre com as atividades finalísticas. Exemplificando: imagine que um fiscal sanitário municipal decida participar de um processo seletivo para oficial temporário das Forças Armadas. Ao ser aprovado e tomar posse, sua vaga no cargo municipal não poderá ser preenchida por servidores comissionados ou temporários. Igualmente, a administração não poderá abrir um concurso para suprir a lacuna, já que, no prazo máximo de 8 (oito) anos, o servidor poderá ser reconduzido ao cargo, retomando suas atividades na administração municipal. Ou seja, o interesse público municipal estará sendo prejudicado pelo interesse particular do servidor.

Por outro lado, poderia ser argumentada uma suposta existência de graus de interesses públicos entre os entes federados, ocasião em que o interesse da União (interesse nacional) ou das Forças Armadas, por se tratar de segurança nacional, deveria sobrepor-se aos interesses do Estado (regional) ou dos Municípios (local). Todavia, esse raciocínio está equivocado, haja vista que a gradação de interesses ocorre apenas para fins de distribuição de competências, conforme previsão constitucional.

Por fim, vale lembrar que o interesse público pode ser dividido em primário e secundário. Assim, o interesse primário é aquele tomado como desejo da coletividade. O secundário, por sua vez, está ligado ao interesse da pessoa jurídica de direito público.

Nessa perspectiva, Luís Roberto Barroso esclarece que:

[...] o interesse público primário é a razão de ser do Estado, e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica - quer se trate da União, do Estado-membro,

do Município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas. [...] essa distinção não é estranha à ordem jurídica brasileira. É dela que decorre, por exemplo, a conformação constitucional das esferas de atuação do Ministério Público e da Advocacia Pública. Ao primeiro cabe a defesa do interesse público primário; à segunda, a do interesse público secundário. Aliás, a separação clara dessas duas esferas foi uma importante inovação da Constituição Federal de 1988. É essa diferença conceitual entre ambos que justifica, também, a existência da ação popular e da ação civil pública, que se prestam à tutela dos interesses gerais da sociedade, mesmo quando em conflito com interesses secundários do ente estatal ou até dos próprios governantes. [...] O interesse público secundário não é, obviamente, desimportante. Observa-se o exemplo do erário. Os recursos financeiros proveem os meios para a realização do interesse primário, e não é possível prescindir deles. Sem recursos adequados, o Estado não tem capacidade de promover investimentos sociais nem de prestar de maneira adequada os serviços públicos que lhe tocam. Mas, naturalmente, em nenhuma hipótese será legítimo sacrificar o interesse público primário com o objetivo de satisfazer o secundário. A inversão da prioridade seria patente, e nenhuma lógica razoável poderia sustentá-la. (BARROSO, 2010)

Nessa ótica, a concessão de licença ao servidor efetivo para assumir cargo temporário nas Forças Armadas, após ser aprovado em complexo e difícil processo seletivo, evidencia a sobreposição do interesse particular sobre o interesse público primário, ocasionando grave prejuízo à administração pública, seja ela municipal, estadual ou federal.

7 CONCLUSÃO

Ainda que de forma sintetizada, foi possível rememorar o surgimento do serviço militar, especialmente seu caráter universal e obrigatório.

Observou-se que, no Brasil, existe uma obrigação constitucional de alistamento militar, o que somente poderá ser afastada diante de imperativos de consciência e de crença, desde que o alistado aceite o cumprimento de serviço alternativo.

Evidenciou-se que a quitação com o serviço militar é condição *sine qua non* para a investidura em cargo público, ou seja, ainda que o jovem não tenha sido incorporado, é preciso provar, ao menos, o alistamento nas juntas militares ou apresentar a carteira de reservista.

Notou-se que é possível cumprir a obrigação militar mesmo após a dispensa da incorporação, notadamente quando o alistado for graduando em curso superior (medicina, odontologia, engenharia, farmácia etc.). Assim, após a conclusão do curso, o jovem poderá ser convocado para prestar seus serviços temporariamente, pelo prazo de até 8 (oito) anos.

Diante disso, distinguiu-se o serviço militar obrigatório do voluntário, particularmente para compreender a essência das licenças previstas nos diversos regimes jurídicos, que tenham por objetivo o afastamento do servidor público convocado para prestar sua obrigação com as Forças Armadas.

Analisou-se que não há gradações de interesses públicos, mas admite-se a distinção entre interesse primário e secundário.

Portanto, após as devidas reflexões e longe de exaurir as inquietudes provocadas, notou-se, em breves linhas, que a licença para o serviço militar, prevista nos estatutos dos servidores, deve ser restringida à convocação para o serviço militar obrigatório, aquele resultante do alistamento militar. Por via de consequência, tratando-se de incorporação voluntária para a prestação de serviço temporário, após aprovação em difícil processo seletivo, a licença deve ser negada, sob pena de se permitir a acumulação ilícita de cargos públicos e de ferir, salvo melhor juízo, a Lei de Improbidade Administrativa, além de atentar contra os interesses da administração pública à qual o servidor está vinculado.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge Cesar de. *Curso de Direito Disciplinar Militar*. Da Simples Transgressão ao Processo Administrativo. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional*. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2, ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm
Acesso em: 20 abr. 2023.

BRASIL. *Lei nº 4.365, de 17 de agosto de 1964*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4375-17-agosto-1964-377695-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 20 abr. 2023.

BRASIL. *Lei nº 4.375/64, de 17 de agosto de 1964*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4375.htm#:~:text=LEI%20N%204.375%2C%20DE%2017%20DE%20AGOSTO%20DE%201964.&text=Lei%20do%20Servi%C3%A7o%20Militar.&text=Art%201%C2%BA%20O%20Servi%C3%A7o%20Militar,relacionados%20com%20a%20defesa%20nacional. Acesso em: 20 abr. 2023.

BRASIL. *Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990*. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%208.112%2C%20DE%2011%20DE%20DEZEMBRO%20DE%201990&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20regime%20jur%C3%ADdico,e%20das%20funda%C3%A7%C3%B5es%20p%C3%BAblicas%20federais. Acesso em: 20 abr. 2023.

BRASIL. *Lei nº 12.464, de 4 de agosto de 2011*. Dispõe sobre o ensino na Aeronáutica; e revoga o Decreto-Lei nº 8.437, de 24 de dezembro de 1945, e as Leis nºs 1.601, de 12 de maio de 1952, e 7.549, de 11 de dezembro de 1986. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12464.htm. Acesso em: 20 abr. 2023.

CARVALHO, José Murilo de. *Forças Armadas e Política no Brasil*. 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2016.

DISTRITO FEDERAL. *Lei Complementar nº 840, de 23 de dezembro de 2011*. Disponível em:
<http://www.fazenda.df.gov.br/aplicacoes/legislacao/legislacao/TelaSaidaDocumento.cfm?txtNumero=840&txtAno=2011&txtTipo=4&txtParte=>. Acesso em: 20 abr. 2023.

GOIÁS. *Lei nº 20.756, de 28 de janeiro de 2020*. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis do Estado de Goiás, das autarquias e fundações públicas estaduais, e dá outras providências. Disponível em:
<https://legisla.casacivil.go.gov.br/api/v2/pesquisa/legislacoes/100979/pdf#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20regime%20jur%C3%ADdico.Mensagem%20de%20Veto.&text=PLANOS%20DE%20CARGOS%20E%20REMUNERA%C3%87%C3%83O%3A&text=DAS%20DISPOSI%C3%87%C3%95ES%20PRELIMINARES%20Page%204%20Art>. Acesso em: 20 abr. 2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

KRAAY, Hendrik. *Nova História Militar Brasileira*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2004.

KRIWACZEK, Paul. *Babilônia: a Mesopotâmia e o nascimento da civilização*. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MAGALHÃES, João Batista. *A evolução militar do Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército Ed., 2001.

MATO GROSSO. *Lei Complementar nº 04, de 15 de outubro de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto dos Servidores Públicos da Administração Direta, das Autarquias e das Fundações Públicas Estaduais. Disponível em:
<https://app1.sefaz.mt.gov.br/Sistema/Legislacao/legfinan.nsf/5edf9c5193c58088032567580038916b/6e8296569181c98104256dbf004a7e64?OpenDocument#:~:text=LEI%20COMPLEMENTAR%20N%C2%B0%204,e%20das%20Fundas%C3%A7%C3%B5es%20P%C3%BAblicas%20Estaduais>. Acesso em: 20 abr. 2023.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. *Lei 8.112/90 Interpretada e comentada – Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos da União*. 3. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2006.

ROCHA, Fernando Carlos Wanderley; PIRES, Sérgio Fernandes Senna. Serviço militar obrigatório versus serviço militar voluntário – o grande dilema. *Cadernos Aslegis*, v.8, n.24, p. 61-100, set/dez 2004.

SÃO PAULO. *Lei nº 10.261, de 28 de outubro de 1968*. Dispõe sobre o Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1968/lei-10261-28.10.1968.html#:~:text=Artigo%20%C2%BA%20%2D%20Esta%20lei%20institui,Tribunal%20de%20Contas%20do%20Estado>. Acesso em: 20 abr. 2023.

STJ (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA). RECURSO ESPECIAL Nº 1.742.926 – MS, 2018. In: *Revista Eletrônica de Jurisprudência*. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1822561&tipo=0&nreg=201800813574&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20190516&formato=HTML&salvar=false>. Acesso em: 26 abr. 2023.

TCU (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO). *Súmula nº 246*, Plenário, 20 de março de 2002. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25753C20F0157679AA5617071&inline=1>. Acesso em: 20 abr. 2023.

Aplicabilidade da figura do investigador infiltrado e do investigador digital na esfera da polícia judiciária militar

Alan Douglas Ferreira de Barros

Bacharelado em Direito,
Centro Universitário dos Guararapes – UNIFG
Soldado do 4º Batalhão de Polícia do Exército, Recife/PE
CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6939601725671862>
E-mail: alanbarrosrecife@gmail.com

Revisores: Antonio Carlos Gomes Facuri (ORCID: 0009-0006-8038-8288; e-mail: antonio.facuri@mpm.mp.br)
Karollyne Dias Gondim Neo (ORCID: 0009-0008-2277-0512; e-mail: karollyne.neo@mpm.mp.br)

Data de recebimento: 22/02/2023

Data de aceitação: 29/03/2023

Data da publicação: 30/05/2023

RESUMO: Este artigo analisa a lei de organização criminosa e o uso de agentes infiltrados na polícia judiciária militar, com o objetivo de compreender as normas e legalidades que regem a atuação desses profissionais. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica de leis e jurisprudências, bem como a análise crítica dos dispositivos legais relacionados ao tema. Os resultados mostram que a lei de organização criminosa é uma importante ferramenta para o combate à criminalidade organizada, permitindo a investigação de grupos criminosos e prevendo medidas punitivas para seus membros. No entanto, é fundamental que a polícia judiciária militar siga rigorosamente as regras estabelecidas na lei, incluindo a obtenção de autorização judicial e o respeito aos direitos dos investigados. Além disso, o uso de agentes infiltrados na polícia judiciária militar é regulado por leis específicas, estabelecendo diretrizes claras para a

realização de investigações policiais disfarçadas. Durante a operação, o agente se passa por um criminoso, mas deve evitar cometer crimes e não estimular a organização criminosa a cometer novos crimes, para evitar se tornar um agente provocador. Com o advento da Lei 13.491/17, é permitido o uso das leis especiais para sanar a falta de previsão de crimes e procedimentos legais não previstos nos códigos penal militar e de processo penal militar brasileiros. Portanto, é fundamental a manutenção de um constante processo de capacitação e atualização dos profissionais que atuam como polícia judiciária militar, a fim de garantir a efetividade e a justiça na investigação e no combate aos crimes no âmbito militar.

PALAVRAS-CHAVE: polícia judiciária militar; Lei 12.850/2013; Lei de Organização Criminosa; Lei 13.491/17; investigador infiltrado; investigador digital.

ENGLISH

TITLE: The applicability of the figure of the undercover investigator and the digital investigator in the sphere of the military judicial police.

ABSTRACT: This article analyzes the criminal organization law and the use of undercover agents in the military judicial police, with the aim of understanding the rules and legalities that govern the participation of these professionals. The methodology used was the bibliographical review of laws and jurisprudence, as well as the critical analysis of the legal provisions related to the theme. The results show that the Criminal Organization Law is an important tool for combating organized crime, allowing the investigation of criminal groups and providing for punitive measures for their members. However, it is essential that the military judicial police strictly follow the rules established by law, including obtaining judicial authorization and respecting the rights of those being investigated. In addition, the use of undercover agents in the military judicial police is regulated by specific laws, establishing clear guidelines for carrying out undercover police investigations. During the operation, the agent impersonates a criminal but must avoid committing crimes and not encourage the criminal organization to commit new transgressions, thus, not becoming an agent provocateur. With the enactment of Law 13.491/2017, the application of special laws is allowed

to compensate for the fact that there are crimes and legal procedures not provided for in the Brazilian military penal code and that of military criminal procedure. Therefore, it is essential to maintain a constant process of training and updating of professionals who work in the military judicial police, in order to guarantee effectiveness and justice in the investigation and fight against crimes in the military sphere.

KEYWORDS: military judicial police; Law 12.850/2013; Criminal Organization Law; Law 13.491/2017; undercover investigator; digital investigator.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Justiça Militar da União – 3 Polícia Judiciária Militar – 4 As leis extravagantes no âmbito da Justiça Militar (*ratione legis/ratione personae* e o advento da Lei 13.491/17) – 5 Lei 12.850/2013 – Lei de Organização Criminosa – 6 Diferenciação conceitual dos Agentes – 6.1 Definição do Agente Infiltrado – 6.2 Definição do Agente Provocador – 6.3 Definição do Agente de Inteligência – 6.4 Definição do Agente Disfarçado – 7 Agente Infiltrado – Investigador Digital – 8 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo dedica-se a examinar a viabilidade de aplicação da figura do investigador infiltrado e investigador digital na esfera na polícia judiciária militar nos casos que envolvem e caracterizam organização criminosa. A hipótese inicial é pela sua viabilidade para saber se os mesmos procedimentos e técnicas utilizados na Justiça comum se aplicarão à Justiça Militar. A escolha do tema e sua transformação em problema de investigação fundamentam-se na necessidade de exploração de conhecimento e amparo legal no âmbito da polícia judiciária militar, visto que cada vez mais a criminalidade vem aperfeiçoando suas técnicas e fazendo uso da máquina estatal para se beneficiar. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica de leis e jurisprudências, bem como a análise crítica dos dispositivos legais

relacionados ao tema. Ao longo da pesquisa, far-se-á necessário abordar sobre a comparação dos institutos de agentes e procurar detalhar essa nova técnica especial de investigação, bem como observar as nuances específicas do “agente infiltrado”, que tem como espécie o investigador digital. Será abordado sobre a especialidade da Justiça Militar da União, tema pouco discutido nos meios acadêmicos, mas com grande importância perante a sociedade brasileira. E também, sem esgotar o tema, será adentrado em pontos mais complexos como os conceitos e funcionamento da polícia judiciária militar e a aplicação das leis extravagantes nos crimes militares usando os critérios *ratione legis*, *ratione personae* e o entendimento após o advento da Lei 13.491/17, que abriu margem para que o ordenamento jurídico militar abrangesse as leis extravagantes. Por fim, cabe ressaltar a escolha deste tema, visto que tal ferramenta investigativa pode auxiliar de forma excepcional na investigação criminal militar.

2 JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO

A Justiça Militar da União é uma das mais antigas do Brasil, com mais de 200 anos de existência. Ela é uma parte integrante do poder judiciário e tem como objetivo julgar os militares das Forças Armadas (Exército, Marinha e Aeronáutica). A sua origem remonta à época da chegada da família real portuguesa ao Brasil, em 1808, durante a fuga de Napoleão Bonaparte.

A Justiça Militar da União é composta por duas instâncias: o primeiro grau, representado por juízes federais e substitutos da justiça militar, conselhos permanentes de justiça e o conselho especial de justiça; e o segundo grau, o Superior Tribunal Militar. Conforme estabelecido no artigo 124 da Constituição, ela é responsável pelo julgamento dos “crimes militares definidos em lei”. Esses crimes são definidos no Código Penal Militar, mas a competência da Justiça Militar também inclui crimes previstos em legislação

penal especial. Infelizmente, a Justiça Militar e seus códigos (Código Penal Militar e Processual Penal Militar) são pouco conhecidos e estudados nas faculdades de direito brasileiras, apesar de serem de grande importância para a sociedade brasileira.

A Lei 13.491/2017 trouxe alterações significativas à competência da Justiça Militar da União e estadual. Portanto, é importante destacar a relevância e a importância da Justiça Militar na sociedade brasileira.

3 A POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR

De acordo com o artigo 7º do Código de Processo Penal Militar, a polícia judiciária militar tem como responsabilidade investigar crimes militares ou os crimes que são sujeitos à jurisdição militar, e a autoria desses crimes. Os comandantes das organizações militares são responsáveis por exercitar a atividade da polícia judiciária militar, assim como o delegado de polícia no ambiente civil. Eles presidirão o Inquérito Policial Militar ou conduzirão os procedimentos no Auto de Prisão em Flagrante de Delito. No entanto, o comandante pode delegar essa responsabilidade a oficiais subordinados. A autoridade militar é responsável por investigar a materialidade dos crimes e da autoria, bem como classificá-los. No entanto, a classificação feita pela autoridade policial não é vinculativa para o Ministério Público ou o juiz. As organizações militares são o centro da atividade da polícia judiciária militar, como por exemplo, as Organizações Militares de Polícia do Exército, que possuem dentro de sua administração o Pelotão de Investigações Criminais, composto por investigadores e peritos criminais militares especializados.

A Polícia Judiciária Militar é importante porque tem como missão investigar e resolver crimes e infrações que envolvam militares e/ou tenham relação com a segurança militar. Os militares, quando estão na atividade de polícia judiciária militar, são responsáveis por investigar crimes militares como deserção, insubordinação, espionagem, entre outros. Além disso, a

polícia judiciária militar também pode ser chamada para colaborar em investigações de crimes comuns, como sequestros e assassinatos, quando existe uma ligação com a segurança militar ou o envolvimento de militares.

A polícia judiciária militar desempenha um papel importante na manutenção da ordem e segurança na sociedade, garantindo que a lei seja aplicada de forma justa e eficiente. Ela também é crucial para proteger a integridade dos militares e assegurar a integridade da instituição militar.

4 AS LEIS EXTRAVAGANTES NO ÂMBITO DA JUSTIÇA MILITAR (RATIONE LEGIS/RATIONE PERSONAE E O ADVENTO DA LEI 13.491/17)

As leis extravagantes são normas que estão fora do Código Penal Militar (CPM) e que regulam condutas específicas no âmbito da Justiça Militar. Elas são criadas para atender às necessidades particulares do ambiente militar e possuem características próprias que as diferenciam das leis comuns.

As leis extravagantes podem ser classificadas em dois tipos: as leis *ratione legis/personae* e as leis *ratione materiae*. As leis *ratione legis/personae* são aquelas que ampliam a competência da Justiça Militar em razão da pessoa ou da lei. Isso significa que determinadas condutas praticadas por civis podem ser julgadas pela Justiça Militar, desde que estejam previstas em uma lei que amplie a competência dessa Justiça.

Já as leis *ratione materiae* são aquelas que ampliam a competência da Justiça Militar em razão da matéria. Isso significa que determinadas condutas praticadas por militares podem ser julgadas pela Justiça Militar, desde que estejam previstas em uma lei que amplie a competência dessa Justiça. Por exemplo, o Decreto-Lei 1.001/1969 (Código Penal Militar) prevê que a Justiça Militar é competente para julgar os crimes militares previstos em seu texto.

Em 2017, foi sancionada a Lei 13.491/17, que ampliou a competência da Justiça Militar da União para julgar crimes dolosos contra a vida cometidos por militares das Forças Armadas em missões de Garantia da Lei e da Ordem (GLO). Antes da promulgação dessa lei, esses crimes eram julgados pela Justiça comum. A medida gerou polêmica, pois há quem defenda que ela fere a Constituição Federal, que prevê que os crimes dolosos contra a vida devem ser julgados pelo Tribunal do Júri.

No entanto, a ampliação da competência da Justiça Militar para julgar crimes cometidos por militares em GLOs não é novidade. Isso já havia ocorrido com a edição da Lei 9.299/1996, que ampliou a competência da Justiça Militar para julgar crimes dolosos cometidos por militares contra civis durante ações de GLO.

Em suma, as leis extravagantes são importantes para regulamentar condutas específicas no ambiente militar. No entanto, é preciso ter cuidado ao ampliar a competência da Justiça Militar para julgar crimes que, em tese, deveriam ser julgados pela Justiça com um todo, especialmente quando se trata de crimes cometidos por civis.

Com o advento da Lei 13.491/17, houve uma ampliação da competência da Justiça Militar, que passou a julgar crimes dolosos contra a vida praticados por militares das Forças Armadas contra civis em determinadas circunstâncias. Antes dessa lei, esses casos eram julgados pela Justiça comum, o que gerou debates acalorados entre especialistas em direito e ativistas dos direitos humanos.

A justificativa apresentada pelos defensores da ampliação da competência da Justiça Militar é a de que os militares das Forças Armadas são submetidos a um treinamento específico, vivenciam um ambiente de risco constante e precisam tomar decisões em frações de segundo que podem afetar a vida de muitas pessoas. Dessa forma, seria necessário um julgamento mais específico para avaliar a conduta desses militares e levar em conta o contexto em que o crime foi cometido.

Por outro lado, críticos da Lei 13.491/17 argumentam que a ampliação da competência da Justiça Militar pode prejudicar o direito à justiça das vítimas de crimes cometidos por militares contra civis, uma vez que a Justiça Militar pode ser vista como menos imparcial do que a Justiça comum. Além disso, a ampliação da competência da Justiça Militar pode contribuir para a impunidade de militares envolvidos em casos de violência e abuso de poder.

É importante ressaltar que a Lei 13.491/17 não afeta a competência da Justiça comum para julgar crimes cometidos por civis contra militares das Forças Armadas. Esses casos continuam sendo julgados pela Justiça comum, que tem a expertise necessária para lidar com esse tipo de crime.

Em conclusão, as leis extravagantes têm um papel importante na regulamentação de condutas específicas no ambiente militar. No entanto, é necessário ter cuidado ao ampliar a competência da Justiça Militar para julgar crimes que, em tese, deveriam ser julgados pela Justiça comum. A Lei 13.491/17 gerou debates acalorados, e é importante que a aplicação dessa lei seja feita com prudência, levando-se em conta os direitos das vítimas e a imparcialidade do julgamento.

5 LEI 12.850/2013 – LEI DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA

Em 1995, o Brasil aprovou a Lei 9.034, que trata da utilização de meios operacionais para prevenir e reprimir atos cometidos por organizações criminosas. Embora louvável, essa iniciativa apresentou falhas, incluindo a falta de definição clara do que são organizações criminosas. A falta de definição permitiu que alguns especialistas usassem a definição da Convenção de Palermo sobre criminalidade transnacional, que descreve como grupo estruturado de três ou mais pessoas, atuando de maneira concertada com o objetivo de cometer crimes graves, com o objetivo de obter lucro ou outros benefícios materiais.

Em 2012, a Lei 12.694 foi aprovada, definindo finalmente o que é uma organização criminosa para fins penais. De acordo com essa lei, uma organização criminosa é uma associação de três ou mais pessoas estruturalmente organizada, com divisão de tarefas, cujo objetivo é obter vantagem de qualquer tipo, mediante prática de crimes com pena máxima superior a 4 anos ou crimes transnacionais.

Em 2013, a Lei 12.850 reviu o conceito de organização criminosa, definindo-a como uma associação de pelo menos quatro pessoas estruturalmente organizadas, com divisão de tarefas, com o objetivo de obter vantagem de qualquer tipo, por meio da prática de crimes com pena máxima superior a 4 anos ou crimes transnacionais. A infiltração de agentes policiais em organizações criminosas já era prevista na Lei 9.034, mas nunca foi devidamente regulamentada. A Lei 12.850 regulamentou a utilização da infiltração, de acordo com os artigos 10 a 14. Essa medida pode ser solicitada pelo Ministério Público ou pela Polícia Judiciária.

A lei 12.850/13, também muito conhecida como Lei de Infiltração Policial, regulamenta o uso de agentes policiais infiltrados em investigações criminais no Brasil. Essa lei define as regras para a utilização de agentes policiais disfarçados como parte de uma organização criminosa ou grupo suspeito, a fim de coletar informações e provas contra esses grupos.

A lei estabelece que a utilização de agentes infiltrados somente pode ser autorizada mediante ordem judicial e somente em casos de crimes graves, como tráfico de drogas, terrorismo, extorsão, entre outros. Além disso, a lei também determina que a ação dos agentes infiltrados deve ser supervisionada e controlada pelo Ministério Público e pela Justiça.

A lei também estabelece medidas de proteção para os agentes infiltrados, incluindo a possibilidade de alterar sua identidade e de proteger sua segurança e a de sua família, definindo regras claras para o uso de agentes policiais infiltrados no Brasil, a fim de garantir a eficiência dessas operações, a proteção dos agentes envolvidos e o respeito aos direitos

fundamentais dos investigados. A Polícia Judiciária Militar deve obedecer às normas estabelecidas pela lei 12.850/13, que regulamenta a utilização de agentes infiltrados no combate às organizações criminosas na Polícia Judiciária Militar (PJM). A lei determina a legalidade dessa prática, garantindo que seja realizada de forma segura e regulamentada. Além disso, a lei prevê sanções para o uso indevido de agentes infiltrados, incluindo a responsabilização criminal dos responsáveis pela infração.

Assim, a lei 13.491/2017 tornou ainda mais claro e seguro o uso da infiltração policial, garantindo que as ações da PJM sejam realizadas de acordo com as normas estabelecidas pela lei, contribuindo para o combate eficaz às organizações criminosas e respeitando os direitos fundamentais de todos os envolvidos.

6 DIFERENCIAÇÃO CONCEITUAL DOS AGENTES

A legislação brasileira, na forma da lei 12.850/13, distingue conceitualmente diferentes categorias de agentes policiais infiltrados. Essa distinção é crucial, pois permite à autoridade policial selecionar a abordagem mais apropriada de infiltração para lidar com as circunstâncias específicas de cada investigação criminosa. Conforme afirmado pelo doutrinador Renato Brasileiro de Lima em sua obra “Curso de Processo Penal” (2019), a Lei 12.850/13 estabelece os seguintes conceitos:

- (a) agente infiltrado: este é o policial que se insere em uma organização criminosa com o objetivo de obter informações e provas para uma investigação;
- (b) agente disfarçado: este é o policial que se apresenta como membro de uma organização criminosa para conduzir uma investigação mais aprofundada;

- (c) agente de inteligência: este é o policial que age de maneira clandestina dentro de uma organização criminosa, sem que seus membros tenham conhecimento de sua verdadeira identidade;
- (d) agente provocador: este é o policial que, de maneira planejada, incentiva ou provoca a prática de um crime com o objetivo de prender os indivíduos envolvidos.

6.1 Definição do Agente Infiltrado

O papel do Agente Infiltrado é o de um policial que, com permissão, entra, seja de forma real ou virtual, em uma organização criminosa, ocultando sua identidade como policial e se passando como um membro da organização. O objetivo é coletar informações sobre a estrutura, funcionamento e identificação de membros da organização criminosa. O agente atua de forma passiva, participando das atividades diárias, conversas, decisões e situações da organização, para compreendê-la melhor e combatê-la por meio da transmissão de informações às autoridades.

6.2 Definição do Agente Provocador

Em contraste, o Agente Provocador age sem a devida autorização judicial e instiga a prática de crimes por parte do infrator. De acordo com a doutrina, essa ação é ilegal e é aplicável a regra de crime impossível. Caso o agente realize o crime devido à instigação do provocador, as provas produzidas são consideradas viciadas e a defesa de “entrapment” pode ser usada para anular as provas. Diferentemente do agente infiltrado, que age de forma passiva, o agente provocador age ativamente e pode invalidar todas as ações policiais e provas obtidas. No entanto, o direito espanhol sustenta que o crime provocado só ocorre se o agente não estiver predisposto a praticar o crime e a ideia foi germinada pelo policial. Se o agente já tinha a intenção de

cometer o crime e o infiltrado apenas lhe deu a oportunidade de consumá-lo, sem incitá-lo, não se configura o “entrapment”. O Supremo Tribunal Federal do Brasil estabeleceu a Súmula 145, a qual afirma que não há crime quando a polícia, por meio da preparação do flagrante, torna impossível a sua consumação.

A Ação Controlada é uma técnica de investigação especial encontrada na Lei de Combate ao Crime Organizado, que consiste em adiar a intervenção policial ou administrativa relacionada a uma ação praticada por uma organização criminosa, desde que seja mantida sob observação e acompanhamento, para que a ação legal possa ser efetivada no momento mais propício para a obtenção de provas e informações. Essa técnica também é conhecida como flagrante retardado, prorrogado ou diferido, pois atenua o flagrante obrigatório, permitindo que as autoridades policiais prendam os suspeitos no momento mais adequado. A autoridade policial deve comunicar previamente ao juiz competente antes de realizar uma operação de ação controlada, sem necessidade de uma autorização judicial para sua execução, o que pode prejudicar a investigação. Além disso, o agente que atua em uma ação controlada não precisa ser necessariamente um agente infiltrado, desde que as autoridades policiais atuem a distância, sem serem descobertas pelos suspeitos. Por fim, é importante não confundir ação controlada com a ação encoberta, pois a última não requer uma comunicação prévia ao juiz. No entanto, se o agente encoberto precisar adiar sua ação para efetuar uma grande apreensão ou prender uma pessoa importante da organização, a situação configura-se como uma ação controlada, e todos os requisitos da técnica devem ser seguidos.

6.3 Definição do Agente de Inteligência

O Agente de Inteligência é diferente de um agente policial infiltrado, pois tem uma função de prevenção geral, fornecendo informações relevantes

ao governo, sem precisar de autorização judicial para suas atividades. No entanto, o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 980.252, afirmou que a coleta de dados por agentes de inteligência sem autorização judicial não é compatível com o Estado de Direito, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento do Habeas Corpus nº 512.290/RJ, reconheceu a possibilidade de se utilizar informações produzidas por agências de inteligência em investigações de crimes graves por organizações criminosas, desde que a obtenção dessas informações seja precedida de uma prévia instauração do inquérito pelo Ministério Público e respeite as garantias constitucionais e legais (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2020). Segundo o relator do caso, Ministro Rogério Schietti Cruz, o uso de informações produzidas por agências de inteligência, desde que observadas tais condições, é necessário para enfrentar organizações criminosas que buscam, muitas vezes, ocultar seus crimes por meio de práticas complexas e sofisticadas (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2020).

6.4 Definição do Agente Disfarçado

A lei 13.964/2019 não esclareceu de forma eficiente o que é o agente disfarçado, mas alguns autores propuseram suas próprias definições. Segundo Joaquim Leitão Júnior e Bruno Barcelos Lima (2021, p. 31), o agente disfarçado é “uma técnica especial de investigação policial usada em situações únicas, que inclui um disfarce policial e uma infiltração ou ação controlada”. Já Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 946) define o agente disfarçado como “uma técnica de investigação executada apenas por agentes policiais, que agem de forma disfarçada para obter informações sobre um crime sem interferir nele”.

Renee do Ó Souza, Rogério Sanches Cunha e Caroline de Assis e Silva Holmes Lins (2019, p. 127) descrevem o agente disfarçado como

“alguém que se apresenta como um cidadão comum e coleta informações sobre uma atividade criminosa sem se infiltrar no grupo criminoso ou afetar a vontade do autor do crime”. O objetivo principal desse instituto, conforme o Estatuto do Desarmamento e a Lei de Drogas, é evitar a distribuição de armas e drogas em pequenas quantidades.

Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 1307) argumenta que “a investigação realizada virtualmente não é fundamentalmente diferente da investigação realizada presencialmente”. Se um agente policial consegue obter provas físicas, como em uma festa, também pode obter provas virtualmente, como pelo aplicativo WhatsApp. Joaquim Leitão Júnior e Bruno Barcelos Lima (2021, p. 38) chamam o investigador disfarçado digital de “investigador disfarçado por extensão”, afirmando que não há diferenças entre a presença física ou virtual do investigador, devido aos avanços tecnológicos que permitem uma conversa real e interação em tempo real, como uma chamada de vídeo. Portanto, essa presença remota pode ser considerada uma presença real.

Essa distinção conceitual é uma questão de importância vital, pois garante a eficiência e a legalidade da investigação, bem como protege os direitos fundamentais de todos os envolvidos e promove a transparência na condução da investigação, de acordo com as disposições específicas estabelecidas para cada tipo de agente infiltrado.

7 AGENTE INFILTRADO – INVESTIGADOR DIGITAL

Investigação disfarçada digital: Não há uma definição clara do conceito de investigação disfarçada digital no nosso sistema jurídico. Segundo Renato Brasileiro de Lima, a investigação realizada virtualmente não é fundamentalmente diferente da investigação realizada presencialmente. Se um agente policial consegue obter provas físicas, como em uma festa, também pode obter provas virtualmente, como pelo aplicativo WhatsApp.

Leitão Júnior e Lima chamam o investigador disfarçado digital de “investigador disfarçado por extensão”, afirmando que não há diferenças entre a presença física ou virtual do investigador, devido aos avanços tecnológicos que permitem uma conversa real e interação em tempo real, como uma chamada de vídeo. Portanto, essa presença remota pode ser considerada uma presença real.

No caso da infiltração digital, a Lei nº 12.965/2014 permite a utilização de um investigador digital para obtenção de informações de organizações criminosas, desde que essa ação seja realizada com autorização judicial e que os métodos utilizados sejam proporcionais à finalidade a ser alcançada. Além disso, é importante que sejam respeitados os direitos e garantias individuais, especialmente o direito à privacidade e à inviolabilidade de correspondência.

A utilização do investigador digital é um importante instrumento na luta contra o crime organizado e pode trazer resultados significativos no combate a esse tipo de crime. No entanto, é fundamental que sejam respeitadas as normas estabelecidas pela lei para que seja considerado legal.

A validade da obtenção de provas por meio de agentes infiltrados é reconhecida pelo Código de Processo Penal (CPP). De acordo com o artigo 158 do CPP, as provas obtidas por agentes infiltrados são consideradas legais se estiverem dentro das normas previstas na lei. Além disso, o artigo 250 do CPP especifica que a investigação digital pode ser conduzida por meios de agentes infiltrados, desde que autorizada pelo poder judiciário.

Em outras palavras, tanto a Lei 12.850/13 quanto o CPP permitem a utilização de investigadores digitais como agentes infiltrados na polícia judiciária militar, desde que sejam realizadas de acordo com as regulamentações legais.

8 CONCLUSÃO

A Lei de Organização Criminosa é uma ferramenta importante utilizada pela polícia judiciária militar para combater a criminalidade organizada e grupos criminosos. Essa lei permite a investigação de grupos criminosos, incluindo a infiltração policial, interceptação de comunicações e a obtenção de informações confidenciais. Além disso, a lei também prevê medidas punitivas para os membros de organizações criminosas, incluindo prisão, multas e confisco de bens.

No entanto, é importante que a polícia judiciária militar siga rigorosamente as regras estabelecidas na lei, incluindo a obtenção de autorização judicial e o respeito aos direitos dos investigados. Também é fundamental garantir a integridade das provas coletadas durante a investigação para garantir a validade do processo e a efetividade das ações tomadas contra organizações criminosas.

O uso de agentes disfarçados na polícia judiciária militar é regulado por leis específicas, como a Lei de Drogas, Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei de Lavagem de Capitais e Lei do Crime Organizado. Essas leis estabelecem diretrizes claras para a realização de investigações policiais disfarçadas, incluindo a necessidade de autorização judicial, sigilo, duração, restrições, supervisão judicial, relatórios e proteção dos direitos do agente infiltrado. A investigação disfarçada é uma operação planejada pelo Estado com o objetivo de obter informações sobre o crime. Durante a operação, o agente se passa por um criminoso, mas deve evitar cometer crimes e não estimular a organização criminosa a cometer novos crimes, para evitar se tornar um agente provocador. É importante destacar que essas técnicas devem ser usadas de acordo com a legislação e os direitos humanos, garantindo a legalidade e a legitimidade da investigação.

A compreensão dos dispositivos da lei 12.850/13 é fundamental para o correto exercício da atividade de investigação por parte da polícia judiciária

militar. A definição conceitual dos agentes infiltrados, bem como as normas e legalidades que regem a sua atuação, deve ser devidamente conhecida e embasada nas leis especiais.

Com o advento da Lei 13.491/17, é permitido o uso das leis especiais para sanar a falta de previsão de crimes e procedimentos legais não previstos nos códigos penal militar e de processo penal militar brasileiros. Desta forma, torna-se ainda mais relevante a conexão de compartilhamento de conhecimentos e atualizações de dispositivos legais entre o Ministério Público Militar e a Justiça Militar da União.

Por fim, é importante destacar que a colaboração e o constante aprimoramento da atuação das instituições que atuam como polícia judiciária militar é imprescindível para garantir a efetividade e a justiça na investigação e no combate aos crimes no âmbito militar. Portanto, é fundamental a manutenção de um constante processo de capacitação e atualização desses profissionais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 8 maio 2023.

BRASIL. *Lei nº 9.299, de 7 de agosto de 1996*. Altera dispositivos dos Decretos-leis nº s 1.001 e 1.002, de 21 de outubro de 1969, Códigos Penal Militar e de Processo Penal Militar, respectivamente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19299.htm. Acesso em: 8 maio 2023.

BRASIL. *Lei nº 11.343, de 23 de Agosto de 2006*. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras

providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm.

Acesso em: 15 jul. 2022.

BRASIL. *Lei nº 12.850, de 2 de Agosto de 2013*. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 15 jul. 2022.

BRASIL. *Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017*. Altera o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13491-13-outubro-2017-785566-publicacaooriginal-153949-pl.html>. Acesso em: 8 maio 2023.

BRASIL. *Lei nº 13.964, de 24 de Dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm.

Acesso em: 15 jul. 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual De Direito Penal: Parte Geral*. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2019, 638 p.

LEITÃO JÚNIOR, Joaquim; LIMA, Bruno Barcelos. In: SANCHES, Rogério; LEITÃO JÚNIOR, Joaquim (coord.). *Lei de Abuso de Autoridade comentada*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

LEITÃO JÚNIOR, Joaquim; LIMA, Bruno Barcelos. *Direito processual penal*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*: volume único. Salvador: JusPodivm, 2020, 1904 p.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, 1232 p.

ONETO, Isabel. *O Agente Infiltrado: Contributo Para A Compreensão Das Ações Encobertas*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, 216 p.

Ó SOUZA, Renee do; CUNHA, Rogério Sanches; LINS, Caroline de Assis e Silva Holmes. *Leis Penais Especiais Comentadas*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

ROCHA JUNIOR, F. D. A. (2020, setembro 10). Agentes infiltrado e disfarçado na lei 13.964/2019: uma discussão sobre os limites da produção probatória. *Revista Da Faculdade De Direito Da FMP*, 15(1), 47-60. Disponível em: <https://revistas.fmp.edu.br/index.php/FMP-Revista/article/view/177>. Acesso em: 15 jul. 2022.

SANNINI, Francisco. A figura do agente policial disfarçado consolida técnica de investigação criminal. *Meu Site Jurídico*, 2020. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/05/15/figura-agente-policial-disfarçado-consolida-tecnica-de-investigacao-criminal/>. Acesso em: 15 jul. 2022.

SOUZA, Marllon. *Crime organizado e infiltração policial: parâmetros para a validação da prova colhida no combate às organizações criminosas*. São Paulo: Grupo GEN, 2015. 9788522499540. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522499540/>. Acesso em: 15 jul. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *Habeas Corpus 512.290/RJ*, 18/08/2020. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica:turma.6:acordao:hc:2020-08-18:512290-1969549>. Acesso em: 8 maio 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *Súmula nº 145*. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula145/false>. Acesso em: 15 jul. 2022.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 9. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. 1839 p.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Teoria Geral do Direito Policial*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2012, 659 p.

O crime de escravidão sexual e a importância do caráter permanente do Tribunal Penal Internacional

Iara Schuinka Bazilio

Pós-graduanda *latu sensu* em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional. Especialista em Direitos Humanos e Questão Social pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2022). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2021). Estagiária de Pós-Graduação na Secretaria Municipal de Obras Públicas do Município de Curitiba/PR.

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8075357831128145>

ORCID: 0000-0001-6954-1081

E-mail: isbazilio@gmail.com

Revisores: Karollyne Dias Gondim Neo (ORCID: 0009-0008-2277-0512; e-mail: karollyne.neo@mpm.mp.br)

Luciano Moreira Gorrihas (ORCID: 0009-0005-0678-471X; e-mail: luciano.gorrihas@mpm.mp.br)

Data de recebimento: 10/04/2023

Data de aceitação: 17/04/2023

Data da publicação: 30/05/2023

RESUMO: O Direito Humanitário Internacional proíbe a violência sexual em conflitos armados. No entanto, o desrespeito às normativas é rotineiro nos conflitos, sendo necessária a repressão dos perpetradores de crimes e a reparação de vítimas. Os tribunais de guerra responsáveis pelo julgamento de líderes em disputas armadas muitas vezes deixaram de reconhecer a existência e o impacto do crime de cunho sexual na vida das inúmeras vítimas, em sua maioria mulheres. Neste estudo, por meio de pesquisa teórica em fontes doutrinárias e diante do método dedutivo, foi investigada a importância do Tribunal Penal Internacional, uma corte de guerra

permanente, para julgamento do crime de escravidão sexual no contexto de conflitos armados. A presença de uma forte posição internacional para julgar tais crimes é de vital importância na construção de uma cooperação paraestatal preocupada em trazer justiça para aqueles que necessitam, evitando que os erros cometidos com as “mulheres de conforto” sejam repetidos e que os responsáveis pelas crueldades perpetuadas deixem de ser julgados. Em conclusão, verificou-se que, em que pese as críticas feitas à atuação do Tribunal, a perspectiva de processamento e julgamento de casos de maneira permanente por uma Corte especializada é louvável, além de imprescindível para que as vítimas de escravidão sexual sejam devidamente reparadas.

PALAVRAS-CHAVE: escravidão sexual; Tribunal Penal Internacional; crime contra a humanidade; crime de guerra; mulheres de conforto.

ENGLISH

TITLE: The crime of sex slavery and the importance of International Criminal Court’ permanent character.

ABSTRACT: International Humanitarian Law prohibits sexual violence in armed conflict. However, disrespect for regulations is routine in conflicts, requiring repression of perpetrators of crimes and reparation for victims. The criminal war courts responsible for judging leaders in armed disputes often failed to recognize the existence and impact of crimes of a sexual nature on the lives of countless victims, mostly women. In this study, through theoretical research in doctrinal sources and in the face of the deductive method, the importance of the International Criminal Court, a permanent criminal war court, was investigated for the judgment of the crime of sexual slavery in the context of armed conflicts. The presence of a strong international position to judge such crimes is of vital importance in building parastatal cooperation concerned with bringing justice to those in need, preventing the mistakes committed with “comfort women” from being repeated and those responsible for the cruelties perpetuated cease to be judged. In conclusion, it was found that, despite the criticisms leveled at the Court’s performance, the prospect of permanently processing and judging

cases by a specialized Court is commendable, in addition to being essential for victims of sexual slavery to be properly compensated.

KEYWORDS: sexual slavery; International Criminal Court; crime against humanity; war crime; comfort women.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Escravidão sexual: crime de guerra ou crime contra a humanidade? – 2.1 Crimes de guerra e crimes contra a humanidade – 2.2 As inovações do Estatuto de Roma – 2.2.1 Escravidão sexual e elementos do crime no Estatuto de Roma – 2.3 Outras normativas internacionais sobre escravidão sexual enquanto crime contra humanidade e crime de guerra – 3 Um problema sem solução: a questão das “mulheres de conforto” da Guerra do Pacífico e o reconhecimento da escravidão sexual – 3.1 O difícil caso das vítimas coreanas – 3.2 A posição do governo japonês – 4 O Tribunal Penal Internacional e o crime de escravidão sexual nos conflitos após 2002 – 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Ainda que o Direito Humanitário Internacional proíba a violência sexual em conflitos armados, as instituições de repressão aos injustos e de reparação às vítimas ainda está em construção. Os tribunais de guerra responsáveis pelo julgamento de líderes em disputas armadas muitas vezes deixaram de reconhecer a existência e o impacto do crime de cunho sexual na vida das inúmeras vítimas, em sua maioria mulheres. Em especial, o reconhecimento do crime de escravidão sexual, que pode ser compreendido como crime contra a humanidade e/ou de guerra, é de suma importância, visto a ausência de reparação que as vítimas enfrentam historicamente.

Neste estudo, por meio de pesquisa teórica em fontes doutrinárias e diante do método dedutivo, será investigada a importância do Tribunal Penal Internacional, uma corte de guerra permanente, para julgamento do crime de

escravidão sexual no contexto de conflitos armados. Os desdobramentos da inércia no reconhecimento de crimes de escravidão sexual no contexto de conflitos podem gerar danos irreversíveis às sociedades agressoras e agredidas. A partir da análise do caso das “mulheres de conforto” da Guerra do Pacífico, é possível compreender a dimensão do problema e as consequências que as vítimas da escravidão sexual enfrentam. A presença de uma forte posição internacional para julgar tais crimes é de vital importância na construção de uma cooperação paraestatal preocupada em trazer justiça para aqueles que tanto necessitam, evitando que os erros cometidos com as “mulheres de conforto” sejam repetidos.

Destarte, o primeiro capítulo trará a questão da escravidão sexual no contexto de crime contra a humanidade e crime de guerra, elucidando a importância do Tribunal Penal Internacional no julgamento de tais delitos, categorizando o injusto conforme os elementos estabelecidos pela Corte e compilando as principais normativas no enfrentamento da escravidão sexual. O segundo capítulo contará com um breve histórico das “estações de conforto”, ressaltando a identidade das “mulheres de conforto” coreanas e a posição que o governo japonês assumiu diante da questão. Por fim, no terceiro capítulo será apresentada a atuação do Tribunal Penal Internacional no julgamento de crimes de escravidão sexual, a fim de concluir a hipótese que originou o trabalho, qual seja, a necessidade de uma corte permanente de guerra para fazer justiça e trazer reparação às vítimas.

2 ESCRAVIDÃO SEXUAL: CRIME DE GUERRA OU CRIME CONTRA A HUMANIDADE?

A definição de escravidão abrange noções relativas à limitação da autonomia, liberdade de movimento e do poder para decidir questões concernentes ao trabalho e às práticas sexuais (ILO, 2022). Assim, escravidão sexual é um termo abrangente, que concentra a exploração comercial das atividades sexuais de crianças, adolescentes e adultos; produção de

pornografia infantil; turismo sexual; prostituição forçada; casamento forçado; entre outros.

A Convenção sobre Escravidão de 1926 fornece o conceito de “escravidão” como “o estado ou a condição de um indivíduo sobre o qual se exercem todos ou parte dos poderes atribuídos ao direito de propriedade, e ‘escravo’ é o indivíduo em tal estado ou condição” (BRASIL, 1966). De forma semelhante, o art. 7º, inciso 2, alínea c, do Estatuto de Roma¹, define escravidão como o:

[...] exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças (BRASIL, 2002).

É importante diferenciar a exploração da atividade sexual de forma consentida da escravidão sexual, pois aquela possui diferentes *status* jurídicos ao redor do mundo, podendo inclusive ser regulamentada dentro do ordenamento nacional, enquanto esta é, de maneira geral, proibida e reprimida pelos Estados. Observa-se que a exploração sexual de crianças e adolescentes é considerada ilegal, independentemente do consentimento, na forma da lei local e de acordo com protocolos e tratados internacionais².

A escravidão sexual está intimamente ligada ao tráfico de pessoas, embora o tráfico não seja um componente existente em todo contexto de crime contra a humanidade. De acordo o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime, o tráfico de pessoas é caracterizado como:

[...] recrutamento, transporte, transferência, abrigo ou recebimento de pessoas, por meio de ameaça ou uso da força

¹ O Estatuto de Roma é o tratado internacional que estabeleceu o Tribunal Penal Internacional em 1998, em Roma, Itália.

² Tais como o Protocolo Facultativo Relativo à Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 2000, e a Convenção n.º 182 sobre Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para sua Eliminação, da Organização Internacional do Trabalho, ratificada por todos os integrantes das Nações Unidas em 2020.

ou outras formas de coerção, de rapto, de fraude, de engano, do abuso de poder ou de uma posição de vulnerabilidade ou de dar ou receber pagamentos ou benefícios para obter o consentimento para uma pessoa ter controle sobre outra pessoa, para o propósito de exploração (UNODC, s.d.).

A escravidão sexual é considerada um crime contra a humanidade, no escopo do Estatuto de Roma, nos termos do art. 7º, inciso I, alíneas *c* e *g*. De maneira semelhante, a escravidão sexual também pode ser um crime de guerra e uma violação das Convenções de Genebra³ se cometida sistematicamente ou/e contra determinada população em meio a um conflito armado internacional ou indiretamente em um conflito armado civil, conforme art. 8º, alínea *b*, item XXII, e alínea *d*, do Estatuto de Roma.

2.1 Crimes de guerra e crimes contra a humanidade

Os crimes de guerra são aqueles que, de acordo com o Estatuto de Londres, constituem violações ao Direito Internacional Humanitário, elaborado em Genebra em 1864 e 1925, e aperfeiçoado pelas Convenções I, II, III e IV, de 1949. Em suma, são agressões cometidas por uma das partes, quando em situação de conflito, atinge intencionalmente os direitos de outra parte, não necessariamente sujeito ativo da contenda em questão.

Fonseca (1998, pp. 378-380) ensina que crimes de guerra podem consistir em ações ou omissões que causem grave violação ao Direito Internacional Humanitário. Apenas pessoas físicas podem ser sujeitos ativos de um crime de guerra, que devem agir com intenção, a fim de que a responsabilidade penal seja apurada (dolo direto ou eventual).

A conceituação moderna de crime de guerra foi introduzida pelo Estatuto de Londres, de 08 de agosto de 1945, que criou o Tribunal de

³ As Convenções de Genebra são uma série de tratados elaborados entre 1864 e 1949 em Genebra, na Suíça, definindo as normas relativas ao Direito Humanitário Internacional. Esses tratados definem os direitos e os deveres de pessoas, combatentes ou não, durante conflitos e guerras.

Nuremberg, responsável por julgar integrantes do governo nazista alemão após a Segunda Guerra Mundial. Entre as grandes inovações do tribunal, destacou-se a possibilidade de punir ato praticado oficial por um Estado e a impossibilidade de exceção de defesa por atos decorrentes de ordem oficial. Em seu artigo 6º, o Estatuto elenca como crime de guerra, em sentido estrito:

[...] violações das leis ou costumes de guerra. Tais violações devem incluir, mas não se limitar a, assassinato, maus-tratos ou deportação para o trabalho ou para qualquer outro propósito da população civil de ou em território ocupado, assassinato ou maus-tratos de prisioneiros de guerra ou pessoas no mar, assassinato de reféns, pilhagem de propriedade pública ou privada, destruição arbitrária de cidades, vilas ou aldeias, ou devastação não justificada por necessidade militar (UNITED NATIONS, 1945) (tradução nossa)⁴.

Já a expressão “crimes contra a humanidade”⁵ data do final do século XVIII e início do século XIX, no contexto do tráfico de escravos associado aos continentes africano, americano e europeu. As monstruosidades cometidas sob o comando do rei Leopoldo II da Bélgica na região do Congo, por exemplo, eram descritas como transgressões contra o *status* humano (SCHABAS, 2012). Já alguns estudiosos apontam que a inserção de “crime contra a humanidade” nas relações entre agentes internacionais remete à declaração proposta em 1915 pelos Estados francês, grã-bretanha e russo, condenando o Império Turco-Otomano pelo genocídio da população armênia na região que contemporaneamente é conhecida como Turquia (BASSIOUNI, 1997).

⁴ No original, “[...] violations of the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to, murder, ill-treatment or deportation to Wave labour or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory, murder or ill-treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity”.

⁵ A Humanidade pode ser compreendida tanto de forma biológica, pela “raça humana”, quanto de forma filosófica, pelo “valor do ser humano”, sendo este último conceito adotado para definição de “crime contra a humanidade” (LUBAN, 2004).

No plano do Direito Internacional, os crimes contra a humanidade foram formalmente introduzidos pelo Estatuto de Londres de 1945, que criou o Tribunal de Nuremberg, responsável por julgar integrantes do governo nazista alemão após a Segunda Guerra Mundial. Entre as grandes inovações do tribunal, destacou-se a possibilidade de punir ato praticado oficial por um Estado e a impossibilidade de exceção de defesa por atos decorrentes de ordem oficial. De acordo com o artigo 6, alínea *c*, do referido Estatuto, os crimes contra a humanidade foram definidos como:

[...] assassinato, extermínio, escravidão, deportação e outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, antes ou durante a guerra, ou perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos em execução ou em conexão com qualquer crime da jurisdição do Tribunal, em violação ou não da lei interna do país onde perpetrado (UNITED NATIONS, 1945) (tradução nossa)⁶.

Segundo Ramos (2014), a evolução do conceito de crime contra a humanidade retirou o vínculo entre tais ilícitos e o contexto de guerra. Assim, foi reconhecida a possibilidade de praticar tais transgressões mesmo em tempos de paz formalmente reconhecidos. Atualmente, não existe tratado internacional que dispõe especificamente sobre crimes contra a humanidade. Há um consenso acerca da proibição e da repressão de tais crimes, do qual nenhuma derrogação é permitida e que é aplicável a todos os Estados, sendo, portanto, compreendida como uma norma *jus cogen* (UNOSAPG, s.d.). Ainda, com base nos entendimentos internacionais, as legislações nacionais frequentemente alcançam disposições sobre o assunto, sendo possível o processamento desses ilícitos na esfera de cada Estado.

⁶ No original, “[...] murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war, or persecutions on political, racial, or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of domestic law of the country where perpetrated”.

2.2 As inovações do Estatuto de Roma

Na lição de Paulo Henrique Gonçalves Portela (2014), o Tribunal Penal Internacional (TPI), teve como precursor as cortes militares internacionais, estabelecidas por tratados após a Segunda Guerra Mundial, com a finalidade de processar e julgar indivíduos por atos considerados como “crimes de guerra”. São exemplos famosos o citado Tribunal Militar Internacional, também conhecido como Tribunal de Nuremberg; o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia; e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda, sendo estes criados para o julgamento de crimes de guerra cometidos naqueles países na década de 90.

A Convenção para Prevenção e Punição do Crime de Genocídio de 1948 já havia previsto estabelecimento de um Tribunal Penal Internacional, o qual teria jurisdição sobre o crime de genocídio, declarado por ela como um crime internacional. No entanto, sua criação foi atrasada pelo tenso período da guerra fria, que tornaram evidentes as discrepâncias acerca de conceitos penais entre as nações (CARNEIRO, 2012).

Ressalta-se a relevância dos princípios do direito penal na elaboração do Estatuto de Roma acerca da imputação de um injusto a alguém. Mediante o princípio da anterioridade da lei penal, não se admite que haja crime sem normativa anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; da mesma forma, uma lei só poderia retroagir em claro benefício ao réu (ZAFFARONI; BATISTA, 2003).

O TPI tem concepção no Estatuto de Roma, de 1998, e suas atividades foram iniciadas em 2003, na cidade holandesa de Haia. À época, o texto foi adotado por 120 votos a favor, 7 contrários e 21 abstenções. Com personalidade jurídica de Direito Internacional Público, o Tribunal é “uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto” (BRASIL, 2002).

O preâmbulo do Estatuto de Roma realça o vínculo entre o direito penal e a proteção de direitos humanos por meio do combate à impunidade e, consequentemente, evitando novas violações (RAMOS, 2014). A finalidade do TPI é conferir efetividade à teoria da responsabilidade penal internacional, prevendo punição a aqueles que praticam crimes de genocídio, contra a humanidade, de agressão e de guerra. Deste modo, busca-se garantir a proteção internacional dos direitos humanos e receber reparação pelos prejuízos sofridos (SANTOS, 2021).

A repressão dos citados crimes é realizada em conjunto com os Estados-Nações, que possuem competência para exercer suas respectivas jurisdições penais. Logo, a jurisdição do TPI é complementar, devendo o Tribunal agir somente se esgotados os recursos internos estatais ou quando estes se mostrarem ineficientes ou em desconformidade com os compromissos internacionais de tais Estados (PORTELA, 2014).

O Estatuto também prevê direitos às vítimas, que podem ser divididos em três categorias: direito à participação, direito à proteção e direito à solicitação de reparação. O TPI inovou ao incluir essa preocupação, reconhecendo a necessidade de restabelecer a dignidade das vítimas por meio de sua cooperação no processo.

É importante ressaltar que os crimes sob regime jurídico do TPI são imprescritíveis e aos sujeitos que os praticam não são permitidas imunidades (art. 27 e 29 do Estatuto de Roma). Não há previsão de intervalo específico de pena por tipo de crime, podendo o Tribunal impor à pessoa condenada pena de prisão até o limite de 30 (trinta) anos ou, se o elevado grau de ilicitude do fato e as condições pessoais do condenado o justificarem, prisão perpétua. Além da pena de prisão, o Tribunal poderá aplicar multa e ainda a perda de produtos, bens e haveres provenientes, direta ou indiretamente, do crime, sem prejuízo dos direitos de terceiros que tenham agido de boa-fé.

Para o Estatuto de Roma (art. 7º), os crimes contra a humanidade consistem em atos cometidos no quadro de um ataque, generalizado ou

sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento de que a agressão aconteceria. Tais atos incluem, dentre outros, homicídio; extermínio; escravidão; deportação ou transferência forçada de populações; prisão ou outra forma de privação de liberdade física grave, em violação às normas fundamentais de direito internacional; tortura; violação da liberdade sexual; desaparecimento forçado; perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero; “limpeza étnica”; e *apartheid*.

Também são considerados crimes contra a humanidade quaisquer “outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental” (BRASIL, 2002), norma que pode abranger inúmeros atos não expressamente mencionados no Estatuto de Roma, tal qual o terrorismo (PORTELA, 2014).

Em relação aos crimes de guerra, verifica-se que os delitos listados pelo artigo 8º do Estatuto de Roma constituem um rol extenso, a ver: violações graves das Convenções de Genebra, tais como matar intencionalmente ou causar grande sofrimento ou ferimentos graves ao corpo ou à saúde; tortura ou tratamento desumano; forçar um prisioneiro de guerra a servir nas forças de uma potência hostil; privar um prisioneiro de guerra de um julgamento justo; direcionar ataques contra trabalhadores humanitários ou forças de paz da ONU; utilizar civis como escudo; e utilizar crianças-soldado. Em caso de conflito armado internacional, também são incluídos como crimes de guerra o ato de tomar reféns, execuções sumárias, pilhagem e estupro, escravidão sexual, prostituição e gestação forçadas.

Até o momento, o TPI indiciou 52 pessoas. Foram concluídos os processos contra 30 dos indiciados: dois estão detidos, sete cumpriram as sentenças, quatro foram absolvidos, dez tiveram suas acusações retiradas e sete morreram antes da conclusão do processo. Os investigados e autuados estão associados aos países República Democrática do Congo (RDC), Sudão

(Darfur), Quênia, Líbia, Mali, Burundi, Afeganistão, Uganda, República Centro-Africana, Líbia, Costa do Marfim, Geórgia, Bangladesh/Mianmar, Palestina, Filipinas, Venezuela e Ucrânia.

Apesar de algumas conquistas, o Tribunal Penal Internacional enfrenta duras críticas quanto a sua atuação. Por ser caráter transnacional, mas dependente da adesão dos Estados-Parte, verifica-se que o TPI detém pouca autoridade, tornando-se ineficiente e ineficaz para prender criminosos de guerra. Um dos grandes obstáculos é a questão da afetação à soberania – o TPI teria muito poder de acusação, ameaçando internamente os Estados. Ainda, uma rápida análise dos casos do TPI demonstra a alta incidência de acusações em nações africanas, aumentando o estigma de que o continente não é capaz de lidar com as próprias dificuldades (KLOBUCISTA, 2022).

2.2.1 Escravidão sexual e elementos do crime no Estatuto de Roma

Nos termos do artigo 9º do Estatuto de Roma, os “elementos constitutivos dos crimes que auxiliarão o Tribunal a interpretar e a aplicar os artigos 6º, 7º e 8º do [...] Estatuto, deverão ser adotados por uma maioria de dois terços” dos Estados-Parte (BRASIL, 2002). Portanto, para ser definido o crime de escravidão sexual, o Tribunal Penal Internacional deve analisar se existem elementos mínimos que compõem o injusto.

A compreensão atual dos crimes de escopo do Tribunal foi obtida durante a Primeira Sessão da Assembleia dos Estados Partes no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional em Nova York, no ano de 2002, bem como na Conferência de Revisão de 2010. Neste sentido, a escravidão sexual enquanto crime contra a humanidade é embasada em quatro pontos (ICC, 2013, p. 6):

- (a) O perpetrador exerceu algum ou todos os poderes inerentes ao direito de propriedade sobre uma ou mais pessoas, como

- comprando, vendendo, emprestando ou trocando tal pessoa ou pessoas, ou impondo-lhes uma privação de liberdade semelhante;
- (b) O perpetrador fez com que essa pessoa ou pessoas se envolvessem em um ou mais atos de natureza sexual;
- (c) A conduta foi cometida como parte de um ataque generalizado ou sistemático dirigido contra uma população civil;
- (d) O perpetrador sabia que a conduta fazia parte ou pretendia que a conduta fizesse parte de um ataque sistemático dirigido contra uma população civil.

Na circunstância de crime de guerra, a escravidão sexual deve ser constituída pelos seguintes elementos (ICC, 2013, p. 19):

- (a) O perpetrador exerceu algum ou todos os poderes inerentes ao direito de propriedade sobre uma ou mais pessoas, como comprando, vendendo, emprestando ou trocando tal pessoa ou pessoas, ou impondo a lhes uma privação de liberdade semelhante;
- (b) O perpetrador fez com que essa pessoa ou pessoas se envolvessem em um ou mais atos de natureza sexual;
- (c) A conduta ocorreu no contexto e foi associada a um conflito armado internacional;
- (d) O perpetrador teve conhecimento de circunstâncias de fato que estabeleceram a existência de um conflito armado.

Ainda, com base nas características listadas, é possível estabelecer a ocorrência do crime de escravidão sexual em conflito armado que não seja internacional (ICC, 2013, p. 26).

2.3 Outras normativas internacionais sobre escravidão sexual enquanto crime contra humanidade e crime de guerra

Em 1949, a Assembleia Geral das Nações Unidas implementou a Convenção para Supressão de Tráfico de Pessoas e de Exploração da Prostituição (1951), que substituiu e adequou compreensões acerca da

prostituição forçada. O documento trouxe a penalização à exploração sexual e ao engodo da prostituição, além de traçar aspectos relacionados à manutenção de bordéis. Até o ano de 2023, o tratado foi assinado por apenas 82 nações, sendo que alguns países como Alemanha e Nova Zelândia não ratificaram o documento por questões relacionadas à indústria do trabalho sexual nacional.

No entanto, a Convenção de 1949 se provou ineficaz. Assim, foram reunidos esforços que resultaram na Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), obrigando os Estados a tomar as medidas apropriadas para suprimir todas as formas de tráfico e de exploração da prostituição de mulheres. Em 1999, a Assembleia Geral da ONU criou um comitê intergovernamental para elaborar uma convenção internacional global contra a criminalidade organizada transnacional e examinar a possibilidade de elaborar um instrumento para tratar de todos os aspectos relativos ao tráfico de pessoas, em especial de mulheres e crianças. Deste modo, foi aprovado o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (CASTILHO, 2019).

Em 2008, o Conselho de Segurança da ONU adotou a resolução 1820, que observou que “o estupro e outras formas de violência sexual podem constituir crimes de guerra, crimes contra a humanidade ou um ato constitutivo em relação ao genocídio”. Já em 2008, o Gabinete do Representante Especial do Secretário-Geral para a Violência Sexual em Conflitos foi estabelecido pela Resolução do Conselho de Segurança, reconhecendo o impacto prejudicial que a violência sexual em conflitos tem sobre comunidades (UNITED NATIONS, 2009).

Assim como a proibição dos crimes contra a humanidade, a repressão da escravidão sexual é uma normativa *jus cogen*, cabendo a todos os atores envolvidos no cenário nacional e internacional a sua erradicação.

3 UM PROBLEMA SEM SOLUÇÃO: A QUESTÃO DAS “MULHERES DE CONFORTO” DA GUERRA DO PACÍFICO E O RECONHECIMENTO DA ESCRAVIDÃO SEXUAL

Após a Primeira Guerra Mundial, o então Império do Japão se envolveu em uma investida contra os Estados Unidos da América e outros países asiáticos. Este conflito, conhecido como Guerra do Pacífico, durou entre os anos 1932 e 1945, tendo o ataque à base americana de Pearl Harbor em 1941 como estopim (HASTINGS, 2012).

Neste período, com a expansão da presença militar japonesa na Ásia, o Império mobilizou e traficou um grande número de mulheres de diversas nacionalidades para bordéis militares, também chamados de “estações de conforto”, com o intuito de satisfazer os soldados do Japão em suas campanhas. O número exato de mulheres traficadas, as “mulheres de conforto”, é desconhecido, visto a ausência e queima de registros de casos pelo governo japonês; estima-se, porém, um número entre 80 e 200 mil, das quais menos de 30% sobreviveram (OKAMOTO, 2013).

As primeiras “estações de conforto” foram estabelecidas em Xangai, na China, como uma forma de coibir estupros por parte de soldados japoneses, visando, especialmente, evitar críticas da China, Estados Unidos da América e da Europa após o caso de estupros em massa entre as batalhas em Xangai e Nanjing (TANAKA, 2019). Durante a expansão territorial japonesa, a ausência de “voluntárias” para servir as “estações de conforto” fez o exército imperial agir contra populações locais e de territórios colonizados. Em tempos de guerra, a perspectiva de alimentação e moradia adequadas era tentadora. Assim, apesar de boa parte do tráfico de mulheres ter acontecido de forma coercitiva, com raptos e sequestros, muitas vítimas foram iludidas com promessas de emprego e melhores condições de vida (HORN, 1997).

A origem das mulheres traficadas foi bastante variada, tendo grande parte das vítimas origem na Coreia colonial. Em menor escala, as mulheres

migraram forçadamente de territórios do Japão, das Filipinas, de Taiwan, Cingapura, da Indonésia, Birmânia, Tailândia e do Vietnã, havendo relatos de vítimas originárias de países como a Austrália e a Holanda. A maioria das mulheres traficadas era adolescente, entre 14 e 19 anos; no entanto, alguns testemunhos indicam o tráfico de meninas menores de 12 anos, o que as classificaria como crianças (HICKS, 1997)

Nas “estações de conforto”, as vítimas se tornavam verdadeiras vítimas de escravidão sexual. Diariamente, eram submetidas a tratamento degradante, além de abuso físico, sexual, psicológico e emocional. Grande parte se ocupava dos afazeres domésticos durante o dia, cozinhando e mantendo os bordéis em ordem, subordinadas ao sofrimento do abuso sexual pela noite. Estima-se que a maioria das sobreviventes se tornou infértil em razão dos múltiplos estupros e/ou doenças venéreas contraídas (BROUWER, 2005).

3.1 O difícil caso das vítimas coreanas

A península da Coreia foi colonizada e dominada pelo Império Japonês entre 1910 e 1945. O Império do Japão impôs uma política de apropriação brutal sobre a região, deslocando milhares de locais para campos de trabalho forçado e fábricas, onde laboravam em condições análogas à escravidão. O regime de apagamento cultural e assimilação forçada também foram intensos. A identidade coreana presente na literatura, nas canções, nos costumes, nas vestimentas e até mesmo na linguagem foi banida e reprimida, sendo até os nomes de origem coreana barrados pelo governo japonês (ADAMEK, 2021).

De acordo com Okamoto (2013), o tratamento dos soldados japoneses às jovens coreanas era especialmente cruel. Além das condições precárias comuns entre todas as “mulheres de conforto”, cuja rotina contava com cubículos como moradias, ausência de higiene pessoal e relações sexuais

forçadas com soldados japoneses, as vítimas coreanas sofreram com um processo de desumanização especialmente nocivo:

Ao contrário das “mulheres de conforto” japonesas, que, dado seu antecedente como prostitutas, eram mais velhas e mais bem preparadas para o serviço nos bordéis militares, além de geralmente servirem oficiais e serem pagas por seus serviços, as “mulheres de conforto” coreanas eram virgens solteiras no início de sua adolescência – mesmo meninas estudantes, com idades entre 12 e 14 anos, foram utilizadas como escravas sexuais (OKAMOTO, 2013, p. 97).

Segundo Parker e Chew (1994), cerca de 75% das vítimas coreanas morreram durante a guerra. Aquelas que sobreviveram foram sentenciadas a vidas de segredos e traumas, silenciadas pela vergonha que o estupro significa na patriarcal sociedade coreana. Muitas vítimas deixaram de relatar a violência sofrida, sendo obrigadas pelas famílias a perseguir casamentos infelizes e, por consequência, estabilidade econômica, visto não ser bem quista a independência feminina na sociedade coreana à época (OKAMOTO, 2013).

3.2 A posição do governo japonês

É essencial observar que, antes mesmo do início da Segunda Guerra Mundial, a citada Convenção sobre a Escravidão de 1926 era compreendida como integrante das regras consuetudinárias do Direito Internacional, o que obrigaria o Japão, ao menos em teoria, a respeitar as normativas contra a escravidão (ARGIBAY, 2003, p. 380). Ainda, vale citar que o Estado japonês estava associado a convenções para reprimir crimes de guerra, contra a escravidão e contra o trabalho forçado, tais como a Convenção Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças em 1921, a Convenção de Genebra de 1929 e as Convenções contra o Tráfico de Trabalho Forçado de 1904, 1910 e 1933, da Organização Internacional do Trabalho.

No entendimento de Okamoto (2013, p. 94):

[...] o Japão exerceu sua prerrogativa, conforme os termos do artigo 11, para declarar que nenhuma de suas colônias (Coréia do Sul e Taiwan) seria incluída no âmbito da convenção [Internacional para a Repressão do Tráfico de Mulheres e Crianças].

As circunstâncias da guerra aliadas à compreensão de que a sociedade coreana não era digna de humanização foram artífices legitimadores das crueldades praticadas.

Em 1946, cerca de um ano após a declaração do fim da Segunda Guerra Mundial, foi instaurado em Tóquio o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, também chamado de Tribunal de Tóquio, no qual foram autuados e julgados 28 representantes do Estado japonês por crimes praticados durante a Guerra do Pacífico. Em claro desrespeito ao princípio da irretroatividade da norma penal *in pejus*, o julgamento, que durou até 1948, foi contemporâneo ao Tribunal de Nuremberg, compartilhando, em geral, as mesmas premissas acerca da competência para julgamento dos crimes, que foram classificados pela Carta de Tóquio em crimes contra a paz, crimes de guerra e crimes contra a humanidade (MATAYOSHI, 2022).

Apesar de haver competência para o julgamento do crime de escravização sexual de mulheres nas “estações de conforto”, o Tribunal de Tóquio não utilizou de seu poder para responsabilizar os militares japoneses pela prática. Segundo Totani:

[...] o conceito de crimes contra a humanidade poderia ter sido usado para processar esse tipo de atrocidade sistemática contra as mulheres das colônias japonesas. [...] Os promotores Aliados não exploraram essa possibilidade e acabaram falhando em responsabilizar os líderes japoneses pela escravidão sexual organizada. Essa infeliz omissão pode ser considerada validamente como uma das principais deficiências históricas do julgamento de Tóquio (TOTANI, 2008, p. 13-14) (tradução nossa)⁷.

⁷ No original, “[...] the concept of crimes against humanity could have been used to prosecute this type of systematic atrocity against the women from Japanese colonies. [...] Allied prosecutors did not explore this possibility and ultimately failed to hold Japanese leaders

O tratado de 1965, que normalizou as relações entre o Japão e a Coreia do Sul, foi interpretado pelo governo japonês como resolutivo em questões dos crimes de guerra, apesar de nenhum deles mencionar especificamente o sistema de “mulheres de conforto” (OKAMOTO, 2013). Assim, inicialmente, o governo japonês negou qualquer envolvimento oficial no sistema de conforto. Contudo, em 1994, o historiador Yoshimi Yoshiaki descobriu e publicou uma série de documentos do Ministério da Defesa do Japão acerca do assunto, revelando não somente envolvimento militar direto, como também a organização e procedimentos que foram adotados nas “estações de conforto” (DREA, 2006). Ainda, os tratados e convenções elaborados no pós-guerra confirmaram a condição de escravidão sexual por parte das vítimas, demonstrando que houve sistemática violação do direito internacional por parte do governo japonês (ARGIBAY, 2003).

Apesar de existir o entendimento de que o crime de escravidão sexual havia ocorrido contra as “mulheres de conforto”, foi somente na década de 1990 que Kim Hak-sun, coreana nascida na China, tornou-se a primeira vítima a relatar os abusos sofridos durante a guerra. Pouco tempo depois, Kim e outras sobreviventes processaram o governo do Japão por danos sofridos durante o conflito. Entre as demandas, foram incluídos um pedido formal de desculpas, compensação monetária e a admissão de responsabilidade legal sobre o caso (OKAMOTO, 2013).

Em 1992, a atuação de órgãos supranacionais teve um importante papel no reconhecimento das vítimas do sistema de conforto. Após provocação de ativistas, a Subcomissão das Nações Unidas para a Prevenção da Discriminação e Proteção das Minorias confirmou que a utilização do sistema de “mulheres de conforto” foi um crime contra a humanidade; porém, não foram adotadas resoluções para reparação das vítimas (OKAMOTO, 2013).

accountable for the organized sex slavery. This unfortunate omission can validly be considered as one of the major historical shortcomings of the Tokyo trial”.

O Tribunal Internacional de Crimes de Guerra Feminino sobre a Escravidão Sexual Militar do Japão, do ano de 2000, demonstrou que todos os critérios para classificação de escravidão estavam presentes quando do tratamento das “mulheres de conforto”, quais sejam: aquisição involuntária, tratamento como propriedade descartável, restrição de direitos e liberdades fundamentais, ausência de consentimento ou de condições sob as quais o consentimento é possível, trabalho forçado e tratamento discriminatório. Argibay (2003) observa que o Tribunal declarou que o Japão praticou crimes de estupro e escravidão sexual – ou seja, crimes contra a humanidade – contra meninas e mulheres como parte da política de guerra nos territórios conquistados até 1945.

Em 2015, o primeiro-ministro do Japão Shinzo Abe e a presidente sul-coreana Park Geun-hye chegaram a um acordo formal para resolver a disputa: o país japonês concordou em pagar ¥ 1 bilhão (um bilhão de ienes) a um fundo de apoio às vítimas sobreviventes. Entretanto, algumas vítimas, além da população civil, alegaram que o suporte financeiro não substituiria o reconhecimento sincero da responsabilidade legal do governo japonês (MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES DO JAPÃO, 2015).

Importa ressaltar que existem pedidos para que o governo da Coreia do Sul leve o caso das “mulheres de conforto” para a Corte Internacional de Justiça; no entanto, até o momento, não houve posição oficial do Estado (REYNOLDS; LEE, 2023). Portanto, a controvérsia em torno do uso e abuso das “mulheres de conforto” durante a Guerra do Pacífico permanece sem solução e ainda é causa de conflitos entre países da Ásia.

4 O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL E O CRIME DE ESCRAVIDÃO SEXUAL NOS CONFLITOS APÓS 2002

Observa-se que o caso das “mulheres de conforto” foi essencial para a construção do entendimento de que a escravidão sexual, especialmente em tempos de conflito, é um crime contra a humanidade, bem como crime de guerra. Devido à contemporaneidade do Tribunal Penal Internacional, bem como em razão do respeito à irretroatividade da lei penal em desfavor do réu, não é possível o enquadramento perante o TPI dos responsáveis pelas crueldades cometidas contra mulheres asiáticas pelo Império do Japão. No entanto, os desdobramentos do caso do sistema de conforto demonstram ser de suma relevância o estabelecimento de uma corte permanente para julgamento de crimes que ferem tão profundamente a dignidade da pessoa humana, não somente em situações de conflito.

Os crimes de cunho sexual investigados pelo Tribunal Penal Internacional envolvem figuras-chave e líderes de e em conflitos que ocorreram após 2002. A princípio, a Corte se mostrou relutante em considerar os injustos de natureza sexual, por considerarem de difícil comprovação em face dos elementos do crime. Callixte Mbarushimana, investigado por crimes de guerra e contra a humanidade por sua suposta participação como líder da Força Democrática para Libertação de Ruanda no conflito de Kivus, em 2009, na República Democrática do Congo, foi acusado de utilizar estupro e escravidão sexual como arma de guerra. Contudo, por ausência de provas, as acusações foram retiradas. Sobre o caso, o promotor Luis Moreno-Ocampo emitiu um comunicado no qual lembrou que as forças de Mbarushimana desencadearam as guerras do Congo, fazendo meninas e mulheres sofrerem o peso da violência sexual por quase uma geração (TPI, 2012).

No ano de 2008, Mathieu Ngudjolo Chui e Germain Katanga foram acusados de envolvimento no massacre da vila de Bogoro, na República Democrática do Congo (RDC), em fevereiro de 2003. Os investigados eram líderes da Força de Resistência Patriótica em Ituri, uma milícia armada com

base no sul da RDC. Katanga foi condenado a 12 anos de prisão por cinco crimes de guerra e humanidade, enquanto Chui foi inocentado pelo Tribunal. Apesar dos fortes indícios de seu envolvimento com escravidão sexual de mulheres da região, Katanga não foi condenado pelo crime, considerado apenas como um “acessório” às atrocidades cometidas sob seu comando (SIMONS, 2014).

Em 2016, o Tribunal trouxe inovações no julgamento de delitos sexuais no contexto de crimes contra a humanidade e de guerra. Jean-Pierre Bemba foi condenado neste ano por crimes cometidos na República Centro-Africana, de 2002 a 2003, pelo Movimento de Libertação do Congo. O TPI incluiu crimes sexuais à condenação de Bemba por crimes de guerra, que permitiu que suas tropas cometessem atos de abuso sexual durante seu envolvimento no conflito (SIEFF, 2016).

Já em 2019, Bosco Ntaganda, líder militar do Congresso Nacional para a Defesa do Povo, milícia que opera na província de Kivu do Norte, na RDC, foi considerado culpado por dezoito crimes de guerra e contra a humanidade, incluindo pela primeira vez o delito de escravidão sexual (AL JAZEERA, 2021). O sistema de reparações do Tribunal permitiu que as vítimas fossem ressarcidas com o apoio financeiro do Fundo de Apoio às Vítimas, sendo elegíveis para tanto aqueles contra quem foram cometidos ataques, crimes contra crianças-soldado, estupro e escravidão sexual, além de crianças nascidas dos abusos sexuais mencionados. As modalidades de reparação podem incluir medidas derestituição, compensação, reabilitação e satisfação, que podem incorporar, quando for o caso, um valor simbólico, preventivo ou valor transformador, com prioridade às vítimas com deficiência, idosos, sobreviventes de abuso sexual, desabrigados ou com dificuldade financeira (TPI, 2021).

5 CONCLUSÃO

Compreende-se que o Tribunal Penal Internacional contribui para a luta contra a impunidade, restaurando o senso de justiça mediante o julgamento de indivíduos em situações de liderança no envolvimento dos ilícitos penais. Os crimes de competência do TPI não são apenas graves pelo impacto que causam nas vítimas, mas também pela capacidade de criar desesperança e desespero naqueles que tomam conhecimento dos casos.

Não existem soluções fáceis para problemas difíceis. O crime de escravidão sexual, seja enquadrado como crime contra a humanidade ou de guerra, demanda especial atenção dos órgãos internacionais quando de seu combate e reparação às vítimas. Nesse sentido, é de especial relevância a contribuição do TPI no reconhecimento e julgamento de situações envolvendo crianças e mulheres. Apesar dos tribunais de guerra anteriormente estabelecidos, verificou-se que sequer foram considerados os ilícitos envolvendo crimes de grande impacto, como a situação das “mulheres de conforto”. A ausência de um julgamento oficial sobre o crime de escravidão sexual perpetrado pelo exército japonês mantém a sensação de injustiça e impunidade relacionadas a delitos tão profundamente marcantes, como são os de cunho sexual.

Ainda que as críticas à atuação do Tribunal sejam válidas e essenciais para a melhoria do órgão, a perspectiva de processamento e julgamento de casos de maneira permanente por uma Corte especializada é louvável, além de imprescindível para que situações como as das “mulheres de conforto” coreanas não sejam repetidas.

REFERÊNCIAS

ADAMEK, Rachel. Korean 'Comfort Women' of WWII: Cultural Trauma and Formation of National Identity. *International Studies Undergraduate*

Honor Theses, Seattle, 2021. Disponível em:

<https://scholarworks.seattleu.edu/intl-std-theses/2/>. Acesso em: 02 abr. 2023.

ARGIBAY, Carmem. Sexual Slavery and the Comfort Women of World War II. *Berkeley Journal Of International Law*, Berkeley, v. 21, n. 2, p. 375-389, ago. 2003. Disponível em:

https://genderandsecurity.org/sites/default/files/Argibay_-_Sexual_Slavery_the_Comfort_W_of_WWII.pdf. Acesso em: 02 abr. 2023.

BASSIOUNI, Mahmoud Cherif. *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*. Holanda: Martinus Nijhoff Publishers, 1997, p. 62.

BOSCO Ntaganda: ICC upholds Congolese rebel leader's conviction. *Al Jazeera*. 30 mar. 2021. Disponível em:

<https://www.aljazeera.com/news/2021/3/30/bosco-ntaganda-icc-upholds-congolese-rebel-leaders-conviction>. Acesso em: 08 abr. 2023.

BRASIL. Convenção Suplementar Sobre Abolição da Escravidão, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas & agrave; Escravidão (1956). Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 66, de 1965. Depósito do instrumento brasileiro de adesão junto à Organização das Nações Unidas e entrada em vigor, para o Brasil, a 6 de janeiro de 1966.

Promulgadas pelo Decreto nº 58.563 de 1º de junho de 1966. Publicadas no *Diário Oficial* de 3 e 10 de junho de 1966. Disponível em: https://www.camara.leg.br/Internet/comissao/index/perm/cdh/Tratados_e_Convencoes/Emprego/convencao_suplementar_sobre_abolicao_da_escravatura.htm. Acesso em: 31 mar. 2023.

BRASIL. *Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002*. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Brasília, 26 set. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 31 mar. 2023.

BROUWER, Anne Marie de. *Supranational Criminal Prosecution of Sexual Violence: The ICC and the Practice of the ICTY and the ICTR*. Cambridge: Intersentia, 2005.

CARNEIRO, Wellington Pereira. *Crimes contra a humanidade: entre a história e o direito nas relações internacionais: do holocausto aos nossos dias*. 2012. 561 f. Tese (Doutorado) – Curso de Relações Internacionais,

Universidade de Brasília, Brasília, 2012. Disponível em:
https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/13299/1/2012_WellingtonPereiraCarneiro.pdf. Acesso em: 02 abr. 2023.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *Tráfico de pessoas: da Convenção de Genebra ao Protocolo de Palermo*. 2019. Disponível em:
<https://www.asbrad.org.br/wp-content/uploads/2019/08/Trafico-de-pessoas-da-Convencao-de-Genebra-ao-Protocolo-de-Palermo.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2023.

CONGRESSO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO E CIDADANIA, 8., 2020, Ribeirão Preto. O Tribunal de Tóquio e a imputação de crimes ex-post facto no direito internacional. Ribeirão Preto: *Unaerp*, 2020. 14 p. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/cbpc/article/view/2198>. Acesso em: 03 abr. 2023.

CONVENÇÃO para Supressão do Tráfico de Pessoas e Exploração da Prostituição de Outros = CONVENTION for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others. 22 jul. 1951. Disponível em:
https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=VII-11-a&chapter=7&clang=_en. Acesso em: 31 mar. 2023.

DREA, Edward. Introduction. In: DREA, Edward ... [et al]. *Researching Japanese War Crimes Records: Nazi War Crimes And Japanese Imperial Government Records*. Washington DC: E National Archives And Records Administration For The Nazi War Crimes And Japanese Imperial Government Records Interagency Working Group, 2006. p. 3-20. Disponível em:
<https://web.archive.org/web/20160303190336/http://www.archives.gov/iwg/japanese-war-crimes/introductory-essays.pdf>. Acesso em: 03 abr. 2023.

FONSECA, José Roberto Franco da. Crimes de guerra. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 93, 1998, p. 371-389. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67409>. Acesso em: 03 abr. 2023.

HASTINGS, Max. *O mundo em guerra: 1939-1945*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2012, p. 21.

HICKS, George. *The Comfort Women: Japan's brutal regime of enforced prostitution in the Second World War*. W. W. Norton & Co.: Nova York, 1997.

HORN, Dottie. Comfort Women. *Endeavors Magazine*, January 1997.
Disponível em:

<https://web.archive.org/web/20080625101655/http://research.unc.edu/endeavors/win97/comfort.html>. Acesso em: 02 abr. 2023.

ICC (INTERNATIONAL CRIME COURT). *Elements of Crime*.

International Criminal Court: The Hague, 2013. Disponível em:
<https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Elements-of-Crimes.pdf>. Acesso em: 04 abr. 2023.

ILO (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION). Forced labour. 12 set. 2022. *International Labour Organization*. Disponível em:

https://www.ilo.org/global/topics/forced-labour/publications/WCMS_854795/lang--en/index.htm. Acesso em: 02 abr. 2023.

_____. *What is forced labour, modern slavery and human trafficking*. C1996-2023. Disponível em: <http://www.ilo.org/global/topics/forced-labour/definition/lang--en/index.htm>. Acesso em: 03 abr. 2023.

KLOBUCISTA, Claire. The Role of International Criminal Court. *Council on Foreign Relations*, March 28, 2022. Disponível em:

<https://www.cfr.org/backgrounder/role-international-criminal-court>. Acesso em: 05 abr. 2023.

LUBAN, David. A Theory of Crimes Against Humanity. *The Yale Journal of International Law*. New Haven, 2004, v. 29, n. 1. pp. 85-167. Disponível em:

<https://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/6479>. Acesso em: 02 abr. 2023.

MATAYOSHI, Noemia Naomi. *O tribunal de Tóquio: estrutura, julgamento e legado*. 2022. 18 f. TCC (Graduação) – Curso de História, Universidade de Brasília, Brasília, 2022. Disponível em:

https://bdm.unb.br/bitstream/10483/31174/1/2022_NoemiaNaomiMatayoshi_tcc.pdf. Acesso em: 02 abr. 2023.

MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES EXTERIORES DO JAPÃO. *Japan-ROK summit telephone call*, 28 dez. 2015. Disponível em: https://www.mofa.go.jp/a_o/na/kr/page4e_000366.html. Acesso em: 03 abr. 2023.

OKAMOTO, Julia Yuri. As “Mulheres de Conforto” da Guerra do Pacífico. *Revista de Iniciação Científica em Relações Internacionais*, João Pessoa, v. 1, n. 1, p. 91-108, 27 dez. 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs/index.php/ricri/article/view/17698>. Acesso em: 31 mar. 2023.

PARKER, Karen; CHEW, Jennifer. Compensations for Japan's World War II War Rape Victims. *Hastings International and Comparative Law Review*, v. 17, n. 3, Spring 1994, Article 2. Disponível em: https://repository.uchastings.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1379&context=hastings_international_comparative_law_review. Acesso em: 02 abr. 2023.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODVIM, 2014.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*, 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

REYNOLDS, Isabel; LEE, Youkyung. Why South Korea-Japan Ties Are Plagued by History. *The Washington Post*, Washington DC, 07 mar. 2023. Disponível em: https://www.washingtonpost.com/business/2023/03/07/explainer-why-south-korea-japan-ties-are-plagued-by-wwii-history/d613fd5e-bcea-11ed-9350-7c5fccd598ad_story.html. Acesso em: 05 abr. 2023.

SANTOS, Luciane dos; SCANDELARI, Gustavo Britta. Tribunal Penal Internacional. 6 dez. 2021. *Ânima Educação*. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&url=https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/18207/1/Artigo%2520Cient%2520C3%25ADfco%2520-%2520TRIBUNAL%2520PENAL%2520INTERNACIONAL%2520-%2520Luciane%2520dos%2520Santos.pdf&ved=2ahUKEwj1nPK8ILT-AhVxmVwKHULbAgsQFnoECBsQAQ&usg=AOvVaw31rkX9BkVzocDnOsWZ2F7s>. Acesso em: 04 abr. 2023.

SCHABAS, William. *Unimaginable Atrocities* – Justice, Politics and Rights at the War Crimes Tribunals. Oxford University Press: Oxford, 2012. pp. 51-53.

SIEFF, Kevin. In historic ruling, international court cites rape in war crimes conviction of ex-Congo official. *The Washington Post*, Nairobi, 21 mar. 2016. Disponível em: https://www.washingtonpost.com/world/africa/international-court-adds-rape-to-war-crimes-list-in-congo-conviction/2016/03/21/2e7f4320-ef72-11e5-85a6-2132cf446d0a_story.html. Acesso em: 07 abr. 2023.

SIMONS, Marlise. Congolese Militia Leader Convicted in Attack on Village. *The New York Times*, Paris, 07 mar. 2014. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2014/03/08/world/africa/congolese-militia-leader-convicted-in-attack-on-village.html>. Acesso em: 07 abr. 2023.

TANAKA, Yuri. War, Rape and Patriarchy: The Japanese experience. *The Asia-Pacific Journal*, Japan Focus. Tokio, Dec 31 2019, v. 18, n. 1, pp. 1-14. Disponível em: <https://apjpf.org/-Yuki-Tanaka/5335/article.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2023.

TOTANI, Yuma. *The Tokyo War Crimes Tribunal: The Pursuit of Justice in the Wake of World War II*. Cambridge: Harvard University Asia Center, 2008.

TPI (TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL). *Mbarushimana Case*, 15 jun. 2012. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/drc/mbarushimana>. Acesso em: 09 abr. 2023.

TPI (TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL). *Reparations Order*, 8 mar. 2021. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/04-02/06-2659>. Acesso em: 09 abr. 2023.

UNITED NATIONS. *Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European axis*. 8 ago. 1945. Disponível em: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/atrocity-crimes/Doc.2_Charter%20of%20IMT%201945.pdf. Acesso em: 01 abr. 2023.

UNITED NATIONS. *Security Council Adopts Text Mandating Peacekeeping Missions to Protect Women, Girls from Sexual Violence in Armed Conflict*. 30 set. 2009. Disponível em: <https://press.un.org/en/2009/sc9753.doc.htm>. Acesso em: 02 abr. 2023.

UNODC (UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME). *UNODC on human trafficking and migrant smuggling*. [s.d.]. Disponível em: <https://www.unodc.org/unodc/en/human-trafficking/index.html>. Acesso em: 07 abr. 2023.

UNOSAPG (UNITED NATIONS OFFICE ON GENOCIDE PREVENTION AND THE RESPONSIBILITY TO PROTECT). *Crimes Against Humanity*. [s.d.]. Disponível em: <https://www.un.org/en/genocideprevention/crimes-against-humanity.shtml>. Acesso em: 05 abr. 2023.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*, 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

A impossibilidade de alegar-se legítima defesa da honra nos crimes de homicídios praticados em contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher e a convencionalidade da apelação para anulação de absolvição pelo Tribunal do Júri no quesito de clemência

Vanessa Rovaron Brandão

Pós-Graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade Legale, São Paulo, SP (2023). Pós-Graduada em Direito Público pela Faculdade Legale, São Paulo, SP (2021). Graduada em direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas, São Paulo, SP (2019).

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4758439133938511>

E-mail: vanessarovaron@gmail.com

Revisores: Fernando Hugo Miranda Teles (e-mail: fernando.teles@mpm.mp.br)

Karollyne Dias Gondim Neo (ORCID 0009-0008-2277-0512; e-mail: karollyne.neo@mpm.mp.br)

Data de recebimento: 13/02/2023

Data de aceitação: 04/05/2023

Data da publicação: 30/05/2023

RESUMO: O presente artigo busca realizar um estudo crítico. A violência praticada no contexto doméstico e familiar atinge uma parcela considerável de mulheres. Com o vultoso aumento de tais atos e constantes alegações de legítima defesa da honra por parte dos seus agressores, voltou-se à necessidade de estudos dentro do Direito Processual Penal. Inauguralmente, o imbróglgio cinge-se diante da (im)possibilidade de aceitação da alegação de legítima defesa da honra nos crimes de homicídios praticados em contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher. Não obstante, o presente artigo possui como objetivo questionar, sobretudo, a convencionalidade da apelação para a anulação de absolvição pelo Tribunal do Júri no quesito de clemência.

PALAVRAS-CHAVE: legítima defesa; defesa da honra; homicídios; violência doméstica e familiar contra a mulher; Lei Maria da Penha; absolvição pelo tribunal do júri; clemência.

ENGLISH

TITLE: The impossibility of claiming legitimate defense of honor in crimes of homicides committed in the context of domestic and family violence against women and the conventionality of the appeal for annulment of acquittal by the Jury Court in the matter of clemency.

ABSTRACT: This article seeks to carry out a critical study. Violence practiced in the domestic and family context reaches a portion in the context of women. With the increase in vulnerability of such acts and allegations of natural defense of honor by their aggressors, the need for studies within Criminal Procedural Law has returned. Initially, the context of domestic violence against women is limited. Nevertheless, this article aims to question, above all, the conventionality of the appeal for the annulment of acquittal by the Jury Court in terms of clemency.

KEYWORDS: legitimate defense; defense of honor; homicide; domestic and family violence against women; Maria da Penha Law; Acquittal by the Jury Court; clemency.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Violência doméstica e domiciliar e a (não) coabitação – 3 A inconstitucionalidade da tese de legítima defesa da honra – 4 Da ofensa aos preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana, à igualdade, à vedação à discriminação e ao direito à vida – 5 Da violência doméstica e familiar como forma de violação dos Direitos Humanos – 6 Do tribunal do Júri e Plenitude de Defesa – 7 A Convencionalidade da apelação para anulação de absolvição pelo Tribunal do Júri no quesito de clemência – 8 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Merece atenta reflexão a frase citada pelo escritor e filósofo francês Jean-Paul Sartre, “A violência, seja qual for a maneira como ela se manifesta, é sempre uma derrota”. De longa data, tal afirmativa nos convida a refletir, na conjuntura histórica, seja por insciência ou tradição, que a violência contra a mulher em diversas sociedades é constante.

Com o sangue e a agrura de incontáveis mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, criou-se um sistema protetivo que visa coibir e prevenir a violência contra a mulher, em especial com a promulgação da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, no brocardo, Lei Maria da Penha (Portal da Legislação. Lei 11.340. Lei Maria da Penha, 2006).

Com o fito de resolver tais questionamentos, o presente artigo terá dois aspectos brevemente analisados: a impossibilidade de alegar-se legítima defesa da honra nos crimes de homicídios praticados em contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher e a convencionalidade da apelação para anulação de absolvição pelo Tribunal do Júri no quesito de clemência.

Eis, portanto, merece aceso debate acerca dos temas. Para alcançar os objetivos propostos, a metodologia utilizada é a pesquisa legislativa,

jurisprudencial e bibliográfica, para, com esteio na doutrina nacional e convenções e tratados internacionais, enfrentar os temas propostos.

Por fim, veremos que a violência doméstica e familiar é uma realidade em nossa sociedade cada vez mais combatida e alardeada, entretanto, ainda está longe de ser um problema resolvido.

2 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR E A (NÃO) COABITAÇÃO

Um dos questionamentos enfrentados para fins de caracterização da violência doméstica e familiar contra a mulher seria: existe a necessidade de coabitação¹ entre vítima e agressor?

A caracterização da violência doméstica e familiar contra a mulher não exige que o agente e vítima convivam sob o mesmo teto.

O legislador, ao editar a Lei Maria da Penha, concentrou-se na proteção à mulher que tenha sofrido agressão decorrente de um relacionamento amoroso, sendo necessária apenas a comprovação do aludido vínculo.

A Lei nº 11.340/06 buscou proteger não só a vítima que coabita com o agressor, mas também aquela que, no passado, já tenha convivido no mesmo domicílio, contanto que haja nexos entre a agressão e a relação íntima de afeto que já existiu entre os dois. (CC 102.832/MG, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Terceira Seção, STJ, DJe 22/04/2009.)

Seguindo-se, aprovada em 22 de novembro de 2017, de se notar que a súmula 600 do Superior Tribunal de Justiça, aduz que “para a configuração da violência doméstica e familiar prevista no artigo 5º da Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) não se exige a coabitação entre autor e vítima” (Súmula 600, STJ, 3ª Seção, 2017).

¹ GUILHERME DE SOUZA NUCCI (2014, p. 723), expõe que a “coabitação, por sua vez, significa apenas viver sob o mesmo teto, mesmo que por pouco tempo”.

Reafirme-se:

A expressão com ou sem vínculo familiar constante do art. 5º, I, da Lei Maria da Penha, associada à comparação com os demais incisos do art. 5º, deixa entrever que a existência de laços familiares ou de uma relação íntima de afeto entre agressor e vítima não é condição *sine qua non* para o reconhecimento da violência doméstica e familiar praticada no âmbito da unidade doméstica, porquanto, nesta hipótese, o legislador presume a vulnerabilidade da mulher levando em consideração tão somente o aspecto espacial, leia-se, o local onde foi praticada a conduta. (LIMA, 2020, p. 1.261)

Tenacidade técnica não é pedantismo. Neste sentido, existem precedentes do Superior Tribunal de Justiça nos quais se especifica que não se pode ampliar o termo relação íntima de afeto:

1. A Lei n.º 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, em seu art. 5.º, inc. III, caracteriza como violência doméstica aquela em que o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação. Contudo, necessário se faz salientar que a aplicabilidade da mencionada legislação a relações íntimas de afeto como o namoro deve ser analisada em face do caso concreto. Não se pode ampliar o termo - relação íntima de afeto - para abarcar um relacionamento passageiro, fugaz ou esporádico. (CC 100.654/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Terceira Seção, STJ, julgado em 25/03/2009, DJe 13/05/2009.)

Em breve análise, mister identificar que o termo “namoro” foi fruto de Projeto de Lei para fins de inserção no âmbito protetivo do combate à violência contra a mulher.

O Projeto de Lei n.º 4.528-A, de 2016, de autoria do Sr. Carlos Henrique Gaguim, previa acréscimo do inciso IV no *caput* do art. 5º da Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006: “Art. 5º [...] IV – no âmbito do namoro” (GAGUIM, 2016, p. 2).

Numa lacônica colocação, o autor da iniciativa roga a aprovação do projeto para fins de reforma legislativa com o fito de ampliar a proteção das mulheres.

Desta maneira, ora se busca inovar na ordem jurídica pátria, modernizando o repertório normativo, para que os casos de agressões contra as mulheres, já na fase do namoro, sejam alvo de todo o arcabouço normativo presente na alcunhada Lei Maria da Penha, marco da legislação brasileira, iluminada pelo § 8º do art. 226 da Constituição Federal, e pela Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher.²

Seguindo semelhante pensamento da eminente Ministra Laurita Vaz do Superior Tribunal de Justiça, a relatora, deputada Flávia Moraes, votou pela rejeição do Projeto de Lei n.º 4.528-A, de 2016.

Assim, é possível constatar que, embora nobre a preocupação do autor da proposição, não se reveste de conveniência e oportunidade o Projeto em debate, tendo em vista ser desnecessária tal modificação legislativa.³

Contextualizou, ainda, que a análise haveria de ser realizada pelo Poder Judiciário:

Nesse sentido, mostra-se mais adequado permitir que essa análise seja feita pelo Poder Judiciário que, por estar diante dos elementos do caso concreto, tem mais condições de aferir com razoabilidade quais relações se encaixam no âmbito de proteção da norma em questão.⁴

Assim, cabe ao Poder Judiciário o papel de análise e aplicação da lei penal ou lei penal especial, velando pelas garantias individuais, que deverão ser analisadas em face do caso concreto no momento oportuno.

Este é o ideal de aplicação de justiça, partindo, manifestamente, dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, em que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.⁵ Neste sentido, o que

² GAGUIM, 2016, *op. cit.*, p. 2.

³ *Ibid.*, p. 8.

⁴ *Ibid.*, p. 8.

⁵ Art. 5º, caput, da Constituição da República Federativa do Brasil, 1988 – “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros

se percebe, é a aplicação segundo a máxima Aristotélica: “tratar os iguais de maneira igual e os desiguais de maneira desigual, na medida de sua desigualdade”.

Efetivamente, o termo relação íntima de afeto não abarcou relacionamentos esporádicos, ocasionais, fugazes.

3 A INCONSTITUCIONALIDADE DA TESE DE LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA

Ab initio, visando compreender o âmbito da inconstitucionalidade da tese de legítima defesa da honra, cinge-se um enorme imbróglio ao passo que, no âmbito dos Tribunais do Júri, em que pese não haver previsão no ordenamento jurídico, a tese de legítima defesa da honra passou a ser utilizada como plenitude de defesa, mesmo que atécnica, por seus defensores em sede de crimes passionais.

Então, exsurge um perigosíssimo precedente.

A começar, convém frisar que o jurado é, na maioria das vezes, um indivíduo leigo ao Direito e, deve-se admitir que a formação do convencimento não se constitui apenas em fundamentos jurídicos, mas sim, comiserações comuns que permeiam toda a sociedade.

Destarte, mostra-se necessário um estudo crítico da legítima defesa. A legítima defesa, consoante o teor do artigo 23⁶, é uma das causas excludentes da ilicitude previstas no Código Penal (Portal da Legislação. Decreto-Lei n° 2.848. Código Penal, 1940). Consequentemente, afastam a aplicação da lei penal, tendo em vista a condição específica da prática de determinado fato típico.

residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”.

⁶ Art. 23, Código Penal, 1940 – “Não há crime quando o agente pratica o fato: (...) II - em legítima defesa: (...)”.

Inevitável concluir que, tecnicamente, a legítima defesa da honra não é em si uma legítima defesa.

Como se vê, o artigo 25 do Código Penal prevê quando ficará caracterizada a legítima defesa: “Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

Ainda, colhe-se do artigo 25, em seu parágrafo único, a legítima defesa envolvendo os agentes de segurança pública: “Observados os requisitos previstos no caput deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes”.

Por óbvio, entrevê-se que o instituto da legítima defesa remonta a conjunção dos seguintes elementos: 1. Agressão injusta atual ou iminente; 2. *Animus defendendi*, que se trata do ânimo de defesa; 3. Proteção a direito próprio ou de terceiro; e 4. Uso moderado dos meios necessários para repelir a injusta agressão.

Em sentido estrito, a tese de legítima defesa é considerada uma hipótese excepcional, justificando-se, apenas, se os requisitos previstos em lei estiverem preenchidos em sua integralidade.

Encetamos com esta breve análise, e para cabal compreensão entre a lei penal e as causas de justificação, que a legítima defesa da honra, em verdade, tecnicamente, não se configura a legítima defesa prevista no artigo 25 do Código Penal.

Ressalte-se que, até o presente momento, não se possui um profícuo estudo em relação ao tema ora em análise.

De forma a buscar apresentar posicionamento sobre o assunto, como corolário do Estado Democrático de Direito, aos poucos, ainda timidamente, o tema sobre a violência contra a mulher vem ganhando amplitude e

perpassando por escorço histórico desde as Ordenações Filipinas (Senado Federal. Portugal. Ordenações Filipinas, 1870).⁷

Contextualiza-se: “Todos esses problemas merecem que se procure resolvê-los com essa precisão geométrica que triunfa da destreza dos sofismas, das dúvidas tímidas e das seduções da eloquência” (BECCARIA, 2015, p. 21).

Em permeio a várias tentativas da manutenção da impunidade por parte dos réus, o Supremo Tribunal Federal, contudo, deliberou sobre o assunto.

Gerando controvérsias e criando um possível alibi, quando a tese de legítima defesa da honra é acolhida, eximindo os autores de crimes passionais contra as mulheres, abre-se uma enchança para que tais crimes permaneçam latentes, sem a devida proteção estatal.

Por óbvio, tal proteção foi criada para acolher determinadas condutas. Pode-se dizer que, especialmente sob a ótica constitucional, a reprovabilidade da conduta está prevista na Carta Magna de 1988, em seu artigo 226, § 8º (Portal da Legislação. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988): “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

Nesta toada, “nas hipóteses de violência doméstica, com maior ênfase, jamais se pode aceitar a substituição da pena privativa de liberdade

⁷ Título XXXVIII, do Quinto Livro das Ordenações – “(...) Achando o homem casado sua mulher em adulterio, lícitamente poderá matar assi a ella, como o adultero (7), salvo se o marido for peão, e o adultero Fidalgo, ou nosso Dezembargador, ou pessoa de maior qualidade. Porém, quando matasse alguma das sobreditas pessoas, achando-a com sua mulher em adulterio, não morrerá por isso mas será degradado para Africa com pregão na audiencia pelo tempo, que aos Julgadores bem parecer, segundo a pessoa, que matar, não passando de trez annos (1). (...) E não sómente poderá o marido matar sua mulher e o adultero, que achar com ella em adulterio, mas ainda os pôde lícitamente matar, sendo certo que lhe commetterão adulterio (2); e entendendo assi provar, e provando depois o adulterio per prova licita e bastante conforme á Direito, será livre sem pena alguma, salvo nos casos sobreditos, onde serão punidos segundo acima dito he (3). (sic).

por restritiva de direitos, pois banaliza a gravidade do crime” (NUCCI, 2017).

De maneira concorde, em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 779 (ADPF 779 MC – Ref/DF, 2021) salientou que:

A “legítima defesa da honra” é recurso argumentativo/retórico odioso, desumano e cruel utilizado pelas defesas de acusados de feminicídio ou agressões contra a mulher para imputar às vítimas a causa de suas próprias mortes ou lesões. Constitui-se em ranço, na retórica de alguns operadores do direito, de institucionalização da desigualdade entre homens e mulheres e de tolerância e naturalização da violência doméstica, as quais não têm guarida na Constituição de 1988.⁸

Posteriormente, por unanimidade, o Supremo Tribunal Federal referendou a liminar cautelar concedida pelo Excelentíssimo Ministro Dias Toffoli em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 779 (ADPF 779 MC – Ref/DF), para:

(i) firmar o entendimento de que a tese da legítima defesa da honra é inconstitucional, por contrariar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), da proteção à vida e da igualdade de gênero (art. 5º, caput, da CF); (ii) conferir interpretação conforme à Constituição aos arts. 23, inciso II, e 25, caput e parágrafo único, do Código Penal e ao art. 65 do Código de Processo Penal, de modo a excluir a legítima defesa da honra do âmbito do instituto da legítima defesa e, por consequência, (iii) obstar à defesa, à acusação, à autoridade policial e ao juízo que utilizem, direta ou indiretamente, a tese de legítima defesa da honra (ou qualquer argumento que induza à tese) nas fases pré-processual ou processual penais, bem como durante julgamento perante o tribunal do júri, sob pena de nulidade do ato e do julgamento, nos termos do voto do Relator, Ministro Dias Toffoli.⁹

⁸ *Ibid.*, p. 2.

⁹ *Ibid.*, p. 3.

Urge, enfim, entender que a tese atécnica da legítima defesa da honra por parte de seus agressores viola diversos preceitos insculpidos no ordenamento jurídico pátrio, pilares da ordem constitucional brasileira.

4 DA OFENSA AOS PRECEITOS CONSTITUCIONAIS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, À IGUALDADE, À VEDAÇÃO À DISCRIMINAÇÃO E AO DIREITO À VIDA

Numa brevíssima colocação, pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana é o ponto de partida de outros vetores principiológicos: a igualdade, a vedação à discriminação e o direito à vida.

É, em poucas palavras, um mínimo existencial – portanto, um núcleo básico para fins de que de forma direta e específica – dotado de eficácia jurídica e simétrica, *a fortiori*, um *status* de direito subjetivo.

Almeja-se, neste afã, compreender-se quando a sua ofensa nasce e permeia até o surgimento de atos de violência contra a mulher no âmbito doméstico e familiar.

Daí compreende-se o motivo da afronta aos princípios insculpidos no texto constitucional, e, posteriormente, vem à baila, como forma de violação dos direitos humanos.

Nesta toada, naturalmente, o princípio da dignidade humana recairá como um princípio matriz de todos os outros direitos fundamentais.

Insculpida como fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana traz a máxima efetividade a todos os outros direitos fundamentais e deve ter eficácia direta, para fins de uma vida harmônica em sociedade, sobretudo, nas relações domésticas e familiares.

Com isso, o agir do Estado, há de induzir severas punições, notadamente urgentes, para fins de que seus agressores, em sua totalidade, não olvidem princípios jurídicos e sociológicos fundamentais que permeiam toda a sociedade.

De outra forma, pode-se dizer que a ofensa à integridade física, psicológica, sexual, patrimonial e moral no âmbito da unidade doméstica, da família ou qualquer outra relação íntima de afeto, na qual conviva ou tenha convivido com seu agressor, trata-se, portanto, de uma ofensa direta à dignidade da pessoa humana, à igualdade, vedação à discriminação, ainda, por muitas das vezes, em casos extremos, trata-se da violação ao direito à vida.

Há, nesse sentir, uma paradigmática frase de Ronald David Laing, médico escocês criador da antipsiquiatria, “destruímos a nós mesmos pela violência disfarçada de amor”.

Por fim, fracassadas outras formas de punição, deve-se lançar mão da lei penal para fins de coibir comportamentos inoportunos e desregrados, que possam vir a lesionar bens jurídicos tutelados, assegurando os direitos invioláveis esculpidos no texto constitucional: direito à vida, à vedação à discriminação, à igualdade e dignidade da pessoa humana.

5 DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR COMO FORMA DE VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

De maneira uníssona, na atual conjuntura, afirma-se que o Brasil tem vivido graves problemas em relação à violência doméstica e familiar.

O tema vem ao encontro da realidade cotidiana vivida por muitas mulheres em âmbito doméstico e familiar.

O fortalecimento da democracia ocupa, hoje, o prosclênio das preocupações da comunidade internacional. É convicção generalizada de que a democracia é elemento propulsor do desenvolvimento, inibidor de condutas agressivas no plano externo, pano de fundo necessário ao exercício de uma política efetiva de direitos humanos (OLIVEIRA, p. 1).

Numa análise técnica, enfim, no ano de 1993, na Conferência de Viena (Direitos Humanos na Internet. Conferência de Viena, 1993) sobre os Direitos Humanos, foi que as mulheres tornaram-se visíveis.

A razão: ausência de reconhecimento de que a humanidade pautava-se em dois sexos, com direitos e obrigações iguais ou diferentes.

Em Viena, pela primeira vez, houve o reconhecimento das diferenças entre sexos, sem hierarquia, encetando um novo marco civilizatório ao final do século XX.

Inserida nesta ótica, houve uma nova reconfiguração na qual foram redefinidas as fronteiras entre o espaço público e o privado.

Nesta miríade, os abusos ocorridos na esfera privada passam a ser interpretados como crimes contra os direitos da pessoa humana.

Neste quadro dialético se insere a atuação do movimento de mulheres, superando-se a divisão que até então era caracterizada pelas teorias clássicas do direito.

A severidade dos direitos humanos, como um horizonte em manente crescimento, contrasta com a realizabilidade necessariamente reduzida de tais anseios, dada a limitação dos meios econômicos e os constrangimentos políticos enfrentados pelos Estados, gerando um descompasso que pode incidir sobre a governabilidade, especialmente em países em desenvolvimento.

Assim, a noção da indivisibilidade dos direitos humanos foi definitivamente legitimada pela Conferência de Viena, dando visibilidade e legitimidade à temática da cidadania feminina.

6 DO TRIBUNAL DO JÚRI E PLENITUDE DE DEFESA

No contexto mundial, a competência e organização do Tribunal do Júri variam de acordo com a prevalência do sistema penal e processual penal de cada país.

A doutrina parece dissentir quanto à origem do Tribunal do Júri.

E de pronto, se põe outra questão: diante das controvérsias suscitadas, para doutrina majoritária qual a raiz do Tribunal do Júri?

Inicialmente, a maior parte da doutrina acredita que sua origem está na Magna Carta da Inglaterra, do ano de 1.215.

Para Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar “a origem do tribunal do júri é visualizada tanto na Grécia como em Roma, havendo quem veja um fundamento divino para a legitimidade desse órgão.” (TAVORA & ALENCAR, 2020, p. 1.355).

Para Lenio Streck (2001, p. 75), o Tribunal dos Heliastas, que era composto por cidadãos reunidos em praça pública, traduzia o princípio da justiça popular, introduzido na *Common Law* a partir do ano de 1.066, pelo Rei Guilherme, o conquistador normando, servindo assim, de inspiração para o Tribunal do Júri Inglês.¹⁰

Com efeito, no Brasil, o Tribunal do Júri, com competência restrita ao julgamento dos crimes de imprensa, foi instituído por Lei, em 18 de julho de 1.822.

Todavia, com o advento da Constituição Imperial de 1.824, passou a ter sede constitucional, reafirmando que o tribunal popular possuía competência para julgar crimes que afetavam alguns bens jurídicos tutelados, entre eles, especialmente, os crimes dolosos contra a vida.

Por fim, “a única Constituição que não trouxe previsão do tribunal popular foi a Carta outorgada de 1937, inauguradora de um período ditatorial, instaurando-se dúvida quanto a sua subsistência até o ano de 1938” (ARAÚJO, 2004, p. 13).

Conforme o intróito da obra de PAULO RANGEL (Rangel, 2018, p. 22), o júri não pode deixar de passar pelo filtro axiológico da Constituição, pois como manifestação do exercício do poder conferido ao povo, sua

¹⁰ LENIO STRECK (2001, p. 75), *apud* Edmundo Oliveira, que por sua vez, *apud* James, A Inciardi, *in Criminal Justice*, aduz que “os antigos gregos tiveram a sabedoria de criar o princípio da Justiça Popular que floresceu e se consolidou nos sistemas legais através das gerações. A título de ilustração, é oportuno lembrar que a Heliélia, de 2501 a 201, foi o Tribunal Popular da Grécia Antiga que inspirou a fórmula inglesa do Tribunal do Júri, introduzido na *Common Law* a partir de 1066 pelo rei Guilherme, o conquistador normando”.

manifestação deve ser democrática, e não pode haver decisão democrática se ela não for fruto de um debate, de discussão entre jurados.

Não por acaso, deveras, “o júri é uma garantia individual fundamental constitucional.” (TAVORA; ALENCAR, 2020, p. 1356).

Em uma visão waratiana¹¹, a luta pela defesa dos direitos fundamentais é de toda a sociedade, não apenas, especificamente do réu. Trata-se de uma proteção mútua.

No Brasil, especificamente, o Tribunal do Júri julgará crimes dolosos contra a vida e guiar-se-á pelos princípios reitores insculpidos no artigo 5º, inciso XXXVIII, da Carta Magna (Portal da Legislação. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988), *in verbis*:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

Prosseguindo na análise do tema, podemos citar no âmbito da violência contra às mulheres, o feminicídio.

Com reiteradas práticas de crimes de violência contra a mulher, com resultado morte, acontecendo em razão do simples fato de a vítima ter a condição do sexo feminino, criou-se tal tipificação penal.

Anteriormente ao advento da Lei 13.104/2015, matar uma mulher por razões de sua condição do sexo feminino, caracterizava-se, a depender do caso concreto, um homicídio qualificado por motivo fútil ou torpe. Ou seja, não havia nenhum tipo de punição específica quando o homicídio doloso era

¹¹ LENIO STRECK (2001, p. 125), *apud* Warat, Luis Alberto, introdução ao direito penal II, op.cit, p. 67 e 68, aduz que “alerte-se, porém, com Warat, que, nesse processo de (inter)mediação, pelo qual a dogmática jurídica produz discursos de verdade, estes “nunca são o resultado de um emissor isolado, estando vinculados a uma prática comunitária organizada em torno de uma subjetividade específica dominante. Nenhum homem pronuncia legitimamente palavras de verdade se não é filho (reconhecido) de uma comunidade ‘científica’, de um monastério dos sábios”.

ocorrido menosprezando, desprezando e até mesmo desconsiderando a dignidade da vítima mulher, pelo simples fato de ser do sexo feminino.

Importante notar que existem duas modalidades do crime: 1. A que envolve violência doméstica e familiar (Art. 121, §2º, I do Código Penal); e 2. A relacionada com menosprezo e discriminação à condição de mulher (Art. 121, §2º, II do Código Penal).

Com o advento da Lei nº 8.930/94 (Portal da Legislação. Lei 8.930. Crimes Hediondos, 1994), houve o acréscimo do delito de homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos.

De seu turno, a Lei nº 13.104/2015 acrescentou a qualificadora¹² do denominado feminicídio no §2º do artigo 121 do Código Penal.

Em compêndio, o artigo 7º do Decreto-Lei nº 167, de 5 de janeiro de 1938 (Portal da Legislação. Decreto-Lei nº 167, de 5 de janeiro de 1938. Instituição do Júri, 1938), aduz que “os jurados devem ser escolhidos dentre os cidadãos que, por suas condições, ofereçam garantias de firmeza (sic), probidade e inteligência no desempenho da função.”

Noutras palavras, o Tribunal do Júri insta que casos importantes sejam julgados por pessoas que formam a comunidade a qual pertence o acusado.

Com arrimo no artigo 2º do Decreto-Lei 167, de 5 de janeiro de 1938, “o Tribunal do Juri (sic) compõe-se de um juiz de direito, que é o seu presidente e de vinte e um jurados, sorteados dentre os alistados, sete dos quais constituirão o conselho de sentença em cada sessão de julgamento.”

Inicialmente, o julgamento dos fatos é alcançado pela soberania dos veredictos.

Com efeito, no plano fenomênico, a plenitude de defesa está dividida em defesa técnica e autodefesa.

¹² Art. 121, § 2º, IV do Código Penal, 1940 – “(...) VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: (...)”.

Note-se que a defesa técnica possui natureza obrigatória e deve ser realizada por profissional habilitado. Por sua vez, a autodefesa é uma faculdade do imputado, podendo-se valer do direito ao silêncio¹³ ou efetivamente trazendo sua versão dos fatos.

Importante, então, notar que essa visão tateia uma possibilidade não somente da utilização de argumentos técnicos, mas também de natureza sentimental no intuito de livre convencimento do corpo de jurados.

Por fim, ontologicamente, a plenitude de defesa engloba todas as teses de defesa suscitadas, sejam elas técnicas ou de autodefesa.

7 A CONVENCIONALIDADE DA APELAÇÃO PARA ANULAÇÃO DE ABSOLVIÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI NO QUESITO DE CLEMÊNCIA

Surge-se um imbróglio no quesito de absolvição lastreada na livre convicção dos jurados a partir de quesitos genéricos por hipótese de decisão manifestamente contrária à prova dos autos.

Aventa-se: é cabível o recurso de apelação em situações em que os jurados decidem pela absolvição do acusado, por clemência, mesmo em um sentido manifestamente contrário às provas dos autos?

Em verdade que o juízo absolutório, pode ser afastado, sem que fique evidenciada a ofensa à soberania dos veredictos, quando a decisão se mostrar-se manifestamente contrária às provas dos autos.

¹³ (TAVORA & ALENCAR, 2020, p. 110-111), aduz que “na esteira conhecido *Miranda warnings* (Aviso de Miranda), originado julgamento *Miranda versus Arizona*, nos Estados Unidos, o princípio da vedação à autoincriminação se liga à necessidade de comunicar ao preso, ao indiciado ou ao acusado (ou mesmo a qualquer pessoa que, potencialmente, possa se incriminar, ainda que na condição de testemunha) sobre conteúdo de seus direitos, que constituem núcleo de garantia fundamentais disposto na Constituição Federal. (...) Como se infere, o princípio *nemo tenetur se detegere* tem incidência específica relativamente ao mérito do interrogatório, das declarações ou do depoimento, haja vista que, como tem prevalecido, o indiciado, conduzido, réu, declarante e testemunhas têm o dever de informar seu nome, seu endereço e demais dados de sua qualificação, não sendo aplicável no ponto do direito ao silêncio”.

A soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, com arrimo no artigo 5º, XXXVIII, “c”, da Carta Política ¹⁴, em definitivo, não deve ser interpretada de modo a permitir decisões totalmente dissociadas e contrárias às provas dos autos. Ainda, por esse motivo, não se deve permitir em situações em que a clemência ou motivos humanitários não estejam presentes, pois caso contrário, estaríamos diante de decisões arbitrárias com o suposto respaldo da soberania dos veredictos.

O direito de punir não pertence a cidadão algum em particular; pertence às leis, que são o órgão da vontade de todos (BECCARIA, 2015, p. 67).

Contextualiza-se.

A absolvição manifestamente contrária à prova dos autos foi objeto de análise pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial sob o nº 2.018.406 (REsp 2018406/PA, Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, STJ, DJe 31/08/2022).

In casu, nos autos do Recurso Especial 2.018.406, havendo absolvição totalmente manifesta contrária à prova dos autos, com fulcro no artigo 593, III, “a”, do Código de Processo Penal (Portal da Legislação. Decreto-Lei nº 3.689. Código de Processo Penal, 1941)¹⁵, o Ministério Público Federal defende a validade da anulação das decisões do Tribunal do Júri que absolveram o réu.

Em compêndio, esse foi o posicionamento adotado pelo órgão ministerial no parecer ao Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial 2.018.406. (PARECER MPF nº 513103/2022, REsp 2018406/PA, Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, STJ).

¹⁴ Art. 5º, XXXVIII, c, da Constituição da República Federativa do Brasil, 1988 – “(...) é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: (...) a soberania dos veredictos; (...)”.

¹⁵ Art. 593, do Código de Processo Penal, 1941 – “Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: (...) III - das decisões do Tribunal do Júri, quando: a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia; (...)”.

Isto posto, no caso em exame, foi decidido que:

(...) é de se concluir que os jurados apenas escolheram a versão que lhes pareceu mais verossímil e decidiram a causa conforme suas convicções. Reitero que não cabe ao Tribunal a quo, tampouco a esta Corte Superior, valorar as provas dos autos e decidir pela tese prevalente, sob pena de violação da competência constitucional conferida ao Conselho de Sentença. Por conseguinte, deve ser preservada a decisão proferida pelos jurados, no exercício da sua soberana função constitucional.” (REsp 2018406/PA, Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, STJ, DJe 31/08/2022)

À vista do narrado, com fundamento no art. 932, VIII, do CPC¹⁶ (Portal da Legislação. Lei nº 13.105. Código de Processo Civil, 2015), c/c o art. 253, parágrafo único, II, "c", do RISTJ¹⁷ (Superior Tribunal de Justiça. Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, 2022), deu-se provimento ao recurso especial para anular o acórdão impugnado e restabelecer o veredicto absolutório.

Cabe aqui o questionamento: a ocorrência de novo júri viola o princípio constitucional da soberania dos veredictos?

A resposta ressoa: a ocorrência de um novo júri serve apenas para reforçar o acórdão recorrido, não substituindo a decisão dos jurados ou ocorrendo novos debates sobre a responsabilização criminal do réu, não violando, assim, o princípio constitucional da soberania dos veredictos.

¹⁶ Art. 932, VIII, do Código de Processo Civil, 2015 – “Incumbe ao relator: (...) VIII - exercer outras atribuições estabelecidas no regimento interno do tribunal. (...)”.

¹⁷ Art. 253, parágrafo único, II, c, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, 2022 – “O agravo interposto de decisão que não admitiu o recurso especial obedecerá, no Tribunal de origem, às normas da legislação processual vigente. Parágrafo único. Distribuído o agravo e ouvido, se necessário, o Ministério Público no prazo de cinco dias, o relator poderá: (...) II - conhecer do agravo para: (...) c) dar provimento ao recurso especial se o acórdão recorrido for contrário a tese fixada em julgamento de recurso repetitivo ou de repercussão geral, a entendimento firmado em incidente de assunção de competência, a súmula do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça ou, ainda, a jurisprudência dominante acerca do tema. (...)”.

Não é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo, o zelo vigilante do magistrado e essa severidade inflexível que só é uma virtude no juiz quando as leis são brandas.¹⁸

É mais fácil banir do que controlar impulsos passionais, é mais fácil não os admitir do que mantê-los em ordem quando acolhidos; pois quando estes se estabelecem em nossa mente, são mais poderosos que aquele que o controla, e de maneira alguma se deixarão enfraquecer ou restringir (AURÉLIO *et al.*, 2022).¹⁹

A justiça total destaca-se como sendo a virtude (total) de observância da lei. A justiça total vem complementada pela noção de justiça particular, corretiva, presidida pela noção de igualdade aritmética (comutativa, nas relações voluntárias; reparativa, nas relações involuntárias) ou distributiva, presidida pela noção de igualdade geométrica (BITTAR; ALMEIDA, 2019, p. 243).

Com efeito, tornamos à realidade brasileira. Em 1992, o Brasil ratificou e incorporou internamente a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992 (Portal da Legislação. Decreto nº 678. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1992). Entretanto, o Brasil somente reconheceu a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos, a partir de 3 de dezembro de 1998, mediante Decreto Legislativo nº 89 de 1998 (Câmara dos Deputados. Decreto Legislativo nº 89, 1998).

Passamos a analisar.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, doravante CIDH, “é um órgão principal e autônomo da Organização dos Estados Americanos

¹⁸ BECCARIA, 2015, *op. cit.*, p. 67.

¹⁹ 365 Reflexões Estoicas, MARCO AURÉLIO, SÊNECA, EPITETO e outros mestres da Filosofia apresentam os mais importantes ensinamentos do estoicismo em mensagens para refletir e se inspirar todos os dias (2022, p. 57), *apud* Sêneca, Sobre a Ira, Livro 1, 7.

(OEA) encarregado da promoção e proteção dos direitos humanos no continente americano”. (Organização dos Estados Americanos. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, s.d.).

Entrevê-se que o artigo 46²⁰ do Decreto n° 678, de 6 de novembro de 1992, o qual promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969, que, para que uma comunicação ou petição seja admitida pela Comissão, além de estar de acordo com os requisitos dos artigos 44²¹ ou 45²², será necessário que hajam sido interpostos e esgotados os recursos de jurisdição interna, apresentada dentro do prazo de seis meses. A partir da data em que o prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva, a petição seja devidamente instruída com o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio

²⁰ Art. 46, Pacto São José da Costa Rica, 1969 – “1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário: a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos; b) que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva; c) que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e d) que, no caso do artigo 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição. (...)”

²¹ Art. 44, Pacto São José da Costa Rica, 1969 – “Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-Membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-Parte.”

²² Art. 45, Pacto São José da Costa Rica, 1969 – “1. Todo Estado-Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece a competência da Comissão para receber e examinar as comunicações em que um Estado-Parte alegue haver outro Estado-Parte incorrido em violações dos direitos humanos estabelecidos nesta Convenção. 2. As comunicações feitas em virtude deste artigo só podem ser admitidas e examinadas se forem apresentadas por um Estado-Parte que haja feito uma declaração pela qual reconheça a referida competência da Comissão. A Comissão não admitirá nenhuma comunicação contra um Estado-Parte que não haja feito tal declaração. 3. As declarações sobre reconhecimento de competência podem ser feitas para que esta vigore por tempo indefinido, por período determinado ou para casos específicos. 4. As declarações serão depositadas na Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, a qual encaminhará cópia das mesmas aos Estados-Membros da referida Organização.”

e a assinatura do responsável ou representante legal que submeter a petição para análise.

Inexistindo punições e havendo violação de qualquer dos direitos insculpidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, solicitar-se-ão informações ao Governo de Estado ao qual pertence a autoridade coatora responsável pela violação suscitada.

Por fim, verificar-se-á se existem ou subsistem motivos para a petição ou comunicação. Assim, subsistindo motivos, com a finalidade de comprovar os fatos, a Comissão procederá a um exame do assunto, com o conhecimento das partes, e realizar-se-á uma investigação para fins de que os Estados necessários, lhes proporcionem todas as facilidades necessárias para fins de sua eficaz realização.

Sob a ótica dos casos contenciosos envolvendo o Brasil, até o presente momento, possuímos 12 casos na Corte Interamericana de Direitos Humanos, com sentença de mérito: 1. Caso Damião Ximenes Lopes Vs. Brasil. Sentença de 4 de julho de 2006; 2. Caso Gilson Nogueira de Carvalho e outro Vs. Brasil. Sentença de 28 de novembro de 2006; 3. Caso Escher e outros Vs. Brasil. Sentença de 20 de novembro de 2009. 4. Caso Garibaldi Vs. Brasil. Sentença de 23 de setembro de 2009; 5. Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil. Sentença de 24 de novembro de 2010; 6. Caso dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil. Sentença de 20 de outubro de 2016; 7. Caso Favela Nova Brasília Vs. Brasil. Sentença de 16 de fevereiro de 2017; 8. Caso Povo Indígena Xucuru e seus membros Vs. Brasil. Sentença de 5 de fevereiro de 2018; 9. Caso Herzog e outros Vs. Brasil. Sentença de 15 de março de 2018; 10. Caso dos empregados da Fábrica de Fogos de Santo Antônio de Jesus e seus familiares Vs. Brasil. Sentença de 15 de julho de 2020; 11. Caso Barbosa de Souza e outros Vs. Brasil. Sentença de 7 de setembro de 2021; 12. Caso Sales Pimenta Vs. Brasil. Sentença de 30 de junho de 2022. (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Tradução Livre, s.d.)

Dentre eles, apenas o Caso Gilson Nogueira de Carvalho e outro Vs. Brasil foi improcedente.

Pode-se dizer que, a absolvição manifestamente contrária à prova dos autos no quesito clemência ou motivos humanitários, seria trazer a ótica da responsabilidade para o Estado Democrático de Direito por crimes e graves violações perpetradas por seus executores.

Assim, conforme CESARE BECCARIA (2015, p. 67):

(...) quando as penas tiverem se tornado menos cruéis, a clemência e o perdão serão menos necessários. Sendo a clemência virtude do legislador, e não do executor das leis, devendo manifestar-se no Código e não em julgamentos particulares, se se (sic) deixar ver aos homens que o crime pode ser perdoado e que o castigo nem sempre é a sua consequência necessária, nutre-se neles a esperança da impunidade; faz-se que aceitem os suplícios não como atos de justiça, mas como atos de violência.²³

Por fim, em aquiescência de palavras “tenho certeza de que, no dia em que a humanidade fizer a opção de retornar aos braços, ao aconchego de seu Criador, já não haverá mais a necessidade do Direito Penal.” (GRECO, 2020).

8 CONCLUSÃO

1. Na conjuntura histórica, a violência contra a mulher é constante.
2. A violência doméstica e familiar é uma realidade fenomênica cada vez mais combatida e alardeada, não obstante, ainda está distante de ser um problema resolvido.
3. Manifestamente, no plano teórico, doutrinário, jurisprudencial, das ciências humanas e sociais, busca-se a proteção integral da mulher contra quaisquer tipos de violência doméstica e familiar, seja física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral.

²³*Ibid.*, p. 68.

4. A violência doméstica e familiar contra a mulher não exige que o agente e vítima convivam sob o mesmo teto, sendo necessária apenas a caracterização do vínculo amoroso.
5. A violência doméstica e familiar não abarcou relacionamentos esporádicos, ocasionais, fugazes.
6. Mesmo que atécnica, a tese de legítima defesa da honra passou a ser utilizada como plenitude de defesa por seus defensores em sede de crimes passionais.
7. A tese de legítima defesa é considerada uma hipótese excepcional, justificando-se, somente, se os requisitos previstos em lei estiverem preenchidos em sua totalidade.
8. A violência doméstica e familiar afronta os princípios insculpidos no texto constitucional, e, posteriormente, traduz-se como forma de violação dos direitos humanos.
9. A indivisibilidade dos direitos humanos foi definitivamente legitimada pela Conferência de Viena, dando perceptibilidade e legitimidade à temática da cidadania feminina.
10. O Tribunal do Júri insta que casos importantes sejam julgados por pessoas que formam a comunidade a qual pertence o acusado.
11. O tribunal do júri julga crimes dolosos contra a vida, sejam eles tentados ou consumados, havendo possibilidade de ampliação de sua competência por meio de lei.
12. O princípio da plenitude de defesa possui dois aspectos: a defesa técnica e a autodefesa.
13. Quando a decisão se mostrar manifestamente contrária às provas dos autos, o juízo absolutório pode ser afastado sem que fique evidenciada a ofensa à soberania dos veredictos.
14. A ocorrência de novo júri não viola o princípio constitucional da soberania dos veredictos, serve apenas para reforçar o acórdão recorrido, não substituindo a decisão dos jurados ou ocorrendo novos debates sobre a responsabilização criminal do réu.

15. Até o presente momento, fevereiro de 2023, o Brasil possui 12 casos na Corte Interamericana de Direitos Humanos, sendo apenas um, improcedente.

Por fim, situações em que a clemência ou motivos humanitários estejam presentes fazem com que decisões possuam um viés arbitrário com o suposto respaldo da soberania dos veredictos, podendo, inclusive, ensejar condenações na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Gladston Fernandes de. *Tribunal do júri: uma análise processual à luz da Constituição Federal*. Niterói: Impetus, 2004.

AURÉLIO, Marco *et al.* *365 Reflexões estoicas*. São Paulo: Camelot Editora, 2022.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Edipro, 2015.

BITTAR, Eduardo C. B., & ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. (5 de outubro de 1988). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso: 12 nov. 2022.

BRASIL. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 23 nov. 2022.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 5 jan. 2023.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 167, de 5 de janeiro de 1938*. Instituição do Júri. (5 de janeiro de 1938). Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/del0167.htm. Acesso em: 8 jan. 2023.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689. Código de Processo Penal*. (3 de outubro de 1941). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm . Acesso em 18 dez. 2022.

BRASIL. *Lei 11.340. Lei Maria da Penha*. (7 de agosto de 2006). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 24 jan. 2023.

BRASIL. *Lei 8.930. Crimes Hediondos*. (6 de setembro de 1994). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8930.htm. Acesso em: 25 nov. 2022.

BRASIL. *Lei nº 13.105. Código de Processo Civil*. (16 de março de 2015). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm. Acesso em: 11 jan. 2023.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Decreto Legislativo nº 89*. (3 de dezembro de 1998). Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1998/decretolegislativo-89-3-dezembro-1998-369634-publicacaoriginal-1-pl.html>. Acesso em: 7 dez. 2022.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei n.º 4.528-A, de 2016*, de autoria de Carlos Henrique Gaguim. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=738F53458908E723D719544D18C1FDD3.proposicoesWebExterno2?codteor=1519367&filename=Avulso+-PL+4528/2016.%20Acesso%20em%2027%20set%202022. Acesso em: 24 jan. 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Sentencias*. [s.d.]. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm. Acesso em: 8 jan. 2023.

DIREITOS HUMANOS NA INTERNET. *Conferência de Viena*. (14-25 de junho de 1993). Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>. Acesso em: 28 dez. 2022.

GRECO, Rogério. *Código Penal: Comentado*. Niterói, RJ: Impetus, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro. *Legislação Criminal Especial Comentada – Volume Único*. Salvador: JusPodivm, 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Parecer MPF nº 513103/2022, REsp 2018406/PA*. Recorrente: Rovany de Souza Santos. Recorridos: Ministério Público do Estado do Pará. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz – Sexta Turma. EMENTA: PENAL e PROCESSUAL PENAL. REsp. Homicídio na modalidade tentada. Procedimento do Tribunal do Júri. Réu absolvido com base no quesito genérico do artigo 483, III, c/c § 2º, do CPP. Anulação do julgamento por ser a decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Possibilidade. Precedentes do STJ. Ausência de violação ao princípio da soberania dos veredictos. Manutenção da decisão do Tribunal a quo que determinou a realização de novo júri. Recurso especial deve ser conhecido e improvido. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/REsp2018406PA.pdf/view>. Acesso em: 12 abr. 2023.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*, 17. ed. Rio de Janeiro: Forense Ltda, 2017.

OLIVEIRA, Rosilda Darcy de. *As Mulheres, os Direitos Humanos e a Democracia*. p. 1. Disponível em: clam.org.br. Acesso em: 12 abr. 2023.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Comissão Interamericana de Direitos Humanos*. c2023. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/CIDH/jsForm/?File=/pt/cidh/mandato/que.asp>. Acesso em: 5 jan. 2023.

RANGEL, Paulo. *Tribunal do Júri*. Visão linguística, histórica, social e jurídica, 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas Ltda, 2018.

SENADO FEDERAL. *Código Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal*: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. (1870).

Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242733>. Acesso em: 20 dez. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do Júri – Símbolos e Rituais*, 4. ed. rev e mod. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *CC 100.654/MG*, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Terceira Seção, STJ, julgado em 25/03/2009, DJe 13/05/2009. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&li vre=%22CC%22+com+%22100654%22>. Acesso em: 8 jan. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *CC 102.832/MG*, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Terceira Seção, STJ, DJe 22/04/2009. Disponível em:

<https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/4105468/inteiro-teor-12214838>. Acesso em: 8 jan. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça*. (última atualização: 21 de setembro de 2022).

Disponível em:

<https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Regimento/issue/view/1/showToc>. Acesso em: 20 nov. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Súmula 600*, STJ, 3ª Seção (Superior Tribunal de Justiça 27 de 11 de 2017). Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp>. Acesso em: 13 dez. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 779 MC – Ref/DF*, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 15/03/2021. Publicação: 20/05/2021.

Órgão julgador: Tribunal Pleno. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur446516/false>. Acesso em: 22 nov. 2023.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

The role of the military prosecution in France

Pierre Bricard

Retired French civil magistrate

Data de recebimento: 15/03/2023

Data de aceitação: 15/03/2023

Data da publicação: 30/05/2023

Historically the establishment of a specific military justice dates back to the establishment of permanent armies from the 14th century. It was indeed at the time of the hundred years war that French military justice was created. Indeed, King Philippe VI of Valois wanted to remove from common law justice the “sergeants and soldiers in charge of the guard of castles”. In 1467, the Plessis-Lès-Tours ordinance issued by King Louis XI distinguished military offenses from non-military offenses.

It is important to specify that in France, traditionally, all civil and criminal Courts has been always incompetent since the French Revolution to judge appeals against all administrative decisions. It’s the case of disciplinary measures decided by the military hierarchy whose dispute are judged by administrative Courts.

French military criminal justice is the result of a recent development towards a gradual adaptation to the intangible principles of the independence of judges and fair trial. A radical reform thus intervened in 1981 and have been applied since 1982. It has been finalized by an ordinance of 2006 then by a law of 2007 homologating this ordinance and reforming some provisions of the wartime military justice code.

So, before 1982 there was a specific military criminal justice organization and military personnel; the Minister of Defense decided the indictments and proceedings were ruled by the justice military code.

It should be noted that this reform corresponds to the wish of the French people. Indeed, since the Dreyfus affair and the summary judgments and executions of soldiers during the first world war, military Courts have not a good reputation and they have been very frowned upon by public opinion. Moreover, in peacetime, the maintenance of military courts has been no longer necessary. In addition, these courts generated a significant cost for the State budget. The integration of military justice into the common law judicial organization have been therefore a measure of rationalization and standardization of justice and made it possible to redeploy the military judicial staff to civilian tasks.

Now in peacetime the military public prosecutor no longer depends on the Minister of Defense but on the Minister of Justice. The peacetime military courts being abolished in 1982, military criminal cases are therefore judged by common Courts composed of civilian judges and the procedure has been brought into line with common law.

However, the traditional code of military justice has not been abolished because it may be applied in wartime, so it has been recast in 2006 into a coherent whole. Only in wartime this modernized code of military justice will be applied. It will be therefore only in wartime that the Minister of Defense will decide the indictments and the military Courts will be reestablished.

Consequently, in France in peacetime, the common penal code and law code of criminal procedure are applied to militaries who have committed a criminal offense. Common law offenses (which are described by the French penal code) and special military offenses (which remain described and punished in the military justice code) are now judged by civil courts.

So, while the prosecution has important prerogatives in peacetime, it is not at all the same in wartime.

I In peacetime civil public prosecution leads the criminal military trial.

The judiciary Courts (“tribunaux judiciaires”) are competent to judge militaries. The organization (I.1) and the competence (I.2) of the prosecutor’s offices is ruled by the common procedure code. The Prosecutors are independent from the military hierarchy but the code rules their specific work (I.3).

I.1 Organization of the Military public prosecution in France.

In France, the public prosecution service of the Judiciary Courts is grouped together within a prosecutor's office called “Parquet” which has administrative autonomy within the court. There are 173 public prosecutors' offices in France but only 35 of them have military competence. So, these 35 prosecution services include a section specializing in military matters called “parquet militaire”. The secretariat is provided by non-commissioned officers seconded by the Ministry of Defense. A civil deputy prosecutor specializing in military matters controls all criminal investigations carried out by the military police (“gendarmerie”) against a military. He decides in complete independence on the follow-up to be given and if he decides to prosecute, he is responsible of the military public prosecution before the competent judiciary tribunal or the judge with military competence.

In each judiciary Court (“tribunal judiciaire”) with military competence, military criminal cases are thus judged by a chamber specializing in military matters made up by civilian judges empowered in military matters. The collegiality is the principle in France so the chamber is composed of three judges but lesser cases are tried by a single judge.

Criminal cases (offenses punishable by ten years or more of deprivation of liberty) are judged by a Court of Assize specializing in military matters made up by civilian jurors.

As it has been said, it should be remembered and emphasized that disciplinary proceedings are outside the jurisdiction of the French courts. This is a French peculiarity of the organization of the courts which divides the courts into two categories, the judiciary courts and the administrative courts. Administrative courts are thus competent to judge disciplinary matters.

I.2 Competence of the military public Prosecutor.

Specialization and training of magistrates in military matters.

All deputies (“substituts du Procureur”) who deal with military criminal cases are authorized in military matters by the Attorney General of the Court of appeal. There are investigating military judges too who are empowered by the First President of the Court of Appeal on which the judicial tribunal depends.

These magistrates have received comprehensive training in military matters and receive regularly additional military training organized by the Ministry of Defense. They are therefore perfectly familiar with military laws and regulations.

In France, therefore, it is the deputy prosecutor specialized in military matters who decide on prosecutions under the control of the Public Prosecutor. As in common law, he does not have to report it to the judges who don't have to intervene in this area.

Attribution competence.

Military criminal cases are all cases which concerns militaries whatever their grade (including generals) who commit law offenses provided by the common penal code committed in the execution of the service as well as those who have committed specifically military crimes or offenses whose criminalization and repression is provided for by the French military justice code.

So, it is important to specify that in peacetime generals and admirals do not benefit from a privileged jurisdiction. They are therefore subject to the judiciary tribunal regardless of the offense committed.

As for the civilian the competence of military judge or Court would be manifestly inconsistent with the principles of international human rights. It's the reason why under no circumstances can a civilian be prosecuted regardless of any offense committed. In this area, France has complied with international recommendations which prohibit the prosecution of civilians before a military Court in peacetime. So, if there is a civilian in a military case, the Prosecutor must separate the proceedings in order to try this civilian before the ordinary formation of the judiciary tribunal.

Territorial competence.

Military criminal cases are grouped together within these 35 regional military prosecutors' offices (“parquets militaires”) which are sitting in the town of a Court of Appeal.

In case of emergency the local public prosecutors within the jurisdiction of the Court of Appeal can however control the custody and investigation against a military before relinquishing quickly jurisdiction in favor of the competent regional military prosecutor's office. The same when they discover during common proceeding against civilians that a military has

also committed common law offenses in the performance of his duties or some military offense; they must send the whole procedure against this military as soon as possible to the competent military prosecutor while continuing to investigate civilians.

The rules of territorial jurisdiction are those of common law with some adjustments. For example, the judiciary tribunal of Paris (“Tribunal judiciaire de Paris”) has jurisdiction for all offenses committed abroad by a French military. The “parquet” of Paris therefore controls by telephone all the investigations carried out by members of military police sent to an external theater of operations (OPEX). Called “Provosts” they are non-commissioned officers or officers of “National Gendarmerie” appointed by the Ministry of Defense. They are specially authorized by the Attorney General of the Paris Court of Appeal. The military involved in a criminal case is quickly repatriated to France in order to be made available to the French justice.

Victims’ claims.

In France all criminal Courts are also competent to judge victims’ claims and determine the amount of their compensation. Now this principle can also be applied to military affairs. Indeed, in military matters, civil action was previously inadmissible. Military Courts were responsible only for judging the criminal aspect of the case. Now the victim whose action seeks to obtain compensation for the damage caused to him by the offense can, under the conditions set out by the Code of Criminal Procedure, obtain compensation for his entire damage.

This common law civil action is a peculiarity of French criminal code that deserves some detailed explanation and clarification.

The principle is that the victim of an offense is allowed to bring a civil action aimed at reparation of his damage before any criminal court in parallel with the prosecution carried out by the prosecution.

So, the victim may initiate a civil process either to a civil Court or to the criminal Court. Nevertheless, if the victim initiates a civil process during the criminal proceedings, the civil Court must wait the end of the criminal trial.

In fact, if the prosecutor decides to prosecute this is an opportunity given to the victim to obtain quickly compensation for his damage directly before a criminal court. The civilly responsible, the insurer or any organization that has paid benefits can intervene in parallel with the victim's action in order to request the reimbursement of the sums they have paid.

It should be emphasized that in France this civil action must be brought in parallel with the criminal action brought by the Prosecutor. So, the victim cannot directly accuse a military before the Court because it's the Prosecutor who leads the criminal proceedings.

If the Prosecutor decides not to prosecute, the victim may nevertheless insist. As in common law, the victim has the possibility to set in motion the public action by filing a request to the dean of the investigating judges, thereby obliging the prosecutor, after having informed the local military authority, to initiate a judicial investigation ("information judiciaire") by writing an introductory indictment ("réquisitoire introductif") to this investigating judge. Nevertheless, this judge must empower the military investigating judge for the facts mentioned in this writing. So, the Prosecutor is relieved of the case.

So, the victim can become a civil party at all stages of the procedure. he can do it at the hearing of the tribunal or the Court but especially at the latest before the requisitions of the public prosecutor at the end of the case hearing. If he does it before the investigating judge, he must, however, confirm its constitution at the court judgment hearing. He can thus constitute himself or confirm his constitution either personally by appearing at the court hearing, or through a lawyer of its choice, or quite simply by sending a

registered letter with acknowledgment of receipt to the President of the Court. In all cases, he must encrypt his request.

I.3 The specific work of the Military Prosecutor in France is ruled with precision by the common criminal code.

The French penal code has provided for specific adaptation measures which govern the work of the Prosecutor in all military criminal cases.

We remember that the French military public prosecutor has not the competence to control the disciplinary procedures initiated by the military authority. The litigation of disciplinary sanctions falls, as it has been said, of the administrative jurisdiction. Nevertheless, administrative Courts are bound by the assessments and decisions made by criminal judges or Courts on the reality or the attribution to a soldier of the facts that could justify disciplinary proceedings; so that a soldier who is released for these reasons by a criminal Court cannot be condemned by the administrative Court.

Public Prosecutor controls the inquiries.

The inquiries are carried out by military police. They are called “gendarmes” provided by “National Gendarmerie”. These “Gendarmes” have passed a special judicial police examination but the officers of Gendarmerie are exempt from this examination. Some of them are authorized by the Attorney General of each Court of Appeal to be “OPJ” (judicial police officers) in order to lead judicial investigation and decide custody under the conditions set by the code of criminal procedure.

The military deputy prosecutor controls the inquiries and the custodies. The “OPJ” (Judicial police officer) who leads the inquiry decide the custody but he must inform the deputy prosecutor immediately. So, the military deputy Prosecutor must verify that the rules of custody are respected and can

order the release of the military. In France the duration of police custody called “Garde á vue” is limited to 24 hours. Exceptionally, the deputy Prosecutor may authorize in writing the extension of the custody for a further period of 24 hours. Among these inquiries, a distinction is made between blatant inquiries and preliminary inquiries. Blatant investigations follow a more rapid procedure since the military in custody is charged before a judge or the Court within the conditions and time limits provided for by the code of criminal procedure. Only preliminary military investigations are especially regulated by formalities imposed on the public prosecutor before any decision to prosecute.

Peculiarities of French public criminal action.

Before describing the military public prosecutor’s work, it’s necessary to explain the peculiarities of French public criminal action which deserve some explanation.

The public criminal action in France.

It is the Public Prosecutor of the judiciary court, head of the public prosecutor's office at this court, who controls the exercise of public action by his deputies. This magistrate and his substitutes are civilian magistrates independent from the military hierarchy. The Public Prosecutor reports on his activity to the Attorney general of the competent Court of Appeal. The Attorney general keeps the Minister of Justice, informed, if necessary. This is a peculiarity of the French system which has maintained a link between the Minister of Justice and the prosecution’s offices but Public Prosecutors are independent, they must only inform their hierarchy about important cases. Unlike what existed before 1982, there is no longer any hierarchical link in military justice between the public prosecutors and the ministry of defense.

The Prosecutor has the power to discontinue a case and class it without continuation.

The initiation of public action is a possibility for the public Prosecutor or his deputies to prosecute an offense punishable by French criminal law, either directly before the court or by empowering an investigating judge. Thus, the Prosecutor has the power to discontinue a case either for legal reasons (for example prescription, abrogation of the criminal law, immunity of the author etc.) or if he considers that the elements constituting the offense are not sufficiently characterized. He can even simply classify the case as an opportunity if he considers that the offense committed is of minor gravity and has not disturbed public order after having verified, if necessary, that the victim has been compensated for the damage caused. In case of classification the judges do not have to intervene or criticize the Prosecutor. As it has been said, only the victim can oblige the Prosecutor to prosecute by becoming a civil party before the dean of the investigating judges of the court.

The specific work of the public Prosecutor in military matters.

In military matters, the public prosecutor has the same power so his action and decisions must not be contested or criticized by the Minister of defense and military authorities.

Nevertheless, it has been necessary to maintain a link between the military authorities and the Prosecutor. So, the code of criminal procedure requires the public prosecutor, before taking a prosecution decision, to seek the prior opinion of the Minister of Defense or the local military authority empowered for this purpose by the Minister. Besides sometimes the Minister of Defense or the authorized military authority can officially denounce this offense; in this case a later request for an opinion from the military prosecutor's office is not necessary.

Minister of Defense's opinion prior to prosecution.

The opinion is therefore the act by which the Minister of Defense or the authority he has authorized, responding to a request from the Public Prosecutor who sends him a full copy of the preliminary investigation procedure, asserts his reasoned opinion on the advisability of instituting proceedings against a military. However, this opinion does not bind the public prosecutor because he is free to initiate proceedings. Moreover, as has been said, this obligatory notice procedure requested at the diligence of the public prosecutor does not apply to the procedures of flagrant felony or misdemeanor. Only preliminary inquiries are covered by this notice procedure.

The objective of the Minister of Defense's opinion prior to prosecution is to provide the prosecutor with additional information on the context and circumstances of the offense, the particular difficulties of the military's mission and thus to shed light on specifically military issues. The Minister or the military authority thus motivates his opinion by also making appropriate legal or expedient arguments. The constituent elements of the offense detected can even be discussed and a more suitable criminal qualification can be proposed. The career of the military, the assessments of his leaders and the disciplinary measures are mentioned.

This notice procedure is mandatory. In the absence of this writing request, the proceedings initiated would be null and void. The written opinion of the minister or the authorized military authority is not secret so it is placed in the file of the procedure so that the lawyers can consult it. As has been said, this notice is only obligatory when the offense has not already been denounced by the Minister or the authorized military authority, the denunciation being considered as an opinion.

The list of local military authorities empowered to denounce an offense or give an opinion prior to prosecution is fixed by a ministerial

decree. The power conferred by the authorization does not include the possibility of delegation; it is personally exercised by the authority which holds it. However, the Minister of Defense reserves the right to personally exercise his power of denunciation or opinion in the following cases:

- accidents causing death or injuries resulting in foreseeable total incapacity for work exceeding 6 months,
- facts implicating an officer,
- facts implicating gendarmes in the law enforcement service,
- offenses imputed to military from the armament, the army health service, the army gasoline service and the military justice service (military clerks).

The Minister also gives his opinion in cases where there is no authorized authority, in particular with regard to members of the forces stationed outside the territory of the Republic. Facts others than those listed above and giving rise to a particular difficulty may be referred to him.

Obviously, the opinion supposes that a preliminary investigation of the “gendarmes” under the direction of the public prosecutor is carried out beforehand. As it has been said, the blatant investigations must not be the object of a procedure of opinion. So, the author of a flagrant offense has to appear at the end of his police custody before the judicial authority in order to be judged by the Court or investigated by a judge.

So, the military deputy prosecutor, if he plans to prosecute after reading the preliminary investigation, must therefore first refer for prior opinion, either to the minister or to the authorized military authority. However, he is not obliged to consult the minister or the authorized military authority if he immediately considers a classification decision. In fact, this notice procedure only applies if the Public Prosecutor is considering criminal proceedings before the competent Court.

The notice procedure only applied to preliminary inquiries against a named person. Since the law of December 13, 2011, this opinion procedure

now extends to complaints with the constitution of a civil party before a military investigating judge against an unnamed person as soon as the elements collected show that a military would be liable to be prosecuted. It may happen also during a common investigation of a judge if new facts have revealed the involvement of a military; in this case the judge must send the procedure to the deputy military prosecutor who, after having received the opinion of the military authority, will make a supplementary written indictment to a military judge.

The opinion of the military authority must be given within one month from the date of the request. This period can be reduced by the public prosecutor's office if it notes the urgency. In this hypothesis, the military authority gives its opinion within a shorter period of time by freeing itself, if necessary, from the usual form and replacing it with that of a message. In any case, it is important that the notice shall be written so that it can be included in the proceedings file.

The denunciation.

As for the denunciation of the minister or the authorized military authority, it should not be confused with the obligation provided for by the article 40 of the French criminal procedure code which requires any administrative authority to inform the Public Prosecutor about a crime or misdemeanor of which he is aware. The denunciation is a special official military procedure which allows the minister or the authorized military authority to request that criminal proceedings should be brought against a military. However, it leaves the public prosecutor free to initiate proceedings or to dismiss the case.

In order to motivate his denunciation and allow the deputy military prosecutor to make his decision in full knowledge of the facts, the minister or the authorized military authority explain all considerations as for example the

usual conduct of the military concerned, the disciplinary punishment possibly decided, the repercussion of the facts on the discipline or of any other elements justifying an indictment.

Hearing of the judiciary tribunal.

When the deputy military prosecutor decides an indictment, the perpetrator is, by order of the “parquet”, summoned by a bailiff to a specialized hearing of the judiciary tribunal; the military authority and the victims are notified.

A particular procedure is applied for criminal cases (offenses punishable by 10 years or more of deprivation of liberty); it is the Court of Assizes composed of a civil jury which is competent and a special proceeding is applied.

The deputy military prosecutor is in charge of the public accusation at the hearing of the tribunal or the Court. The clerk is a military clerk from the corps of non-commissioned officers of the three armies who is recruited by special competition. Knowing well the military regulations, he assists the deputy prosecutor ensuring the necessary links between the military authorities and the “parquet”.

The judiciary tribunal or the Court can release the accused or sentence him. In the event of a conviction, he pronounces a penalty provided for by the penal code and decides on the claim for damages from the civil party.

Appeals are simple and quick.

Appeals against judgments are fairly straightforward. In fact, the procedures are quite quick and not very formal. So, when the tribunal renders its sentence, it is automatically removed from the case and cannot under any

circumstances modify its judgment. The only possible remedy is appeal so that there are no specific remedies that could delay the course of justice. So, the military convicted can only appeal within 10 days and it's the Court of appeal which will judge him quickly again within the limits of his notice of appeal. The victim can appeal on his civil interests only. The prosecutor can appeal too within 10 days and the attorney general can appeal within 20 days.

The Court of appeal may, on appeal by the public prosecutor, either confirm the judgment or reverse it in whole or in part in a way favorable or unfavorable to the accused. Nevertheless, on the sole appeal of the sentenced, if the public prosecutor don't cross-appeal, the Court cannot worsen the plight of the appellant. On the sole appeal of the civil party, the civilly liable or the insurer, the Court of appeal rules on civil claims only so it cannot worsen the sentence pronounced.

All parties who did not appeal still have also 5 days to cross-appeal from the day of the main appeal. Even in the absence of cross-appeal of the convicted, the Court of appeal may also, in the event of an appeal lodged by the Attorney general prosecutor, pronounce a lesser sentence than pronounced by the judiciary tribunal.

It's possible to lodge a request in cassation before the Court of cassation against the judgment of the Court of appeal within five days only for violation of the law.

It is important to underline that In France there is no judiciary appeal against the judgments of the Court of cassation so there is no real constitutional appeal. Indeed, the French "Conseil constitutionnel" is not a supreme Court because it's not integrated in the hierarchy of French judiciary Courts. Nevertheless, before rendering its judgment, the Court of cassation can consult this political but independent authority if it has doubts about the constitutionality of the law on which the criminal prosecution is based. The opinion of the "Conseil constitutionnel" is caselaw so that the judges must apply it in the sentence.

If the request of cassation is rejected, the Attorney General can execute immediately the sentence of the Court of appeal. The prosecution of the tribunal or the Court is thus responsible for the execution of the sentence pronounced which have become terminated and final.

II In wartime military Courts are reestablished and the Minister of defense orders the criminal proceedings.

As for the military Courts in wartime they are described by the military justice code that determines the proceedings. These proceedings ensure a quicker and fair criminal trial while respecting the right of the defense.

The wartime in France.

It is important to underline that under French law, wartime is not a simple de facto situation. The law indeed provided that the provisions of the code of military justice applicable “in wartime” would be in force only in the following cases:

- when the declaration of war is authorized by Parliament (article 35 of the constitution);
- or when measures of mobilization or preparation for an imminent war have been taken.

In addition, in the event of major disturbances threatening the security of the country, a state of siege or a state of emergency may be ordered; in this case the government could be authorized to establish provisionally and exceptionally military courts in certain parts of the territory.

Apart from these cases, the provisions of the "Wartime" of the code of military justice can't be applied. Thus, it must be emphasized that these provisions can't be applied to forces deployed in foreign operations, even if they are sometimes involved in an armed confrontation.

The new wartime military code.

The wartime military justice code is an autonomous code that describes jurisdictions as well as procedures. It has been modernized by an ordinance in 2006 and then has been reformed by a law in 2007. It has thus been completely overhauled to become a coherent code considering the case law of the European Court of Human Rights as well as the main reforms of common law criminal proceedings. Finally, this new code has become practically the copy of the common law criminal procedure code in its version prior to 1973 with some adaptations.

II.1 In France, the main characteristic of wartime military jurisdiction is the presence of militaries depending on a military hierarchy among the court assessors.

The solution in France for wartime is therefore to make the military participate in the judgment of their peers while integrating one or more professional civilian magistrates in the composition of the court, one of them ensuring the presidency and leader the debates.

In France there are two kinds of wartime military courts:

a) Permanent courts created for the duration of the conflict: these are the “territorial courts of the armed forces”.

They are distributed throughout the national territory. Their jurisdiction extends over all or part of one or more military regions.

They are made up by 5 members, two civilians and three militaries. The titular president, the presidents of chambers and their deputies are professional civil judges appointed for each calendar year in the forms and conditions of appointment of judges (Decree of the President of the Republic

after opinion of the Superior Council of the Magistracy). The judicial assessor is also a civil judge. He is chosen by the first president of the Common Law Court of Appeal from among the judges of one of the courts whose jurisdiction coincides, in whole or in part, with that of the territorial court of the armed forces.

As for the other three judges, they are militaries up to the rank of colonel, naval captain or similar, inclusive, appointed by the military authority for a period of 6 months. For the composition of the court formation, the judge must be of the same rank as that of the accused but of greater seniority. Thus, it is considered the rank or rank held by the accused at the time of the alleged offenses or, in the event of subsequent promotion, when appearing at the first hearing.

There is an investigating chamber composed of three members: a president and an assessor who are civil judges and a military judge with at least a higher rank of officer.

The public prosecution service is provided by the “government commissioner” who is a mobilized civilian magistrate appointed by the Minister of Defense from among the corps of military justice reservists. The secretariat is provided by a non-commissioned officer from the standing corps of military clerks, those who provided the secretariat in peacetime.

In these Courts there are also “Provost judges” who deal with small offenses punishable by a minor fine (750 Euros maximum) which are committed by any person subject to the courts of the armed forces. These single judges are mobilized military reservists from civil justice appointed by the Minister of Defense. The public prosecution is provided by an officer of “Gendarmerie” appointed by the military authority.

When a territorial court of the armed forces has not yet been established, cases relating to military justice are brought before the competent common law court and are prosecuted, investigated and judged according to

the rules applicable before it. This jurisdiction is relinquished in favor of the territorial tribunal of the armed forces as soon as it asserts its competence.

Competence.

Militaries up to the rank of colonel included or civilians following the army are subject to the territorial courts of the armed forces. All civilians who are perpetrators or accomplices of an offense against the French armed forces or against their establishments or equipment, are also subject to these jurisdictions, if the offense is punished by French criminal law. In addition, the territorial courts of the armed forces have jurisdiction over all crimes and offenses committed since the opening of hostilities by enemy nationals or by all persons in the service of the administration or enemy interests, on the territory of the Republic or in a territory subject to the authority of France or in any war zone. It is sufficient that these offenses are committed against a French person or a person protected by France, or a soldier serving or having served under the French flag, or even a stateless person or refugee residing in one of these territories.

The territorial courts of the armed forces are also competent when these offenses are detrimental to French property when these offenses, even committed on the occasion or under the pretext of wartime, are not justified by the laws and customs of war.

Crimes and misdemeanors against the “fundamental interests of the nation” are also investigated and judged by these courts which have the possibility of asserting their jurisdiction for ongoing cases opened before their creation.

b) Provisional jurisdictions with a strong military component can follow a body of troops in France or abroad.

These are the “military courts to the armies” when the troops are stationed or operate outside the territory of the Republic in a period of war declared by the parliament. Thus, as soon as mobilization measures are taken or in the event of war declared by Parliament, a decree may set the number, the territorial limits and the headquarters at which they are established. These courts may have one or more chambers and an investigating chamber.

It is obvious that the military specificity of the composition increases, with the distance of litigants from the national territory. This tribunal is thus composed of five military members. The presidency of this jurisdiction as well as that of the investigating chamber is ensured by a mobilized civilian magistrate appointed by the Minister of Defense from among the special corps of military justice reservists. The court assessors are four militaries taken from militaries wounded in the fire or belonging to fighting troops. The instruction chamber is made up by three members: a president who is a mobilized civilian magistrate and two soldiers with rank of senior officer.

Defendants, indicted or accused as well as all litigants of the armed forces have the free choice of their defense counsel. The defense of litigants can be ensured by civil lawyers registered with the bar. It can also be provided by a defense officer belonging to the framework of special assimilated defense officers of the military justice service who are appointed by the Minister of Defense.

In wartime Generals are judged by a High Court of the Armed Forces.

For the judgment of marshals and admirals of France, generals or similar officers and members of the general control of the armies, a High Tribunal of the armed forces may be established in wartime; this tribunal may

be set up anywhere in the territory of the Republic. It is also composed of five members, its president and an assessor are both civil judges, the three other judges are military personnel appointed according to the same principles as for the territorial courts of the armed forces. Public prosecution is provided by the attorney general of the Court of cassation.

II.2 The second characteristic of wartime military justice is the limited role of the public prosecutor.

The speed inherent in exceptional justice carried out in troubled times is the main goal of the procedure followed in wartime. This explains why the military authorities have an important role to maintain public order in our armies. The code of military justice thus attributes to the Minister of Defense and his local representatives' exorbitant powers for investigation and prosecution, while considering fair justice.

Thus, the major difference with peacetime jurisdictions is that it is the Minister of Defense who decides on prosecutions and not the Public Prosecutor.

Consequently, the military prosecution is limited to executing the Minister's decision to prosecute. This is in fact the main feature of wartime military justice. The right to decide on prosecutions indeed belongs to the Minister of Defense, and under his authority, to the authorized military authorities. The minister or the authority he has authorized formalizes his decision by a "prosecution order" which mentions the facts to which the prosecution will relate, their qualification and the applicable legal texts. The order to prosecute is final.

In addition, the military prosecution office does not control investigations. Before issuing a prosecution order, the military authorities delegated by the Minister indeed have exorbitant powers in the direction of investigations. Thus, the military authorities mandated by the Minister can prescribe, by written instructions, to the judicial police officers of the armed

forces, to carry out searches and seizures in military establishments, even at night. However, outside these places, unless a complaint is made from inside the house or exceptions provided for by law (for example in matters of terrorism), searches and home visits can only be started during legal hours (after six in the morning and at the latest before nine o'clock in the evening).

The rules of custody during these military investigations are not framed by the guarantees and the formalism of the common law “Garde á vue” and the public prosecutor is not allowed to control them. Thus, the person held in police custody is not notified of rights, cannot ask to be examined by a doctor or have a member of his family notified. The intervention of a lawyer during police custody is not foreseen. The public prosecutor of the Tribunal must, however, be notified of the custody measure. It is therefore only after the end of police custody that any detained person may request to speak with a lawyer of their choice, unless material circumstances prevent it.

The duration of this police custody is 48 hours while it is 24 hours in the common law “Garde á vue”. It can be extended by 24 hours. There are specific extensions which can extend to 15 days the duration of police custody in the event of crimes and offenses against the fundamental interests of the nation in time of war.

At the end of the police custody and until a decision on the follow-up to be given to the case by the military authority empowered by the minister, the soldier can be detained for five days at most on order of provisional imprisonment of the representative of the Minister of Defense. Before the expiry of this period he may order its release. If no decision to prosecute has been taken by the military authority at the end of this 5-day period, the person concerned must be released automatically.

As soon as a prosecution order has been issued by the military authority against a named person, this person is made available to the public

prosecutor who executes the prosecution order of the Minister of Defense or the authorized military authority.

Thus, the powers held in peacetime by the public prosecutor are in wartime entirely vested in the Minister of Defense and the competent military authorities. The role of the Prosecutor, known as the “government commissioner”, is singularly reduced in his role as public prosecutor. However, as legal advisor to the military authorities, he can give his opinion on all questions concerning the setting in motion of public action, legal qualifications, the consequences of prosecutions, as well as clemency measures.

Implementing the prosecution decision of the minister or the military authority mandated by the minister, the government commissioner refers to the competent court with a citation mentioning the prosecution decision, or in important or complex cases decides to refer the matter to the investigating judge by introductory indictment.

The work of the military Prosecutor.

As soon as the decision of indictment is submitted to the government commissioner the military prosecutor’s office take care of the implementation of the procedure. The government commissioner has thus the power to order the release of the Minister’s provisional imprisonment order if necessary.

Referral to the investigating judge is sometimes essential in relatively complex or important cases besides it’s mandatory in criminal cases (Offenses punished of 10 or more years of privation of liberty). The procedure is very similar to that followed in common law. As in common law, the role of the public prosecutor is limited to referring the facts to the investigating judge by a written introductory indictment; during the investigation he may consult the investigation file and make any written

requisitions that he deems useful to the manifestation of the truth; then he must request the end of the instruction by a final indictment writing.

In most cases, in the absence of referral to an investigating judge and if he wants to maintain the soldier detained before the court, the government commissioner must have the detainee appear before the Court within the five-day period of the order provisional imprisonment issued by the military authority. This order of imprisonment, if necessary, can be confirmed by the court. It is important to underline that from the confirmation of this order, the soldier can be detained up to sixty days, the court being able to put an end to it at any time.

Trial procedure.

Paradoxically, the trial procedure nevertheless turns out to be more protective of the rights of the defense than in common law, since it is fairly directly inspired by that followed during the common law Court of assizes. This is the case, for example, with the system of questions put to judges and the president of the court has the prerogatives of a president of the assize Court. The debates are public and the public prosecutor makes oral requisitions. The defense of litigants is ensured by lawyers registered with the bar or admitted to the internship; it can also be carried out by a soldier chosen by the litigants from a list drawn up by the president of the tribunal. The defense speaks last after the requisitions of the public prosecutor.

As it has been explained, the victim has the possibility to act as a civil party. This civil action is limited to a claim for compensation for damage caused by one of the offenses only if prosecution is ordered by the Minister of Defense. Indeed, contrary to common law, the victim cannot oblige the public prosecutor to set in motion the public action by initiating the criminal trial, because, as it was said, in time of war it's a prerogative exercised only by the Minister of defense or the authorized military authority.

The remedies.

As regards the remedies, the military justice code only provided for extraordinary remedies: the cassation appeal, which was limited to examining the legality of the decision, had to be lodged within one day but there was also the request in the interest of the law and the request for review. The law of 2007 created the appeal against the judgments of the wartime armed forces Courts. It must be lodged within five days by the convicted person or the public prosecutor. In fact, with regard to the soldiers who did not appear, there is two remedies: the opposition and the appeal. The opposition is a mean of retraction allowing the case to be re-judged by the same court when the accused do not appear at the hearing while the appeal is a mean of reformation the case being rejudged by a higher court. In common law, in order to avoid the abusive use of remedies, the opposition can only be opened to persons who have not appeared on the condition that they have not been aware of the summons. Nevertheless, in wartime military criminal proceedings, the opposition is widely open to all military personnel who do not appear, for whatever reason.

If there is no appeal or opposition the judgment is executed by the public prosecutor within twenty-four hours after the expiry of the time limits set for exercising remedies. However, another peculiarity of the procedure is that the execution of the sentence can be suspended by decision of the military authority which gave the order to prosecute. This is understandable insofar as it is necessary to return convicted soldiers to fight at the front during major armed conflicts. The military who obtains the benefit of this measure is deemed to have served his sentence for the entire time he remains in service after his conviction.

Application of penalties.

The rules relating to the application of penalties are those provided for by the common law code of criminal procedure, the judicial authorities competent to hear this dispute being civil magistrates applying common law. However, most of these rules cannot be applied because they are incompatible with the situation of a soldier fighting at the front. In the event of conditional release in wartime, when the convicted person has retained the status of military or military assimilated during the execution of his sentence, the benefit of conditional release or its revocation can only be granted by joint order of the Minister of justice and the minister of defense, after examination of the case by the judge responsible for the application of sentences. In the event of conditional release, the active soldier is placed at the disposal of the army. Revocation of conditional release may be requested by the public prosecutor; it is pronounced in the event of serious punishment, of notorious misconduct or of new convictions incurred before the final release.

CONCLUSION

We have seen that the military public prosecution has important prerogatives in peacetime. In wartime the role of the Prosecutor is limited. Nevertheless, the wartime military justice code can now be viewed as a virtual code that fortunately will never apply. Indeed it's the parliament that decide de war and it is very unlikely that it will because France has not been at war for a long time. The last time it has been applied has been during the Algerian conflict.

It is important to emphasize that foreign operations (OPEX) are not considered to be carried out in wartime even if they sometimes involve armed

confrontation. Nevertheless, the legal framework for these operations has recently been amended in order to relax the fire opening rules.

Excurso sobre a ótica do processo justo na teoria e na aplicação do processo penal comum e militar

Cláudia Aguiar Britto

Pós-doutora em Direitos Humanos e Democracia. (Universidade de Coimbra/IGC). Doutora em Direito Público/Processo Penal (UNESA). Mestre em Ciências Penais (UCAM). Professora Titular de Processo Penal (IBMEC). Pesquisadora PICPq/Unifeso. Diretora de Ensino e pesquisa (IBDMH). Advogada.

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7455964413594325>

E-mail: claudiaaguiarbritto@gmail.com

Revisores: Antonio Carlos Gomes Facuri (ORCID: 0009-0006-8038-8288; e-mail: antonio.facuri@mpm.mp.br)
Fernando Hugo Miranda Teles (e-mail: fernando.teles@mpm.mp.br)

Data de recebimento: 24/04/2023

Data de aceitação: 25/04/2023

Data da publicação: 04/05/2023

RESUMO: O presente articulado tem por escopo apresentar um breve excuro sobre a perspectiva de processo justo reunindo aspectos do modelo brasileiro e do quadrante internacional. Para tanto, algumas nações europeias e africanas foram analisados neste ensaio de forma reflexiva-comparativa. Para tal desiderato, de forma metodológica, optou-se por fazer um recorte legal de certos regimes jurídicos presentes no Código de Processo Penal (comum e militar) no âmbito da narrativa do processo justo.

PALAVRAS-CHAVE: processo justo; declaração de direitos; democracia.

ENGLISH

TITLE: Excursus on the perspective of fair process in the theory and application of common and military criminal procedure.

ABSTRACT: The purpose of this article is to present a brief excursus on the perspective of fair process, bringing together aspects of the Brazilian model and the international quadrant. Therefore, some European and African nations were analyzed in this essay in a reflective-comparative way. For this purpose, in a methodological way, it was decided to make a legal outline of certain legal regimes present in the Code of Criminal Procedure (common and military) within the scope of the fair process narrative.

KEYWORDS: fair trial; bill of rights; democracy.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 O justo e os sistemas processuais – 3 O Processo justo no quadrante internacional – 4 O texto legal e a narrativa do “justo”. Entre facticidade e a aplicação da norma processual (comum e militar) – 4.1 O reconhecimento de pessoas – 4.2 Interrogatório do acusado – 4.3 Perguntas por intermédio do juiz? – 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento dos órgãos judiciários pelo mundo revela-nos de que maneira cada nação construiu e organizou o seu sistema de justiça. Embora saibamos que um sistema processual penal se traduz em um conjunto de princípios e regras constitucionais que estabelecem as diretrizes a serem seguidas para aplicação do Direito Penal material, em cada situação concreta, diferentes países, ao longo dos anos e séculos, construíram seus modelos de investigação, processo e julgamento, a partir de diferentes ideais e regimes. Perelman (2002, p. 227) salienta que o que caracteriza a nossa civilização

desde o século XVIII é a insistência com que cada vez mais a igualdade é apresentada como um substitutivo da justiça.

No campo do processo criminal, o direito específico à igualdade perante os tribunais é um princípio fundamental subjacente ao direito a um julgamento justo; e pode ser encontrado expressamente no artigo 14.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos, segundo o qual “todas as pessoas serão iguais perante as cortes e tribunais”. Embora não contidos expressamente nas convenções regionais, os artigos correspondentes sobre “julgamento justo” tanto quanto o direito à igualdade perante os tribunais estão abrangidos de certa forma pelo princípio geral da igualdade e são por ele protegidos.

O art. 14.3.a do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos prevê que, na determinação de qualquer acusação criminal contra alguém, todos têm o direito de ser informados prontamente e em detalhes em um idioma que o imputado entenda sobre a acusação formulada.

A Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (Convenção Europeia dos Direitos Humanos) consignada em Roma a 4 de novembro de 1950, entrando em vigor a 3 de setembro de 1953, foi o primeiro instrumento a declarar expressamente o “Direito a um processo justo” (*Droit à un procès équitable/Right to a fair trial*) e a concretizar formalmente os ideais de igualdade, tornando obrigatórios alguns dos direitos estabelecidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU).

Assim, o presente ensaio visa pontuar, em primeira linha, as nuances dos sistemas jurídicos passados como forma de contextualizar a questão de fundo. Em segundo plano, a tarefa está endereçada às narrativas legais de processo justo no quadrante internacional. Por fim, optou-se por fazer um recorte de alguns regimes jurídicos probatórios como forma de contextualizar a perspectiva do processo justo nos ordenamentos jurídico-penais (comum e militar). A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica.

2 O JUSTO E OS SISTEMAS PROCESSUAIS

Segundo o esquema projetado por Lawrence Kohlberg (*apud* MAIA, 2000, pp. 73-74), uma ação justa é aquela definida em termos de direitos individuais e de *standards* originalmente examinados e aprovados por toda a sociedade (orientação “contratual-legalista”). Por outro lado, em termos de “princípios éticos universais”, o “justo” é definido com base numa decisão da consciência, tomada de acordo com princípios éticos escolhidos autonomamente, que visam ser logicamente compreensíveis e dotados de universalidade e consistência.

Bastante emblemático o diálogo entre Chomsky e Foucault (FOUCAULT, 2003, p.121), no qual o primeiro destaca sobre a falta de condições de se criar um sistema jurídico ideal: “somos demasiadamente limitados e parciais”. Chomsky sinaliza sobre o dever de agir como seres sensíveis e responsáveis com o fim de imaginar uma sociedade e uma justiça melhores. Por outro lado, uma das preocupações mais latentes de Foucault sempre esteve centrada na problemática do sistema penal e a maneira pela qual a sociedade define o “bem e o mal”, o “permitido e o não permitido”, o “legal e o ilegal”; e de que forma ela exprime todas as infrações e todas as transgressões à lei.

O “justo”, considerando aqui o sentido de uma “ação justa” em nível pós-convencional, representa estágios de nível de consciência moral. Significa dizer que o conceito de legalidade e o de justiça não são idênticos nem totalmente distintos, uma vez que a legalidade engloba a justiça, no sentido de uma melhor justiça, tal como explica Maia (2000, pp. 73-74).

Em termos de Brasil, a pretensão de se alcançar um critério de igualdade, ou o modelo teórico de paridade de “armas”, inclusive processual, estabelecido pelo art. 5º da CRFB/1988 da Constituição democrática, tem contribuído para diminuir as assimetrias existentes. Ainda que, na prática, o tratamento dispensado pelo sistema de justiça criminal, especialmente aos

vulneráveis, passe ao largo desses direitos e garantias. Ademais, a igualdade que mencionamos não está relacionada a igualdades ou desigualdades exatamente aritméticas. Segundo Perelman (2002, p. 227), intervém, em princípio, a regra de justiça formal, que exige tratamento igual para aqueles que estão em situações essencialmente semelhantes. Impõe assim, aos que prestam serviço à justiça, especialmente aos juízes, certa uniformidade na aplicação do direito; e à acusação, as manifestações adequadas a cada caso concreto.

A ideia igualitária com nítidas nuances liberais procura sedimentar a proteção contra os abusos, a parcialidade e a arbitrariedade praticados por agentes do poder. Aquela isonomia que se relaciona ao aspecto do tratamento uniforme de todos os homens resultando em igualdade real e efetiva de todos (Duarte, 2003, p. 36)¹ é, por outro lado, concebida como igualdade material.

Pouco mais de quarenta anos depois da primeira Carta Republicana do Brasil, cuja população já apontava crescimento significativo, surgiria a Constituição de 1934, a partir de uma linguagem consubstanciada na chamada “democracia social” pressupondo que os órgãos e os institutos estariam voltados para atender o povo. À manutenção da federação e à divisão dos poderes se somavam as características desse novo governo, que incluía capítulos relativos à ordem econômica e social, à família, à educação e à cultura, à criação da justiça do trabalho e à admissão do voto feminino. Os Direitos e as Garantias Individuais (cap. II) foram estabelecidos no art. 113: “a lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta” (art. 113, § 24).

Por outro lado, na Constituição de 1937, outorgada pelo então presidente Getúlio Vargas, dentre os direitos e garantias individuais, o art. 122, IX dispunha que: “a instrução criminal será contraditória, asseguradas

¹ Cf. Britto (2014) *apud* Duarte (2003, p. 42, 43): Igualdade perante a lei e igualdade na lei. A “igualdade perante a lei”, segundo a autora, tem por destinatário exclusivo os aplicadores da lei, a igualdade há de ser observada especialmente pelo juiz, ao passo que a “igualdade na lei” está vinculada ao legislador.

antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa”; além de estabelecer que: “à exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente”. A Constituição de 1937, todavia, ampliou o poder de intervenção nos Estados; limitou o Poder Legislativo, o Ministério Público, cujo ápice foi marcado pelo fechamento do Congresso Nacional e todas as assembléias estaduais. O país viveu 15 anos de ditadura.

Em 1946, porém, novo diploma legal surgiria. A Constituição, considerada liberal, fez surgir o regime democrático. Os direitos e garantias foram acomodados em parágrafos específicos, notadamente aqueles relacionados aos direitos dos presos e dos acusados em geral, todos agora concentrados no art. 141, em que a garantia da plena defesa e a instrução contraditória foram, enfim, estabelecidas de maneira correspondente no parágrafo 25.²

Os três poderes voltaram a ser harmônicos e independentes entre si; o Ministério Público recebeu título inteiro na Constituição (art. 125); o direito de greve e a proteção do trabalhador do campo foram reconhecidos e protegidos. Diferente discurso, porém, começou a ser empregado a partir da Constituição Brasileira, de 1967, sob a égide da dominação militar, e muito antes de se tornar democrática, em 1988, embora prevendo alguns poucos direitos e garantias individuais, os recolhia agora topograficamente nos últimos dispositivos. Em seu artigo 153, resumia os direitos de todos os cidadãos em não mais do que trinta e cinco parágrafos.³ A ampla defesa, todavia, foi mantida no parágrafo 15: “A lei assegurará aos acusados ampla

² “É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. A instrução criminal será contraditória”.

³ Com a emenda constitucional nº 01 de 17 de outubro de 1969, o capítulo destinado aos Direitos e Garantias Individuais foi transplantado para o art. 153, cujo texto relativo à “ampla defesa” e à “instrução criminal contraditória” foi preservado.

defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem Tribunais de Exceção”. E, no parágrafo 16 do citado art. 150, ficava estabelecido que: “A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu”.

O Art. 5º caput da Constituição Brasileira de 1988, ao reconhecer a igualdade a todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos elencados em seus incisos, impõe aos legisladores e aos atores jurídicos públicos a observância e aplicação dos ditames ali contidos.

No contexto dos casos criminais, o processo justo se consubstancia garantindo aos acusados e aos imputados em geral um esmerado procedimento, assegurando o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (LV); conferindo a todos o direito de não ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (LVII); para além de outros direitos e garantias fundamentais que sustentam e laureiam o direito a um processo justo.

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), como fonte normativa internacional, a partir da jurisprudência emanada das cortes regionais de DH, deve ser utilizada como supedâneo interpretativo do direito nacional, sobretudo no âmbito do procedimento criminal, pois se mostram entrelaçados ao direito fundamental de defesa. Toda essa construção normativa de cunhagem internacional, explica Britto (2017, p. 164), proporcionou um corpo de jurisprudência de especial relevo. “A ascendente produção jurisprudencial emanada da Corte Interamericana ao longo dos últimos anos logrou alcançar um importante controle da arbitrariedade de governos e tribunais nacionais” (BRITTO, 2017, p. 164).

Nesse contexto, os procedimentos seguidos em uma audiência devem respeitar o princípio da “igualdade de armas”, que exige que todas as

partes de um processo tenham uma oportunidade razoável de apresentar suas teses sob condições que não as confundam com os objetivos da outra parte. As convenções regionais do mundo, conforme dito alhures, não expressam a literalidade do direito à igualdade, muito embora a igualdade perante os tribunais esteja abrangida pelo princípio geral da igualdade.

O Artigo 14.3.a do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, por exemplo, prevê que, na determinação de qualquer acusação criminal contra alguém, todos têm o direito de “ser informado prontamente e em detalhes em um idioma que a pessoa entenda sobre a natureza e a causa da acusação contra ela”. O artigo 6.3.a da Convenção Europeia tem redação semelhante, enquanto no artigo 8.2.b da Convenção Americana de Direitos Humanos, o acusado tem direito a notificação prévia detalhada das acusações contra ele.

A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos não contém nenhuma disposição expressa que garanta o direito de ser informado sobre acusações criminais contra si mesmo. No entanto, a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos considerou que as pessoas presas “devem ser informadas prontamente de quaisquer acusações contra elas”. No que diz respeito a uma pessoa detida, o Princípio 10 do Conjunto de Princípios para a proteção de todas as pessoas sob qualquer forma de detenção ou prisão fornece que o custodiado “deve ser prontamente informado de quaisquer acusações contra si”.

Excursionando ligeiramente sobre o sistema da Antiguidade para compreensão desse aporte aos sistemas de hoje, é de concordância entre os pesquisadores que o modelo de “processo penal” da Grécia e Roma republicana possuía uma estrutura essencialmente acusatória, por conta do caráter da acusação. As primeiras linhas do procedimento inquisitorial, contudo, são visualizadas na Roma imperial, onde os processos envolvendo os delitos públicos (em especial os de *lesa majestade*) se iniciavam de “ofício” (FERRAJOLI, 2002, p. 453, *apud* BRITTO, 2014). Com a

decadência do Império Romano, entretanto, o sistema acusatório retornou para sua condição original, mas inicialmente ainda com nuances do Juízo das Ordálias e os duelos judiciais, para então, em fins do século XII, alcançar os modelos da *disputatio* e do contraditório e, posteriormente, por meio do *adversary system*, desenvolver-se na Inglaterra e entre os povos anglo-saxões (*Idem*, p. 451).

Segundo Foucault (2003, p. 74), o inquérito que aparece no século XII reorganizou inteiramente todas as práticas judiciárias da Idade Média, da época clássica e até da época moderna. O modelo inquisitivo adotava, de forma vagarosa e progressiva, a estrutura processual de sigilo da dedução da acusação e da produção da prova testemunhal; a tortura passou a ser utilizada, tomando como pontos centrais as presunções e as confissões. No sistema inquisitivo, uma série de procedimentos de inquérito foi disseminada por toda Europa a partir do século XIII⁴. Nesse modelo, o inquirido era posto diante do juiz inquisidor como objeto de investigação. O interesse era destacar a ausência de comunicação entre o juiz e o acusado. No “processo penal” alemão comum, a persecução penal estabeleceu-se como uma prerrogativa do Estado, subtraindo do acusado toda e qualquer possibilidade de intervenção. Sua participação não era algo justificável e importante para a compreensão cênica do juiz (HASSEMER, 2005, p. 185). No sistema anglo-americano, por sua vez, o processo judicial misturava a pureza do acusatório com os elementos inquisitivos. A produção do feito nas mãos das partes (acusação e defesa) e o papel de árbitro endereçado ao juiz denotavam suas mais expressivas características (HASSEMER, 2005, p. 185). O modelo assumido de direito criminal cumpria um papel significativo nessa estrutura, como forma de hierarquia social, enfatizando-se a preservação da ordem pública (BRITTO, 2014, p. 184).

Para se alcançar um ‘acusatório puro’, no contexto do processo penal italiano nos anos 50, seria necessário um equilíbrio entre a acusação e a

⁴ Cf. Foucault (2012, pp. 72,73) e Ferrajoli (2002, p. 453); BRITTO (2014).

defesa, como fora observado por Carnelutti; algo muito distante da realidade judicial, dizia ele. A luta judicial penal travada entre juiz e imputado, e que marcou o caráter inquisitório tradicional, lembra o jurista italiano, baseava-se no empenho do juiz (sem limites) na busca de provas e razões. Essa tarefa de buscador dos elementos probatórios fazia do julgador o “inimigo do imputado”. Daí reconhecer a gravidade da injustiça nesse tipo de sistema, não tanto pela falta da acusação, ou pela inexistência de mediação entre juiz e imputado, mas, sobretudo, pela postura do magistrado na condição de investigador (CARNELUTTI, 2004, p. 217).

Na estrutura garantista do processo acusatório da atualidade, consubstanciado pelo contraditório, pela ampla defesa, pela presunção de inocência, pelo ‘direito ao silêncio’ e a ‘não autoincriminação’, dentre outros princípios fundamentais, a razão está em impedir violações das garantias processuais, afastar os abusos e proteger todo e qualquer cidadão do arbítrio do estado:

Essa concepção de direito a um processo justo, a despeito de figurar nos instrumentos internacionais, também constitui o núcleo essencial do Estado Democrático afirmado nas constituições nacionais dos países que têm por pressuposto garantir a democracia e a continuidade dela. O direito a um processo equitativo de inspiração humanística e fundado e positivado originalmente por correntes liberais advindas dos séculos remotos, constitui, portanto, o pressuposto dos direitos humanos. Assim, processo justo só pode ser aquele realmente revestido de práticas que respeitem essa inspiração jus- fundamentalista, cuja atividade central é a igualdade das partes, o direito à amplitude de defesa e o livre contraditório, à assistência criminal, pondo em exercício efetivo a via comunicacional no cenário processual criminal. (BRITTO, 2014, p. 163)

No campo da instrumentalidade das formas para se concluir que uma audiência é justa, por exemplo, será exigível um reconhecimento dos interesses do acusado, da vítima e de todos os envolvidos no caso penal.

Em termos de Brasil, é possível visualizar tratamentos diferenciados aos acusados em relação não só ao tipo penal, mas também a partir do seu

status social. Nos atos de depredação e vandalismo praticados nas dependências dos Três Poderes da República contra os bens e o patrimônio histórico do Brasil, no dia 08 de janeiro de 2023, a estrita observância e o cumprimento dos procedimentos legais e constitucionais, relacionados à captura dos envolvidos, às cautelares determinadas, às investigações empreendidas e aos processos, até o julgamento dos imputados, foram, por certo, fortemente reclamados. Afinal, vive-se em um Estado Democrático de Direitos, e o direito a um processo justo todos devem ter. Nesse bojo, no qual se imputam fatos e autorias, no “08 de janeiro”, diferentes pessoas, de *status* sociais bem diversos e qualificações variadas foram apanhadas, simultaneamente, pelo sistema. Pessoas que jamais pensaram em perder, mesmo que provisoriamente, o direito de ir e vir se viram entregues ao sistema. Experimentaram, dolorosamente, a convivência compactada em espaços compulsoriamente compartilhados. Alguns ou muitos deles desconsideravam, até então, direitos humanos para boa parcela da população. No âmbito das reflexões antropológicas/sociológicas, DaMatta (1997, p. 108) lembra que o sistema que ainda se reconhece no Brasil “é aquele que – até hoje – imuniza categorias sociais inteiras de acusações, havendo uma relação paradoxal ou negativa entre o cidadão e a lei e entre a lei e a possibilidade de retribuição social”.

Como se tem notícia, há décadas as entidades de defesa, no Brasil e em contexto internacional, têm denunciado sistematicamente as condições carcerárias (semelhantes às masmorras medievais) e as demais formas de cumprimento da pena (regimes semiaberto e aberto). O excesso no uso das prisões provisórias e o tipo de ressocialização que se alimenta no Brasil, por meio da execução da pena, são pautas reclamadas de diversas formas e há muito tempo. A massa carcerária e o volume de processos criminais têm recaído maciçamente em grupos de maior vulnerabilidade social e jurídica há anos:

No contexto das garantias processuais e da assistência jurídica, e insistindo na ministration dos dados entabulados pelo informativo do departamento penitenciário brasileiro (INFOPEN, julho, 2014), segundo demonstrou a pesquisa, 23% das pessoas presas não dispõem de uma sistemática assistência jurídica. A prestação jurídica em 63% dos estabelecimentos prisionais é realizada pela defensoria pública; enquanto 11% das unidades são socorridas juridicamente pela advocacia privada e por advogados conveniados/dativos. O irrisório quantitativo de 1% recebe ajuda de advocacia privada prestada por ONGs ou outras entidades sem fins lucrativos. O Estado mais crítico é o Rio Grande do Norte (77%), no qual não se contabiliza qualquer assistência jurídica aos presos pobres em suas unidades carcerárias, cuja população prisional estima-se em torno de 5.430 pessoas. Seguindo por estes números deploráveis, os estabelecimentos prisionais dos Estados de Alagoas (38%), Goiás (36 %) e Roraima (21 %) não dispõem de assistência jurídica para os detentos. Por outro lado, também não há informação sobre assistência jurídica prestada por entidades voluntárias no Estado do Rio de Janeiro e em quase todas as regiões do Brasil (excetuando os Estados do Ceará, Goiás, Minas Gerais, Pernambuco, Paraná, Rondônia, Roraima, Santa Catarina e o Distrito Federal, os quais totalizam 17 entidades jurídicas voluntárias). Segundo a Associação Nacional dos defensores públicos (ANADep), dos 8.489 cargos de defensor público criados no Brasil, apenas 5.054 estão providos (59,5%)⁵. O déficit total no Brasil, segundo a associação, é de 10.578 defensores públicos. Estima-se, portanto, que existam, atualmente, 5.294 defensores públicos distribuídos em 29 regiões no Brasil⁵ (BRITTO *et al.*, 2018)

Contudo, cidadãos, ainda que em diferentes condições humanas e materiais, estão amparados por uma mesma Constituição e estão submetidos aos mesmos mecanismos de repressão e punição. Estão obrigados a observar a norma, entretanto, o sistema não faz essa diferença. No contexto probatório e no levantamento de dados, Adorno relata as dificuldades para se obterem certas informações de processos:

“As provas técnicas constantemente estão sujeitas a erros e na maioria dos casos tudo está centrado em evidências e testemunhos orais, embora prevaleça, nos documentos, a lei

⁵ Fonte: IPEA. <http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/deficitdedefensores>. ANADep, 2013; IBGE, Censo 2010. 3<http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/defensoria-publica>.

do silêncio, bem como ao longo de um processo, que chega a durar até cinco anos, muitas testemunhas não são mais encontradas, o que acentua a produção de provas inconsistentes”. Não existe tampouco a previsibilidade esperada em sistemas de justiça que funcionam. “É muito comum se flagrarem retratos morais dos envolvidos, algo de natureza extrajudicial, usados pela defesa e pela acusação, tentando influenciar decisões e sentenças”. Também é comum a inversão do ônus da prova: pela lei brasileira, cabe ao Estado provar a culpa dos réus reunindo material sólido comprobatório. Muitas vezes, se atribui ao réu o ônus de provar sua inocência, mas ele não tem os mesmos recursos do Estado. A justiça da impunidade. Ineficiência da polícia e do Judiciário quebra crença nas instituições democráticas.⁶

Nesse diapasão, se de um lado figura o acusado, isto é, aquele que experimenta as relações de poder na condição de dominados (NASCIMENTO, 2004, p. 96) – em seu espaço de submissão, do outro está o antagonista (acusação), privilegiado em relação ao outro lado (acusado). Daí ser necessário e exponencialmente urgente dar efetividade aos preceitos assumidos na Carta democrática de 1988, aos direitos e garantias fundamentais ali contidos e em qualquer situação, porque é a partir dessa distribuição igualitária procedimental que se alcança uma proposta de processo justo. No âmbito do constitucionalismo contemporâneo, tratamentos diferenciados aos imputados não podem mais subsistir no cenário jurídico criminal.

⁶ <http://revistapesquisa.fapesp.br/2013/07/12/a-justica-da-impunidade/> FAPESP.
<https://www.ipea.gov.br/atlasestado/arquivos/artigos/3210-mapa-relatorio-digital.pdf>.
2019/2020. A presença das Defensorias Públicas estaduais e distrital no território pode ser analisada através da distribuição das defensoras e defensores pelas comarcas do país. Em 2019/2020, considerando as 2.7625 comarcas que compreendiam todo o território nacional – seja representando apenas um município, um conjunto de municípios ou ainda regiões do Distrito Federal – as Defensorias Públicas estaduais e distrital prestavam atendimento em cerca de 1.162 comarcas, ou 42% do total(...)
ADORNO, Sérgio. A justiça da impunidade: ineficiência da polícia e do Judiciário quebra crença nas instituições democráticas. FAPESP. Disponível em:
<http://revistapesquisa.fapesp.br/2013/07/12/a-justica-da-impunidade>.

3 O PROCESSO JUSTO NO QUADRANTE INTERNACIONAL

O desenvolvimento dos estamentos jurídicos de direitos e garantias, disparado com a Declaração de Virgínia de 1776, foi essencialmente importante para estruturar os dispositivos jurídicos, que, então positivados, transformam-se em Direitos Fundamentais. Mas não há dúvida de que a literatura humanista de Cesare Bonesana serviu de esteio para as demais Constituições e Cartas de Direitos. Os textos de Marquês de Beccaria antecederam à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, vinte e cinco anos antes de esta ser proclamada em 1789. Como se sabe, a Declaração americana foi influenciada pelo pensamento liberal, em que a questão a ser resolvida estava situada entre um monarca e a rede de relações funcionais da época. O repúdio ao absolutismo encartava o compêndio de direitos estatuídos no *Bill of Rights* e um novo estado teve de ser institucionalizado em um território que se tornara recentemente independente. Os cidadãos dessa nova América iniciaram um modo de vida de acordo com seus projetos institucionais, cabendo a Declaração de Virgínia (1776) formulá-los.

Na seção destinada aos procedimentos criminais, a Carta de Virgínia já enfatizava o direito de todo imputado exigir informação sobre a causa e a natureza de sua acusação, de ser confrontado com os seus acusadores e testemunhas e o direito de produzir e requerer provas a seu favor. O Direito a um processo público, a partir de um juízo competente e imparcial, também foi expressamente descrito no texto americano. Da mesma forma, deu-se relevo à vida e à liberdade de toda e qualquer pessoa acusada de uma infração penal, não podendo ser privada de sua liberdade, exceto pela lei do país ou pelo julgamento de seus pares. A Declaração de Virgínia deixou ainda consignado o direito a não autoincriminação, de não ser obrigado em qualquer processo criminal a depor contra si mesmo (*Cf. nor be compelled in any criminal proceeding to give evidence against himself*), nem ser

processado duas vezes pelo mesmo delito, devendo-se garantir o direito do acusado de recorrer a um Tribunal.

Na mesma toada e de forma absolutamente significativa, a Carta de Direitos contemplou, no processo criminal, a vítima dos delitos; devendo esta receber justiça, ser tratada com dignidade e respeito pelos oficiais e funcionários. Para além do direito de receber notificação tempestiva de processos judiciais, também o direito de ser avisada sobre a libertação ou fuga do imputado, antes ou depois da decretação.

Na França, segundo Villey (1975, p. 160, tradução livre), os objetivos descritos no Bill of Rights de 1789 “(art. 2º) se traduziria na conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do indivíduo”.⁷

No contexto francês, uma nova República teve que ser planejada, o antigo regime teve que ser redesenhado, enquanto o contexto concreto permanecia o mesmo. O Art. 1º da *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789, em que os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos, conservou os ditames, hoje universais, de liberdade, igualdade e fraternidade. O art. 6º da Declaração deixou consignado que a lei deve ser a mesma para todos; sendo iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades.

Considerado como o primeiro Documento de reconhecimento internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 explicitou, em 30 artigos, os direitos humanos e as liberdades fundamentais aplicáveis a todas as pessoas, em todos os lugares do mundo. Os Pactos normativos dos direitos civis e políticos e dos direitos econômicos sociais e culturais se sucederam, traduzindo os princípios encartados na Declaração da ONU.

⁷ Cf. [...] *les droits de l'homme sont précisément les droits subjectifs naturels. Le but de toute association politique, dit la Déclaration des droits de 1789 “(art. 2º) est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l’individu.*

A Convenção Europeia intitulou o “Processo equitativo” no seu art. 6º e ao conferir o direito de qualquer pessoa ter a sua causa examinada de forma justa e publicamente, em um prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela.

O Código de Processo Criminal francês, com sua redação alterada pela Lei nº 1729 de 22 de dezembro de 2021 – art. 3, por exemplo, também utilizou-se da expressão, registrando que o processo penal deve ser “justo” observando o contraditório e devendo-se preservar o equilíbrio dos direitos das partes⁸. Para os franceses, deve-se garantir a separação das autoridades encarregadas da ação pública e das autoridades de julgamento. Seguindo exatamente as pressuposições da Convenção Europeia, pessoas em condições semelhantes e processadas pelos mesmos crimes devem ser julgadas de acordo com as mesmas regras.⁹

A todo cidadão é reconhecido – textualmente – o direito a julgamento “justo”, célere e conforme a lei, nos termos expressos da Constituição Angolana. Embora a Convenção Africana dos Direitos humanos e dos povos não tenha utilizado expressamente a nomenclatura “processo justo” ou “processo equitativo”, tal como fez a Convenção Europeia. O art. 7º da Carta de Banjul pretendeu assegurar um processo justo dispondo que toda pessoa tem o direito de ter a sua causa apreciada e de ser julgada por um tribunal competente e por um prazo razoável; de poder recorrer aos tribunais nacionais contra qualquer ato que viole os direitos fundamentais; do direito à

⁸ Cf. *Le procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties.*

⁹ Em livre tradução. *Le procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties, CPPFRANCES 2022. Version en vigueur depuis le 01 mars 2022 Modifié par LOI n°2021-1729 du 22 décembre 2021 - art. 31.-La procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties. Elle doit garantir la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement. Les personnes se trouvant dans des conditions semblables et poursuivies pour les mêmes infractions doivent être jugées selon les mêmes règles.*

presunção de inocência até que a sua culpabilidade seja reconhecida; além do direito de defesa, incluindo o de ser assistido por um defensor de sua livre escolha.

Analisando ainda algumas constituições de nações africanas, observa-se que a Constituição Caboverdiana reconhece a necessidade de um “processo equitativo” declarando expressamente que as normas constitucionais e legais relativas aos direitos fundamentais devem ser interpretadas e integradas em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, garantindo a todos o direito de acesso à justiça e de obter, em prazo razoável, a tutela dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos. Cabo Verde optou por desenhar claramente os princípios do processo penal e nominá-los: a presunção de inocência, o contraditório, o direito de defesa, publicidade dos atos e juízo competente. A rubrica de que o processo criminal se subordina ao princípio do contraditório, o direito de audiência e de defesa em processo criminal é inviolável e será assegurado a todo o arguido está declarada na Constituição daquela Nação:

Após lograr sua independência, a primeira constituição da nação caboverdiana, aprovada em 1980, constituída de 96 artigos e revisada um anos depois, anunciava a intenção do legislador de trazer um novo modelo de organização política mais condizente com a nova envergadura de democracia pluralista. Os direitos fundamentais já declarados na primeira carta constitucional foram enaltecidos com a Constituinte de 1992. (BRITTO *et al.*, 2018)

A Constituição da República de Angola de 2010, por sua vez, confere expressamente aos detidos e aos presos o direito de só prestar declarações (quaisquer que sejam elas) após consultar um advogado. O direito ao silêncio ou de somente prestar declarações na presença de um advogado de sua escolha também não foram esquecidos pela Assembleia Constituinte Angolana (GORRILHAS; BRITTO, 2017).

Por outro lado, ainda em termos de Direito comparado entre Nações Africanas, a Constituição de Moçambique de 1990 introduziu e consagrou o

Estado de Direito Democrático, calcado na separação e interdependência dos poderes e no pluralismo, reafirmando e desenvolvendo o respeito e a garantia dos direitos e das liberdades fundamentais dos cidadãos moçambicanos. Contudo, embora tenha se preocupado em deixar explícito o compromisso de se interpretar os direitos fundamentais a partir dos preceitos constitucionais, integrados com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e a Carta Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, não declarou expressamente o direito a um “processo justo”, tal como fizeram as Constituições de Angola e de Cabo Verde. E fato, a Constituinte Moçambicana procurou, ainda que timidamente, sustentar os parâmetros do Estado de Direito e as bases para se alcançar um processo equitativo, porém, nem todas as garantias do processo criminal receberam tratamento textual.

4 O TEXTO LEGAL E A NARRATIVA DO “JUSTO”. ENTRE FACTICIDADE E A APLICAÇÃO DA NORMA PROCESSUAL (COMUM E MILITAR)

Dentro da análise legiferante e da dogmática e aplicação do direito, existem dois vieses a considerar: o primeiro repousa no campo fundamentalmente legislativo, ao passo que o segundo eco reverbera no ambiente do processual penal, na forma de aplicação de certos regimes jurídicos.

É fato que as normas jurídicas têm validade independentemente da lógica ou do senso comum; elas precisam ser observadas. Mas, mais do que isso, tais regramentos precisam estar amparados e estruturados na construção história das Constituições. Estudando o abuso do poder de legislar no Brasil, Nascimento (2004, p. 224) fornece exemplos do descontrole legislativo ocorrido nas últimas décadas na esfera penal, inclusive realizado por meio de medidas provisórias, embora, até então, diz o autor, houvesse certo consenso na doutrina pela impossibilidade do emprego desse tipo de medida para dispor sobre matéria penal.

Neste aspecto, passados quase 35 anos da existência da Constituinte Brasileira, o sistema jurídico – comum e militar – ainda trabalha com dois textos legislativos (Código de Processo Penal comum e militar) que remontam as décadas de 40 e 60, respectivamente. Para além de outras normas jurídicas de extrema relevância, e a despeito de pequenas e tímidas alterações, ambas mantêm em seu bojo diversos dispositivos incongruentes e desarmônicos. Se por um lado, não há esforço de legisladores pela reforma integral do código de processo penal comum (1941), bem como do processo penal militar (1969), por outro, observamos, na prática, inúmeras distorções praticadas pelos órgãos de justiça criminal.

Na seara jurídico militar, Gorrilhas e Britto (2017) observam que os atores jurídicos que atuam nesse âmbito não possuem um uníssono paradigma jurisprudencial para nortear suas manifestações processuais nas questões que envolvem competência penal, por exemplo. E neste passo, as divergências nas interpretações provenientes dos Tribunais Superiores e as mudanças sistemáticas no contexto interpretativo sobre casos similares levados a julgamento, dizem os autores, têm levado a comunidade jurídica a críticas variadas.

Nesse diapasão, dispositivos legais que desnaturam a percepção de um processo justo, quando aplicados sem uma “oxigenação constitucional”, podem ser observados em diferentes códigos de estrutura penal/processual. Entretanto, em razão do alongado articulado, optamos por selecionar três questões situacionais que servem de base para compreensão dos sentidos, as quais têm sido objeto de manifestações judiciais ante a omissão legislativa em dar novo tratamento aos regimes jurídicos processuais: reconhecimento de pessoa, interrogatório do acusado e a questão da formulação de perguntas pelo juiz.

4.1 O reconhecimento de pessoas

No Brasil, há décadas, o racismo estrutural tem sido objeto de denúncias e manifestações de todos os tipos e dimensões. No âmbito do processo criminal, tudo isso é largamente ressaltado.

As marcas da seletividade e do racismo estrutural do sistema de justiça criminal ficam mais proeminentes quando analisamos os dados levantados pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, em âmbito nacional:

(i) em 60% dos casos de reconhecimento fotográfico equivocado em sede policial houve a decretação da prisão preventiva e, em média, o tempo de prisão foi de 281 dias, ou seja, aproximadamente 9 meses, e que (ii) em 83% dos casos de reconhecimento equivocado as pessoas apontadas eram negras". (...) (Resolução 484/22/CNJ)

Em razão da omissão legislativa para levar a cabo um novo Código de Processo Penal mais ajustado às requisições constitucionais, o Conselho Nacional de Justiça, buscando superar falhas no reconhecimento de pessoas, por meio da Resolução 484 de 19 de dezembro de 2022, estabeleceu balizas para a espécie probatória prevista no art. 226 do CPP, cuja redação tem 82 anos.

O fato gerador, constituído pela inação das Casas legislativas do Congresso Nacional em envidar esforços para uma reforma processual criminal condizente com a envergadura democrática, produz uma enormidade de decisões judiciais e manifestações díspares.

Observe-se, por exemplo, que a 5ª turma do STJ, no AgRg no HC 647.878/SP, julgado em 08 de junho de 2021, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, validava o reconhecimento fotográfico, ainda que sem reconhecimento pessoal em juízo, quando amparados por outros elementos.

Já a 6ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, no HC/SC 729.802/2022, firmara entendimento sobre a matéria, tornando inválido o reconhecimento de suspeito, não podendo ser usado para fundamentar eventual condenação, mesmo se confirmado em juízo, por causa dos efeitos e dos riscos de falha, quando descumprido o procedimento descrito no artigo 226 do Código de Processo Penal.

Para além de outras e tantas decisões e manifestações acerca da matéria, muitas delas condenando injustamente pessoas inocentes, o CNJ decidiu parametrizar a coleta de provas a partir da adoção de: “procedimentos probatórios construídos à luz das evidências científicas e das regras do devido processo legal, que não constituam fator de incremento da seletividade penal e do racismo estrutural” (CNJ, Res., 2022).

Nesse compasso, a Resolução 484 de 19 de dezembro de 2022, expedida pelo Conselho Nacional de Justiça, para além de reconhecer a natureza de prova irrepetível, realizada uma vez, consideradas as necessidades da investigação e da instrução processual, assim como os direitos à ampla defesa e ao contraditório, enalteceu o direito de toda pessoa constituir defensor para acompanhar o procedimento de reconhecimento pessoal ou fotográfico.

Diferentemente do que prevê o CPP (comum), o documento dispõe que a pessoa investigada ou processada deve ser apresentada para o procedimento com, no mínimo, outras 4 (quatro) pessoas que não estejam relacionadas ao fato investigado, que atendam igualmente à descrição dada pela vítima ou testemunha às características da pessoa investigada ou processada.

A Resolução destaca ainda que:

[...] o reconhecimento será precedido de entrevista prévia com etapas bem definidas, sobretudo em relação “autodeclaração da vítima, da testemunha e das pessoas investigadas ou processadas pelo crime sobre a sua raça/cor, bem como heteroidentificação da vítima e testemunha em

relação à raça/cor das pessoas investigadas ou processadas”.
(CNJ, 2022)

No campo do Código de Processo Penal Militar, o reconhecimento de pessoa e coisa está previsto no art. 368 e suas alíneas A, B e C, e seus parágrafos 1º e 2º. A redação, embora bem mais concisa, é similar ao Código de Processo Penal comum (1941). Diz o texto castrense que:

[...] quando houver necessidade de se fazer o reconhecimento de pessoa, o procedimento a ser adotado, de uma forma geral, é no sentido de convidar a pessoa que tiver que fazer o reconhecimento a descrever a pessoa que deva ser reconhecida, e a pessoa cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se a apontá-la.

Como se observa, ambos os textos legais (CPP comum e militar) deixam ao alvedrio do sistema legal a possibilidade (ou não) de a pessoa, “cujo reconhecimento se pretender, ser colocada ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança”; silenciado em relação ao quantitativo de pessoas que deva ser colocada ao lado do imputado.

Contudo, com a Resolução 484/2022 (CNJ), estabelecendo diretrizes para a realização do reconhecimento de pessoas em procedimentos criminais e sua avaliação no âmbito do Poder Judiciário, o art. 368 do CPPM deve ser interpretado sob essa nova perspectiva, a fim de garantir a todos um procedimento justo e conferir segurança jurídica em todos os níveis do sistema de justiça criminal.

4.2 Interrogatório do acusado

A questão do interrogatório do acusado nos procedimentos criminais não é nova, mas merece (re)afirmações. Anterior à reforma relacionada aos ritos processuais no Código de Processo Penal comum, as declarações do acusado eram tomadas no início do procedimento. Por outro lado, o Código de Processo Penal militar dispõe (art. 302) que o acusado

“será qualificado e interrogado num só ato, no lugar, dia e hora designados pelo juiz, após o recebimento da denúncia; e, se presente à instrução criminal ou preso, antes de ouvidas as testemunhas”. Às partes, segundo o parágrafo do mesmo artigo, somente caberiam levantar questões de ordem. A Lei 11.343/06 (“Lei de Drogas”) prevê que, na audiência de instrução e julgamento, o interrogatório do acusado será realizado antes da prova testemunhal.

Entretanto, seguindo a esteira interpretativa do processo justo, o STF firmou entendimento de que a realização de interrogatório do acusado ao final da instrução criminal, prevista no art. 400 do Código de Processo Penal (CPP), na redação dada pela Lei 11.719/20081, aplica-se ao processo penal militar, ao processo penal eleitoral e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial. Para a Corte, o art. 400 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei 11.719/2008, é prática benéfica à defesa, devendo prevalecer nas ações penais em trâmite perante a Justiça Militar, em detrimento do previsto no art. 302 do Decreto-Lei 1.002/69, como corolário da máxima efetividade das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (CRFB, art. 5º, LV), dimensões elementares do devido processo legal (CRFB, art. 5º LIV):

O interrogatório judicial, após o advento da Lei 10.792/2003, é expressão instrumental do próprio direito de defesa do acusado. Representa meio viabilizador do exercício das prerrogativas constitucionais da plenitude de defesa e do contraditório, ainda que passível de ser considerado, mesmo em perspectiva secundária, como fonte de prova, em face dos elementos de informação que dele emergem. HC 127.900 rel. min. Dias Toffoli Plenário DJE de 3-8-2016. Informativo STF 816.

Isso porque, é de sabença que o interrogatório do acusado, para além de figurar como “meio de prova”, previsto nos títulos e respectivos capítulos de ambos os códigos processuais, é, indiscutivelmente, condição típica de ato processual no qual se exprime a autodefesa, corolário do Princípio

Constitucional da Ampla Defesa (art. 5º LV, CRFB/88) e presente no artigo 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH)), como nas demais declarações e convenções internacionais de direitos humanos.

Ainda nessa linha, o art. 303 CPPM estabelece que o interrogatório seja feito obrigatoriamente pelo juiz, não sendo nele permitida a intervenção de qualquer pessoa. Como se observa, a macróbica redação potencializa o modelo inquisitorial ao deixar nas mãos do juiz, não só controle das perguntas ao acusado, mas notadamente quando não permite a intervenção de qualquer pessoa. Nesse compasso, é de se enfatizar que, no sistema acusatório cada personagem processual (*actus trium personarum*) carrega a responsabilidade de atuar e de sustentar suas posições no processo, de acordo com o que dispõe a Constituição Brasileira. O sistema acusatório impõe que o magistrado deve ficar distante na busca da prova. As partes devem atuar para entregar ao julgador material suficiente para que, dentro do acervo colhido, ele encontre argumentos robustos para julgar com serenidade. Como assente nos mundos, é a acusação quem deve demonstrar, com todas as circunstâncias jurídicas, o fato criminoso, com o fito de ilidir as perspectivas defensivas.¹⁰ Trata-se de uma cristalina decorrência do Princípio Constitucional da Presunção de Inocência (LVII do art. 5º da CRFB/88), que sob a ótica do constitucionalismo liberal e democrático da Carta de 1988, vem atestar sua efetiva e necessária aplicabilidade em toda a sua dimensão.

Para Nascimento (2007, p. 863), porém, a gestão da prova num sistema *adversarial* puro, totalmente dependente da atividade das partes, com juiz passivo, não é garantia de um resultado mais justo. “Não há uma relação

¹⁰ Não se pode pretender, por outro lado, empregar analogia do processo civil como forma de se inverter o ônus probante. Cf.: Mittermaier (1997, pp. 56-58): “As analogias do processo civil ainda fizeram considerar as justificações dadas pelo acusado, com relação a circunstâncias de fato a si favoráveis, como verdadeiras exceções, cuja prova lhe incumbe. Porém é este um dos raciocínios mais falsos e perigosos. [...] A confusão que a este respeito reina no direito civil, encontramos-la no direito criminal. [...] Ora, embora restrita a um pequeno número de casos, esta opinião é insustentável com referência ao processo criminal”.

necessária entre quem adota a iniciativa da prova e a quem a prova aproveita”.

Registra-se a manifestação de Prado (2014, p. 42) sobre a condição ativa e não apenas reativa da defesa, dentro do modelo acusatório. Citando Benavente Chorres e Leonardo Holman, Prado (*idem*) destaca que a eficácia das garantias depende de um defensor que não fique na dependência das providências adotadas pelo Ministério Público; as quais a preparação, a seleção, e a produção de informações são medidas cabíveis e exigíveis ao defensor num processo penal de viés acusatório.

4.3 Perguntas por intermédio do juiz?

Outra situação que nos remete à contramão da perspectiva de um processo justo é aquela que se refere às perguntas por intermédio do juiz.

Nos termos contidos no CPPM, “a acusação e a defesa devem formular suas perguntas por intermédio do juiz togado”¹¹, porque, de acordo com o que dispõe o 418 do mesmo estatuto processual militar, “as testemunhas serão inquiridas pelo juiz auditor¹² e, por intermédio deste, pelos juízes militares, procurador, assistentes e advogados”. A legislação processual castrense ainda mantém seu rito procedimental no modelo tradicional, com nuances inquisitoriais. Estabelece que o magistrado – privativamente – deve conduzir os trabalhos de coleta de prova.

O próprio art. 303 CPPM, como esclarecido acima, prevê o interrogatório feito obrigatoriamente pelo juiz, não sendo nele permitida a intervenção de qualquer pessoa. Ambos os comandos, portanto, enfatizam a atuação do magistrado na condução dos trabalhos probatórios.

¹¹ A composição das Auditorias e dos Conselhos de Justiça Militar é estabelecida no Capítulo III, seções I e II (Arts. 15, 16, 17 e seguintes da Lei 8.457/92). Os conselhos são formados por juízes militares e por um juiz civil. Este último, togado.

¹² Designação atual: Juiz Federal da Justiça Militar.

Em julgado proveniente da 16ª Câmara Criminal de São Paulo¹³, o Tribunal entendeu em anular o processo porque o juiz atuou como “protagonista” na produção probatória, formulando todas as perguntas ao acusado, violando assim o modelo acusatório. **“O juiz praticamente esgotou a colheita das provas. A forma como o juiz inquiriu os depoentes, portanto, demonstrou ingerência no papel que é próprio das partes, sobretudo da acusação”** (TJSP, 2022, p. 17, grifo do autor).

Como assente nos mundos a função principal do magistrado dentro do princípio acusatório é o de assegurar condições efetivas para que os participantes do diálogo jurídico coloquem em prática os ideais inscritos na Constituição (reafirmando as bases do contraditório, ampla defesa e do devido processo legal). Assim, não é crível que o juiz participe dos trabalhos de coleta de prova, cuja tarefa – no sistema acusatório – recai sobre as partes, tomando o caminho último da racionalidade, e decidir conforme sua conveniência e discricionariedade (BRITTO, 2014).

No âmbito do processo criminal comum, ainda quanto ao respeito à produção de prova e à atuação do juiz, Rosa (2020) enfatiza que: (a) quem pergunta são as partes; (b) se o juiz pergunta, substitui as partes; e (c) o artigo 3º do CPP proíbe que o juiz substitua a atividade probatória das partes¹⁴. O princípio acusatório representa, como dito alhures, a garantia primordial que se revela a partir da efetividade do processo como instrumento de jurisdição (HASSEMER, 1984, pp. 169, 170).

Na prática jurídica castrense, a despeito de existirem juízes que mantêm essa linha vetusta do código de 1969, por outro lado, tantos outros atores públicos estão especialmente ajustando o rito de modo a possibilitar que as partes (acusação e defesa) elaborem as perguntas diretamente para as

¹³ Ap. Crim. TJSP. 1500489-82.2021.8.26.0274.

¹⁴ Cf. “Todo o Juiz que produz prova de ofício trata o Ministério Público com incapaz, inimputável ou dispensável”. LOPES JR, Amaury; ROSA, Alexandre Moraes da. A “estrutura acusatória” atacada pelo MSI - Movimento Sabotagem Inquisitória. *Conjur*, 3 jan. 2020. Disponível em: conjur.com.br/2020-jan-03/limite-penal-estrutura-acusatoria-atacada-msi-movimento-sabotagem-inquisitoria#m 2020. Acesso em: 28 abr. 2023.

testemunhas, com vistas a adequar o processo criminal ao padrão acusatório, em que pese a narrativa legal castrense permanecer sem a devida “oxigenação constitucional”.

5 CONCLUSÃO

Não há dúvida de que, na formação de todo e qualquer processo criminal, diversos e diferentes fatores surgem, seja por ausência de norma legal mais consentânea com os direitos e garantias fundamentais estampados no art. 5º da Constituinte Brasileira de 1988, seja pela atuação das partes, seja em decorrência do (des)aparelhamento estatal, seja pelos diferentes mecanismos instrutórios do sistema de justiça criminal ou juízos discricionários. A partir de todas essas nuances, as respostas e as consequências poderão tomar caminhos também diversos. Os princípios que laureiam a ideia do “justo”, declarados fortemente na Constituição Brasileira, são compreendidos como normas-princípios (de aplicação cogente), devendo, por isso mesmo, serem aplicadas em todos os casos, e não somente em situações excepcionais ou de acordo com o acusado ou a partir da esfera penal ou da matéria penal a ser tratada. O corpo normativo internacional, oriundo dos sistemas estabelecidos pela Convenção interamericana de Direitos Humanos, Convenção Europeia de Direitos Humanos e Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, o que abrange a jurisprudência das cortes regionais, são cânones interpretativos, inspirações necessárias que valorizam e abastecem sobremaneira o modelo processual penal, seja no âmbito comum ou militar.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. *A justiça da impunidade: ineficiência da polícia e do Judiciário quebra crença nas instituições democráticas*. FAPESP. 2013.

Disponível em: <http://revistapesquisa.fapesp.br/2013/07/12/a-justica-da-impunidade>. Acesso em: 28 abr. 2023.

BRASIL. *Constituição Federal de 1934*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 9 maio 2023.

BRASIL. *Constituição Federal de 1937*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 9 maio 2023.

BRASIL. *Constituição Federal de 1946*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 9 maio 2023.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 9 maio 2023.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969*. Código Penal Militar. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm. Acesso em: 9 maio 2023.

BRITTO, Cláudia Aguiar Silva. Dos totens às vestes talares: os atores processuais (des)conhecem o que é democracia? *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 15, n. 1, p. 174-192, abr. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15 n1p. 174. ISSN: 1980-511X.

BRITTO, Cláudia Aguiar Silva. O direito à assistência criminal nos países lusófonos. In: *O Alcance dos direitos humanos nos Estados Lusófonos* [recurso eletrônico] / organizadores, Maria Elisabeth Rocha, Marli M. Moraes da Costa, Ricardo Hermany. 1. ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2017.

BRITTO, Cláudia Aguiar Silva. *Processo penal comunicativo*. Comunicação processual à luz da filosofia de Jurgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2014.

BRITTO, Cláudia Aguiar Silva *et al.* As entidades de defesa penal e a perspectiva humanitária. Breve excuroso sobre o projeto de assistência jurídica criminal. *Revista da JOPIC*, v. 1, n. 2, 2018. Disponível em:

<https://www.unifeso.edu.br/revista/index.php/jopic/article/view/885>. Acesso em: 24 abr. 2023.

CARNELUTTI, F. *As funções do processo penal*. Trad. Rolando Maria da Luz. Curitiba: Apta, 2004.

CNJ (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA). Resolução n. 484, de 19 de dezembro de 2022. Disponível em:

<https://atos.cnj.jus.br/files/original2118372022122763ab612da6997.pdf> .

Acesso em: 9 maio 2023.

DaMATTA, *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

DUARTE, Fernanda Lopes Lucas da Silva. *Princípio constitucional da igualdade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão – teoria do garantismo penal*. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes (trad.). São Paulo: RT, 2002. p. 486, item n. 2.)

FOUCAULT, Michel. Um problema que me interessa há muito tempo é o do sistema penal. Entrevista com J. Hafsia. I apresse de Tunisie, 12 agosto de 1971 p. 3. In: *Estratégia, poder-saber*. Trad. Vera Lúcia A. Ribeiro, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GORRILHAS, Luciano; BRITTO, Cláudia Aguiar. A insegurança jurídica gerada pelas diversidades de interpretações dadas pelos tribunais em relação à competência da Justiça Militar. Uma abordagem interdisciplinar. *Revista do Ministério Público Militar*, ed. 27, 2017. Disponível em:

<https://revista.mpm.mp.br/artigo/artigos-ineditos-a-inseguranca-juridica-gerada-pelas-diversidades-de-interpretacoes-dadas-pelos-tribunais-em-relacao-a-competencia-da-justica-militar-uma-abordagem-interdisciplinar/>.

Acesso em: 24 abr. 2023.

GORRILHAS, Luciano; BRITTO, Cláudia Aguiar. *A Investigação nos crimes militares*. RS: Nuria Fabris, 2021.

HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Barcelona: Bosch, 1984.

HASSEMER, *Introdução aos fundamentos do direito penal. (Einführung in die Grundlagen des Strafrechts)*. Trad. 2. ed. alemã, revis. e ampl., de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre/RS: Sérgio Antônio Fabris, 2005.

IPEA. *II Mapa das Defensorias Públicas Estaduais e Distrital 2019/2020*. Brasília/Rio de Janeiro, agosto de 2021. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasestado/arquivos/artigos/3210-mapa-relatorio-digital.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2023.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. A “estrutura acusatória” atacada pelo MSI – Movimento Sabotagem Inquisitória. *Conjur*, 3 jan. 2020. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-03/limite-penal-estrutura-acusatoria-atacada-msi-movimento-sabotagem-inquisitoria>. Acesso em: 24 abr. 2023.

MAIA, Antonio Cavalcanti. Direitos humanos e a teoria do discurso do direito e da democracia. In: MELLO, Celso de Albuquerque; TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Arquivo de direitos humanos*. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 03-80.

MINISTÈRE DE LA JUSTICE. *Le droit à un procès équitable*. 1 jul. 2002. Disponível em : <https://www.justice.gouv.fr/organisation-de-la-justice-10031/les-fondements-et-principes-10032/le-droit-a-un-proces-equitable-10027.html>. Acesso em: 24 abr. 2023.

MIRZA, Flávio. Processo justo: o ônus da prova à luz dos princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*. Rio de Janeiro: REDP (UERJ). Ano 4 – v. 5, 2010.

NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. *Abuso do poder de legislar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. A constitucionalização do processo penal: reinterpretação do processo penal a partir do princípio democrático. In: SOUZA, Cláudio Pereira Neto de; SARMENTO, Daniel Sarmento. *Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 857-878.

ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA. *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*. Aprovada pela Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana (OUA) em Banjul, Gâmbia, em janeiro de 1981, e adotada pela XVIII Assembléia dos Chefes de Estado e Governo da Organização da Unidade Africana (OUA) em Nairóbi, Quênia, em 27 de julho de 1981. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/banjul.htm>. Acesso em: 24 abr. 2023.

PEREIRA, Frederico Valdez. *Fundamentos do justo*. Processo Penal convencional. SP: D Plácido, 2020.

PERELMAN, Chaïm. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PERELMAN, Chaïm. *Tratado da argumentação*. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. Madrid: Marcial Pina, 2014.

STF (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL). *HC 127.900/AM*. 03/03/2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1237484558/inteiro-teor-1237484572>. Acesso em: 9 maio 2023.

STF (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL). *HC 647.878/SP*, julgado em 8 jun. 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11451173>. Acesso em: 9 maio 2023.

TJSP (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO). *Apelação Criminal 1500489-82.2021.8.26.0274*. Voto nº 5947. Registro: 2022.0000964720, São Paulo, 24 de novembro de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/audiencia-juiz-perguntas.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2023.

VILLEY, Michel. *Philosophie du droit: definition set fins du droit*. Paris: Dalloz, 1975.

As relações de cooperação jurídica internacional no combate às práticas de cibercrimes

Tharynne Marcela Barbosa Calixto

Curso superior em Direito pela Universidade de Santo Amaro.
Estagiária na Zukerman Leilões atuando na Justiça Expressa do Fórum Central Cível João Mendes Jr.
ORCID: 0009-0007-0739-5999
CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1182543276948251>
E-mail: tharynnecalixto@hotmail.com

Revisores: Antonio Carlos Gomes Facuri (ORCID: 0009-0006-8038-8288; e-mail: antonio.facuri@mpm.mp.br)
Fernando Hugo Miranda Teles (e-mail: fernando.teles@mpm.mp.br)

Data de recebimento: 04/04/2023

Data de aceitação: 04/05/2023

Data da publicação: 30/05/2023

RESUMO: Com o desenvolvimento tecnológico e a evolução da sociedade em relação aos dispositivos eletrônicos, a *internet* e as redes sociais tornaram-se algumas das principais ferramentas para as práticas de crimes. Nesse contexto, o presente artigo visa realizar uma análise do sistema penal e as relações de cooperações jurídicas internacionais para o combate às práticas de delitos virtuais, pois muitas vezes esses delitos são cometidos por indivíduos ou organizações que estão localizados em diferentes países. Nessa perspectiva global, como pressuposto, avaliam-se os meios investigativos para lidar com os desafios que surgem com o desenvolvimento tecnológico e sua expansão global, discutindo a importância do intercâmbio de informações e experiências entre os países, bem como os desafios que essa cooperação enfrenta. Para isso, foi realizada revisão bibliográfica de estudos sobre o tema. Concluiu-se ser necessário que as iniciativas internacionais sejam

fortalecidas e implementadas de forma efetiva, para que a cooperação jurídica internacional no combate aos crimes virtuais possa ser eficaz. Todos os envolvidos, desde os governos até as empresas da área tecnológica, devem trabalhar juntos para garantir que a internet seja um ambiente seguro para todos os usuários.

PALAVRAS-CHAVE: cibercrimes; relações jurídicas internacionais; internet.

ENGLISH

TITLE: International legal cooperation relations in combating cybercrime practices.

ABSTRACT: Due to technological development and the evolution of society in relation to electronic devices, the internet and social networks have become some of the main tools for the practice of crimes. In this context, this article aims to carry out an analysis of the penal system and the relationships of international legal cooperation to combat the practices of virtual crimes, as these crimes are often committed by individuals or organizations that are located in different countries. In this global perspective, as an assumption, the investigative means to deal with the challenges that arise with technological development and its global expansion are evaluated, discussing the importance of the exchange of information and experiences between countries, as well as the challenges that this cooperation faces. For this, a bibliographical review of studies on the subject was carried out. It was concluded that international initiatives need to be strengthened and effectively implemented, so that international legal cooperation in the fight against virtual crimes can be effective. All stakeholders, from governments to technology companies, must work together to ensure the Internet is a safe and secure environment for all users.

KEYWORDS: cybercrimes; international legal relations; internet.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 A Importância da cooperação jurídica no combate ao cibercrime – 3 Os desafios do direito internacional penal nos crimes virtuais – 4 Iniciativas internacionais para promover a cooperação jurídica internacional – 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo a demonstração de uma análise acerca das dificuldades enfrentadas pelos operadores do Direito ao deparar-se com o aumento do uso da *internet*, pois diversas atividades criminosas têm sido realizadas de forma virtual, como fraudes, invasões de sistemas, roubo de dados pessoais e financeiros, entre outros. Essa prática de cibercrimes é realizada por indivíduos ou grupos que estão em diferentes países, o que torna o combate a esse tipo de crime um desafio para as autoridades.

No Capítulo 2 do presente trabalho, buscar-se-á definir a importância da cooperação internacional na esfera penal. Nesse sentido, a cooperação jurídica internacional torna-se fundamental para o combate aos crimes virtuais, pois permite aos países trabalhem juntos para identificar, prevenir e punir responsáveis por essas práticas. Por meio da cooperação, é possível compartilhar informações, experiências e técnicas para investigação e análise de crimes eletrônicos.

O Capítulo 3, no entanto, apresenta as dificuldades e desafios do Direito Internacional Penal no que tange à cooperação jurídica internacional, uma vez que esta também enfrenta desafios como divergências entre os sistemas jurídicos dos países envolvidos e a falta de harmonização das leis em relação aos crimes cometidos na *internet*.

Por último, o capítulo 4 visa apresentar as iniciativas internacionais para promover ainda mais as relações jurídicas entre Estados para combater as práticas de cibercrimes.

Para desenvolver o presente trabalho, buscou-se realizar um contexto geral acerca do Direito Penal Internacional, em que serão adotadas fontes legais, doutrinárias e jurisprudenciais.

Por fim, buscou-se, alertar sobre a necessidade de intercâmbio de informações e a necessidade de experiência entre os países para superar as dificuldades por meio de iniciativas internacionais e da conscientização social.

2 A IMPORTÂNCIA DA COOPERAÇÃO JURÍDICA NO COMBATE AO CIBERCRIME

Os crimes na *internet* têm-se tornado cada vez mais corriqueiros e complexos, sendo realizados por indivíduos em diversas localizações ao redor do mundo. Com isso, é de tamanha importância a cooperação internacional entre países para o combate dessas práticas.

A cooperação jurídica internacional consiste no intercâmbio de informações e experiências entre países, a fim de que possam trabalhar juntos para investigar, processar e julgar os crimes que ocorrem na *internet*. Essa cooperação envolve desde a troca de informações entre as autoridades policiais e judiciárias, até a extradição de suspeitos para julgamento em outro país.

Sem a cooperação internacional, muitas vezes os criminosos ficam impunes, uma vez que podem se esconder em países que não possuem acordos de cooperação com o país no qual o respectivo crime foi cometido. Além disso, a cooperação permite que os países aprendam uns com os outros, a fim de aprimorar suas técnicas de investigação e punição de crimes na *internet*.

O auxílio jurídico internacional também é importante para garantir a proteção dos direitos humanos no combate ao cibercrime. Na *internet*, muitos crimes envolvem violações de direitos humanos, como a disseminação de conteúdo racista, sexista, homofóbico ou xenofóbico. Por isso, é fundamental que haja um diálogo entre os países para garantir a punição desses crimes e proteção aos direitos humanos.

Além, disso, a cooperação internacional no combate aos cibercrimes é importante para garantir a segurança e a estabilidade da *internet*. Muitos crimes na *internet*, como os ataques cibernéticos, podem afetar a infraestrutura da *internet* e comprometer a segurança de dados pessoais e empresariais. Por isso, é fundamental que haja auxílio internacional para investigação e punibilidade desses delitos para garantir a estabilidade da *internet* como um todo.

3 OS DESAFIOS DO DIREITO INTERNACIONAL PENAL NOS CRIMES VIRTUAIS

Os crimes virtuais apresentam uma série de desafios para o Direito Internacional Penal, uma vez que muitos desses crimes ocorrem em uma dimensão virtual e transnacional, dificultando a aplicação das leis e a punição dos criminosos. Neste capítulo, abordaremos alguns dos principais desafios enfrentados pelo direito internacional nos crimes virtuais.

Um dos principais desafios é a dificuldade de identificação dos criminosos. Os crimes virtuais podem ser realizados por meio de técnicas de anonimização, dificultando a identificação do autor do crime. Além disso, muitas vezes os criminosos utilizam técnicas de *hacking* e *phishing*, invadindo sistemas e roubando informações de usuários, o que dificulta ainda mais a identificação do criminoso.

Outro desafio é a falta de harmonização das leis entre os países. Os crimes virtuais podem ser cometidos a partir de qualquer lugar do mundo, o que significa que muitas vezes os crimes são investigados e julgados em

países diferentes. No entanto, as leis podem variar de país para país, o que pode levar a uma falta de harmonização e a dificuldade na cooperação internacional.

A jurisdição também é um desafio importante. Os cibercrimes podem ser cometidos a partir de qualquer lugar do mundo, o que pode levar a conflitos de jurisdição entre países. Além disso, muitos países não possuem leis específicas a cerca dos crimes praticados na *internet*, o que pode dificultar a aplicação da lei em casos de crimes nesse ambiente.

A dificuldade na obtenção de provas é outro desafio importante, muitas vezes as provas dos crimes virtuais estão armazenadas em servidores localizados em outros países, o que pode dificultar o acesso e a coleta dessas provas. Além disso, muitas das provas são eletrônicas, o que requer técnicas e equipamentos específicos para sua coleta e análise.

Por fim, a falta de recursos e capacitação das autoridades policiais e judiciárias é um desafio importante. A investigação e punição dos crimes virtuais requerem um alto grau de especialização e recursos tecnológicos específicos, o que muitas vezes não está disponível para as autoridades policiais e judiciárias. Além disso, muitas vezes falta uma capacitação adequada para lidar com os desafios específicos dos crimes virtuais.

Em resumo, o Direito Internacional Penal enfrenta uma série de desafios no combate aos crimes virtuais, incluindo a dificuldade de identificação dos criminosos, a falta de harmonização das leis entre os países, conflitos de jurisdição, a dificuldade de coleta de provas e a falta de recurso e capacitação das autoridades judiciárias e policiais. Para enfrentar esses desafios, é necessária uma cooperação internacional efetiva, bem como o desenvolvimento de leis e tecnologias específicas para o combate aos crimes virtuais.

4 INICIATIVAS INTERNACIONAIS PARA PROMOVER A COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

A cooperação jurídica internacional é essencial para o combate à prática de crimes virtuais, mas muitas vezes a falta de harmonização das leis e de recursos pode dificultar a cooperação entre os países. Neste capítulo, discutiremos algumas iniciativas internacionais que foram criadas para promover a cooperação jurídica para auxiliar no combate aos cibercrimes na seara internacional.

Uma das principais iniciativas é a Convenção de Budapeste sobre o Cibecrime, adotada pelo Conselho da Europa em 2001. A Convenção de Budapeste é o primeiro tratado internacional a abordar especificamente os crimes cibernéticos e tem como objetivo promover a cooperação internacional para prevenir, investigar e punir os delitos praticados virtualmente. A convenção estabelece uma série de medidas, como a cooperação entre autoridades, a coleta e a preservação de provas, extradição e aplicação da lei.

Outra iniciativa importante é o Grupo de Trabalho sobre Crimes Cibernéticos da Interpol. O grupo de Trabalho é responsável por coordenar as atividades da Interpol relacionadas aos crimes virtuais e promover a cooperação internacional entre as autoridades responsáveis. O grupo desenvolveu uma série de ferramentas e recursos para ajudar as autoridades a investigar crimes *online* e suas respectivas colaborações entre Estados.

Por sua vez, a União Europeia também criou a Rede Europeia de Procuradores para Crimes Cibernéticos (European Cybercrime Prosecutors Network – ECPN), que tem como objetivo promover a cooperação e o intercâmbio de informações entre os procuradores europeus especializados em crimes cibernéticos. A rede foi criada em 2010 e é composta por representante de 28 países da União Europeia.

A Organização das Nações Unidas (ONU) também tem-se envolvido no combate aos crimes virtuais, criando o Escritório das Nações Unidas sobre

Drogas e Crimes (UNODC), que tem como objetivo promover a cooperação internacional no combate ao crime organizado transnacional, incluindo os crimes cibernéticos. O UNODC desenvolveu uma série de programas e iniciativas para ajudar os países a fortalecer suas capacidades para lidar com os crimes virtuais e promover a cooperação internacional.

Por fim, a iniciativa privada também tem um papel importante na promoção de colaboração jurídica internacional no combate aos delitos praticados na *internet*. Empresas de tecnologia, por exemplo, podem desenvolver tecnologias e solução para promover a segurança da *internet* e evitar delitos virtuais.

A cooperação entre governos, organizações internacionais e empresas privadas é essencial para enfrentar os desafios dos crimes virtuais e garantir a segurança na *internet*. A implementação e o fornecimento dessas iniciativas devem continuar sendo uma prioridade para promover a cooperação internacional e combater efetivamente os crimes cibernéticos.

5 CONCLUSÃO

Diante dos desafios apresentados pelo cibercrime a cooperação jurídica internacional é crucial para a prevenção, investigação e punição desses crimes. A *internet* não conhece fronteiras, e os criminosos virtuais podem agir em qualquer lugar do mundo, tornando a cooperação entre os países essencial para combater efetivamente esse tipo de infração.

Por fim, ressalta-se a importância da cooperação jurídica internacional no combate ao cibercrime, e destacamos os desafios enfrentados pelo Direito Internacional Penal nesse contexto. Além disso, destacam-se as iniciativas internacionais que foram desenvolvidas para promover o intercâmbio jurídico no combate aos crimes virtuais, como a Convenção de Budapeste sobre Cibercrime, o Grupo de Trabalho sobre

Crimes Cibernéticos da Interpol, a Rede Europeia de Procuradores para Crimes Cibernéticos e o UNODC.

É importante salientar que a cooperação jurídica internacional no combate ao cibercrime não é uma tarefa fácil, e ainda há muitos desafios a serem enfrentados, como a harmonização das leis e dos recursos entre os países.

Portanto, a cooperação entre governos, organizações internacionais e empresas é essencial para enfrentar esses desafios e garantir a segurança virtual.

Desta forma, é necessário que as iniciativas internacionais sejam fortalecidas e implementadas de forma efetiva, para que a cooperação jurídica internacional no combate aos crimes virtuais possa ser eficaz. Todos os envolvidos, desde os governos até as empresas da área tecnológica, devem trabalhar juntos para garantir que a *internet* seja um ambiente seguro para todos os usuários.

REFERÊNCIAS

COUNCIL OF EUROPE. Convention on cybercrime. *European Treaty Series* – No. 185. Budapest, 23.XI.2001. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/179163/20090225ATT50418EN.pdf>
Acesso em: 04/05/2023.

INTERPOL. *Cybercrime*. [s.d.]. Disponível em: <https://www.interpol.int/Crimes/Cybercrime>. Acesso em: 04/05/2023.

UNITED NATIONS. *A/RES/68/192*. Resolution adopted by the General Assembly on 18 December 2013. Disponível em: https://www.un.org/en/development/desa/population/migration/generalassembly/docs/globalcompact/A_RES_68_192.pdf. Acesso em: 05/04/2023.

UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME (UNODC). *Comprehensive Study on Cybercrime*. New York, 2013. Disponível em:

https://www.unodc.org/documents/organized-crime/UNODC_CCPCJ_EG.4_2013/CYBERCRIME_STUDY_210213.pdf. Acesso em: 04/05/2023.

WALL, David S. Cybercrime and the culture of fear: Social Science fiction(s) and the production of knowledge about cybercrime. *International Journal of Crime, Law and Justice*, 43(1), 2015, p. 29-43. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/13691180802007788>. Acesso em: 9 maio 2023.

A metáfora da Guerra em Três Quarteirões e o Princípio da Proporcionalidade: considerações sobre o uso legítimo da força em cenários de conformação difusa¹

Carlos Frederico Gomes Cinelli

Doutor em Ciências Militares pela Escola de Comando e Estado-Maior do Exército (ECEME). Doutor em Política e Estratégia Marítimas pela Escola de Guerra Naval (EGN). Mestre em Ciências Militares pela Escola de Comando e Estado-Maior do Exército (ECEME, 2008). Oficial superior da reserva do Exército Brasileiro (Ministério da Defesa), na patente de Coronel. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6334324646085730>

Revisores: Karollyne Dias Gondim Neo (ORCID: 0009-0008-2277-0512; e-mail: karollyne.neo@mpm.mp.br)
Fernando Hugo Miranda Teles (e-mail: fernando.teles@mpm.mp.br)

Data de recebimento: 30/04/2023

Data de aceitação: 02/05/2023

Data da publicação: 30/05/2023

RESUMO: Revisa brevemente o enfoque geracional das guerras, caracterizando os conflitos contemporâneos como fenômenos violentos em cenários de conformação difusa, volátil e incerta. Busca delinear os marcos jurídicos aplicáveis às situações de conflito armado (paradigma militar do uso da força) e às outras situações de violência (sob o paradigma do uso da força

¹ Artigo apresentado, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista, ao Programa de Pós-Graduação em Direito Militar da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Orientadora: Prof.^a Msc. Najla Nassif Palma.

para imposição da lei e da ordem), estabelecendo, respectivamente, o Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Direitos Humanos como norteadores das condutas dos gestores da violência armada. Relembra o papel dos princípios fundamentais como fontes do direito, trazendo ao centro da argumentação a relevância do princípio da proporcionalidade como indutor do uso razoável da força ao longo do espectro dos conflitos. Fraciona o princípio da proporcionalidade em seus elementos constituintes, buscando estabelecer um ponto de convergência que sirva de referência para o comandante militar em operações de natureza ambivalente ou complexa (guerra e não guerra).

PALAVRAS-CHAVE: proporcionalidade; direito internacional humanitário; direito internacional dos direitos humanos; uso da força.

ENGLISH

TITLE: The metaphor of the Three Block War and the Principle of Proportionality: considerations on the legitimate use of force in scenarios of diffuse conformation.

ABSTRACT: It briefly reviews the generational approach to wars, characterizing contemporary conflicts as violent phenomena in scenarios of diffuse, volatile and uncertain conformation. It seeks to outline the legal frameworks applicable to situations of armed conflict (military paradigm of the use of force) and to other situations of violence (under the paradigm of the use of force to enforce law and order), establishing, respectively, International Humanitarian Law and International Human Rights Law as guidelines for the conduct of managers of armed violence. It recalls the role of fundamental principles as sources of law, bringing to the center of the argument the relevance of the principle of proportionality as an inducer of the reasonable use of force along the spectrum of conflicts. It breaks down the principle of proportionality into its constituent elements, seeking to establish a point of convergence that serves as a reference for the military commander in operations of an ambivalent or complex nature (war and non-war).

KEYWORDS: proportionality; international humanitarian law; international human rights law; use of force.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Conflitos armados contemporâneos (ou a metáfora da Guerra em Três Quarteirões) – 3 Guerra, não guerra e seus marcos legais – 4 A proporcionalidade sob o paradigma militar e sob o paradigma da garantia da lei e da ordem (segurança pública) – 5 Convergências da proporcionalidade em cenários de conformação difusa – 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A guerra, como fenômeno social exteriorizado pelo uso da violência, sempre acompanhou a trajetória evolutiva humana e seus processos civilizatórios. Quer como um fim em si mesmo, quer como instrumento para a resolução de choques entre vontades antagônicas, o recurso aos meios violentos é uma marca, ainda que indesejável, do comportamento humano. Para o pensador Heráclito de Éfeso (540-480 a.C.), “de todas as coisas *Polemos* [a guerra] é pai, de todas as coisas é senhor; a uns mostrou deuses, a outros, homens; de uns fez escravos, de outros, livres”.²

Em 1859, Henry Dunant, um comerciante suíço a caminho de uma audiência de negócios com o Imperador Napoleão III da França, deparou com uma batalha campal envolvendo franceses e austríacos, na região que hoje é o norte da Itália. Horrorizado pelo modo como os combatentes feridos eram deixados à própria sorte, com seus corpos insepultos sendo abandonados ao apetite de aves de rapina, Dunant interrompeu sua viagem. Valendo-se de civis voluntários da própria comunidade cujo nome batizava a batalha — Solferino —, ele organizou um mutirão improvisado para prestar ajuda humanitária aos soldados moribundos e sepultar dignamente os cadáveres. No retorno à Suíça, com o apoio de outros influentes compatriotas helvéticos,

²BOCAYUVA, Izabela. *Parmênides e Heráclito: diferença e sintonia*. Artigo. *Kriterion* 51 (122). Dez 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/kr/a/rWZNkL8X75xp6pFpQR8MWHN/?lang=pt>. Acesso em: 18 jun. 2021.

criou o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV), 1863. Em 1864 foi assinada a primeira Convenção de Genebra, e daquele ano em diante vários tratados foram pactuados sob a égide do CICV, a quem cabe a promoção e a difusão do chamado Direito Internacional Humanitário (DIH), conjunto de leis e costumes que regulam a condução das hostilidades na guerra.

Por sua vez, um segundo pináculo de proteção da pessoa humana é o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH). Embora o espectro de garantias e direitos fundamentais tenha-se expandido gradualmente ao longo da história, a legislação moderna de direitos humanos, por sua vez, ganhou um decisivo impulso somente após a Segunda Guerra Mundial, sob a influência das Nações Unidas, um corpo político. A influência do movimento contemporâneo em prol da proteção internacional dos direitos humanos foi desencadeada pela Declaração Universal de 1948, a partir da qual inúmeros outros instrumentos foram sendo celebrados.

As legislações de DIH e DIDH compartilham algumas características comuns (bases filosóficas, fontes, princípios fundamentais) na medida em que perseguem o mesmo objetivo geral de proteger os seres humanos e a dignidade humana. Porém, apesar dos pontos de convergência e de eventuais intercambialidades, há diferenças importantes entre ambos.

Os cinco princípios fundamentais do DIH são: distinção, humanidade, limitação, necessidade militar e proporcionalidade. É acerca desse último que concentraremos nossa argumentação. Para o DIH — aplicável apenas às situações de conflito armado (guerra) — a proporcionalidade é observada quando uma ação militar não causa vítimas nem danos civis excessivos em relação ao resultado global esperado. Também a utilização dos meios e métodos de guerra não deve ser excessiva (portanto desproporcional) em relação à vantagem militar concreta e direta. Desse modo, o princípio da proporcionalidade no DIH desdobra-se basicamente em duas dimensões de influência: sobre o uso de certas armas; e sobre o emprego de determinados métodos de combate. Porém, somente há

que se falar em danos colaterais (ou baixas acidentais) se estiverem envolvidas pessoas ou bens civis.

Por sua vez, sob o marco do DIDH — aplicável, além dos conflitos armados, às outras situações de violência, tais como ações de imposição (garantia) da lei e da ordem — a doutrina identifica a existência de três elementos ou subprincípios compondo o princípio da proporcionalidade: a *adequação* (pertinência, conformidade ou validade do fim, vedando-se o arbítrio), a *necessidade* (a medida não excede os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo) e a *proporcionalidade stricto sensu* (a escolha deve recair sobre o meio que considere o conjunto de interesses em jogo). Nesse sentido, a proporcionalidade tem um duplo enfoque: ao mesmo tempo, há a obrigação do uso de meios adequados e a proibição quanto ao uso de meios desproporcionais.³ Quando se analisa, por exemplo, a excludente de ilicitude configurada na legítima defesa, estaremos falando de proporcionalidade no sentido de *amplitude da resposta* ou *paridade de meios* empregados pelo atacante e pela pessoa que se defende, e não em termos de *vantagem militar vs. danos colaterais*, como no DIH. Como ressalta Bonavides, a proporcionalidade “é um eficaz instrumento de apoio às decisões judiciais que, após submeterem o caso a reflexões prós e contras (abwägung), a fim de averiguar se na relação entre meios e fins não houve excesso (Übermassverbot), concretizam assim a necessidade do ato decisório de correção”.⁴

Ora, como o direito penal extrai sua base principiológica da força normativa da Constituição, a qual, por sua vez, é fonte primária para a aplicação do DIDH, instala-se uma diferenciação conceitual entre proporcionalidade para o DIH e proporcionalidade para o DIDH. Em se

³ PISKE, Oriana. Proporcionalidade e razoabilidade: critérios de inteligência e aplicação do direito. *TJDF*, 2011. Disponível em: <https://www.tjdf.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2011/proporcionalidade-e-razoabilidade-criterios-de-intelecao-e-aplicacao-do-direito-juiza-oriana-piske>. Acesso em 25 jun. 2022.

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 1988

tratando das condições para o uso legítimo da força pelo Estado, essa distinção entre os conceitos não configuraria necessariamente um problema caso os marcos legais de aplicação fossem claramente apartados, ou seja, *guerra* (DIH e DIDH) e *não guerra* (apenas DIDH). Mas como distinguir, afinal, as guerras das outras situações de violência, tais como manifestações não pacíficas, tensões e distúrbios internos?

Ocorre que, se no passado a cisão tipológica entre *guerra* e *não guerra* era identificável, contemporaneamente essas fronteiras diluíram-se. A não linearidade dos campos de batalhas, os cenários de conformação difusa, a mistura entre guerra e crime organizado e a multiplicidade de atores resultam em uma perda de nitidez acerca dos contornos legais para análise de determinada situação de violência: embates convencionais de alta intensidade, emergências humanitárias e distúrbios da lei e da ordem, por exemplo, podem perfeitamente coexistir em um espaço físico de batalha bastante diminuto, não raro estando sob a responsabilidade de um mesmo comandante de uma mesma unidade militar.

Sobrevém, então, a seguinte questão: considerando que o princípio da proporcionalidade possui elementos definidores distintos para os marcos legais de guerra e de não guerra, que referências conceituais devem nortear os comandantes militares quanto ao uso da força em cenários caracterizados por grande fluidez, ambiguidade e volatilidade?

2 CONFLITOS ARMADOS CONTEMPORÂNEOS (OU A METÁFORA DA GUERRA EM TRÊS QUARTEIRÕES)

A Paz de Westphalia – um conjunto de 11 tratados cuja assinatura, em 1648, encerrou a Guerra dos Trinta Anos – é considerada o marco na construção da ordem europeia moderna. Esse conjunto de diplomas inaugurou o moderno sistema internacional, ao tecer noções e princípios como o de soberania estatal e Estado-nação. A *razão de estado* sobrepunha-se aos princípios religiosos medievais da soberania universal do papado. Triunfava o

princípio da igualdade jurídica dos Estados, estabelecendo-se em bases sólidas o princípio do equilíbrio de poder europeu, ao mesmo tempo em que surgiam os primeiros ensaios de uma regulamentação internacional positiva.⁵ A partir daí o desenvolvimento do direito internacional público ganhou considerável impulsão.

No século XVIII, a guerra passou a ser travada por exércitos profissionais, sem que civis dela tomassem parte. Os métodos de combate cruéis também foram abolidos e as leis da guerra continuaram a evoluir sob a forma de direito consuetudinário. Porém, a codificação e o desenvolvimento da lei escrita não se iniciariam antes do século XIX.

As guerras – ou, tecnicamente, conflitos armados – são usualmente classificadas segundo variados critérios: duração no tempo, nível de intensidade das hostilidades, natureza dos contendores, formas de apoio externo às partes em conflito, ambiente operacional etc. Nas últimas décadas, uma abordagem de cunho geracional ganhou relevância, agrupando-as segundo determinadas características comuns. Essa perspectiva contemplava também a ideia de uma progressividade irreversível, ou seja, cada geração seguinte sucederia a anterior, supostamente de modo definitivo. Embora a eclosão da Guerra na Ucrânia tenha servido para demonstrar a inconsistência dessa suposta irreversibilidade geracional – ou seja, houve a eclosão de um conflito de geração anterior à atualmente predominante –, decerto que a abordagem permanece válida como indutora de um padrão para análise das técnicas, táticas, procedimentos, objetivos políticos e outros aspectos doutrinários de cada um dos modelos.

Nesse diapasão, os conflitos de 1ª geração seriam aqueles surgidos logo após a formação dos Estados modernos. Sua principal característica era a “cultura da ordem”, embrião de grande parte dos costumes, tradições e características das forças militares ao redor do planeta: uniformidade, rigor disciplinar e sistematização. Os enfrentamentos bélicos eram acordados entre

⁵ ACCIOLY, 1982, p. 8.

as partes, que definiam a hora e o campo de batalha, geralmente longe dos perímetros das cidadelas e vilarejos habitados. A ideia de entrincheirar-se ou de apelar à camuflagem inexistia, pois era confundida com covardia. Quanto mais vistosos e brilhantes os uniformes, mais galhardia eles envergavam. Como resultado, uma simples batalha que durasse algumas horas resultava frequentemente em dezenas de milhares de mortos, não devido à letalidade dos armamentos, mas ao fato de que as tropas se enfrentavam até o último homem. Esse paradigma estendeu-se aproximadamente até o início do século XX.

A chegada da I Guerra Mundial marcou o ápice do conflito de 2^a geração, as guerras de “desgaste e atrito”. A Revolução Industrial havia lançado seus tentáculos sobre a arte da guerra, permitindo a produção em escala de alguns dos mais importantes elementos para o exercício da violência por meio das ações bélicas: a pólvora, a metralhadora, o canhão, o trem e o telégrafo. Ao lado da conscrição universal introduzida por Napoleão, as nações em guerra passaram a ter um colossal potencial destrutivo, muito embora ainda restrito em termos de eficiência: guerras de trincheiras, estáticas, com bombardeios em larga escala de parte a parte, incluindo agentes químicos mortíferos. Nunca a humanidade testemunhou tantos mortos em tão pouco tempo.

O emprego da aviação e dos veículos blindados (tanques) deu novo impulso e nova roupagem às manobras terrestres. Agora era possível, por meio de um golpe relâmpago, flanquear o inimigo de surpresa ou atacar as suas linhas de retaguarda, desequilibrando seu poder de combate de modo decisivo: as guerras de 3^a geração descortinavam-se ao mundo.

A queda do muro de Berlim e todo o desenrolar histórico por ela simbolizado, marcando o fim da bipolaridade entre EUA e URSS, passaria a inserir, no espectro do recurso ao uso da força, novos atores armados que não os tradicionais Estados e seus exércitos regulares. Guerras civis e outras subespécies de conflitos internos grassariam em várias partes do globo,

fulminando as estruturas de poder e levando Estados à falência institucional. O uso da força deixa de ser monopolizado legitimamente pelo Estado e dele apropriam-se atores não estatais, grupos armados organizados e forças irregulares à margem do controle governamental, muitas vezes recorrendo a atos terroristas e outros métodos de combate repudiados pelas leis e costumes da guerra: são as guerras de 4^a geração.

Acompanhando as tendências de distribuição demográfica, as guerras, como fenômenos culturais e sociopolíticos, gradualmente tiveram seus espaços decisivos de disputa deslocados do campo para as cidades.⁶ Nas campanhas militares contemporâneas, as áreas urbanas têm sido o cenário principal em que elas são travadas. Se nas guerras do passado os combates entre os Estados-nação eram travados e decididos em amplos espaços abertos, utilizando o campo como área de operações, na atualidade houve praticamente uma inversão nesse modo de combater. Na 1^a Guerra do Golfo (1991), a última típica guerra de 3^a geração, apenas cem horas de intensos combates no deserto foram suficientes para definir o conflito. Já na Guerra do Iraque (2003) – uma espécie de transição paradigmática entre as 3^a e 4^a gerações de guerra – a campanha em terreno aberto durou aproximadamente dezesseis dias, até os arrabaldes da capital Bagdá. A partir daí, imersa num cenário de assimetria típico, as forças aliadas totalizaram quase dez anos de combates.

Uma das principais consequências da maior “urbanização” das guerras é a mudança drástica no perfil dos atingidos pelos seus efeitos: cada vez mais os civis tornam-se vítimas dos conflitos. Além das guerras mais urbanas, há outros três fatores que contribuem para essa progressiva inversão: a tecnologia como aliada dos militares (capacetes e coletes balísticos, viaturas blindadas, armamentos à prova de falhas), os resíduos de guerra (minas,

⁶ Como observa WALZER (2003, p. 275), há aí uma espécie de retorno ao passado, já que, na época das cidades-estados, as localidades eram, obviamente, o objetivo supremo.

munições *cluster*) e a indefinição dos atores no campo de batalha (misturando combatentes ilegais aos civis e aos próprios militares).

Destarte, o termo “Guerra em Três Quarteirões” foi idealizado pelo General Charles C. Krulak, Comandante do Corpo de Fuzileiros Navais dos Estados Unidos entre 1995-1999. A partir de sua experiência em cenários de “Estados falidos” como a Somália e a ex-Iugoslávia, ele desenvolveu o conceito para descrever as demandas do campo de batalha moderno: forças militares capacitadas a conduzir ações humanitárias, de manutenção/estabilização da paz (ou controle de distúrbios) e de combate convencional simultaneamente em três quarteirões contíguos, dentro de uma mesma zona de operações:

Em um momento, [...] os soldados estarão alimentando e vestindo refugiados e deslocados internos, provendo assistência humanitária. No momento seguinte, eles estarão separando duas tribos rivais, conduzindo operações de paz. Por fim, eles estarão lutando em uma batalha de intensidade média, altamente letal. Tudo isso no mesmo dia, tudo dentro de três quarteirões da cidade.⁷

A metáfora da Guerra em Três Quarteirões, embora não reflita uma premissa doutrinária militar, descreve a natureza multidimensional das missões militares modernas, e a necessidade de as forças armadas estarem capacitadas a operar ao longo de todo o espectro dos conflitos. A noção de *conflito*, ou seja, o enfrentamento intencional entre oponentes predispostos a usar variado grau de violência, embute uma ampla faixa de abrangência, percorrendo desde o conflito entre indivíduos ou grupos de indivíduos até o que ocorre entre Estados, grupos armados organizados (não estatais) ou coalizões de Estados. A guerra é o conflito no seu grau máximo de violência, conforme se depreende do Quadro 1.

⁷ DORN e VEREY, 2009, p. 38; 39.

Quadro 1: O espectro dos conflitos

CONFLITO		
CONTROLÁVEL		INCONTROLÁVEL
PAZ	CRISE	CONFLITO ARMADO (GUERRA)
NEGOCIAÇÃO		FORÇA
Outras Situações de Violência (OSV): - comícios e manifestações - tensões internas - distúrbios internos		Conflito Armado Internacional (CAI) Conflito Armado Interno (CANI)
} GLO		
Operações da Apoio à Paz (ONU)		

Fonte: o autor, adaptado de C 124-1, Estratégia (2001).

3 GUERRA, NÃO GUERRA E SEUS MARCOS LEGAIS

O Direito Internacional Humanitário (DIH) é um direito de exceção, aplicável apenas às situações de conflito armado, quer *internacionais* ou CAI (entre Estados), quer *não internacionais* ou CANI (grupos armados não estatais que lutem entre si e/ou contra Estados), porém não aplicável às outras situações de violência (OSV), tais como comícios e manifestações agressivas, tensões ou distúrbios internos.⁸ Ele oferece aos indivíduos diferentes tipos de proteção, dependendo da categoria a que pertençam. Por exemplo, existem regras específicas para doentes e feridos, náufragos, prisioneiros de guerra e população civil. O DIH vincula não apenas os Estados, mas também atores

⁸ Ver Quadro 1

N. do A.: embora haja alguns poucos entendimentos contrários a esse respeito no Brasil (particularmente devido a situações como o enfrentamento à criminalidade organizada nas comunidades do Rio de Janeiro), é pacífico que o marco legal aplicável às chamadas “outras situações de violência” (OSV), tais como tensões e distúrbios internos, não é o DIH, mas sim o arcabouço normativo do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), bem como instrumentos de *soft law* internacionais reguladores da conduta dos agentes encarregados da aplicação da lei.

não estatais, particularmente grupos armados, e se aplica a qualquer conflito armado, independentemente de onde ele ocorra. Além disso, as regras específicas do DIH aplicáveis a um determinado conflito dependerão da natureza desse conflito. Por exemplo, todo o corpo de DIH se aplica aos conflitos armados internacionais, enquanto apenas algumas regras se aplicam aos conflitos armados não internacionais.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), por sua vez, não faz distinções equivalentes. Ele protege qualquer pessoa, em qualquer lugar — inclusive durante conflitos armados — independentemente de seu *status*, embora os Estados possam derrogar alguns desses direitos quando sua sobrevivência está em jogo.

Enquanto o DIH foi especialmente concebido para o tempo de guerra, o DIDH foi imaginado para o tempo de paz, não obstante tenha aplicação em qualquer tempo e lugar, o que inclui as épocas de tensões internas (estado de sítio, por exemplo) e os tempos de guerra. Nessas hipóteses excepcionais, diferentemente do DIH, o DIDH sofre derrogações, restando apenas a garantia de determinados direitos fundamentais considerados como essenciais pelos próprios tratados de direitos humanos.

O Quadro 2 materializa um esforço sinótico comparativo entre os dois ramos:

Quadro 2: Comparação entre DIH e DIDH

	Aplicação (quem/quando)	Proteção (contra quem)	Suspensão ou derrogação	Supervisão e coerção
DIDH	- Qualquer pessoa - Em qualquer tempo	Contra violações de agentes de seu próprio Estado	Alguns, como a liberdade de imprensa e de circulação, durante estado de sítio	Comissões/Comitês de DIDH (na ONU e regionais)
DIH	- Civis, feridos, doentes, prisioneiros de	Contra infrações graves do	Nunca	- Próprios Estados, por meio de leis penais

	guerra, civis internados, pessoal sanitário e religioso, pessoal da Cruz Vermelha - Em tempo de conflito armado.	próprio Estado ou de outros Estados, de grupos ou indivíduos armados sob comando responsável		internas - Tribunal Penal Internacional
--	---	--	--	--

Fonte: o autor.

Desse modo, o tendo por base tratados celebrados principalmente em Genebra e na Haia, o DIH busca, de um lado, proteger pessoas e bens civis dos efeitos dos combates; de outro, regular meios e métodos de combate, não permitindo que a sua escolha fique inteiramente à mercê da vontade das partes contendoras. Para Swinarski (1996), o DIH:

(...) é o conjunto de normas internacionais, de origem convencional ou consuetudinária, especificamente destinado a ser aplicado nos conflitos armados, internacionais ou não-internacionais, e que limita, por razões humanitárias, o direito das Partes em conflito de escolher livremente os métodos e os meios utilizados na guerra, ou que protege as pessoas e os bens afetados, ou que possam ser afetados pelo conflito.⁹

Interessante observar que o fato de que tanto o DIH quanto o DIDH aplicarem-se aos conflitos armados não significa necessariamente que haverá choque entre ambos os corpos legais. O entendimento majoritário entre os doutrinadores é que os dois ramos são complementares entre si. Nesse sentido, a correlação entre DIH e DIDH, do ponto de vista doutrinário, é objeto de discussão em torno de três correntes de pensamento: a *integracionista* (DIH e DIDH seriam um corpo uno, monolítico), a *separatista* (seriam ramos do direito completamente diferentes) e a *complementarista* (seriam dois sistemas diferentes que se completam). Para Swinarski, que vocaliza o entendimento do CICV acerca do assunto, “os

⁹ ACCIOLY, 1982, p. 18.

sistemas são complementares, pois nascem de uma mesma preocupação: o respeito à dignidade humana”.¹⁰

Sendo, portanto, o DIH e o DIDH considerados majoritariamente como sendo dois ramos complementares, como harmonizar sua aplicação às diferentes situações e cenários em que são demandados? Ora, nesse caso é preciso inicialmente responder a outra pergunta: existem obstáculos jurídicos concretos à aplicação do DIDH em conflitos armados? Novamente num breve exercício inquisitivo, eis quatro desses possíveis obstáculos e algumas considerações para refutá-los:

1º) Há alguma previsão do DIH que exclua a aplicação concorrente do DIDH? Não, pelo contrário. O próprio artigo 75 (1) do Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra de 1949 expressamente declara que:

[...] as pessoas que estejam em poder de uma Parte em conflito, e que não desfrutem de um tratamento mais favorável em virtude das Convenções ou do presente Protocolo, serão tratadas em todas as circunstâncias com humanidade, [...] sem distinção alguma de caráter desfavorável baseada na raça, cor, sexo, idioma, religião ou crença, opiniões políticas ou de outro gênero, origem nacional ou social, fortuna, nascimento ou contra condição ou qualquer outro critério análogo.¹¹

2º) Tratados de Direitos Humanos cessam sua aplicação durante tempo de guerra? Não. Nesse sentido, a Minuta dos Artigos Sobre Efeitos dos Conflitos Armados nos Tratados, adotada pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, assim se posiciona:

Artigo 7º - [...] lista indicativa de tratados cuja matéria implica que eles continuam em vigor, no todo ou em parte, durante conflito armado [...]:
Anexo – Lista indicativa de Tratados Referidos no Artigo 7º:

¹⁰ SWINARSKI, C. *Introdução ao Direito Internacional Humanitário*. p. 24. Brasília: CICV, 1996.

¹¹ COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. *Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra de 1949*. Genebra, 1977.

[...] (f) tratados para a proteção internacional de direitos humanos. [...]”¹²

3º) Diferentemente das normas de cunho humanitário, que nunca podem ser derogadas, tratados de DIDH autorizam certas derrogações e direitos quando a sobrevivência do Estado está em risco. Sim. Porém, direitos fundamentais, tais como proibição de tortura, maus tratos, execução sumária, nunca podem ser derogados, nem mesmo em tempo de guerra. Isso significa que, mesmo as medidas destinadas a “flexibilizar” a aplicação dos tratados de DIDH, medidas essas materializadas por meio de certas derrogações, são, elas próprias, autolimitadas, ainda que seja em tempo de guerra.

4º) Um quarto e último suposto obstáculo à aplicação do DIDH em conflitos armados seria o escopo geográfico de aplicação dos tratados de DIDH, ou seja, a sua extraterritorialidade, em especial no que concerne a territórios ocupados em decorrência de conflito armado (o DIH/DICA dispõe expressamente sobre ocupação territorial na IV Convenção de Genebra de 1949). Ocorre que essa questão da abrangência geográfica do DIDH também já teve ampla aceitação internacional. Em 1968, a Conferência Internacional de Direitos Humanos, realizada em Teerã (Irã), em celebração ao vigésimo aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, representou um importante marco no entendimento de que o DIDH também é aplicável a conflitos armados. Ainda sob os impactos da Guerra dos Seis Dias (1967), e da ocupação de territórios vizinhos por parte de Israel, a comunidade internacional adotou várias resoluções destinadas a afirmar a aplicabilidade do espírito da Declaração de 1948 aos conflitos armados, com ênfase ao seu efeito estendido aos territórios então ocupados pelos israelenses. Por exemplo, o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, ou PIDCP

¹² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão de Direito Internacional. *Draft articles on the effects of armed conflicts on treaties, with commentaries*. Yearbook of the International Law Commission, vol. II, part 2. New York, 2011. Disponível em: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/1_10_2011.pdf. Acesso em 25 jun. 2021.

(1966), refere-se expressamente a um duplo critério para sua aplicação pelos Estados Partes: jurisdição e território. Conforme o seu Artigo 2º: “Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar e garantir a todos os indivíduos, que se achem em seu *território* e que estejam sujeitos a sua *jurisdição*, os direitos reconhecidos no presente Pacto [...]”¹³ [destaques meus].

Segundo Israel, o critério de aplicação deveria ser cumulativo, ou seja, os indivíduos devem estar “sob sua jurisdição e em seu território”, razão pela qual ele não se aplicaria aos territórios ocupados. Porém, a Corte Internacional de Justiça, em uma opinião consultiva¹⁴ acerca da legalidade do muro construído por Israel nos territórios ocupados, baseou sua argumentação na prática costumeira do Comitê de Direitos Humanos e nos trabalhos preparatórios do Pacto, concluindo que é suficiente, para a aplicação daquele instrumento, que apenas uma das duas condições apresente-se (“dentro do território” ou “sob a jurisdição”). Em outras palavras, ficou definido que o Pacto é aplicável acerca de atos realizados pelo Estado no exercício de sua jurisdição, ainda que fora de seu próprio território.

Uma das soluções que os juristas têm construído para dissipar aparentes conflitos é a interpretação de um ramo à luz do outro, ou seja, uma espécie de “humanitarização” do DIDH e “humanização” do DIH/DICA. Em outras palavras, realizar *interpretações cruzadas*.

Em termos de “humanitarização” do DIDH a nível internacional, um dos excelentes exemplos está contido no parágrafo 24 do Parecer Consultivo

¹³ BRASIL. Presidência da República. Decreto Nr 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. *Pacto Internacional Sobre Direitos Cívicos e Políticos*. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 19 jun. 2021.

¹⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Corte Internacional de Justiça. *Consequências Jurídicas da Construção de um Muro no Território Ocupado da Palestina*. Resolução ES-10/14, 8 dez. 2003. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/en/case/131>. Acesso em: 13 jun. 2021.

da Corte Internacional de Justiça (CIJ) sobre a Legalidade da Ameaça ou Uso de Armas Nucleares em Conflitos Armados:¹⁵

[...] a proteção do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos não cessa em tempos de guerra, exceto por aplicação do artigo 4º da Convenção, pelo qual certas disposições podem ser derogadas em um momento de emergência nacional. O respeito pelo direito à vida não é, no entanto, uma dessas disposições. Por princípio, o direito de não ser arbitrariamente privado da vida também se aplica às hostilidades. A análise do que é uma privação arbitrária de vida, entretanto, precisa ser feita segundo observância do princípio da especialidade (*lex specialis*), nomeadamente o direito aplicável em conflitos armados, que se destina a regular a condução das hostilidades. Assim, se a perda de uma determinada vida pelo uso de uma determinada arma durante conflito armado deve ser considerada uma privação arbitrária de vida e, portanto, contrária ao artigo 6º do Pacto, isso só pode ser decidido mediante o direito aplicável aos conflitos armados, e não deduzido dos termos do próprio Pacto.

Desse modo, a Corte deixa claro não apenas que o DIDH (em particular o PDCP) é aplicável também durante conflitos armados — salvo se derrogações tenham sido submetidas e aceitas, e excetuando-se o direito à vida —, mas ela também se vale do princípio da especialidade¹⁶, que é um dos poucos mecanismos previstos no direito internacional para aparentes conflitos de normas. Adicionalmente, princípio da especialidade não foi usado simplesmente a favor do DIH, mas sim para estabelecer o próprio contexto jurídico em que o DIDH deve ser interpretado. Em outras palavras, o direito à vida, de acordo com as leis de direitos humanos, deve ser interpretado à luz do DIH.

¹⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Corte Internacional de Justiça. *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*. Opinião Consultiva. 8 jul. 1996. Disponível em: <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/93/14167.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2021.

¹⁶ N. do A.: segundo esse princípio, uma norma mais específica prevalece sobre uma norma mais geral acerca da mesma matéria.

Já no sentido oposto, o da “humanização”, podemos mencionar dois exemplos de como alguns conceitos não originalmente elaborados pelo DIH/DICA são interpretados com base em significados oriundos do DIDH.

O primeiro deles é o caso da definição de tortura. Por exemplo, julgados do Tribunal Penal Internacional para a Antiga Iugoslávia têm recorrido ao DIDH, em especial à convenção contra a tortura¹⁷, para determinar se houve o cometimento do crime de guerra de tortura.

Outro exemplo é o que envolve aspectos procedimentais e de devido processo legal. De acordo com o artigo 3º comum às Convenções de Genebra de 1949, são proibidas “as condenações pronunciadas e as execuções efetuadas sem julgamento prévio proferido por tribunal regularmente constituído, que conceda garantias judiciárias reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados”. Entretanto, como as Convenções não definem o que seriam “garantias judiciárias reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados”, a Suprema Corte do Estados Unidos, ao pronunciar-se sobre um caso acerca da legalidade das comissões militares estabelecidas pelo governo George Bush para julgar detentos de Guantánamo, indicou que “outros instrumentos adicionais dos quais os Estados Unidos é signatário incluem as mesmas proteções básicas estabelecidas na lei internacional humanitária, por exemplo, o Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos.¹⁸

¹⁷ BRASIL. Presidência da República. Decreto Nº 40, de 15 de fevereiro de 1991. *Promulga a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes*. Disponível em: planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm. Acesso em: 23 jun. 2021.

¹⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Caso Hamdan v. Rumsfeld, Secretário de Defesa et al. Nota Nº 66 do Caso*. Disponível em: supremecourt.gov/opinions/05pdf/05-184.pdf. Acesso em: 23 jun. 2021.

4 A PROPORCIONALIDADE SOB O PARADIGMA MILITAR E SOB O PARADIGMA DA GARANTIA DA LEI E DA ORDEM (SEGURANÇA PÚBLICA)

As fontes do DIH remontam a uma origem consuetudinária, mas foram amplamente codificadas durante o século XX e, na maior parte dos casos, continuam a ter um valor consuetudinário para os Estados que não ratificaram nem aderiram aos textos convencionais. Por sua vez, os tratados internacionais são considerados fontes por excelência do DIH.

Em algumas situações, porém, tanto os tratados quanto os costumes internacionais sobre DIH não proporcionam orientações suficientes para uma abordagem mais abrangente, o que pode ser obtido por meio dos *princípios fundamentais*. Como já mencionado, no DIH são eles: a *distinção*, a *humanidade*, a *limitação*, a *necessidade militar* e a *proporcionalidade*. Como fontes, os princípios fundamentais são também revestidos de importância destacada, pois:

(...) mesmo não havendo hierarquia entre as fontes, se se deve adotar uma ordem de precedência entre elas, o lugar primacial cabe aos princípios [fundamentais], porque estes são a base do direito [humanitário] positivo, cujas regras são apenas a cristalização e a concretização dos ditos princípios.¹⁹

[...] os princípios são normas de extrema generalidade e abstração, em contraste com as regras, cujo conteúdo normativo é sempre mais preciso e concreto. Embora aceitos em diversas culturas e civilizações, os mesmos princípios são interpretados e aplicados, em cada uma delas, mediante regras bem diversas. Por isso a reunião, num mesmo sistema, do conjunto das normas de moral, direito e religião só pode ser feita no nível dos princípios, mas não no das regras. A função social das regras consiste em interpretar e concretizar os princípios, à luz do ideário vigente, em cada época histórica, nas diferentes culturas ou civilizações.²⁰

¹⁹ ACCIOLY, 1982, p. 5.

²⁰ COMPARATO, 2006, p. 510.

Para o DIH, sob o paradigma militar, o princípio da proporcionalidade destina-se a limitar os danos causados pelas operações militares. Ele exige que o efeito dos meios e métodos de guerra utilizados não seja desproporcional em relação à vantagem militar buscada.

A proporcionalidade, assim como a necessidade militar, com a qual tem numerosos pontos em comum, é um dos componentes essenciais do direito dos conflitos armados. O termo fundamental para analisar na equação de proporcionalidade é a palavra “excessivo”. Embora a avaliação da proporcionalidade na guerra inclua necessariamente elementos subjetivos, é possível retirar alguns critérios de orientação objetivos dos termos utilizados nos tratados. Por exemplo, as lesões provocadas a pessoas ou bens protegidos somente podem justificar-se por vantagens de natureza *militar*, não de ordem política, econômica ou demais benefícios de caráter não militar. Além disso, a vantagem deve ser concreta e direta, não puramente hipotética, especulativa ou indireta. A vantagem deve ser igualmente o resultado de um ataque ou de uma operação militar específicos, e não de uma campanha militar no seu conjunto.²¹

Segundo Swinarski (1991), a proporcionalidade no DIH vem a ser a relação de equilíbrio que deve haver entre a necessidade militar e o princípio de humanidade. Proporcional é o meio adequado, razoável, capaz de atingir o fim visado produzindo o menor dano possível. A apreciação prática deste princípio, como em qualquer outro ramo do direito, não é tarefa fácil e deverá ser analisada considerando-se as circunstâncias do caso concreto. Dito de outro modo, no campo de batalha, como um comandante equilibra vidas humanas com a destruição de alvos inimigos? Podem vidas humanas ser comparadas com “coisas”? Esse é o terrível e impossível problema da proporcionalidade.²²

²¹ SOLIS, 2010, p. 274.

²² *Id.*, p. 273.

Um método prático para decidir quanto a realizar ou não um ataque levando em conta o princípio da proporcionalidade consiste em efetuar um teste composto de cinco perguntas:²³

Quadro 3 – Teste para decidir quanto a realizar ou não um ataque levando em conta o princípio da proporcionalidade

QUESTÃO A SER FORMULADA	EM OUTRAS PALAVRAS...
<i>1) Sou capaz de fazer uma identificação positiva do alvo que quero atingir?</i>	<i>1) Tenho certeza de que é um objetivo militar?</i>
<i>2) Existem bens protegidos, civis ou não combatentes, escudos humanos involuntários ou preocupações ambientais significativas dentro do alcance do armamento que eu gostaria de usar para atacar o alvo?</i>	<i>2) Morrerão civis se eu atacar com a arma ou método que planejo?</i>
<i>3) Posso atenuar os danos colaterais atacando o alvo com um armamento diferente ou com outro método de engajamento, permitindo ainda assim o cumprimento da missão?</i>	<i>3) Haverá menos dessas mortes se eu usar outra arma ou método que ainda sim cumpra a missão?</i>
<i>4) Caso negativo, quantos civis e/ou não combatentes acredito que serão feridos ou mortos pelo ataque?</i>	<i>4) Se não for possível usar outra arma ou método, quantos civis serão feridos ou mortos?</i>
<i>5) Os danos colaterais resultantes do ataque serão excessivos em relação à vantagem militar que espero conseguir?</i>	<i>5) Isso será proporcional?</i>

Fonte: o autor.

²³ CINELLI, 2016, p. 80.

Pode-se também verificar a proporcionalidade por meio da aplicação da “*Regra de Rendulic*”²⁴, que tem uma forte correlação com o princípio da necessidade militar:

Para se determinar se um ataque foi proporcional, é necessário examinar se uma pessoa razoavelmente bem informada, estando nas mesmas circunstâncias do perpetrador real (tempo e local da decisão), e fazendo uso razoável da informação disponível a ele ou a ela, poderia ter previsto excessivas baixas acidentais de civis como resultado desse ataque.

Em suma, a proporcionalidade no DIH (marco legal de conflitos armados) é uma consideração necessária nos ataques a civis, porém não a combatentes. Isso porque combatentes buscam tanto maximizar a morte de combatentes inimigos quanto maximizar a destruição de bens militares inimigos, o que é exatamente o inverso do que se busca em relação aos civis e seus bens. Entretanto, como a norma indica, proporcionalidade não é uma proibição total, muito embora o que constitui uma perda de vidas “excessiva” — tal como o significado do termo “razoável” — seja deixado à interpretação dos foros legais.²⁵ O princípio da proporcionalidade está inserido em quase todos os sistemas legais nacionais e está na base da ordem legal internacional. Sua função no direito é relacionar meios e fins.²⁶

Não obstante, a proporcionalidade possui um padrão diferente em um contexto de imposição da lei (paradigma da segurança pública ou da garantia da lei e da ordem), onde a legislação referente aos direitos humanos (DIDH) prevalece em relação ao DIH. Em um conflito armado, o uso de força letal é frequentemente o primeiro recurso utilizado. No caso de imposição da lei, quando um agente do Estado usa a força contra um

²⁴ Lothar Rendulic, general alemão durante a Segunda Guerra Mundial, foi condenado em Nuremberg há 20 anos de prisão pela execução de civis como represália, durante operações em território da antiga Iugoslávia.

²⁵ SOLIS, 2010, p. 274.

²⁶ GUTMAN *et al.*, 2007, p. 341.

indivíduo, o efeito sobre o indivíduo é sempre balanceado com o propósito de proteger a pessoa de violência ilegal ou de restrições ilegais de direitos.²⁷ A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que se deve indagar não apenas sobre a legalidade das restrições a determinados direitos (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade dessas restrições com o princípio da proporcionalidade. Com isso, o princípio da reserva legal é substituído pelo *princípio da reserva legal proporcional*, que pressupõe não somente a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos, mas também a *adequação* desses meios para a consecução dos objetivos pretendidos e a *necessidade* de sua utilização.²⁸

Em consequência, nas operações em que não esteja configurado um cenário de conflito armado (CAI ou CANI), a ação somente é proporcional se a menor intensidade de força necessária for usada. O uso de força letal só é permitido em algumas poucas circunstâncias. O meio ou método não será *necessário* se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo *adequada* e menos onerosa. Assim, apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado. A proporcionalidade em sentido estrito assume, desse modo, o papel de um controle de sintonia fina, indicando a justeza da solução adequada encontrada ou a necessidade de sua revisão.²⁹

Em outras palavras, enquanto os padrões de imposição da lei (paradigma da segurança pública) estabelecem que o uso da força tem que ser proporcional ao objetivo legítimo a ser alcançado, o DIH permite ataques diretos a objetivos militares, incluindo combatentes e outras pessoas que estão tomando parte diretamente nas hostilidades, já que esses bens e essas pessoas não estão abrangidos pela proporcionalidade.³⁰

²⁷ SOLIS, 2010, p. 281.

²⁸ MENDES e BRANCO, 2013, p. 226.

²⁹ MENDES e BRANCO, 2013, p. 227.

³⁰ SOLIS, 2010, p. 281.

Enquanto o DIH baseia-se principalmente nos tratados e nas normas consuetudinárias, dois dos mais importantes documentos a reger o uso da força sob o paradigma de não guerra (garantia da lei e da ordem) situam-se no espectro de *soft law*, ambos firmados no seio da Organização das Nações Unidas: o Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei (CCFRAL) e os Princípios Básicos para o Uso da Força e Armas de Fogo (PBUFAF). Embora não constituam tratados, o CCFRAL e o PBUFAF oferecem diretrizes e estabelecem padrões para as práticas de aplicação da lei que são consistentes com as disposições relativas aos direitos humanos e liberdades fundamentais:

Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei só podem empregar a força quando tal se afigure estritamente necessário e na medida exigida para o cumprimento do seu dever.³¹

Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei só podem utilizar armas de fogo para dispersarem reuniões violentas se não for possível recorrer a meios menos perigosos, e somente nos limites do estritamente necessário.³²

Sempre que o uso legítimo da força ou de armas de fogo seja indispensável, os funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem:

- a) Utilizá-las com moderação e a sua ação deve ser proporcional à gravidade da infração e ao objetivo legítimo a alcançar;
- b) Esforçar-se por reduzirem ao mínimo os danos e lesões e respeitarem e preservarem a vida humana; [...]³³

Nesse contexto, os princípios essenciais em que se baseiam o uso da força e das armas de fogo em um contexto de garantia (imposição) da lei e da ordem são:

- (a) legalidade;
- (b) precaução;

³¹ CCFRAL, art. 3º.

³² *Id.*, art. 4º.

³³ *Id.*, art. 5º.

- (c) necessidade;
- (d) *proporcionalidade*; e
- (e) responsabilização.

Os responsáveis pela aplicação da lei só podem recorrer ao uso da força quando todos os outros meios de alcançar um objetivo legítimo tiverem falhado (necessidade) e o uso da força puder ser justificado (proporcionalidade) em termos da importância do objetivo legítimo (legalidade) a ser alcançado. No que especificamente concerne à *proporcionalidade*, o subprincípio da *adequação* exige que as medidas interventivas adotadas se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos, enquanto o subprincípio da *necessidade* significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo seria igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos.

No mesmo giro, os responsáveis pela aplicação da lei devem ser moderados quando usam a força e as armas de fogo e devem agir em proporção à gravidade da infração e ao objetivo legítimo a alcançar. Eles estão autorizados a usar apenas a força necessária para alcançar um objetivo legítimo. O uso de armas de fogo para alcançar objetivos legítimos de aplicação da lei é considerado uma medida extrema:

Os funcionários responsáveis pela aplicação da lei não devem fazer uso de armas de fogo contra pessoas, salvo em caso de legítima defesa, defesa de terceiros contra perigo iminente de morte ou lesão grave, para prevenir um crime particularmente grave que ameace vidas humanas, para proceder à detenção de pessoa que represente essa ameaça e que resista à autoridade, ou impedir a sua fuga, e somente quando medidas menos extremas se mostrem insuficientes para alcançarem aqueles objetivos. Em qualquer caso, só devem recorrer intencionalmente à utilização letal de armas de fogo quando isso seja estritamente indispensável para proteger vidas humanas.³⁴

Nas circunstâncias referidas no Princípio 9, os funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem identificar-se como

³⁴ PBUFAF, Princípio 9.

tal e fazer uma advertência clara da sua intenção de utilizarem armas de fogo, deixando um prazo suficiente para que o aviso possa ser respeitado, exceto se esse modo de proceder colocar indevidamente em risco a segurança daqueles responsáveis, implicar um perigo de morte ou lesão grave para outras pessoas ou se se mostrar manifestamente inadequado ou inútil, tendo em conta as circunstâncias do caso.³⁵

A jurisprudência da Corte Constitucional alemã aceita que o fundamento do princípio da proporcionalidade resida tanto no âmbito dos direitos fundamentais quanto no contexto do Estado de Direito, sendo sua aplicação decorrente de uma compreensão ampla e geral da ordem jurídica como um todo.³⁶ Não resta dúvida, portanto, que o princípio da proporcionalidade pertence à categoria de princípio jurídico-constitucional.³⁷

5 CONVERGÊNCIAS DA PROPORCIONALIDADE EM CENÁRIOS DE CONFORMAÇÃO DIFUSA

Um grande número de indivíduos que portam armas — forças armadas, forças de segurança, polícia, grupos armados não estatais e empresas militares ou de segurança privadas — usam a força em situações muito diversas, que vão desde a manutenção da lei e da ordem em tempo de paz até operações de combate altamente letais. Eles também usam a força em situações intermediárias, tais como manifestações violentas, tensões ou graves distúrbios.

Para lidar com questões desse tipo, a aproximação entre o DIH e o DIDH tem encontrado abrigo em resoluções adotadas em diversas Conferências internacionais, numa saudável tendência de intercâmbio entre os respectivos marcos legais, e permeando diferentes regionalidades dos sistemas protetivos.

³⁵ *Id.*, Princípio 10.

³⁶ MENDES e BRANCO, 2013, p. 218.

³⁷ SILVA, 1998, p. 97.

Considere-se, por exemplo, o seguinte cenário hipotético: em um contexto de conflito armado internacional (Estado A contra Estado B), as forças armadas do Estado A *invadem e ocupam* uma significativa porção do território do Estado B. Como ocorre em inúmeros conflitos armados, na faixa agora ocupada vivem nacionais do Estado B cuja origem étnica e identidade linguístico-cultural são comuns aos nacionais do Estado A.

Aqui se faz necessária uma explicação. Diferentemente do conceito de *território invadido* — situação transitória, breve, de irrupção violenta em território de outro Estado — um *território ocupado* é aquele que, em consequência da intenção do invasor de nele permanecer, encontra-se colocado de fato sob a autoridade do exército inimigo.³⁸ Em termos práticos, significa que cessaram as hostilidades inimigas sobre as forças invasoras, tendo sido os combatentes inimigos neutralizados ou destruídos. Existem normas detalhadas que estabelecem os direitos e deveres desse ocupante³⁹, o qual tem a obrigação de adotar as medidas necessárias para restabelecer e garantir a ordem e a vida pública, respeitando, salvo impedimento absoluto, as leis outrora em vigor. Caso contrário, ou seja, não conseguindo a autoridade ocupante se estabelecer de fato, o território não está *ocupado*, mas apenas *invadido*, sendo ainda tecnicamente um campo de batalha. Evidentemente que, a despeito dos ônus logísticos e institucionais de qualquer força ocupante, a almejada fase de estabilização pós-conflito impescinde do controle territorial pleno.

Retomando o cenário apresentado: a área do Estado B ocupada pelo Estado A consiste de um recorte territorial não linear, cujos limites físicos não são claramente definidos. Numa faixa situada nessa transição entre o território ocupado (onde não mais há, em tese, combates) e o território que ainda é um campo de batalha (onde as hostilidades bélicas inimigas diretas ainda subsistem), existe uma cidade densamente povoada. Essa localidade,

³⁸ Art. 42 do Regulamento da IV Convenção da Haia, de 1907.

³⁹ IV Convenção de Genebra, Título III, Seção III.

diante da nova configuração territorial, passa agora a ser um município fronteiriço, envolto pela instabilidade que naturalmente caracteriza essa área em disputa.

Na porção oeste da cidade, mais próxima à faixa limítrofe, escaramuças entre os combatentes das duas forças armadas exigem que os soldados ocupantes façam uso da força sob o manto do DIH, conduzindo-se segundo os critérios de necessidade e proporcionalidade do paradigma de conflito armado. Distante cerca de 2 km para leste, em um bairro contíguo, uma manifestação aparentemente pacífica forma-se em protesto à ocupação do Estado A, movendo-se para oeste.

Em dado momento, optando por não reprimir *a priori* a manifestação — possivelmente para evitar a pecha de “invasor tirano” — as forças armadas de A surpreendem-se na seguinte situação: uma extremidade do batalhão enfrenta combatentes inimigos sob o marco legal do DIH, enquanto os soldados localizados na outra extremidade do mesmo batalhão atuam agora para controlar os ânimos dos manifestantes, que gradualmente começam a fazer uso de violência (lançamento de pedras sobre a tropa, vandalização de equipamentos públicos, destruição de veículos estacionados). Um típico exemplo da metáfora da guerra em três quarteiros. Como deve agir esse comandante para compatibilizar a aplicação do princípio da proporcionalidade com as condutas esperadas em cada situação (paradigma militar e paradigma de segurança pública), considerando, conforme expresso no Protocolo Adicional I de 1977, que:

(...) a aplicação das Convenções e do Protocolo cessará, no território das Partes em conflito, ao término geral das operações militares e, *em caso de territórios ocupados, ao término de ocupação*, exceto, em ambas circunstâncias, para as pessoas cuja liberação definitiva, repatriação ou restabelecimento tenha lugar posteriormente.⁴⁰ [destaque meu]

⁴⁰ Art. 3º.

A maioria dos instrumentos de direitos humanos permite que os governos derroguem certos direitos, desde que sob condições específicas e quando confrontados com sérias ameaças públicas, ou ainda quando a sobrevivência do Estado está em jogo. No entanto, existe um “núcleo duro” de direitos básicos que os governos não podem derrogar em qualquer circunstância. Como um direito de exceção, não há derrogações permitidas pelo DIH, uma vez que esse ramo do direito foi concebido para encontrar um equilíbrio entre o direito de usar a força (situações de conflitos armados, ou seja, guerras) e a obrigação de proteger os direitos e a dignidade das pessoas. No caso do DIDH, alguns direitos, como a liberdade de imprensa e de circulação, podem ser derrogados durante o estado de sítio.⁴¹ Não há, portanto, vácuo. O uso da força sempre ocorre dentro de um arcabouço legal definido.⁴²

O delineamento conceitual da proporcionalidade, embora distinto nos dois casos (guerra; imposição da lei), possui elementos constitutivos que permitem uma mínima convergência a servir como diretiva básica para o uso da força, cuja síntese comparativa pode ser observada no Quadro 3:

⁴¹ Constituição Federal, art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:

I - obrigação de permanência em localidade determinada;
II - detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns;
III - restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei;
IV - suspensão da liberdade de reunião;
V - busca e apreensão em domicílio;
VI - intervenção nas empresas de serviços públicos;
VII - requisição de bens.

⁴² CICV, 2011, p. 5.

Quadro 4 – Delineamentos conceituais do princípio da proporcionalidade

DELINEAMENTOS CONCEITUAIS DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	
Paradigma Militar (uso da força em conflito armado)	Paradigma da Segurança Pública (uso da força em outras situações de violência)
Danos colaterais (baixas acidentais) x Vantagem militar concreta e direta	Adequação (legitimidade do fim pretendido) + Necessidade (limites do meio/método não excedíveis) + Proporcionalidade <i>stricto sensu</i> (escolha do meio/método com base no conjunto dos interesses em jogo)
Síntese Conceitual:	
Observado quando os danos colaterais (baixas acidentais) resultantes do uso da força <u>não são excessivos</u> em relação à vantagem militar concreta e direta	Observado quando a escolha do meio/método considera o conjunto dos fatores em análise e <u>não excede</u> os limites indispensáveis ao atingimento do fim legítimo pretendido

Fonte: o autor.

No exemplo hipotético apresentado, o dilema enfrentado pelo comandante consistirá, grosso modo, em determinar que tipo de paradigma deverá prevalecer no seio da sua unidade ao lidar com dois níveis distintos no espectro dos conflitos. A tendência será, em razão dos mecanismos de sobrevivência inerentes ao ser humano quando em situações-limite (“lei do choque ou fuga”), adotar monoliticamente o paradigma que possibilite o maior nível possível de proteção, combinado com a maior amplitude possível

de resposta. Entretanto, mesmo em se tratando de um território ocupado, no qual são aplicáveis as normas do DIH, até que cesse a referida ocupação, é imperioso recordar que não estão derogados determinados direitos tutelados pelo DIDH, sobretudo o direito à vida e à proteção contra violência ilegal. Desse modo, ainda que em uma manifestação pública com espasmos de violência localizados, em não sendo ultrapassado o limiar de intensidade requerido para um enquadramento jurídico como conflito armado, a realidade fática se imporá, exigindo a observância dos parâmetros, técnicas, táticas e procedimentos afetos ao paradigma da garantia da lei e da ordem, alguns dos quais estabelecidos na inteligência do Princípio 11 do PBUFAF:

11. As normas e regulamentações relativas à utilização de armas de fogo pelos funcionários responsáveis pela aplicação da lei devem incluir diretrizes que:

- a) Especifiquem as circunstâncias nas quais os funcionários responsáveis pela aplicação da lei sejam autorizados a transportar armas de fogo e prescrevam os tipos de armas de fogo e munições autorizados;
- b) Garantam que as armas de fogo sejam utilizadas apenas nas circunstâncias adequadas e de modo a reduzir ao mínimo o risco de danos inúteis;
- c) Proibam a utilização de armas de fogo e de munições que provoquem lesões desnecessárias ou representem um risco injustificado;
- d) Regulamentem o controle, armazenamento e distribuição de armas de fogo e prevejam nomeadamente procedimentos de acordo com os quais os funcionários responsáveis pela aplicação da lei devam prestar contas de todas as armas e munições que lhes sejam distribuídas;
- e) Prevejam as advertências a efetuar, sendo caso disso, se houver utilização de armas de fogo;
- f) Prevejam um sistema de relatórios de ocorrência, sempre que os funcionários responsáveis pela aplicação da lei utilizem armas de fogo no exercício das suas funções.

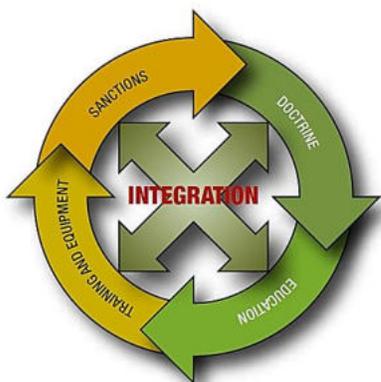
Destarte, considerando a proporcionalidade no uso da força segundo o paradigma de segurança pública, ou seja, *a escolha de um meio/método que considere o conjunto dos fatores em análise e não exceda os limites indispensáveis ao atingimento do fim legítimo pretendido*, é lícito supor que, em cenários de conflitos complexos tendentes à rápida escalada nos níveis de violência (concomitância de guerra e não guerra em espaços territoriais contíguos), ou naqueles cujo marco legal do DIDH aparentemente prevaleça (outras situações que não conflito armado), a decisão deve sempre privilegiar o emprego de meios/métodos que melhor representem a preocupação legítima em impedir a formação de uma espiral de violência. Isso significa que os membros das forças armadas precisam tanto estar aptos ao uso progressivo dos meios/métodos à sua disposição (como no caso das situações de imposição da lei que gradualmente extrapolam para distúrbios violentos), como também serem capazes de, instantânea e oportunamente, galgar a um só tempo vários níveis na escala de intensidade da força (como no caso do enfrentamento com base no *status* de inimigo). Em todos os casos, o elemento chave a nortear a avaliação das condutas parece ser o vocábulo *excesso*, quer evitando danos *excessivos* em relação à vantagem militar, quer optando por procedimentos que não *excedam* os limites impostos pela razoabilidade.

6 CONCLUSÃO

O Brasil possui um alinhamento inequívoco e histórico com os preceitos internacionais relativos ao Direito Internacional Humanitário, tendo ratificado a quase totalidade de todos os tratados que regulam a matéria. Há, de fato, um antigo envolvimento, seja como convidado a participar das primeiras convenções do século XIX, seja como atuante destacado na Conferência da Haia de 1907, ou como Estado parte dos principais tratados pertinentes.

A relevância da discussão aqui apresentada repousa, em especial, na preocupação quanto à proteção jurídica de tropas brasileiras desdobradas em cenários de conflito armado ou em operações sob a égide da Organização das Nações Unidas (ONU), como foi o caso dos 13 anos em que o Brasil liderou a missão no Haiti e da participação em outras operações congêneres que a precederam, sobretudo em território africano. Adicionalmente, tramita no Parlamento o Projeto de Lei 4038/2008, que implementa no ordenamento jurídico brasileiro as matérias do Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional (crimes de guerra, crimes contra a humanidade, crime de genocídio e crime de agressão), internalizando as normas do DIH no direito pátrio, com o objetivo regulamentar a mais excepcional das circunstâncias: a guerra. Essa integração do direito preenche um dos importantes mecanismos assecuratórios de cumprimento das normas internacionais, visto que é elemento importante do ciclo de ampliação da capacitação dos agentes do Estado encarregados do monopólio da violência, conforme se depreende da figura a seguir:

Figura 1 – Ciclo integrativo das normas de direito ao uso da força



Fonte: CICV, 2011.

Na vertente protetiva da sociedade, essas reflexões reforçam o marco legal aplicável às operações de garantia da lei e da ordem executadas pelas Forças Armadas (artigo 142 da Constituição Federal), sobretudo distinguindo com clareza as nuances da proporcionalidade aplicáveis a cada cenário de uso da força (guerra e não guerra). Porém, para além do objetivo de regular paz ou guerra, a intercambialidade entre o DIH e o DIDH tem como imperativo maior a preservação da vida e da dignidade humanas. E quando se trata disso, é de boa-fé que o conceito de humanidade, tomado em seu sentido estrito, sempre busque pairar acima de perfunctórias eventuais diferenças.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, H. *Manual de direito internacional público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1982.

ANNIS, F. Krulak revisited: the three-block war, strategic corporals, and the future battlefield. *Modern War Institute at West Point*. 2020. Disponível em: <https://mwi.usma.edu/krulak-revisited-three-block-war-strategic-corporals-future-battlefield> Acesso: 27 jun. 2022.

BRASIL. *Código penal militar*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. Constituição (1998). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 05.10.1988. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 2002.

BRASIL. *Emenda Constitucional 45*. Promulgada em 08.12.2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm. Acesso: 7 fev. 2008.

BRASIL. *Projeto de Lei 4.038/09 – Implementação do Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional*.

BYERS, M. *A lei da guerra: direito internacional e conflito armado*. Rio de Janeiro: Record, 2007.

CANADÁ. Defesa Nacional. Estado-Maior. *B-CG-005-104/FP -021: Law of armed conflict at the operational and tactical levels*. Ottawa: National Defence Headquarters, 2003.

CANÇADO TRINDADE, A. A. *et al.* As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana. ICRC, 2004. Disponível em: <http://www.icrc.org/Web/por/site-por0.nsf/html/direitos-da-pessoa-humana>. Acesso em: 18 mar. 2008.

CHIARELLI, P. W.; SMITH, S. Aprendendo com as guerras modernas: os imperativos de preparação para um futuro perigoso. *Military Review*. Janeiro-fevereiro. v. LXXXVIII. N. 1. Fort Leavenworth: 2008.

CINELLI, Carlos F.G.C. *Direito Internacional Humanitário: ética e legitimidade no uso da força em conflitos armados*. 2. ed. rev. e ampliada. Curitiba: Juruá, 2016.

CLAUSEWITZ, C. *Da guerra*. 1. ed. 1832. Trad. Teresa Barros Pinto Barroso. São Paulo: Martins Fontes, 1979.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. *Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949*. Genebra: CICV, 1992.

_____. *Protocolos adicionais às Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949*. Genebra: CICV, 1992.

_____. *Comentários ao Protocolo Adicional I*. Genebra: CICV.

_____. *Direito internacional relativo à condução das hostilidades: compilação de convenções da Haia e de alguns outros instrumentos jurídicos*. Genebra: CICV, 1990.

_____. *Violência e uso da força*. Genebra: CICV, 2015.

_____. *Integrating the law*. Genebra: CICV, 2011.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. *Estatuto de Roma para o Tribunal Penal Internacional*. Genebra, 2002.

_____. *The Law of Armed Conflict – Command Responsibility*. Geneva, Switzerland, 2002.

COMPARATO, F. K. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia da Letras, 2006.

DORN, A. W. e VAREY, M. The rise and demise of the “three block war”. *Canadian Military Journal*. V. 10. N. 1. 2009.

DUNANT, H. *Recuerdo de Solferino*. Genebra: CICV, 1982.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of the Army. *FM 3-0: operations*. EUA: Washington, D.C., 2001.

EXÉRCITO. Estado-Maior. *C 2-10: glossário de expressões para uso no Exército*. Brasília, DF, 2003.

_____. *C 100-5: operações*. 3. ed. Brasília, DF, 1997.

_____. *C 124-1: estratégia*. 4. ed. Brasília, DF, 2004.

FLECK, D. et al. *The handbook of humanitarian law in armed conflicts*. New York: Oxford University Press, 1995.

GUTMAN, R. et al. *Crimes of war: what the public should know*. 2. ed. New York: W.W. Norton & Company, Inc., 2007.

HENCKAERTS, J. *Study on customary international humanitarian law: a contribution to the understanding and respect for the rule of law in armed conflict*. Genebra: CICV, 2005, v. 87, n. 857.

HENCKAERTS, J.; DOSWALD-BECK, L. *El derecho internacional humanitário consuetudinário*. v. I: Normas.

INTERNATIONAL INSTITUTE OF HUMANITARIAN LAW. *Background information for participants to the course on law of armed conflict for armed forces*. San Remo: IIHL, 2005.

JARDIM, T. DAL MASO. *O objeto da corte*. 2007. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/tpi/partic.htm>. Acesso em: 10 abr. 2008.

JARDIM, T. DAL MASO. *O Brasil e o direito internacional dos conflitos armados*, t. I. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

JOHNSON, J. T. *Morality and contemporary warfare*. New York: Yale University Press, 1999.

KALDOR, M. *New and old wars: organized violence in a global era*. 2. ed. Stanford: Stanford University Press, 2007.

LAFER, C. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de guerras futuras*. Nova Iorque: William Morrow e col., 1961.

MELLO, C. D. A. *Direitos humanos e conflitos armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

MELLO, C. D. *Curso de direito internacional público*. 13. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MELZER, N. Interpretative guidance on the notion of direct participation in hostilities under International Humanitarian Law. *International Review of the Red Cross*. v. 90, n. 872. December 2008, p. 991-1047.

MENDES, Gilmar F. e BRANCO, Paulo G. G. *Curso de Direito Constitucional*. 8 ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2013.

MINISTÉRIO DA DEFESA. Secretaria de Política, Estratégia e Assuntos Internacionais. *MD51-M-04: doutrina militar de defesa*. 2. ed. Brasília, DF, 2007.

_____. *MD35-G-01: glossário das forças armadas*. 1. ed. Brasília, DF, 2007.

MULINEM, F. *Manual sobre el derecho de la guerra para las fuerzas armadas*. Ginebra, Suíça: Comité Internacional de la Cruz Roja, 1991.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Código de Conduta para os Responsáveis pela Aplicação da Lei*. Adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 34/169, de 17 de dezembro de 1979.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Princípios Básicos sobre o Uso da Força e Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei*. Adotados por consenso em 7 de setembro de 1990, por ocasião do Oitavo Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes.

PALMA, Najla N. Compliance no Direito Internacional Humanitário: o maior desafio dos 70 anos da Convenções de Genebra. *Revista do Superior Tribunal Militar*. v. 28. Brasília, 2020. Disponível em: <http://www.mflip.com.br/pub/stm/index6/?numero=35&edicao=11268#page/52>

_____. Rio de Janeiro: violência urbana exacerbada, não uma guerra - *Revista do Superior Tribunal Militar*. v. 31. Brasília, 2019. Disponível em: <https://revista.mpm.mp.br/artigo/rio-de-janeiro-violencia-urbana-exacerbada-nao-uma-guerra>

PEREIRA, C. F. O. *A responsabilidade de comando no estatuto de Roma e sua implementação no Código Penal Militar*. Curitiba: Juruá, 2010.

PICTET, J. *Desarrollo y principios del derecho internacional humanitário*. Ginebra: Instituto Henry Dunant, 1986. 113p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SOLIS, Gary D. *The law of armed conflict*. New York: Cambridge University Press, 2010.

SWINARSKI, C. *A norma e a guerra*. Buenos Aires: CICR, 1991. 59p.

_____. *Introdução ao Direito Internacional Humanitário*. Brasília: CICR, 1996. 73 p.

WALZER, M. *Guerras justas e injustas: uma argumentação moral com exemplos históricos*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WALZER, M. *Arguing about war*. New York: Yale University Press, 1989.

Os limites e as consequências do direito de silêncio

Cyro Wojcikiewicz de Almeida Coelho

Bacharelado da Faculdade Presbiteriana Mackenzie Rio. Estagiário da 3º Procuradoria do Ministério Público Militar do Estado do Rio de Janeiro.

CV: <https://lattes.cnpq.br/1103436520748727>

ORCID: 0009-0006-8018-7275

E-mail: cyrocoelho5@hotmail.com

Irineu Carvalho de Oliveira Soares

Doutor e Mestre em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense (PPGSD/UFF). Professor do Curso de Direito e Coordenador de Pesquisa da Faculdade Presbiteriana Mackenzie Rio (Mackenzie Rio) e do Centro Universitário São José (UniSJ). Membro do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais (LAFEP/UFF).

CV: <http://lattes.cnpq.br/9690267141366482>

ORCID: 0000-0002-1201-7665

E-mail: irineu.juris@gmail.com

Revisores: Antonio Carlos Gomes Facuri (ORCID: 0009-0006-8038-8288; e-mail: antonio.facuri@mpm.mp.br)

Luciano Moreira Gorrilhas (ORCID: 0009-0005-0678-471X; e-mail: luciano.gorrilhas@mpm.mp.br)

Data de recebimento: 30/04/2023

Data de aceitação: 02/05/2023

Data da publicação: 30/05/2023

RESUMO: Este artigo apresenta uma análise panorâmica do direito de silêncio como uma espécie do direito de não produzir provas contra si mesmo, levando em consideração diferentes posicionamentos doutrinários para uma melhor amplitude de entendimentos. A partir dessa discussão, o texto explora o debate entre verdade real e verdade formal, considerando a natureza e a importância do direito de silêncio no ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, o artigo também aborda as consequências diretas do

uso desse direito no processo penal, como a perda de chance de apresentação de provas pelo réu e a subjetividade do convencimento do juiz. Por fim, são discutidas as situações específicas em que o direito de silêncio não possui alcance, considerando as implicações legais e éticas envolvidas.

PALAVRAS-CHAVE: direito de silêncio; limites do direito de silêncio; consequências do silêncio; verdade formal; verdade real.

ENGLISH

TITLE: The limits and consequences of the right of silence.

ABSTRACT: This article presents a panoramic analysis of the right to remain silent as a species of the right not to produce evidence against oneself, taking into account different doctrinal positions for a better understanding of its scope. From this discussion, the text explores the debate between real truth and formal truth, considering the nature and importance of the right to remain silent in the Brazilian legal system. In addition, the article also addresses the direct consequences of exercising this right in criminal proceedings, such as the defendant's loss of the opportunity to present evidence and the subjectivity of the judge's conviction. Finally, specific situations are discussed in which the right to remain silent does not have any effect, considering the legal and ethical implications involved.

KEYWORDS: right of silent; limits of the right of silence; consequences of silence; formal truth; real truth.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Verdade real x verdade formal – 3 Limites ao uso do direito de silêncio – 3.1 Sobre os exames periciais – 4 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho se originou a partir de um questionamento simples: quais são os limites do Direito de Silêncio? Para responder esta pergunta, foi realizada uma pesquisa doutrinária para analisar os fundamentos e a própria natureza desse direito, assim podendo compreender seu propósito e até onde ele pode se estender.

Cabe assim um esclarecimento sobre do que exatamente está sendo tratado: o Direito de Silêncio é o poder de se calar diante da persecução penal, sem assim ser obrigado a responder quesitos, no caso sendo esse direito atribuído normalmente ao acusado. Desta forma, pode-se afirmar que o Direito de Silêncio é espécie do gênero "*nemo tenetur se detegere*"¹, já que, se o acusado tem a capacidade de se recusar a responder alguma questão que lhe ofereça algum risco, ele então tem a capacidade de não ser obrigado a produzir provas contra si mesmo.

Essa constatação já define bem a amplitude do Direito de Silêncio, sendo ele algo além de não responder perguntas numa audiência ou inquérito. O silêncio do acusado pode ser o não comparecimento a uma inquirição ou até mesmo a falta de cooperação com as investigações ao recusar fornecer o celular para uma perícia, já que ambos os exemplos demonstram uma inação do acusado diante da persecução penal, sendo nesse sentido uma espécie de manifestação de silêncio.

O que está em jogo quando se fala de Direito de Silêncio é o fato de o acusado ser ou não ser obrigado a produzir provas contra si mesmo ao participar dos atos probatórios, ou seja, o princípio do *nemo tenetur se detegere*.

¹ "Ninguém é obrigado a se mostrar" em tradução literal do latim. É o nome do princípio de não produzir provas contra si mesmo.

Outra questão importante de se antecipar sobre a amplitude e poder do Direito de Silêncio envolve a distribuição da carga da prova². Como no Direito Penal há o princípio da presunção de inocência, todos serão inocentes até que ocorra uma condenação com trânsito em julgado, tendo isso em mente, não seria absurdo dizer que um acusado não precisa provar sua inocência: até que ocorra sua condenação efetiva, ele será inocente, então nada terá de provar sobre sua inocência (LOPES JÚNIOR, 2021, p. 234). Por isso o ônus da prova no Processo Penal acaba por recair no Ministério Público, não somente pela carga probatória, mas também pela necessidade que se terá de derrubar a presunção de inocência do acusado (LOPES JÚNIOR, 2021, p. 236).

É importante notar que por mais que o Direito de Silêncio seja um reflexo imediato do princípio de não produzir provas contra si mesmo, ele se encontra intrinsecamente conectado com outros princípios, como é o caso do princípio da presunção de inocência anteriormente mencionado. Essa acumulação de princípios por detrás do Direito de Silêncio remonta a diferenças entre o processo inquisitório e o processo acusatório, intrinsecamente ligados com a busca pela verdade no processo, o que será mais bem tratado no capítulo seguinte.

Outro princípio que se mistura com o Direito de Silêncio neste mesmo sentido é o da ampla defesa, o qual traz a seguinte reflexão: a persecução penal é um momento no qual a força estatal, seja pelos recursos do órgão de acusação, seja pelos da polícia, é colocada contra o acusado, o qual via de regra é um cidadão comum. A discrepância de recursos e poderes em abstrato que o Estado tem em relação ao indivíduo investigado é notória, fazendo-se necessário que, ao buscar uma ampla defesa ao acusado, tenham que ser fornecidos privilégios a ele. É o que Renato Brasileiro de Lima diz em seu Manual de Processo Penal:

² A distribuição da carga da prova diz sobre a quem no processo fica o encargo de produzir a prova, ou melhor dizendo, a quem fica o ônus da prova.

Por força da ampla defesa, admite-se que o acusado seja formalmente tratado de maneira desigual em relação à acusação, delineando o viés material do princípio da igualdade. Por consequência, ao acusado são outorgados diversos privilégios em detrimento da acusação, como a existência de recursos privativos da defesa, a proibição da *reformatio in pejus*, a regra do *in dubio pro reo*, a previsão de revisão criminal exclusivamente *pro reo*, etc., privilégios estes que são reunidos no princípio do *favor rei*. (LIMA, 2020, p. 59)

O Direito de Silêncio acaba se incluindo neste rol de direitos conferidos ao acusado sob pretexto de igualar as armas entre o Estado e o acusado, em busca assim de oferecer a ampla defesa. É nessa linha que Guilherme de Souza Nucci realiza uma provocadora declaração, evocando uma gama sem fim de doutrinadores:

Se o Estado ainda não atingiu meios determinantes para tanto, tornando imprescindível ouvir o réu para formar sua culpa, é porque se encontra em nítido descompasso, que precisa ser consertado por outras vias, jamais se podendo exigir que a ineficiência dos órgãos acusatórios seja suprida pela defesa. É o que igualmente sempre defenderam ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO, ANTONIO SCARANCA FERNANDES, VICENTE GRECO FILHO, JULIO FABBRINI MIRABETE, PAULO HEBER DEMORAIS, JOÃO BATISTA LOPES, ADRIANO MARREY, ALBERTO SILVA FRANCO, RUI STOCO, DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO e CELSO LIMONGI. (NUCCI, 2020, p. 753)

Em outras palavras, o que a corrente do garantismo processual coloca é que os órgãos acusatórios, em prol da preservação da dignidade humana e dos direitos fundamentais, são obrigados a respeitar certos privilégios – dentre eles é notório o *nemo tenetur se detegere* – que o acusado possui sob um viés equiparável ao que ocorre no direito trabalhista e no direito do consumidor, no qual se argumenta que o empregado/consumidor, por geralmente ser mais vulnerável que o empregador/comerciante, precisa receber vantagens processuais para tornar o litígio mais justo. Mal comparando, é uma lógica similar que ocorre no processo penal acerca dos

direitos que o acusado detém perante os órgãos de acusação (YOKOYAMA, 2007, p. 119).

2 VERDADE FORMAL X VERDADE REAL

O presente item não se dispõe a discutir as nuances e teorias sobre o que é a verdade no processo penal, mas sim expor como que o Direito de Silêncio reverbera e molda o tipo de verdade que haverá de ser buscada dentro da persecução penal.

É bem verdade que, dentro do intuitivo e da vivência pessoal, alguém se recusar a responder algo gera um desconforto inigualável, levando o questionador a pensar em algo ruim, já que se fosse bom, não teria motivo para esconder (KALIL, 2020). Nesse caso, é interessante mostrar o relato do Procurador da República José Lucas Perroni Kalil:

Já me deparei, na prática, com a seguinte situação: sujeito estrangeiro, preso por tráfico internacional, alegava ser um mendigo em seu país de origem e que não estaria envolvido de forma alguma com organização criminosa. No entanto, perguntado sobre como um mendigo conseguiu viajar da Europa para a Argentina meses antes, e a finalidade da viagem, preferiu ficar em silêncio. O silêncio, nesse caso, foi muito eloquente quanto ao que não foi respondido. Seria um verdadeiro absurdo o juiz não poder utilizar esse silêncio quando da avaliação da prova. (KALIL, 2020)

Por outro lado, cabe menção de um caso sobre uma mulher que havia assassinado um homem e confessara seu crime (informação verbal)³. Ao ser interrogada pelos motivos daquele homicídio, a mulher se recusava a compartilhar as razões, recorrendo ao seu direito de silêncio, porém após muita insistência ela acabou cedendo: o motivo por trás daquele homicídio foi porque o *de cujus* teria abusado sexualmente do filho da mulher no passado, com ela se recusando a explicar isso para não expor seu filho. Esse

³ Relato compartilhado em aula de Processo Penal ministrada pela professora Tatiana Trommer Barbosa na Faculdade Presbiteriana Mackenzie Rio, durante o segundo semestre de 2022.

caso acabou sendo um exemplo de uso do direito de silêncio que não necessariamente eximia o acusado ou tivesse interesse em atrapalhar a persecução penal, mostrando que nem sempre a recusa em responder é uma manobra jurídica da defesa para comprometer as investigações. Por mais que em certos casos influencie numa dosimetria da pena ou maior entendimento do caso, a recusa pode ser perfeitamente sobre questões de foro íntimo que não importam para uma condenação concreta – talvez uma condenação mais formalmente adequada, mas ainda assim uma condenação.

A apresentação desses dois relatos serve de ilustração para o desconforto contraintuitivo que o uso do direito de silêncio gera diante do verbete popular “quem cala, consente”, mostrando em especial no segundo caso apresentado que esse desconforto é mais denso do que parece. Diante disto que se vê necessário analisar o propósito da busca pela verdade na persecução penal e que tipo de comprometimento o direito de silêncio gera nessa verdade.

Para tal análise, cabe citação de Renato Brasileiro de Lima como ponto de partida:

Em contraposição a esse sistema, no âmbito processual penal, estando em discussão a liberdade de locomoção do acusado, direito indisponível, o magistrado seria dotado de amplos poderes instrutórios, podendo determinar a produção de provas ex officio, sempre na busca da verdade material. Dizia-se então que, no processo penal, vigorava o princípio da verdade material, também conhecido como princípio da verdade substancial ou real. A descoberta da verdade, obtida a qualquer preço, era a premissa indispensável para a realização da pretensão punitiva do Estado. Essa busca da verdade material era, assim, utilizada como justificativa para a prática de arbitrariedades e violações de direitos, transformando-se, assim, num valor mais precioso do que a própria proteção da liberdade individual. A crença de que a verdade podia ser alcançada pelo Estado tornou a sua perseguição o fim precípua do processo criminal. Diante disso, em nome da verdade, tudo era válido, restando justificados abusos e arbitrariedades por parte das autoridades responsáveis pela persecução penal, bem como a ampla iniciativa probatória concedida ao juiz, o que acabava por comprometer sua imparcialidade. Atualmente, essa dicotomia

Cyro Wojcikiewicz de Almeida Coelho; Irineu Carvalho de
Oliveira Soares

entre verdade formal e material deixou de existir. Já não há mais espaço para a dicotomia entre verdade formal, típica do processo civil, e verdade material, própria do processo penal. (LIMA, 2020, p. 70)

O autor observa como dois tipos de busca da verdade ocorriam, um no processo cível e outro no penal, sendo que atualmente esse tipo dicotomia não tem mais espaço por causa de excessos e exageros que ocorriam na esfera penal. No cível teria vigorado uma verdade formal, pois ela era limitada pelo que as partes traziam como provas ao juiz, este sendo passivo e restrito a essas provas (LIMA, 2020, p.70). Já no penal, por tratar da liberdade do acusado, a verdade precisaria ser mais trabalhada para condizer com a gravidade do direito em jogo, assim se busca a verdade real, mais aproximada possível com os fatos.

Por um lado, a verdade formal é moldada por artificialidades processuais que possuem cada uma suas justificativas como forma de garantir que, quando o Estado agisse em efetivo, ele agisse com legitimidade. Já a verdade real, por mais que ela forneça mais recursos para tentar se alcançar uma verdade mais aproximada dos fatos, esses recursos acabam por exceder as atribuições do Estado (pelo menos no caso do Estado Democrático de Direito), o que a este traria ilegitimidade. Sem contar que questões essenciais para a obtenção de uma verdade satisfatória, como de um juiz imparcial, podem ser comprometidas com uma busca pela verdade real ao torná-lo ativo na produção de provas.

Este protagonismo do agente jurisdicional na busca pela verdade inclusive é o que está no cerne da distinção de um processo inquisitório contra um processo acusatório, já que no inquisitório se recorria até a torturas para tentar extrair alguma verdade, ofendendo a dignidade da pessoa humana dado o tamanho do esforço em se alcançar alguma resposta, a qual teoricamente seria uma verdade real. Já no acusatório, que é o processo utilizado no Brasil, por ter o respeito aos direitos do acusado, muito da força

estatal é limitada no que tange aos meios que o Estado pode usar para obter as provas, mas assim a verdade alcançada seria uma verdade legítima.

Assim sendo, por mais que uma verdade real possa ser desejável, a sua busca pode acabar sendo desvirtuada com excessos e sobreposições de direitos que poderiam não se justificar num Estado Democrático de Direito. Até mesmo Günter Jakobs, autor da controversa ideia do direito penal do inimigo vê que essa busca precisa ser delimitada para ser mais coerente com o Estado Democrático de Direito, como se pode ler a seguir:

Na perspectiva do Estado de Direito, um Direito penal do inimigo claramente delimitado é menos perigoso do que todo o Direito penal misturado com fragmentos de regulações próprias ao Direito penal do inimigo (tradução nossa ⁴) (JAKOBS, 2003, p. 54)

Vale lembrar que o direito penal do inimigo é a noção de despersonalizar o acusado para tratá-lo como inimigo do Estado em vez de cidadão, sob pretexto de assim eliminar o perigo que o réu, ao ser culpado, representa. Dessa forma, o Estado poderia realizar excessos e arbitrariedades em razão da periculosidade oferecida pelo “inimigo”. É um conceito muito poderoso, revestindo o Estado de muitas prerrogativas que poderia abrir precedentes dignos de ditaduras, por mais que houvesse esforço em deixar essa exceção bem delimitada para situações de imensa periculosidade jurídica e social.

A menção do direito penal do inimigo com relação a busca da verdade real se conecta por causa da experiência histórica já mencionada e amplamente rememorada por doutrinadores garantistas para evidenciar como que essa busca acaba em alguma medida se equiparando com a transformação

⁴ No original da tradução espanhola: “Un Derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso, desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar todo el Derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del Derecho penal del enemigo”.

Cyro Wojcikiewicz de Almeida Coelho; Irineu Carvalho de
Oliveira Soares

da figura do acusado em um inimigo que pode ter seus direitos desconsiderados.

Porém, isso não muda o fato de que uma busca pela verdade formal também pode acabar por artificialmente dificultar que evidentes crimes sejam devidamente punidos. Não é à toa que Aury Lopes Júnior, ao defender que a distribuição de cargas probatórias no processo penal é exclusiva do Ministério Público, se indigna com sentenças e acórdãos não seguindo tal tese:

Erro crasso pode ser percebido quase que diariamente nos foros brasileiros: sentenças e acórdãos fazendo uma absurda distribuição de cargas no processo penal, tratando a questão da mesma forma que no processo civil. Não raras são as sentenças condenatórias fundamentadas na “falta de provas da tese defensiva”, como se o réu tivesse que provar sua versão de negativa de autoria ou da presença de uma excludente. (LOPES JÚNIOR, 2021, p. 254)

Por mais que a tese dos doutrinadores garantistas possa ser constitucionalmente bem fundamentada e coerente com o *animus* constituinte, não há como se ignorar que magistrados em todo o país, através de sua experiência, acabam se convencendo de questões dentro da persecução penal e depois se vendo engessados por terem de submeter a verdade às formalidades da busca da verdade formal. Isso acaba por ser tão extremo que em artigo de 2022, Carlos Biasotti, desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, enumera um compêndio de mais de 100 vezes que ele argumentou em ementas sobre sua convicção de que o inocente diante da injusta acusação não conseguirá se calar, ele irá reivindicar sua inocência, sendo assim muito difícil de considerar que um inocente vá realmente usar o seu direito de silêncio.

Esse acaba sendo um entendimento complicado já que a própria lei vem sendo modificada em prol da tese garantista de que o direito de silêncio não pode ser usado em prejuízo da defesa, o que dá mais peso para tal tese

mesmo que haja uma resistência jurisprudencial. É o que se evidencia com tal fala de Nucci:

Com a modificação introduzida pela Lei 10.792/2003, torna-se claro o acolhimento, sem nenhuma ressalva, do direito ao silêncio, como manifestação e realização da garantia da ampla defesa. Sempre sustentamos que a necessidade de permanecer calado, muitas vezes, é uma consequência natural para pessoas frágeis, emocionalmente perturbadas ou que não possuem a devida assistência jurídica. Não se nega que no espírito do magistrado o silêncio invocado pelo réu pode gerar a suspeita de ser ele realmente o autor do crime, embora, ainda que tal se dê, é defeso ao magistrado externar o seu pensamento na sentença. Ora, como toda decisão deve ser fundamentada (art. 93, IX, CF), o silêncio jamais deve compor o contexto de argumentos do magistrado para sustentar a condenação do acusado. É preciso abstrair, por completo, o silêncio do réu, caso o exerça, porque o processo penal deve ter instrumentos suficientes para comprovar a culpa do acusado, sem a menor necessidade de se valer do próprio interessado para compor o quadro probatório da acusação. (NUCCI, 2020, p. 752)

A última parte da fala de Nucci é muito interessante, já que fala da necessidade de o magistrado fundamentar sua decisão junto da impossibilidade que ele tem de arguir neste momento o uso do direito de silêncio contra o acusado. Ora, se o único indício que o juiz tiver for o silêncio do acusado, ele possivelmente se verá impossibilitado de proferir uma condenação já que sua fundamentação poderá ser recorrida sem grandes esforços. Agora, se houver outros indícios que fundamentem sua decisão, e o silêncio acabou sendo só um deles, o magistrado se veria capaz de proferir uma condenação sem precisar argumentar do silêncio em sua decisão para evitar o recurso, mantendo tal influência expressa somente em seu foro íntimo. Com certeza seria algo que deixaria um garantista de cabelo em pé, mas na prática possibilitaria o alcance de uma “verdade real” dentro dos ritos da verdade formal.

O ideal para um garantista, como Nucci afirma na citação feita, é que o magistrado realize a abstração dessa influência, justamente pelo valor

constitucional e histórico que o direito de silêncio possui. E definitivamente, o oposto não é o mais coerente com os rumos que o Estado Democrático de Direito vem tendo. Mas como se averiguaria que o juiz, sem exteriorizar a influência do silêncio em seu julgado, não teria feito essa abstração?

Não de se estranhar diante dessa certa brecha do convencimento do juiz que o já mencionado José Lucas Perroni Kalil defenda a seguinte tese sobre o direito de silêncio:

Nosso entendimento, portanto, é no sentido de que conteúdo do direito constitucional ao silêncio resume-se a uma garantia de que (i) o Estado não utilizará de métodos inadequados de interrogatório para extrair a verdade do acusado e (ii) não será suficiente para decreto condenatório - unicamente - o silêncio do acusado, sem outras provas corroboradoras. (KALIL, 2020)

O segundo ponto é extremamente interessante, já que traz expresso que o direito de silêncio somente não é suficiente para uma condenação, mas a partir do momento que houver outras provas, ele pode acabar tendo seu valor para o juiz ter um convencimento mais completo. Importante frisar que essa tese vem em diametral confronto com muitos autores consagrados mencionados no presente artigo, evidenciando que, apesar da predominância doutrinária dos garantistas, ainda há um embate entre que tipo de verdade é buscada no processo penal. Sendo honesto, a tese de Kalil estipula que o direito de silêncio pode servir como combate a métodos inadequados de interrogatório, o que, ao limitar a força estatal ao estabelecer métodos, já se limita a verdade real para ser ela uma verdade formal.

Se a tese apresentada por Kalil sobre o uso do direito de silêncio em prejuízo do réu ao ser combinado com outras provas for uma tese aplicável, poderíamos dizer que esta seria um limite do direito silêncio, no entanto, quando neste presente artigo se falar de outros limites ao direito de silêncio, o que estará em jogo não é o uso dele em prejuízo do réu, mas sim de hipóteses nas quais ele não pode ser utilizado.

No final das contas, a busca pela verdade real é uma busca que confere grandes poderes ao Estado, o que na atual conjuntura do Direito ocidental, se vê como um absurdo diante do Estado Democrático de Direito. É o que se diz quando se fala da primeira onda dos direitos humanos, na qual o Estado garante direitos à sociedade ao simplesmente limitar seu agir. Sendo assim, a busca pela verdade formal é a mais coerente com o Estado Democrático de Direito, apesar de haver espaço sobre os alcances e justificativas para as formalidades adotadas. Tal espaço foi o que se almejou expor no presente capítulo.

3 LIMITES AO USO DO DIREITO DE SILÊNCIO

O direito de silêncio, por ser uma espécie do gênero *nemo tenetur se detegere*, acaba por ter validade em seu uso a qualquer um que se veja podendo produzir provas contra si mesmo, então ele não tem seu uso restrito somente ao acusado, como também pode ser usado por exemplo por uma testemunha. Porém, no que tange à pessoa do investigado em si, cabe uma exceção interessante ao uso do direito de silêncio apresentada por Nucci a respeito do depoimento de inimputável menor de idade comparsa do réu:

Nessa hipótese, deve ele ser arrolado, normalmente, como testemunha, porque, na esfera penal não pode ser considerado parte na relação processual estabelecida. Tem, pois, o dever de dizer a verdade. Nem se diga que ele precisa ter o mesmo tratamento do corréu, tendo direito ao silêncio e não sendo considerado testemunha, porque estaria respondendo – ou poderia vir a responder – pelo que fez na Vara da Infância e da Juventude. (NUCCI, 2020, p. 794)

Como o menor infrator tecnicamente não é considerado réu por ser inimputável, a sua condenação não é uma punição estatal, mas sim medida socioeducativa que serve para sua reeducação e melhor formação para a vida adulta, assim efetivamente não sendo um réu sob risco da *ultima ratio* do processo penal. Assim sendo, não há que se falar em direito de silêncio para o

Cyro Wojcikiewicz de Almeida Coelho; Irineu Carvalho de
Oliveira Soares

menor infrator, já que a prova que ele produziria não iria contra ele mesmo, mas em seu favor: teoricamente, a medida socioeducativa é algo que será bom para o menor, não será uma punição, mas uma ajuda necessária. Neste caso, o adolescente maior de 14 anos será ouvido como testemunha, estando assim compromissado em falar a verdade, ao passo que o menor de 14 anos deve ser ouvido como informante devido ao art. 208 do Código de Processo Penal (NUCCI, 2020, p. 794)

Outra hipótese na qual o direito de silêncio não tem cabimento segue a grafia do art. 186 do Código de Processo Penal Brasileiro:

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. (BRASIL, 1941)

Como se pode ler, o direito de silêncio só é informado ao acusado após a devida qualificação deste, desta forma, é intuitivo pressupor que a qualificação do acusado não é alcançada pelo direito de silêncio. Em verdade, o uso do direito de silêncio na qualificação do acusado pode ser até mesmo considerado ato ilícito, seja por força do artigo 68 do Decreto-Lei n. 3.688/41, seja por acabar sendo crime de desobediência (art. 330 do Código Penal), de falsidade ideológica (art. 299 do Código Penal) ou falsa identidade (art. 307 do Código Penal) (YOKOYAMA, 2007, p. 138). Assim, como qualquer pessoa apresentada às autoridades tem de ser devidamente identificada na persecução penal, não tem como se falar em se negar a fornecer os dados pessoais mediante o direito de silêncio, muito menos mentir sobre a desculpa de não estar produzindo provas contra si.

Essa questão a respeito da devida qualificação do acusado reverbera até mesmo em outra situação da qual se discute o direito de silêncio do acusado, no caso a de ter de comparecer a interrogatório. Nesse caso, se teria outra exceção do uso do direito de silêncio, que no caso é a possibilidade de o réu ser conduzido de forma coercitiva até o interrogatório de qualificação

quando há dúvida da identidade do réu (NUCCI, 2020, p. 737). O réu ao ser intimado a comparecer a um interrogatório poderia entender que ele estaria se expondo muito e assim preferir não comparecer para não gerar provas contra si mesmo mediante o uso do seu direito de se manter silente perante a persecução penal, porém, como nesse caso o interrogatório tem como finalidade confirmar sua identidade, e como foi dito na exceção da qualificação, o réu tem a obrigação de se identificar perante a força estatal, sendo assim, ele não poderia usar de seu direito de silêncio para esse tipo de interrogatório.

3.1 Sobre os exames periciais

Por fim, uma outra hipótese que poderia ser considerada também uma exceção ao uso do direito de silêncio é no que tange a submeter o acusado a exames periciais, sendo esta hipótese bastante extensa e com muitas variáveis.

Preliminarmente, cabe citação de Eugênio Pacelli de Oliveira ao introduzir o tema:

As legislações europeias, de modo geral, bem como a anglo-americana e algumas de países da América do Sul (...) preveem situações nas quais o réu, embora sujeito de direitos, e não mero objeto do processo, deve se submeter a (ou suportar) determinadas ingerências corporais, com finalidades probatórias.

Em todos os casos, porém, como regra, deverá haver previsão expressa na lei e controle judicial da prova. É o que ocorre, nesses países, com os exames para coleta de sangue, com os testes para a comprovação de DNA – desde que realizados por médicos –, os exames de alcoolemia, o fornecimento de padrões gráficos e de voz etc., para a realização de perícia técnica. (OLIVEIRA, 2017, p. 203)

Pacelli continua ao expor que há previsão e aplicação do *nemo tenetur se detegere* em todas as legislações que ele citara, mas pautadas em limites coerentes com o propósito de tal princípio, que seriam “a proteção da

dignidade humana da pessoa, da sua integridade, física e mental, de sua capacidade de autodeterminação e do exercício efetivo do direito de não ser obrigado a depor contra si” (OLIVEIRA, 2017, p. 203). Então como esse propósito trata de questões essenciais à pessoa do acusado, ações que podem afetar essa inviolabilidade pessoal do acusado precisam ser muito bem delimitadas, sendo submetidas a rigorosas exigências para se permitir esse tipo de exceção do alcance do direito de não produzir provas contra si mesmo. Pacelli então conclui seu raciocínio:

É preciso, primeiro, expressa previsão na lei. Em segundo lugar, é preciso que se cuide de infração penal para cuja comprovação o exame pericial técnico seja efetivamente necessário, quer pela complexidade do crime, quer pela impossibilidade prática de obtenção de outras provas. É também necessário que a diligência se realize sob o controle judicial, exceto nos casos de urgência inadiável, quando o controle deverá ser feito posteriormente. (OLIVEIRA, 2017, p. 203)

O autor, ao se valer de direito comparado, enxerga que, ao ser previamente estabelecido por lei e muito bem controlado, há espaço para que exames periciais sejam feitos sem que isso seja considerado uma violação do direito de não produzir provas contra si mesmo. Nesse sentido, Eugênio Pacelli demonstra insatisfação com o cenário jurídico brasileiro, já que temos raras hipóteses estabelecidas para esses tipos de exame, além de uma doutrina e jurisprudência que dão um poder *ao nemo tenetur se detegere* que não encontra igual em outros ordenamentos jurídicos (OLIVEIRA, 2017, p. 204).

A posição de Pacelli diverge da de Aury Lopes Júnior, o qual defende uma primazia do *nemo tenetur se detegere* neste tópico ao entender que submeter o investigado a exames periciais pode constituir prova contra ele mesmo, mencionando a impossibilidade em seu entendimento de que o acusado seja não só obrigado a fornecer material para realização de exames periciais, como exame de sangue, DNA ou de escrita, como também de participar de acareações e de reconstituições (LOPES JÚNIOR, 2021, p. 57-

58). Apesar dessa discordância com Eugênio Pacelli, Aury Lopes Júnior menciona um caso que aparentemente foge de seu entendimento acerca da primazia do direito de silêncio diante da colaboração com exames periciais:

Mas, é importante sublinhar, a Lei n. 12.654, de 28 de maio de 2012, prevê a coleta de material genético como forma de identificação criminal, tendo gerado uma grande polêmica, na medida em que parece querer fulminar o direito de não produzir provas contra si mesmo ao obrigar o investigado à extração compulsória em caso de recusa. A nova lei altera dois estatutos jurídicos distintos: a Lei n. 12.037/2009, que disciplina a identificação criminal e tem como campo de incidência a investigação preliminar e, por outro lado, a Lei n. 7.210/84 (LEP), que regula a Execução Penal. (LOPES JÚNIOR, 2021, p. 57-58)

Como dito anteriormente, o réu é obrigado a se identificar e ser devidamente qualificado no processo, porém no caso de uma coleta de DNA isso pode acabar sendo uma prova definitiva de um crime, gerando assim grande mal-estar entre a obrigação do acusado em se identificar com o seu direito de não produzir provas contra si mesmo. Aury Lopes Júnior chega a fazer uma comparação forte ao observar que certos exames exigem intervenção corporal, como é o caso de exame de sangue, e assim concluir que submeter o acusado sem seu consentimento a uma intervenção corporal seria o mesmo que autorizar uma tortura sob pretexto de obter uma confissão, o que para o doutrinador seria uma clara volta ao processo inquisitório (LOPES JÚNIOR, 2021, p. 272-273).

A respeito da Lei n. 12.654 de 2012, Aury Lopes Júnior comenta sobre dois casos distintos do qual tal lei versa acerca da coleta de material genético. Um deles é o da coleta do material genético do apenado, sob pretexto de alimentar banco de dados de perfis genéticos que sirvam para apurar crimes futuros de autoria conhecida – ou seja, é uma coleta para munir o estado de recursos para lidar com possíveis crimes futuros – enquanto o outro caso é da coleta de material genético que sirva de prova para um crime

já ocorrido, assim sendo para um caso concreto e determinado (LOPES JÚNIOR, 2021, p. 274).

Evitando adentrar nas nuances de tal lei para manter o foco no direito de silêncio, o interessante é observar a conclusão do doutrinador acerca da hipótese de coleta de material genético do investigado:

A grande questão é: será que esse material poderá ser extraído compulsoriamente? Como fica o direito de não produzir provas contra si? Entendemos que se houver o fornecimento voluntário ou a coleta em locais de crime, não há problemas. Mas e se o suspeito se recusar, poderá ser compelido a fornecer material para alimentar esse Banco Multibiométrico? Entendemos que não, mas sem dúvida é uma questão que exigirá uma manifestação do Supremo Tribunal Federal. (LOPES JÚNIOR, 2021, pág. 276)

Outra hipótese de exame pericial em específico que Aury Lopes Júnior observa é a do teste do bafômetro, no qual a recusa poderia trazer vários prejuízos ao acusado, porém no entendimento do doutrinador, somente é cabível a sanção administrativa referente à recusa de realizar o teste, já qualquer repercussão penal da recusa seria violadora do direito de silêncio, não sendo ela cabível (LOPES JÚNIOR, 2021, p. 280).

Assim, Aury Lopes Júnior demonstra discordar que quaisquer tipos de exame pericial sejam utilizados diante do uso do direito de silêncio do investigado, apesar das ressalvas sobre a sanção administrativa do teste do bafômetro e da não pacificação do tema da Lei n. 12.654 de 2012.

Já o anteriormente mencionado Eugênio Pacelli possui entendimento bem diverso, já que para ele o que está sendo protegido com o direito de silêncio é a integridade física e mental do acusado, a sua capacidade de autodeterminação, a dignidade da pessoa humana, a honra do acusado e o reconhecimento do princípio de inocência (OLIVEIRA, 2017, p. 204). Sendo assim, alguns procedimentos seriam incabíveis, como é o caso de soro da verdade ou similares, já que impediriam a autodeterminação e a integridade física e mental do acusado; enquanto no caso de reprodução simulada ou

reconstituição dos fatos o problema seria o da dignidade, a honra e o reconhecimento de inocência do acusado sendo atacados com a encenação.

Por causa disso, o doutrinador se coloca em desacordo com certa decisão do STF que não admitiu a exigência de fornecimento de padrões gráficos por causa do uso do direito de silêncio (HC nº 77135/SP, Rel. Ilmar Galvão, em DJ 6.11.1998), sendo que havia dispositivo legal prevendo tal exigência (art. 174 do CPP), além de Pacelli não ver como a coleta de manuscrito poderia afetar quaisquer dos valores protegidos pelo *nemo tenetur se detegere* (OLIVEIRA, 2017, p. 204). Seguindo o seu raciocínio, Pacelli até chega a especular que, se for continuar com essa grande valorização do direito de silêncio, até mesmo o reconhecimento de pessoas seria algo inaceitável, já que exige ações do acusado ao passo que o direito de silêncio seria justamente escolher não agir.

É com isto que Pacelli sintetiza seu pensamento da seguinte forma:

Determinadas intervenções corporais, quando não puserem em risco a integridade física e psíquica do acusado em processo penal, e desde que previstas em lei, não encontram obstáculos em quaisquer princípios constitucionais, sobretudo quando se destinarem a colher prova em crimes que atingiram direitos fundamentais das vítimas. Afinal, o Direito Penal, intervenção estatal mais radical, não é também destinado à proteção dos direitos fundamentais? (OLIVEIRA, 2017, p. 205)

Dessa forma, Pacelli defende que, para o caso de exames periciais em geral sem que ofendam o direito de silêncio do investigado, o exame tenha que estar previamente estabelecido por lei; e o investigado não pode ser forçado a realizar atos físicos que exijam manifestação ativa de vontade, o que permite que um exame médico passivo, sem ingerência corporal abusiva ou ilegal seja possível. Nesse sentido Pacelli menciona a admissão da identificação criminal prevista na Lei nº 12.037 de 2009 como um caso de intervenção corporal, já que essa intervenção seria mediante o registro datilográfico e fotográfico, sendo ele bem justificável por se tratar de

situações nas quais a identificação do investigado não é possível ou não é plenamente confiável dentro das hipóteses da lei – o que remete ao já falado sobre a obrigatoriedade do investigado se identificar sem poder recorrer ao direito de silêncio (OLIVEIRA, 2017, p. 205-206).

Tendo toda essa ênfase no alcance do direito de silêncio como uma garantia para evitar abusos mentais e físicos, Pacelli também discorda de Aury Lopes Júnior a respeito da inadequabilidade da extração de material genético compulsória do investigado da Lei n. 12.654 de 2012. Desde que tal extração não viole a integridade física e psíquica do investigado e que o caráter de extrema excepcionalidade dessa norma seja mantido, não haveria inconstitucionalidade nessa coleta (OLIVEIRA, 2017, p. 207).

Com tudo isto, Renato Brasileiro Lima acaba por concordar com o posicionamento de Pacelli acerca do exame em que seja exigido uma postura passiva do investigado:

Em relação às provas que demandam apenas que o acusado tolere a sua realização, ou seja, aquelas que exijam uma cooperação meramente passiva, não se há falar em violação ao nemo tenetur se detegere. O direito de não produzir prova contra si mesmo não persiste, portanto, quando o acusado for mero objeto de verificação. Assim, em se tratando de reconhecimento pessoal, ainda que o acusado não queira voluntariamente participar, admite-se sua execução coercitiva. (LIMA, 2020, p. 77)

Nesse sentido cabe mencionar um parecer de Renato Brasileiro sobre uma espécie de “bafômetro passivo”, desenvolvido de forma que ele consiga, pelo ar próximo do investigado, detectar o álcool a uma distância de 20 a 30 centímetros. Já que este bafômetro só precisa estar próximo da pessoa examinada, sem exigir que ela tome nenhuma ação além de evitar a proximidade com o aparelho, ele evitaria a polêmica do bafômetro convencional, o qual obriga uma participação ativa da pessoa. Assim sendo, esse bafômetro passivo estaria em situação semelhante ao reconhecimento

pessoal, já que o investigado seria mero objeto de verificação (LIMA, 2020, p.77).

Sendo assim, pode-se concluir que, no que tange aos exames periciais, o direito de silêncio não exime o investigado de ser submetido ao exame nas hipóteses em que o tal procedimento seja legalmente formalizado e regularizado por lei, não atente contra a integridade física ou psicológica do investigado nem o force a realizar uma ação ativa para tal exame, só sendo admitida a mera postura passiva e tolerante do investigado.

Por fim, ainda é interessante de se mencionar uma colocação de Renato Brasileiro sobre a prova invasiva, ou seja, aquela amostra genética do investigado que é coletada mediante uma ação contra o corpo dele, o que pode ir desde a coleta de sangue mediante seringa até a tirar um fio de cabelo da cabeça do investigado. Tal colocação fala sobre a abominação da produção forçada desse tipo de prova, só sendo ela cabível no caso de consentimento do acusado, porém um detalhe interessante que Renato Brasileiro apresenta é o do material descartado. Segue exemplo apresentado pelo autor em questão:

Situação semelhante ocorreu em caso envolvendo a descoberta do episódio em que uma criança recém-nascida foi retirada do berçário da maternidade por uma mulher que passou a assumir perante todos ser a verdadeira mãe. Como a suposta mãe não aceitou submeter-se à coleta de material genético, esperou-se uma oportunidade para arrecadar uma ponta de cigarro descartada pela “filha”, contendo partículas das glândulas salivares, o que permitiu, após a análise do DNA, ter-se a certeza de que ela, de fato, não era filha da investigada. Essa prova foi considerada válida, porquanto o que torna a prova ilícita é a coação por parte do Estado, obrigando o suspeito a produzir prova contra si mesmo. Como a prova foi produzida de maneira involuntária pela suposta filha, a prova então obtida foi considerada lícita. (LIMA, 2020, pag. 80-81)

Uma lógica similar do exemplo apresentado é o de amostra encontrada no local do crime, como sangue do agressor embaixo das unhas da vítima ou marcas digitais pelo ambiente. Como são rastros deixados por

ações voluntárias do indivíduo, tais provas deixam de ser invasivas, apesar de servirem de igual modo a como seria a coleta invasiva de tal prova. Sendo assim, não seria uma situação na qual o investigado se veria obrigado a produzir provas contra si mesmo, estaria mais para um ato falho em interrogatório, no qual o criminoso acaba por deixar escapar uma informação preciosa que invalida seu álibi.

4 CONCLUSÃO

Com o presente artigo, foi discutido de forma panorâmica sobre nuances do direito de silêncio enquanto espécie do direito de não produzir provas contra si mesmo, valendo-se para isso de análise doutrinária que visou contrapor diferentes posicionamentos para melhor amplitude de entendimentos, esperando assim descobrir se havia limites ao direito de silêncio e quais que eles seriam, sem rejeitar sua natureza e importância no ordenamento jurídico brasileiro.

Parte central desta análise acabou por cair no debate sobre verdade real e verdade formal, pois muito do mérito do direito de silêncio se vê intrinsecamente conectado com ela. Uma rejeição desse direito tem como interesse primar pela verdade real, enquanto uma aceitação foca em manter a legitimidade obtida pela verdade formal.

Já por parte das consequências direito de silêncio, é importante ter em mente que no processo penal não há distribuição de carga probatória, por força da presunção de inocência do réu, assim, por mais contraintuitivo que seja, o seu uso em nada deve significar como prova contra réu. Agora, no que tange a ele servir como convencimento particular do juiz diante da perda de uma chance de o réu apresentar uma prova matadora de sua acusação, é difícil de se avaliar dada a subjetividade da formação do pensamento humano, configurando um forte dilema sobre como lidar com tal situação.

Agora, no que se analisa de situações específicas pelas quais o direito de silêncio não possui alcance, pode-se dizer que o direito de silêncio é cabível sem nenhuma ressalva acerca de sua eficácia ou legitimidade, desde que: (a) não seja em situações que prejudiquem a identificação do indivíduo enquanto pessoa – não como culpada – diante da persecução penal; (b) não ofereça risco ao indivíduo de lhe atribuir crime (como é o caso do menor de idade, que por ser inimputável não pode ter crime atribuído contra si); (c) exija uma postura exclusivamente passiva e tolerante do indivíduo diante de certo exame pericial; (d) o exame pericial não atente contra a dignidade psicológica ou física do indivíduo; e (e) o exame pericial esteja devidamente previsto e regulamentado em lei.

REFERÊNCIAS

BIASOTTI, Carlos. O silêncio do réu e sua interpretação. Teresina: *Revista Jus Navigandi*, 2022. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/100781>. Acesso em: 29 abr. 2023.

BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm. Acesso em: 29 abr. 2023.

JAKOBS, G.; MELIÁ, M. C. *Derecho Penal del enemigo*. Madrid: Thomson civitas, 2003.

KALIL, José Lucas Perroni. *O silêncio e a mentira dos acusados no Direito Processual Penal*. [S.l.]: Escola Superior do Ministério Público da União, 2020. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/a-escola/comunicacao/quer-debater/o-silencio-e-a-mentira-dos-acusados-no-direito-processual-penal>. Acesso em: 29 abr. 2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Salvador: JusPODIVM, 2020.

Cyro Wojcikiewicz de Almeida Coelho; Irineu Carvalho de
Oliveira Soares

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2017.

YOKOYAMA, Marcia Carceres Dias. *O direito ao silêncio no interrogatório*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007.

Regulación normativa, características y organización de la justicia militar en Uruguay. Cometidos del Ministerio Público

Marta Iturvide Contich
Cnel. (JM)

Data de recebimento: 15/03/2023

Data de aceitação: 15/03/2023

Data da publicação: 30/05/2023

I REGULACION NORMATIVA Y CARACTERISTICAS DE LA JUSTICIA MILITAR

La regulación nacional inicial fue producto de los Bandos Militares dispuestos por los Jefes de los Ejércitos, enmarcados en las Ordenanzas y Bandos heredados de la conquista española del Río de la Plata; situación jurídico militar que se prolongó hasta el año 1884 en que se aprobó el primer Código Militar de la República, el cual fue además declarado supletorio mientras no fuera sancionado el Código Penal Ordinario. Los Códigos Penal Militar (C.P.M.), de Organización de los Tribunales Militares (C.O.T.M.) y de Procedimiento Penal Militar (C.P.P.M.), fueron promulgados en enero de 1943¹ y continúan vigentes hasta la fecha, con algunas modificaciones

¹ Por Decreto-Ley N° 10.326 se aprobaron los Códigos Penal Militar, de Organización de los Tribunales Militares y de Procedimiento Penal Militar, promulgado el 28/01/1943 y publicado en el D.O. el 16/04/1943.

introducidas, muchas de ellas, por Acordadas dictadas por el Supremo Tribunal Militar² a efectos de incorporar a la jurisdicción militar, disposiciones surgidas en el ámbito de la Justicia Penal Ordinaria, con la finalidad de equiparar las garantías legales y procesales de los justiciables que se encuentran sometidos a cada una de estas jurisdicciones.

En dichos Códigos el legislador concentró la materia específica y los principios que regulan la Justicia Militar, en armonía con los principios generales del Derecho Penal nacional y las normas penales o procesales del Derecho común, elaborando en ellos la organización de la Justicia Militar y su competencia, los sujetos que están sometidos a esta jurisdicción, tipificó los delitos militares y su alcance, y determinó el procedimiento penal militar.

En esta reseña histórica debemos hacer especial mención a la previsión constitucional de la jurisdicción militar, la que fue establecida que queda limitada a los delitos militares y al caso de estado de guerra, estando sometidos a la Justicia Ordinaria, los delitos comunes cometidos por militares en tiempo de paz, cualquiera sea el lugar donde se cometan³. Esto es, el precepto constitucional prevé la jurisdicción militar como jurisdicción de excepción, limitándola a los delitos militares y al caso de estado de guerra, pero dejando librado al legislador, la definición de delito militar.

Con la aprobación de la Ley Marco de Defensa Nacional, en tres de sus artículos⁴, se introdujeron modificaciones, disponiéndose el traslado de funciones de la jurisdicción militar a la jurisdicción ordinaria, sin perjuicio de mantener su especificidad. Hasta la fecha, aún no se ha producido el pasaje de la primera al Poder Judicial, por lo que continúa siendo una **jurisdicción especial** diferente de la común.

² Acordadas del Supremo Tribunal Militar N° 49 de 23/06/2005, N° 51 de 08/09/2005, por ejemplo.

³ Constitución de la República, Art. 253.

⁴ Ley Marco de Defensa Nacional N° 18.650 de 19/02/2010 publicada en el D.O. el 08/03/2010, Arts. 27, 28 y 31.

En la mencionada Ley se estableció también que sólo los militares pueden ser responsables del delito militar y, reiterando el concepto vertido en la Constitución de la República, agregó que los delitos comunes cometidos por militares en tiempo de paz, cualquiera sea el lugar donde se cometan, estarán sometidos a la justicia ordinaria.

En su mérito, a partir de la vigencia de la Ley referida, **la jurisdicción militar sólo juzga delitos de naturaleza militar y estrictamente militares, y se ejerce sobre personas que revisten estado militar**, derogándose las disposiciones del Código Penal Militar que preveían el juzgamiento de determinados delitos comunes cometidos por militares en ciertas condiciones o circunstancias y las referencias a los sujetos activos de varios ilícitos en los que los mismos podían ser civiles.

Es **independiente del Poder Judicial**, pues como se expresó, aún no se há implementado el traslado de funciones a la jurisdicción ordinaria previsto legalmente y si bien depende en el plano administrativo del Ministerio de Defensa Nacional, es independiente técnicamente de esta Secretaría de Estado.

Es de señalar que desde sus orígenes la jurisdicción militar ejerció y ejerce **función jurisdiccional**, integrando la justicia nacional⁵, comprendiendo la potestad pública que tienen sus órganos de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en el ámbito penal militar.

II ORGANIZACIÓN DE LA JUSTICIA MILITAR

En nuestro país la estructura y funcionamiento de la Justicia Militar se encuentra regulada en el Código de Organización de los Tribunales Militares, cuyo articulado há sido pasible de algunas modificaciones en cuanto a su organización, principalmente referentes a la reducción de la

⁵ C.P.M., Art. 12.

cantidad de Juzgados y de Conjuces Militares, y la transformación de las Defensorías Militares de Oficio en Defensorías Militares Letradas de Oficio.

Es de destacar que de acuerdo a lo previsto por el artículo 66 del Código citado: *“La jurisdicción militar en la República se ejerce únicamente por los Tribunales, autoridades y funcionarios que este Código determina”* y que conforme a lo establecido por el artículo 67: *“Los Tribunales Militares no podrán aplicar otras disposiciones que las de este Código, así como las cláusulas penales de las demás leyes militares vigentes y los Códigos y leyes penales en cuanto resultarem pertinentes”*.

Es entonces que se determina que la jurisdicción militar, naval o de guerra, se ejerce en tiempo de paz⁶:

1° Por la **Suprema Corte de Justicia, integrada** por dos Oficiales Superiores o Generales (además de sus miembros naturales), designados por el Presidente de la República con venia del Senado o de la Comisión Permanente en su caso, quienes permanecen cinco años en sus funciones y pueden ser reelectos⁷.

La Suprema Corte de Justicia, que es el máximo órgano del Poder Judicial, compuesta en la forma referida precedentemente, conoce y resuelve los recursos de casación y revisión que se interponen contra las sentencias definitivas de segunda instancia dictadas por el Supremo Tribunal Militar, y resuelve contiendas de jurisdicción que se produzcan entre la jurisdicción ordinaria y la militar.

2° Por el **Supremo Tribunal Militar**, órgano que funciona en la capital de la República y ejerce jurisdicción sobre todo el país, está compuesto por cinco Ministros, debiendo ser: dos de ellos del Ejército, uno de la Fuerza Aérea y un miembro de la Armada Nacional, todos Oficiales

⁶ C.O.T.M., Art. 72.

⁷ C.P.P.M., Art. 508.

Superiores o Generales, y un letrado civil, con rango y sueldo de Coronel, o un militar letrado Oficial Superior⁸ de quien se requiere ciudadanía em ejercicio, treinta años de edad y haber ejercido la profesión de abogado o la magistratura por cuatro años⁹.

Cuando el procesado pertenece a la Armada o a la Fuerza Aérea, el Tribunal elimina por sorteo uno de sus titulares del Ejército y lo reemplaza por el miembro de la Armada o de la Fuerza Aérea que integra la lista de Conjuces, también por sorteo.

En la actualidad¹⁰ la lista de Conjuces está constituída por tres integrantes del Ejército, dos de la Armada y dos de la Fuerza Aérea.

Los Ministros militares del Supremo Tribunal Militar permanecen cinco años en sus funciones, en tanto el Ministro civil seis y todos pueden ser reelectos.

La Presidencia corresponde al Ministro superior en grado y en igualdad de grado al más antiguo¹¹.

Este Tribunal es competente – entre otras atribuciones – para conocer y resolver em segunda instancia de las apelaciones de las sentencias definitivas e interlocutorias que eleven los Juzgados Militares de Primera Instancia; para actuar en consulta respecto a las resoluciones de sobreseimiento y de las sentencias definitivas de primera instancia no apeladas; resolver contiendas de competencia que ocurran entre los Jueces Militares; y es quien ejerce la superintendencia directiva, correccional y consultiva sobre todas las cuestiones de la Justicia Militar¹².

⁸ C.O.T.M., Arts. 73 y 74.

⁹ C.O.T.M., Art. 104.

¹⁰ Ley N° 18.062 de 27/11/2006, publicada en el D.O. el 05/12/2006, Art. Único.

¹¹ C.O.T.M., Art. 75.

¹² C.O.T.M., Art. 76.

Es también competencia privativa del Supremo Tribunal Militar, el otorgamiento de los beneficios de libertad anticipada y condicional en las causas correspondientes a la jurisdicción militar¹³.

3° Por los **Jueces Militares de Primera Instancia**. Actualmente hay dos Juzgados Militares de Primera Instancia. Sus titulares son designados por el Supremo Tribunal Militar y su nombramiento debe recaer en militares letrados que tengan como mínimo el grado de Teniente Coronel del Ejército o de la Fuerza Aérea o su equivalente en la Armada, pero pueden ser designados Coroneles o Capitanes de Navío, posean o no título de abogado¹⁴. Permanecen cinco años en sus cargos y pueden ser reelectos. Estos Jueces actúan en la etapa de plenario y como jueces de apelación de las resoluciones de los Juzgados Militares de Instrucción¹⁵.

4° Por los **Jueces Militares de Instrucción**. También actualmente hay dos Juzgados Militares de Instrucción, cuyos titulares son nombrados por el Supremo Tribunal Militar. Su designación debe recaer en militares letrados que tengan como mínimo el grado de Mayor del Ejército o de la Fuerza Aérea o su equivalente en la Armada, pero también pueden ser designados Tenientes Coroneles o Coroneles o sus equivalentes en la Armada, posean o no título de abogado. Permanecen cinco años en sus cargos, pueden ser reelectos y al igual que el Supremo Tribunal Militar y los Jueces Militares de Primera Instancia, tienen su residencia en la capital de la República. Sin embargo, los Jueces Militares de Instrucción pueden fijar residencia de modo transitorio o constituir despacho en cualquier parte del territorio nacional, cuando lo amerita el ejercicio de sus funciones¹⁶.

¹³ Decreto-Ley N° 14.997 de 27/03/1980, publicado en el D.O. el 28/03/1980 y Decreto-Ley N° 15.396 de 20/05/1983, publicado en el D.O. el 31/05/1983.

¹⁴ C.O.T.M., Art. 79.

¹⁵ C.O.T.M., Art. 80.

¹⁶ C.O.T.M., Art. 81.

La competencia de estos Jueces radica en la instrucción de los sumarios por delitos militares.

5° Por los **Fiscales Militares y Jueces Sumariantes**. Nos referiremos a los primeros en Capítulo aparte. Respecto a los Jueces Sumariantes es de señalar que los mismos son Oficiales designados por el Jefe de la Unidad, Instituto o Repartición en cada Unidad de las Fuerzas Armadas, en que también es designado un Suplente para casos de recusación, excusación, impedimento, licencia, etc. Su función es reunir los datos esenciales e inmediatos de la presunta comisión de un delito militar hasta que se presenta el Juez Militar de Instrucción o le entregan las actuaciones presumariales¹⁷.

Solicitada la intervención del Juez Militar de Instrucción por el Jefe de la Unidad y dispuesta la actuación del Juez Sumariante, éste depende de aquél.

Su designación debe ser en todos los casos, anterior a la constatación del hecho que motiva su intervención y no debe tener ninguna relación con el hecho.

Al igual que los demás órganos de la Justicia Militar, como integrantes de ella, se encuentran sometidos al mismo régimen de responsabilidad que los demás titulares de la judicaturas y miembros del Supremo Tribunal Militar.

Si bien el Código de Organización de los Tribunales Militares sólo hace mención a los Jueces Sumariantes en un solo artículo, su competencia, designación y actuación se encuentran regulados por Decreto N° 686/986 de 21 de octubre de 1986 con algunas modificaciones.

Es importante destacar la actuación desempeñada por los Jueces Sumariantes en las Misiones de Paz en las que ha intervenido nuestro país, en

¹⁷ C.O.T.M., Art. 83.

las situaciones de presuntos delitos en los que incurrieron militares uruguayos.

Defensores Militares Letrados de Oficio. Cabe agregar que todo procesado militar tiene derecho a designar defensor que lo patrocine, por lo que cuando el imputado no puede o no quiere nombrar un defensor de su particular confianza, puede designar un Defensor Militar Letrado de Oficio.

Actualmente la jurisdicción militar cuenta con dos Defensorías Militares Letradas de Oficio, siendo sus titulares nombrados por el Poder Ejecutivo entre los Oficiales del escalafón Justicia Militar con título de abogado, quienes deben tener su residencia en la capital de la República y responden a sus patrocinados de la negligencia o abandono en la tramitación del juicio, sin perjuicio de las sanciones disciplinarias que puede imponer el Juez que entiende en la causa¹⁸.

Respecto a los funcionarios que integran la jurisdicción militar, es de mencionar que hasta el año 2007, todos debían ser militares y se ingresaba con el grado de Soldado, debiendo cumplir con determinados requisitos como tiempo efectivo en el grado, capacidad, conducta y aptitud física buena así como otras condiciones técnico-profesionales determinadas legalmente para ascender a algunas jerarquías u ocupar ciertos cargos¹⁹.

En función de facultarse al Ministerio de Defensa Nacional a realizar transformación de cargos en el escalafón del Personal Militar en cargos civiles pertenecientes a escalafones profesionales, técnicos, administrativos, etc.²⁰, a partir del año 2011 se concretaron cambios de escalafón en la Justicia Militar por lo que en la actualidad también revisten funcionarios civiles.

¹⁸ C.O.T.M., Arts. 84, 85 y 88.

¹⁹ Decreto-Ley N° 14.726 de 15/11/1977, publicado en el D.O. el 24/11/1977.

²⁰ Ley de Rendición de Cuentas y Balance de Ejecución Presupuestal del Ejercicio 2006 N° 18.172 de 31/08/2007, Art. 124.

El máximo grado al que se puede acceder es el de Coronel, existiendo un solo cargo en esta jerarquía, destacándose que tanto en el Supremo Tribunal Militar como en los Juzgados Militares se desempeñan Secretarios y Auxiliares Letrados, y en las Fiscalías Militares se designan profesionales en Derecho que cumplen funciones de asesoramiento.

III EL MINISTERIO PUBLICO

El Ministerio Público en materia militar es actualmente ejercido por dos Fiscales Militares, nombrados por el Poder Ejecutivo, debiendo ostentar como mínimo la jerarquía de Teniente Coronel o Coronel del Ejército o Fuerza Aérea o de Capitanes de Fragata o de Navío de la Armada. Duran cinco años en sus cargos y pueden ser reelectos.

Originariamente el artículo 89 del Código de Organización de los Tribunales Militares preveía el ejercicio de cinco Fiscales Militares, pero por el art. 3º de la Ley Nº 15.804 de 29/01/1986, publicada en el D.O el 21/03/1986, se suprimieron las Fiscalías de 3º, 4º y 5º Turno.

Los Fiscales Militares permanecen cinco años en sus cargos, pueden ser reelectos y conocen por turnos semanales.

Estos funcionarios dependen administrativamente del Ministerio de Defensa Nacional y son independientes técnicamente en el ejercicio de sus funciones.

De acuerdo al art. 90 del cuerpo legal citado: *“Incumbe al Ministerio Público:*

- A) Promover las acciones penales que nazcan de los delitos militares que se cometan en el territorio de la República.*
- B) Cooperar al éxito de las investigaciones; formular las indicaciones que juzgue útiles y requerir las medidas procedentes para asegurar a la persona o personas delincuentes.*

C) Deducir las acciones que procedan en las causas de su incumbencia, presentar los escritos o exposiciones del caso y asistir a las audiencias que se decreten.

D) Requerir a los Jueces el activo despacho de los procesos y el fiel cumplimiento de las leyes penales y de procedimiento formulando las quejas o deduciendo los recursos a que haya lugar.

E) Dictaminar en todos aquellos casos en que el Supremo Tribunal Militar reclame su opinión.

F) Velar por la recta administración de la justicia militar.

G) Ejercer las funciones anexas que le confiere este Código o las leyes especiales del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea Militar”.

Conforme a la disposición legal transcrita, el Ministerio Público ejerce la titularidad exclusiva de las acciones penales por la comisión de hechos delictivos militares y de acuerdo a lo que dispone el artículo 131 del Código de Procedimiento Penal Militar: *“La acción penal en materia militar es siempre pública y será ejercida por los Fiscales Militares”.*

Interviene como parte en la etapa de instrucción, desde el presumario, requiriendo el procesamiento y la prisión preventiva del indagado o las medidas alternativas que estime convenientes, o aconsejando la clausura del expediente si no surgiera semiplena prueba del delito y durante toda la sustanciación del proceso penal militar de conocimiento, hasta su culminación, así como en la etapa de ejecución de sentencias e incluso en la Suprema Corte de Justicia integrada, ante la interposición de recursos de casación.

Es así que en la etapa de presumario, cuando el Juez competente no encuentra suficientemente demostrada la semiplena prueba de un delito denunciado, luego de agotado el diligenciamiento de la prueba, puede

declarar clausurados los procedimientos previa vista Fiscal, sin perjuicio de proseguirlos si aparecieren nuevos datos sobre el delito denunciado²¹ y cuando el Ministerio Público solicita el archivo de las actuaciones, el Juez Militar debe archivarlas sin otro trámite.

Terminados los procedimientos indagatorios, en el período de manifiesto, esto es, dentro de los seis días posteriores a la notificación del auto de procesamiento, el Fiscal Militar puede requerir su ampliación (al igual que el procesado), ofreciendo las probanzas que considere necesarias²² y puede apelar el auto que deniegue el procesamiento ante el Superior respectivo, cuya resolución causa ejecutoria²³.

Puede solicitar el sobreseimiento, al igual que el enjuiciado o su defensor, en cualquier estado del proceso, o conformarse con el solicitado por el procesado, sin perjuicio de la responsabilidad que le compete cuando ha pedido o admitido un sobreseimiento infundado²⁴.

Es de señalar que los autos de sobreseimiento deben ser consultados al Supremo Tribunal Militar con el único objeto de controlar la conducta de los Jueces y Fiscales, no impidiendo la ejecución inmediata del auto de sobreseimiento²⁵.

En estado de plenario debe deducir acusación debiendo contener dicho escrito em conclusiones precisas y numeradas: los hechos punibles que a su juicio resulten del sumario, la calificación legal de los mismos, la participación que en ellos tuvo el o cada uno de los procesados, las circunstancias atenuantes y agravantes que existan em favor o en contra del o de cada uno de los procesados, la pena que considera debe aplicarse de acuerdo al grado de peligrosidad del agente y todas las demás circunstancias,

²¹ C.P.P.M., Art. 174.

²² C.P.P.M., Art. 258.

²³ C.P.P.M., Art. 178.

²⁴ C.P.P.M., Art. 254.

²⁵ C.P.P.M., Arts. 246 y 247.

fundamentos y consideraciones de derecho en que se basa para solicitar la pena²⁶.

El término que prevé nuestro Código de Procedimiento Penal Militar para deducir acusación es de 90 días. En los casos en que el Fiscal Militar no presentare su dictamen acusatorio en este plazo, se le intima a que lo haga dentro del perentorio de 20 días y si transcurre éste sin presentarlo, se le sacan los autos, el Juez debe dar cuenta al Supremo Tribunal Militar a fin de que le imponga la sanción que corresponda y se designa al Fiscal subrogante para que continúe conociendo en la causa.

La reincidencia del Fiscal en no cumplir con la obligación de presentar la acusación a pesar del requerimiento, puede ser sancionada hasta con seis meses de suspensión²⁷.

Es de mencionar que corresponde al Ministerio Público la prueba de los hechos para justificar el delito y la culpabilidad del encausado²⁸.

Al contestar la acusación fiscal, los Defensores tienen la facultad de solicitar que se abra la causa a prueba, articulando los puntos sobre los que la misma debe recaer, en cuyo caso el término probatorio es común para ambas partes²⁹.

Los Fiscales Militares, conjuntamente con sus asesores letrados, asisten a todas las audiencias que se señalan en los procesos tanto ante los Jueces Militares de Instrucción o de Instancia como ante el Supremo Tribunal Militar y participan en todas las diligencias probatorias que se disponen. Incluso pueden estar presentes en la primera audiencia indagatoria.

El Juez Militar de Primera Instancia se encuentra limitado por la acusación fiscal al dictar la sentencia definitiva, ya que no puede sobrepasar el monto de la pena requerido por el Ministerio Público (salvo error manifiesto), esto es, no puede fallar en forma más gravosa y sólo puede

²⁶ C.P.P.M., Arts. 260 y 261.

²⁷ C.P.P.M., Art. 262.

²⁸ C.P.P.M., Art. 317.

²⁹ C.P.P.M., Art. 267.

juzgar los hechos que estén incluídos en la demanda acusatoria, aunque puede interpretarlos y calificarlos libremente.

Los Fiscales Militares pueden también interponer los recursos que consideren pertinentes ya sea contra decretos de mero trámite o de sentencias interlocutorias y definitivas, dictados por los Jueces Militares de Instrucción, de Primera Instancia o por el Supremo Tribunal Militar.

En todas las liquidaciones de pena, saldo de liquidaciones y liquidaciones del período de vigilancia, los Fiscales Militares deben expedirse (lo cual hacen mediante Dictámenes), respecto a su conformidad o disconformidad, como así también deben hacerlo previo al otorgamiento de una libertad, sea ésta provisional, condicional, anticipada o definitiva. Asimismo, el Fiscal Militar debe ser siempre oído respecto a las gestiones que se promuevan para obtener la excarcelación bajo caución o el levantamiento del auto de prisión³⁰ y el Juez debe sustanciar con un traslado al Fiscal Militar por el término de tres días perentorios, todos los escritos de excepciones que se presenten, encontrándose además dentro de las atribuciones de los Fiscales Militares, urgir el diligenciamiento de las pruebas que hayan ofrecido, interrogar a los testigos que se citen a declarar, solicitar que se proceda a un careo entre testigos, requerir cualquier prueba pericial o la recusación de un perito nombrado.

El Ministerio Público interviene en los juicios de responsabilidad y disciplina judicial de los Magistrados de la Justicia Militar, siendo el juicio de responsabilidad del Ministerio Público, el mismo que para los Jueces Militares.

Por su parte, el art. 125 del Código de Organización de los Tribunales Militares, refiriéndose a la disciplina del Ministerio Público, prevé que: *“En casos de faltas disciplinarias en el orden judicial cometidas por los Fiscales Militares, conocerá y fallará el Poder Ejecutivo por conducto del*

³⁰ C.P.P.M., Art. 212.

Ministerio de Defensa Nacional, teniendo en vista la denuncia y demás antecedentes del caso, debiendo oírse siempre al Fiscal denunciado...”.

Las penas que pueden imponerse conforme al segundo inciso de la disposición legal citada son: Apercibimiento y censura al Fiscal, dándole la publicidad pertinente; suspensión hasta por un año en el cargo que desempeña en la Justicia Militar; y destitución del cargo que desempeña en dicha jurisdicción.

Es de interés señalar por último que: *“Todos los que intervengan en el ejercicio de la jurisdicción militar serán responsables por la violación o por la no aplicación de las leyes y disposiciones que rigen el caso, en las formas prescriptas por este Código”*³¹ y que los militares en retiro pueden ocupar los puestos de Miembros Militares de la Suprema Corte de Justicia, Ministros del Supremo Tribunal Militar, Jueces de Primera Instancia e Instrucción y Fiscal Militar.

Los militares en retiro pueden desempeñar estos cargos en la Justicia Militar con la graduación con que fueron retirados, sin que ello implique su reincorporación a la Fuerza a que pertenecían, pero mientras desempeñan las funciones judiciales y al solo efecto de ellas, son considerados como en actividad, sin que por ello puedan ser ascendidos³².

A fin de propender a una mayor profesionalización de la Justicia Militar, en la actualidad los dos Miembros Militares de la Suprema Corte de Justicia y todos los Jueces Militares, tanto los de Primera Instancia como los de Instrucción, además de su calidad de militar, revisten la condición de abogados y dos de dichos cargos están ocupados por titulares que realizaron su carrera militar en la Justicia castrense.

Al respecto puede recordarse expresiones vertidas en la exposición de motivos que acompañaron la elevación del Proyecto de los Códigos Penal

³¹ C.O.T.M., Art. 70.

³² C.O.T.M., Art. 71.

Militar, de Organización de los Tribunales Militares y de Procedimiento Penal Militar por parte de la Comisión designada a tal efecto, al Ministerio de Defensa Nacional en el año 1936, las que mantienen su vigencia y referían a que la Administración de Justicia Militar constituye un servicio de tanta importancia como otros del Instituto Armado, la cual, para su buen y correcto desempeño exige de sus miembros la posesión de conocimientos de técnica jurídica, los que no pueden adquirirse sino después de serios esfuerzos de estudios disciplinarios a través de muchos años.

Concluyendo corresponde destacar las sustanciales atribuciones de los Fiscales Militares que les compete en la jurisdicción penal militar.

En el ejercicio de la acción penal pública militar, en el desarrollo de las investigaciones para la averiguación de la verdad de los hechos presuntamente delictivos, de su ocurrencia y de la persona o personas infractoras, coadyuvan en forma imparcial y objetiva en la represión y sanción de los actos ilícitos que lesionan los bienes jurídicos tutelados por el Derecho Penal Militar a efectos de proteger los valores que sustentan el accionar de la Institución castrense.

Ello no implica que la mirada de quien acusa se aparte de las especiales circunstancias en que pudieron ocurrir las infracciones o las situaciones específicas del militar a quien se le atribuye una acción reprochable, las cuales difieren en muchos casos y en gran parte, de las de un ciudadano civil.

Es penoso para el acusador tanto como para el juzgador, determinar la culpabilidad de un Soldado que permitió o no impidió el ataque por extraños a su Unidad, temendo por su vida o por su integridad física. O la de un joven Soldado que luego de permanecer varios meses en una Misión Operativa de Paz de ONU, lejos de su país, de su familia, de sus hijos y de sus amigos, en una situación de guerra o de conflicto, con las incertidumbres que involucra, se insubordina o desobedece la orden de um Superior. Pero la

Disciplina, la Subordinación y la Obediencia significan que, conjuntamente con todas esas adversas circunstancias, el militar debe ejecutar con valor el mandato de la Ley o la orden impartida, pues es lo que espera la sociedad militar y la sociedad toda, lesionando su contravención la seguridad y certeza que otorgan el cumplimiento del deber.

Es por ello que es función primordial del acusador público tanto como la del magistrado militar, velar por la defensa y el respeto de la dignidad y de los derechos humanos, por el cumplimiento de las garantías del debido proceso, de los derechos consagrados por nuestra Constitución y nuestras Leyes, reprendiendo a quien transgrede los deberes que impone el estado jurídico militar y contribuyendo a la estabilidad y consolidación de nuestras Fuerzas Armadas, en el esencial objetivo del fiel cumplimiento de sus fundamentales cometidos.

Desapropriação por interesse público: análise de caso a partir da perspectiva habermasiana

Maria Esther Alencar Advíncula D’Assunção

Especialista em Direito Constitucional e Tributário pela Universidade Potiguar (UNP). Mestranda em Direito Constitucional com ênfase em Processo Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Graduação em Direito (UFRN). Professora Substituta do Curso de Direito da Universidade Estadual do Rio Grande do Norte (UERN). Advogada.

ORCID: 0000-0001-5338-0543

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5160892082241213>

E-mail: esther.dassuncao@gmail.com

Marcelo Nóbrega Athayde Chaves

Mestrando em Direito Constitucional com ênfase em Processo Civil (UFRN). Graduação em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte (UNI-RN). Auxiliar Judiciário no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte (TJRN).

ORCID: 0000-0002-5688-7603

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2559949853359017>

E-mail: marceloathayde31@gmail.com

Anderson Souza da Silva Lanzillo

Doutorado em Estudos da Linguagem (UFRN- PPGEL). Graduado e Mestrado em Direito (UFRN- PPGD). Professor do Departamento de Direito Privado (UFRN).

ORCID: 0000-0002-1737-9307

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3248558504481379>

E-mail: adv.andersonss@gmail.com

Revisores: Karollyne Dias Gondim Neo (ORCID: 0009-0008-2277-0512; e-mail: karollyne.neo@mpm.mp.br)

Luciano Moreira Gorrilhas (ORCID: 0009-0005-0678-471X; e-mail: luciano.gorrilhas@mpm.mp.br)

Data de recebimento: 17/04/2023

Data de aceitação: 25/04/2023

Data da publicação: 04/05/2023

RESUMO: O presente artigo apresenta a discricionariedade administrativa em pedido de desapropriação, com estudo do Ofício 164/2015-GP/TCE/RN, que inaugurou o processo de expropriação com fins à expansão física do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte (TCE/RN), à luz dos conceitos de Estado, interesse público, discricionariedade administrativa e democracia procedimental. Para tanto, conduz-se à análise teórica o surgimento e a importância dos tipos de controle sobre os atos do governante e as concepções aos termos discricionariedade administrativa e interesse público, assim como se aborda o modelo habermasiano para construção do ato administrativo, o que faz por meio de pesquisa que realiza a abordagem, de maneira descritiva e bibliográfica. Além disso, expõe-se o esmiúce do caso concreto trazendo elementos sobre os demais atores envolvidos na questão cujos interesses não foram considerados na fundamentação do ato administrativo, desatando-se o caso concreto dos ensinamentos do modelo de democracia procedimental, proposto por Jürgen Habermas. Por meio do cotejo da evolução doutrinária e jurisprudencial brasileira sobre a sindicabilidade do mérito do ato administrativo discricionário, com os elementos do espaço de conformação discricionária do administrador, segundo Habermas, permitiu-se averiguar a ausência de interesse público ao dado caso concreto à luz dos interesses de todos os envolvidos e a ausência de intersubjetividade que legitimaria o ato, como proposto pelo autor em cotejo, confirmando-se a hipótese de pesquisa.

PALAVRAS-CHAVE: discricionariedade administrativa; interesse público; desapropriação; democracia procedimental; Jürgen Habermas.

ENGLISH

TITLE: Expropriation for public interest: case analysis from a habermasian perspective.

ABSTRACT: The main focus of this article is the analysis of the administrative discretion in the expropriation of the document entitled Ofício 164/2015-GP/TCE/RN that started the expropriation process with the purpose of expanding the physical structure of Court of Auditors of the State of Rio Grande do Norte (TCE/RN), in the light of the concepts of State, public interest, administrative discretion and participatory democracy. To this end, we conduct a theoretical analysis of the formation of the modern State and the delimitation of a purpose to the State. The appearance of control over the ruler's acts and the conceptions of the terms administrative discretion, public interest and the theoretical model by Habermas for the construction of the administrative act, are done by means of a research that performs the approach in a descriptive and bibliographic manner. In addition, the details of the concrete case are exposed, bringing elements about the other actors affected by it whose interests were not considered in the justification of the administrative act, demonstrating that the case does not comply with the propositions of Jürgen Habermas for the participatory democracy. At the end, the importance of the Brazilian doctrinal and jurisprudential evolution of the review and control of the merit of the administrative discretion act, with the elements of the discretion formation as put by Habermas, is pointed out in order to allow the verification of the absence of public interest in the given concrete case in light of the interests of all those involved, confirming the research hypothesis.

KEYWORDS: administrative discretion; public interest; expropriation; participatory democracy; Jürgen Habermas.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Controle dos atos estatais discricionários: a sindicabilidade do ato administrativo discricionário – 3 Espaço de conformação discricionária do administrador – 4 Caso concreto: discricionarieidade ou arbitrariedade? – 5 Análise do caso pela perspectiva da democracia procedimental de Jürgen Habermas – 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Aborda este trabalho a temática conceitual do instrumento expoente maior do poder de império estatal, a desapropriação, em um caso concreto à luz da Teoria geral do Estado, do Interesse Público, da Discricionariedade Administrativa e do espaço de conformação discricionária do administrador, segundo Habermas. Devido ao inequívoco poder de império é mínima a possibilidade de resistência à pretensão expropriatória após a autorização do ato pelo chefe do executivo competente. Desta forma, torna-se imperioso que se controle o ato discricionário de se escolher um patrimônio para esse tipo de afetação.

Para o presente estudo, portanto, à luz da compreensão da democracia procedimental de Habermas, interessa a compreensão do interesse público e da discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos notoriamente indeterminados, presentes à fundamentação e ao pedido do Ofício 164/2015 – GP/TCE/RN, que iniciou o Processo Administrativo nº 51965/2015-1 na Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Norte, visando à desapropriação do imóvel de alto valor de mercado e registrado na 1ª Zona da Circunscrição Imobiliária da Cidade de Natal, com registro no Livro nº 2 do Registro Geral do 3º Ofício de Notas de Natal, sob a matrícula nº 4.320.

Portanto, em simples perscrute, já se verifica a importância da verificação sobre se o motivo de um ato expropriatório é o interesse coletivo ou se é o interesse particular do gestor público, visto que o ordenamento jurídico é uma baliza a atos de império como é o caso de uma desapropriação.

Portanto, indaga-se: a pretensão de desapropriação conforme encartada pelo TCE/RN no Ofício 164/2015 – GP/TCE/RN, que iniciou o Processo Administrativo nº 51965/2015-1, visando à desapropriação do imóvel registrado no Livro nº 2 do Registro Geral do 3º Ofício de Notas de Natal, sob a matrícula nº 4.320, encontra guarida com o interesse e a utilidade

públicos e se fora construída de forma democrática, à luz dos ensinamentos habermasianos?

Então, o objetivo geral da presente pesquisa é analisar se o pedido em questão pode ser enquadrado como discricionariedade administrativa a fim de justificar a aplicação do instituto da desapropriação sob uma perspectiva de democracia procedimental, defendida por Habermas.

Para isso, foram elencados os seguintes objetivos específicos: (a) o pedido se enquadra como hipótese de interesse público e de incidência de discricionariedade administrativa; (b) examinar as principais premissas da obra de Habermas; e (c) investigar o caso concreto à luz da perspectiva habermasiana de democracia.

Parte-se da hipótese de que, embora a medida tomada pelo TCE/RN objetive o aprimoramento do serviço público, o pedido de desapropriação deve se encontrar acompanhado dos elementos essenciais para justificar pressuposta discricionariedade, o que pode ser constatado utilizando-se do modelo habermasiano.

Logo, para viabilizar o teste da hipótese, esta pesquisa é realizada com finalidade básica estratégica, objetivo descritivo e exploratório, sob o método dedutivo, com abordagem qualitativa, assim como é realizada pelos procedimentos bibliográficos e documentais.

Para fins de posterior debate sobre o caso concreto, o estudo se inicia trazendo na primeira seção o delineamento dos conceitos de interesse público e de discricionariedade administrativa, a partir da Revolução Francesa e o surgimento dos conceitos de interesse público e discricionariedade. Na segunda seção, trazem-se a exame as premissas da teoria discursiva-procedimental defendida pelo filósofo tedesco. Na terceira seção se aborda o caso concreto. Na quarta seção, a partir dos elementos já expostos quanto ao interesse público e discricionariedade administrativa e critérios para o modelo habermasiano de democracia procedimental,

analisam-se os termos do pedido do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte, que é o caso concreto em análise.

Por fim, atinge-se a conclusão de que os objetivos foram atendidos e a pergunta central restou respondida com a confirmação da hipótese inicial: o pedido de desapropriação não pode ser feito se acompanhado dos elementos essenciais para justificar pressuposta discricionariedade, por uma construção em intersubjetividade como proposto pelo modelo habermasiano; e que, embora a medida tomada pelo TCE/RN objetive o aprimoramento do serviço público, lhe faltou juridicidade, inclusive pelo ato não se coadunar com a democracia procedimental habermasiana.

2 CONTROLE DOS ATOS ESTATAIS DISCRICIONÁRIOS: A SINDICABILIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO DISCRICIONÁRIO

Pelo seu caráter difusor, a Revolução Francesa é considerada o marco para a passagem para a Idade Contemporânea. E importa apontar que a própria noção de ato administrativo surge após a revolução francesa, pois antes tais ações eram entendidas como atos regulares do Rei ou da Coroa. Portanto, a submissão do Poder Executivo à lei surge com o advento do Estado de Direito, devendo-se inclusive concluir que o “Estado tem uma ligação visceral com o direito” (SALGADO, 2017, p. 49).

Portanto, a premissa que diz respeito à necessidade dos políticos em respeitarem o direito é, de certa forma, recente, como já consagrado pelo teor do art. 29 da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), pois o querer de um governante costumava não encontrar limites (*volunta regis suprema lex*). Somente com a Revolução Francesa e o fim do absolutismo, começou-se a limitar o Estado e o Governante, com fins a proteger a população do voluntarismo e interesses particulares de quem exercia o poder.

Portanto, há uma importante alteração conceitual quanto à percepção de como o ato administrativo discricionário pode ser revisado, com a

transição para o Estado de Direito. E à própria noção de legalidade que não pode mais se limitar apenas ao aspecto formal, pois deve haver conformação a um conjunto de critérios obrigatórios, desde as leis existentes, contexto cultural e princípios em vigor.

Um ato segue sendo arbitrário, como explica Rosenfield (2008, 123), “se um governo age arbitrariamente e esse arbítrio segue as leis existentes, isto não significa que a ação daí resultante seja conforme o estado de direito, embora seja legal”, ou seja, há um aumento na tensão entre facticidade e validade, na esteira dos ensinamos de Jürgen Habermas, que será aprofundada adiante.

Logo, faz-se necessário compreender a construção sobre o controle quanto à discricionariedade administrativa que repousa justamente em limites interpretativos, partindo-se da letra da lei.

Na passagem do Estado de Polícia ao Estado de Direito, o cidadão passa a ser visto como sujeito de direitos a ser protegido por um regime legalista de administração. O homem, enquanto sujeito de direitos, passa também a ser a fonte emanadora do poder e não mais mero destinatário. Queiró (1946) inclusive defende que o Estado Moderno depende igualmente da discricionariedade como ocorria em tempos de Estado de Polícia. Esse é o principal pressuposto para sua compreensão sobre desvio de poder.

A aparente contradição se desfaz quando se observa ser inarredável a conclusão de que ao legislador não é possível tudo prever, não só pela mutabilidade inerente à sociedade, mas também, sob pena de se passar da abstração à individualização, ferindo assim, o objetivo do próprio Estado de Direito (QUEIRÓ, 1946, 56-57)¹. Sobre o controle dos atos da administração

¹ Queiró se debruça sobre a liberdade do governante: “Não tratamos de saber se, dum ponto de vista de política administrativa, essa liberdade é ou não desejável, se o legislador deve substituir à sua apreciação da Administração. Nós encaramos aquele Estado (que é precisamente o Estado de Direito, onde vigora a Administração legal), onde a determinação dos conceitos jurídicos se mistura em maior ou menor medida, por variadas razões extra-jurídicas, com conceitos de significação indeterminada. Há porém, um limite para a determinação dos conceitos utilizados pelas normas, além do qual não há legislador que, enquanto tal, possa ir, sob pena de passar da

pública, França (2000, p. 119-123) aponta que o regime presidencialista tem maior relevância porque tais regimes apresentam mais definida a separação de poderes.

Como a atuação estatal precisa se materializar para alcançar os fins e objetivos do Estado, alguns atos hão, naturalmente, de se chocar contra interesses específicos individuais ou transindividuais. Por vezes, a atuação repousará em situação objeto de discricionariedade ao administrador, seja pela existência de conceitos jurídicos indeterminados, seja pela impossibilidade de a lei prever todas as situações a serem reguladas, de modo que caberá ao agente público avaliar a conveniência e a oportunidade para a sua atuação (que deverá ser balizada pelo limite interpretativo aos conceitos pertinentes).

Sobre a atuação do agente público, Queiró (1946, p. 55) destaca a importância da fundamentação e da interpretação. A certos motivos deve haver certa atividade interpretativa e a outros, não. Assim, entre a *norma* e a *realidade*, existe o agente. Em direito público, ensina Queiró (1946, p. 55) que o ato administrativo funciona como consequência jurídica, porquanto obrigatório. E ao legislador é confiado atribuir ordens e enunciados com certa medida de vagueza e incerteza, tendo em vista que é impossível, para muitas hipóteses, dar uma obrigação exata, como é o caso de conceituar interesse público. Logo, ao executar as ordens emanadas da lei ou as interpretar, deve o agente fixar-se nos conceitos e optar fundamentadamente dentre as várias possíveis interpretações.

Portanto, à luz deste autor (Queiró, 1946, p. 55-56), para uma dada realidade, as condições de fato apontadas por uma norma são o mínimo exigível para atribuir um ato à administração. Primeiro o agente interpreta (indicando uma correta teoria de interpretação das leis administrativas) até o ponto em que não tem mais como verificar a incerteza da vontade legal. O

abstração à individualização, da norma abstrata à ordem individualizada: quer dizer, sob pena de abandonar o objetivo do próprio Estado de Direito”.

campo de liberdade é circunscrito à determinação de sua competência, do conteúdo de agir, após o processo interpretativo que se divide em duas espécies: (a) Conceitos de significação definível; e (b) Conceitos de significação exata indeterminada ou plurissignificativos, aqueles que comportam um número limitado de significações igualmente possíveis, ou seja, não se trata de um número indefinido delas.

Queiró não se debruça sobre se desejável ou não essa liberdade, pois a considera como da substância de si mesma. Para o Estado de Direito, no qual vigora a administração legal, a determinação dos conceitos jurídicos se mistura em maior ou menor medida, pelas mais diversas razões extra-jurídicas, com conceitos indeterminados (QUEIRÓ, 1946, p. 57).

Desde o século XIX, como visto, vem sendo percorrido trajeto no sentido de melhor compreensão e cravejamento de parâmetros jurídicos à atividade administrativa discricionária.

A discricionariedade administrativa ocorre diante de situações de conveniência e oportunidade para o alcance dos desideratos da coletividade, cabendo o julgamento dessa valoração ao agente administrativo competente no âmbito de sua atuação. É deveras importante e significativo o poder discricionário dado ao agente público. Convém apontar, contudo, que esse poder não é ilimitado e deve ser utilizado sempre para a escolha da melhor opção e necessariamente para o atendimento de fim público e interesse público.

Ademais, a atuação discricionária, além da parcimônia, deve sempre verter os olhos aos princípios que compõe o norte da atuação da administração pública, sendo o fim precípua de sua atuação.

Segundo Binenbojm (2014, p. 30), a concepção dominante de interesse público seria de uma conceituação unitária, traduzindo-se como o “interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade”. Marçal Justen Filho (2005, p. 116), por sua vez, aduz que o

interesse público não se enleia com o interesse do agente público, tendo em vista que o interesse privado e particular do agente público não é interesse público, mas mero alvedrio pessoal.

De se destacar um problema teórico a ser considerado na concepção unitária de interesse público haja vista que é inviável, *a priori*, à luz da estrutura pluralista e maleável dos princípios constitucionais, a determinação de uma regra de supremacia absoluta dos interesses coletivos sobre os interesses individuais (BINENBOJM, 2014, p. 32). Assim, quando a Constituição e as leis não trouxerem os juízos possíveis de ponderação entre tais interesses, caberá à Administração lançar mão da ponderação dos interesses de todos os atores envolvidos na questão, buscando sua máxima realização.

A importância da aferição do interesse público no caso concreto, portanto, se impõe, pois mesmo em uma democracia as normas podem ser arbitrárias a ponto de se estabelecer o despotismo (HAYEK, 2010, p. 97). Assim, para a teoria do abuso de direito, como sintetizado por Mello (2007, p. 489-490), “[...] ocorre ilicitude, por ação ou omissão, pois o titular do direito, embora o exerça, formalmente, em consonância com a lei, agrava o ordenamento jurídico, segundo o interesse social que ela visa resguardar”.

Há de se considerar também que, em que pese esses novos modelos de Estado Democráticos de Direito venham a criar ferramentas que se perpetuam no sentido de evitar excessos por outros órgãos exercentes do Poder Público, as “conciliações pelo alto” das elites políticas, que fazem parte do universo jus-político brasileiro, interferem diretamente nesse tópico de freios e contrapesos e estrita observação às definições legais, pois os exercentes dos três poderes, que desempenham papéis de influência entre si, podem, por meio desses acordos mútuos, afastar as massas contrárias aos seus interesses e encaminhar as reformas sociais conforme o que é mais interessante para eles, como assim ressalta do Vale (2018):

[...] as forças dominantes da nação brasileira sempre reagiram lançando mão de um número limitado de estratégias políticas, sempre as mesmas, dentre as quais se avultava a Conciliação pelo Alto, isto é, os acordos entre as facções políticas rivais que disputavam o poder político da nação; na verdade, os recursos financeiros do país, sem a participação efetiva do povo. Pode-se dizer que a Conciliação pelo Alto é forma de acomodação entre adversário de um sistema político nitidamente conservador. [...] A estratégia do Senador Antônio Carlos Magalhães, da Bahia, era conseguir com o instrumento televisivo alcançar a unidade nacional, mesmo que de início, de modo precário ou limitado, colocado a serviço do Brasil Grande proposto pela Ditadura. TV, cooptação, agrados financeiros e manipulação de político e da massa popular são instrumentos políticos geradores de hegemonia em terras brasileiras e constituem formas de Conciliação pelo Alto. (VALE, 2018)

Quanto ao controle realizado pela própria Administração, não sobram maiores dúvidas, uma vez que este “compreende o autocontrole” (FRANÇA, 2000, p. 117), materializando-se no exercício da autotutela administrativa e no desempenho do poder disciplinar. Por sua vez, o controle legislativo, também denominado controle parlamentar, é realizado de modo externo à atividade administrativa pelas casas legislativas do respectivo ente federado com o importante auxílio dos Tribunais de Contas e sua atuação fiscalizadora, “assumindo em nosso sistema um caráter essencialmente político” (FRANÇA, 2000, p. 118).

Já no tocante ao controle jurisdicional do ato discricionário, em seu mérito (ou seja, para além dos objetivos elementos de formalidade), a discussão levanta acalourados debates que trazem por pano de fundo a separação de poderes e o funcionamento destes de forma harmônica.

A sindicabilidade do ato discricionário já tinha avançada discussão no estrangeiro, mas no Brasil, a matéria era até encarada com certo fetichismo pelos tribunais que se negavam a enfrentar a questão da possível arbitrariedade no exercício de um suposto poder discricionário. Foi somente em 1941 que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, por meio da

Apelação Cível nº 1.422², de relatoria do Desembargador Miguel Seabra Fagundes, permitiu o controle do ato nomeado discricionário, mas de conteúdo arbitrário.

No caso pioneiro, Fagundes inovou ao reconhecer como pretexto de discricionariedade um ato abusivo, ou seja, a discricionariedade fora levantada para proteger um ato não hábil a atender a finalidade legal. O aresto demonstrou que o controle fulcrado em aspectos meramente formais da legalidade dos atos discricionários era insuficiente para coibir os abusos perpetrados pela burocracia, sendo necessário ir além. E no sentido do paulatino alargamento do controle judicial do ato administrativo judicial seguiu a jurisprudência brasileira.

Tanto os atos vinculados quanto os discricionários são, como já abordado, de premente valor para o desenvolvimento da atividade estatal, pois são expressões possíveis do fenômeno da liberdade de decisão do Poder Executivo. Um fator de importante ponderação é a questão da generalizada e indevida simplificação entre atos vinculados e atos discricionários. Como colocado por Andreas Krell (2013, p. 24), a subdivisão do ato administrativo em seus elementos é responsável por essa generalização.

No que toca à jurisprudência, entre a plena sindicabilidade dos atos discricionários e à vedação por inteiro, recentemente, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal – STF – adotou a teoria dos graus de vinculação à juridicidade (STF, 2021, p. 140)³. Um controle judicial gradual dos conceitos

² LEAL, VÍCTOR NUNES. Acórdão com comentários de Vítor Nunes Leal, disponível na Biblioteca da FGV: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10789/9778>.

³ [...] embora a prerrogativa caiba ao Presidente da República, o ato é vinculado aos termos do tratado. O pós-positivismo jurídico, conforme argutamente aponta Gustavo Binenbojm, “*não mais permite falar, tecnicamente, numa autêntica dicotomia entre atos vinculados e discricionários, mas, isto sim, em diferentes graus de vinculação dos atos administrativos à juridicidade*” (Uma Teoria do Direito Administrativo. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 208). Esses diferentes graus de vinculação ao ordenamento se pautam por uma escala decrescente de densidade normativa vinculativa, a saber: (i) atos vinculados por regras; (ii) atos vinculados por conceitos jurídicos indeterminados; e (iii) atos vinculados diretamente por princípios. O ato de extradição ora analisado situa-se na segunda escala de vinculação: a vinculação a conceitos jurídicos indeterminados – ou, na expressão do Ministro Eros Grau,

indeterminados, variando a sua densidade de acordo com a respectiva área temática e o grau de objetividade do conceito, o que parece ser a solução mais adequada para alcançar uma concordância prática entre os princípios da separação de poderes e a inafastabilidade do controle jurisdicional.

A justificativa de suposta invulnerabilidade judicial dos atos administrativos, portanto:

[...] é danosa ao próprio princípio da separação de poderes, podendo gerar uma anacrônica tutela de injuridicidade por que tem, por dever constitucional, que ser o último recurso para a preservação da ordem jurídica. (FRANÇA, 2000, p. 119-123)

A característica mais marcante para identificação de um país como livre é a observância dos princípios que conformam o Estado de Direito. É clara a necessidade de redução, tanto quanto possível, do arbítrio aos órgãos executivos (HAYEK, 2010, p. 89), uma vez que a “lei, no sentido verdadeiro do termo, reside em proteger a liberdade e a propriedade” (ROSENFELD, 2008, p. 52). O Direito figura, portanto, como um limitador da atividade política, pois sua aplicação ao caso concreto cerceia e limita a tal atividade (VENOSA, 2014, p. 231).

Pelo exposto, é imprescindível reconhecer a possibilidade de revisão judicial de atos arbitrários travestidos de discricionariedade, pois o mérito do ato se torna sindicalizável judicialmente justamente pela ausência de finalidade e interesse públicos, de modo que, ao judiciário é reconhecida competência para análise sem invadir a separação e o equilíbrio de poderes.

“noções”. Isso porque o artigo III, 1, f, do Tratado suprarreferido estabelece hipóteses nas quais é possível que um Estado-parte rejeite a entrega pleiteada pelo outro, todas expressas por termos jurídicos indefinidos, os quais servirão de base para que o intérprete, de posse de suas pré-compreensões, faça surgir a norma aplicável ao caso. Eis o teor do dispositivo: Artigo III. Casos de Recusa da Extradicação. 1. A Extradicação não será concedida: [...] f) se a parte requerida tiver razões ponderáveis para supor que a pessoa reclamada será submetida a atos de perseguição e discriminação por motivo de raça, religião, sexo, nacionalidade, língua, opinião política, condição social ou pessoal; ou que sua situação possa ser agravada por um dos elementos antes mencionados (BRASIL, STF, Pet Av. Ext. 1.085, p. 17 voto e 140 acórdão, grifo nosso).

Na mesma toada, para o Estado de Direito, não sendo arbitrário o mérito, não há possibilidade de revisão de ato político desempenhado dentro da geometria formal adequada e com o conteúdo possível, ainda que outras opções igualmente possíveis tenham sido preteridas pelo administrador em sua opção discricionária. Ou seja, é necessário analisar o conflito entre a validade e a facticidade, como defendido por Habermas e aprofundado no tópico a seguir.

3 ESPAÇO DE CONFORMAÇÃO DISCRICIONÁRIA DO ADMINISTRADOR

Para Habermas:

[...] as normas de orientação necessária do pensamento elaboradas pela fenomenologia não deixam de incidir em processos *formativos* da sociedade, e como uma normatividade tão objetivista quanto àquela das cosmogonias que o positivismo pretendeu extinguir [...]. (BLOTTA, 2010, p. 128)

Pelo que a compreensão dos limites à discricionariedade administrativa perpassa por critérios além da geometria da legalidade, proposta por Kelsen. Acertada essa compreensão de Habermas, eis que não se pode olvidar que rapidez e imprevisibilidade das mudanças no mundo atual denotam a impossibilidade concreta de o legislador prever e regular, e até pelo lento processo inerente ao Legislativo.

O filósofo alemão Jürgen Habermas conta com uma vasta obra, cuja interdisciplinaridade é característica marcante, de modo que o autor transita entre temas cambiantes que perpassam à sociologia, à história, à psicologia, à filosofia da linguagem, à filosofia política e até mesmo a dogmática jurídica, de modo que se mostra deveras difícil o vincular a uma única disciplina específica.

Contudo, para os fins da presente pesquisa interessa-nos os aspectos da filosofia política de cariz habermasiano, mormente no que atine à sua

concepção de democracia procedimental, porquanto o caso concreto em análise sugere, à primeira vista, a utilização sub-reptícia do poder administrativo inerente a um órgão público do Estado do Rio Grande do Norte.

Em sua obra de referência (*Teoria da Ação Comunicativa*), Habermas (2022, p. 409) identifica na própria sociedade a existência de uma ação comunicativa ao lado das ações meramente teleológicas (ação estratégica e ação instrumental), cujo objetivo precípua é possibilitar o consenso entre os concernidos, a partir do *medium* linguístico, tratando-se, portanto, de “um processo de obtenção de acordo entre sujeitos capazes de falar e agir”.

Uma outra premissa fundamental na obra habermasiana diz respeito ao modelo de sociedade dicotômica proposta pelo filósofo tedesco. Segundo Habermas, a sociedade deve ser observada a partir da tensão existente entre mundo da vida e sistema:

Arrastadas para cá e para lá entre facticidade e validade, as teorias da política e do direito se decompõem em campos que ainda tem pouco a dizer entre si. A tensão entre abordagens normativistas, que sempre correm o risco de perder o contato com a realidade social, e abordagens objetivistas, que se tornam cegas perante todos os aspectos normativos, pode ser compreendida como advertência para não nos fixarmos em uma perspectiva disciplinar, mas nos mantermos abertos para diferentes finalidades teóricas (explicação de compreensão de sentido e análise conceitual *versus* descrição e explicação empírica), diferentes perspectivas de papéis (juiz, político, legislador, cliente e cidadão) e atitudes pragmáticas de pesquisa (hermenêutico, crítico, analítico etc.). (HABERMAS, 2020, p. 39)

O mundo da vida diz respeito ao “complexo heterogêneo de formas de vida expressas linguisticamente e que compõe o horizonte de sentido de que servem os atores sociais, representando o ‘pano de fundo’ onde vivifica o agir comunicativo” (GÓES, 2013, p. 70), expressando-se nos componentes da cultura, personalidade e solidariedade e tendo como função primordial a

reprodução simbólica da sociedade. Por outro lado, a definição de sistema em Habermas tem aporte na sociologia de Talcott Parsons, e, nada obstante algumas distinções em relação ao sistema parsoniano (HABERMAS, 2012, p. 276), pode ser concebido como os imperativos de controle político e econômico, sendo sua principal finalidade a reprodução material da sociedade.

Habermas entende que a evolução social ocorre a partir dessa tensão entre o mundo vivido e os imperativos sistêmicos (HABERMAS, 2012, p. 220); entretanto, a racionalidade extremada que marcou a modernidade culminou na hipertrofia dos imperativos sistêmicos, de modo que estes passaram a subjugar os componentes do mundo da vida, a ponto de gerar efeitos reificantes em suas estruturas comunicacionais, naquilo que o filósofo alemão denominou por “colonização do mundo da vida pelo sistema” (PINTO, 1995).

Urge destacar que a colonização do mundo da vida pelo sistema se trata de verdadeira patologia social, uma vez que põe em cheque o equilíbrio entre a reprodução simbólica e material da sociedade, sobrelevando esta última.

Para Habermas, é por intermédio do direito que o sistema coloniza o mundo da vida, sobretudo por possibilitar a subjugação das estruturas comunicacionais do mundo vivido “perturbando-lhe os processos de reprodução e, assim, ameaçando a manutenção de seus componentes” (NEVES, 2012, p. 75). Um exemplo simplório da colonização do mundo da vida é a excessiva burocratização das atividades estatais, bem como a utilização de prerrogativas dos poderes públicos para a obtenção de interesses espúrios.

No entanto, dez anos após o desenvolvimento da teoria da ação comunicativa, Habermas, na obra *Facticidade e Validade*, reconstrói⁴ sua

⁴ O método de análise desenvolvido por Habermas é denominado de reconstrução, e se configura como a releitura de institutos e teorias anteriores, de modo a identificar os potenciais

concepção de direito a partir da metáfora da charneira (dobradiça), de modo que sistema e mundo da vida se implicam mutuamente, a ponto de as estruturas simbólicas do mundo da vida, quando em ebulição, determinarem a institucionalização de campos outrora de pleno domínio sistêmico. Como exemplos dessa redefinição, destacam-se os direitos reconhecidos às esferas públicas minoritárias, tais quais a feminista, a dos negros e a dos homossexuais.

Assim, a democracia procedimental preconizada por Habermas se volta, justamente, a possibilitar que todas as visões de mundo (cosmovisões) tenham assento no debate público, de modo que as discussões originariamente desenvolvidas no âmbito privado e que alcancem a opinião pública produzida no cerne das esferas públicas possam, a partir da ação comunicativa, converter-se em poder comunicativo e, em última ordem, influenciar os imperativos sistêmicos por meio do direito, a ponto de serem institucionalizadas.

Destaque-se que a democracia procedimental não tem nenhum compromisso prévio com nenhuma forma de vida ou ideologia. Em verdade, a sua gênese é possibilitar a realização de procedimentos públicos discursivos, com base na linguagem e na preponderância do melhor argumento, de sorte a prestar legitimidade às opções adotadas pelo sistema político.

Com esse recorte inicial, passa-se a analisar a postura adotada pelo TCE/RN à luz da proposta de democracia procedimental idealizada por Habermas.

emancipatórios dessas, bem como os correspondentes bloqueios, de modo a propor alternativas para que as mesmas alcancem os desideratos prometidos.

4 CASO CONCRETO: DISCRICIONARIEDADE OU ARBITRARIEDADE?

A interpretação dos conceitos jurídicos se mistura, em maior ou menor medida, com conceitos de significação indeterminadas e as razões são as mais variadas e extrajurídicas (Queiró, 1946, p. 55), impondo ao operador do direito atuar com atenção e imparcialidade para evitar abusos e desvios de poder. E o caso em cotejo abarca uma situação em que se impõe questionar se houve abuso de poder por falta de interesse público, bem como se a postura adotada pelo ente público está em consonância com o modelo democrático.

O Processo Administrativo nº 51965/2015-1 foi iniciado na Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Norte, em 19 de março de 2015, a pedido do então Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte – TCE/RN, por meio do Ofício 164/2015 – GP/TCE/RN, visando à desapropriação do imóvel registrado na 1ª Zona da Circunscrição Imobiliária da Cidade de Natal, com registro no Livro nº 2 do Registro Geral do 3º Ofício de Notas de Natal, sob a matrícula nº 4.320, apresentando a seguinte justificativa expropriatória:

O interesse público na expropriação do supramencionado imóvel justifica-se na necessidade de ampliação das instalações físicas do Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Norte - TCE/RN, para o adequado desenvolvimento de suas atividades institucionais, a qual será viabilizada pela construção de um edifício anexo à sua sede na Avenida Presidente Getúlio Vargas, nº 690, Petrópolis, Natal/RN, incluindo pavimentos de garagem com vagas de estacionamento destinadas aos veículos oficiais, dos servidores integrantes de seu Quadro de Pessoal e dos visitantes em geral.

Registre-se que o citado imóvel urbano, há décadas sem qualquer edificação, encontra-se encravado na mesma quadra, contíguo ao edifício-sede desta Corte de Contas – TCE/RN. Esclareça-se, por oportuno, que esse imóvel que ora se pleiteia a intervenção do Estado se apresenta como aquele que melhor se adequa aos aspectos finalísticos postulados, visto que há décadas sem qualquer edificação, não dando cumprimento, destarte, ao princípio constitucional da função social da propriedade.

Em sendo assim, a obtenção do imóvel referenciado viabilizará a funcionalidade do prédio-sede desta Corte, historicamente prejudicado por se conter em um espaço fundiário exíguo.

Reforça a conveniência e a oportunidade na desapropriação para fins de utilidade pública, a necessidade do TCE/RN expandir sua infraestrutura ante a crescente demanda, incluindo a possibilidade de **acomodar, com segurança, os veículos oficiais, dos cerca de 540 (quinhentos e quarenta) servidores e dos visitantes em geral**, contribuindo com a municipalidade no tocante à mitigação dos efeitos deletérios da crônica ausência de espaços para a guarda de veículos na cidade, além de otimizar a mobilidade urbana, permitindo uma melhor fluidez do trânsito nas imediações de sua sede.

De certo modo, reflexamente, também será medida que contribuirá com a segurança pública, pois evita a exposição de pessoas e veículos em geral, segurança essa que vem sendo vulnerada a cada dia. Ademais, não é despidendo lembrar que o prédio-sede desta Corte pende de “habite-se” porque há anos não pode construir vagas de estacionamento compatíveis com os seus atuais doze pavimentos. A obtenção suscitada, pois, ensejará a legalização definitiva do prédio-sede deste TCE/RN.

Consoante prescreve o art. 110, §2º, da Lei Complementar Municipal n. 055/2004, Código de Obras e Edificações do Município do Natal/RN, as vagas de estacionamento podem ser disponibilizadas, para fins de “habite-se”, num raio de até 200 metros do ponto médio da testada do lote de referência. Na hipótese, tal situação é atendida, pois, como dito, trata-se de um imóvel contíguo.

Nesse sentido, o interesse público na desapropriação é cristalino, permitindo que o estado dê uma finalidade nobre e razoável ao imóvel, ao incorporá-lo ao patrimônio público, em especial ao TCE/RN.

Isto posto, nos termos da Constituição Federal (art. 5º, XXIV) e do Decreto-Lei 3.365/41, a desapropriação do imóvel aludido é medida que se impõe, com o que se requer a Vossa Excelência encaminhar os tramites regulares, em especial junto à Procuradoria-Geral do Estado, e à Comissão Permanente de Avaliação do Estado para a produção das peças técnicas imprescindíveis a efetivação da medida expropriatória. (grifos acrescidos)

O Ofício nº 164/2015 GP/TCE/RN, acima transcrito e objeto desta análise, iniciou o processo administrativo de desapropriação, sem informar a que se destinaria a pretendida expansão, apenas especificou que seriam necessárias mais 540 (quinhentas e quarenta) vagas de garagem para atender

a “demanda atual” (ou seja, antes da expansão), imprescindíveis à obtenção do “habite-se” da sede do Tribunal.

Assim, o ato expropriatório em análise fundamentou-se em 03 (três) aspectos simultaneamente: (a) Espaço fundiário historicamente exíguo e necessidade de expansão do órgão; (b) Prover a estrutura da garagem para a obtenção de “habite-se” para regularização definitiva da sede; e (c) Expandir e atender a demanda de 540 (quinhentas e quarenta) vagas de garagem e, assim, contribuir com a municipalidade no tocante à segurança, mobilidade urbana e mitigação dos efeitos deletérios da ausência de estacionamento na cidade.

Em suma, a necessidade da Corte de Contas, segundo o reportado ofício, seria atender à gigantesca e atual necessidade de 540 (quinhentas e quarenta) vagas de garagem e, em cima disso, expandir sua estrutura para finalidade não especificada, o que impactaria, conseqüentemente, no aumento da necessidade de vagas de garagem.

Vários são os aspectos que apontam no sentido da pretensão de desapropriação não ser hipótese compatível com o interesse e utilidade públicos no caso em tela, a principiar pela pertinência da conceituação negativa de interesse público desenvolvida por Marçal Justen Filho (2005, p. 37), a qual demonstra que o interesse público não se enleia com o interesse do agente público, tendo em vista que o interesse privado e particular do agente público não figura como sinônimo de interesse público.

Em sendo assim, necessário se faz tecer algumas pontuações fáticas necessárias à análise do caso concreto.

O prédio-sede da Corte de Contas potiguar, empreendimento sem licenciamento urbanístico ou ambiental, construído ao arpejo dos ditames do plano diretor da cidade e legislação correspondente, pretende a desapropriação de uma área nobre da capital potiguar para nela construir prédio anexo para comportar 540 (quinhentos e quarenta) veículos

particulares para atender sua necessidade atual e ainda expandir sua estrutura, em conformidade com o Ofício 164/2015 do TCE/RN.

Tal pedido buscou guarida na possibilidade de intervenção do Estado na propriedade privada, que resulta da própria dinâmica inerente ao modelo estatal. Da doutrina do *laissez faire* ao Estado-de-bem-estar, a busca era por um Estado mais propício à concretização das aspirações coletivas.

Como já abordado, o Estado contemporâneo precisou imiscuir-se nas relações privadas, assumindo a tarefa de assegurar a prestação dos serviços elencados como fundamentais, almejando a proteção da sociedade como um todo, e não como coletivo de individualidades. Daí, o surgimento da teoria da supremacia do interesse público sobre o particular.

Resultando da opção política traçada na Constituição, a desapropriação é uma instituição administrativa. Se inexistisse a ideologia política relativa à propriedade e à exigência de sua função social, seria decerto impertinente pensar em desapropriação. Por esse motivo, Madeira *apud* Carvalho Filho (2012, p. 808) ressalta ser sempre bom não perder de vista que o instituto da desapropriação envolve aspectos de natureza política, administrativa e social, o que reclama necessariamente cuidado maior quando de seu exame.

A fonte normativa da desapropriação encontra-se no artigo 5º, XXIV, da Constituição Federal, que traz dois inseparáveis pilares: utilidade pública e interesse social. Trata-se de um modo de aquisição originária da propriedade, ou seja, dá início à cadeia causal para futuras transferências do bem.

Não adentrando na análise sobre ser crime ampliar empreendimento sem licenciamento ambiental (Lei federal nº 9.605/98, art. 60)⁵ ou mesmo

⁵ Lei federal nº 9.605/98, “art. 60. Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente”.

sobre a existência ou não de interesse ou finalidade pública para atender aos 540 (quinhentos e quarenta) veículos particulares a serem beneficiados com esse investimento público, o certo é que o pedido expropriatório inicia a fase administrativa da desapropriação, na qual se reconhece ou não a utilidade pública, conceito que abarca os pilares necessidade pública e interesse social. Ou seja, é um ato administrativo de extrema importância e que deve, necessariamente, atender a todos os aspectos de formalidade e fundamentação do mérito.

Aponta-se ainda que, não obstante ser a Constituição Federal do ano de 1988 lei que rege o processo expropriatório, é a Lei federal nº 3.365 de 1941 redigida em pleno período ditatorial. Segundo referido diploma, para o prosseguimento da fase administrativa, o ente interessado na expropriação deve comprovar dotação orçamentária para o pagamento de indenização ao proprietário, conforme avaliação nos autos administrativos. O ápice da fase administrativa é o reconhecimento da utilidade pública a ser dada ao bem, que é reconhecida pelo prefeito, governador ou presidente, a depender da circunscrição onde se situe o bem.

No entanto, existem limites à desapropriação.

Do estudo da Teoria Geral do Estado, extrai-se que, antes de se garantir o direito à vida, foi evidenciada a proteção à propriedade, sendo um dos primeiros passos para os atuais direitos e garantias fundamentais, sobretudo por se tratar do direito liberal de maior envergadura.

Nesse sentido, a desapropriação é um instrumento deveras importante para assegurar o benefício e o interesse da coletividade, protegendo o todo do interesse particular prejudicial ao todo. Bastante complexo é o instrumento e igualmente essencial ao Estado. Os limites existem para coibir abusos, clientelismos e demais ilegalidades. A lei expressamente veda a desapropriação da propriedade produtiva (para fins de reforma agrária), bens de particulares situados em outro Estado, a moeda corrente e os direitos personalíssimos, tais como a honra, a liberdade e a

cidadania. Por outro lado, é possível a desapropriação de bens públicos na direção vertical das entidades Federativas. Outrossim, é possível a desapropriação de bens da administração indireta.

Acompanhando a linha de evolução do conceito de Estado, da irresponsabilidade à responsabilidade sobre atos estatais e dos governantes, percebe-se que ainda hoje existem gestores públicos que acreditam ser ilimitado o uso da discricionariedade administrativa, convertendo-a em arbitrariedade. Ocorre que, como estabelecido, no reportado acórdão da Apelação Cível nº 1.422, o pretexto de discricionariedade não torna insindacável o ato administrativo, pois, em nenhuma situação, é possível ao agente administrativo agir *contra legem*, muito menos se agarrando ao conceito de discricionariedade administrativa, cuja nomenclatura, por si só, não reveste ato arbitrário de proteção à revisão e controle externos ao Poder Administrativo. Da mesma maneira, o ato discricionário não pode se pautar em fins meramente estratégicos capazes de subverter o ideário democrático.

Silva (2004, p. 133) explica ainda que o agente administrativo não é imune aos seus próprios interesses particulares ou ao de *lobbies*. Inclusive há várias teorias econômicas aplicadas à política e à administração pública, como o fenômeno da captura, em que empresas reguladas se assenhoram do mercado por meio de alto poder econômico e independência de agências reguladoras totalmente independentes. Ou seja, é inegável que também há de se considerar que as ações na esfera pública são, sim, políticas num sentido muito específico: interesses privados dentro e fora do Estado são relevantes para explicar as próprias ações de governo. Logo, Silva (2004) conclui que a desconsideração da existência de outros interesses além do público, nos modelos de controle sobre o comportamento dos agentes públicos e da corrupção, pode trazer sérias consequências para as políticas de reforma e moralização do Estado.

No mesmo sentido, o autor (2004, p. 133-134) aponta a necessidade de leis severas para coibir o clientelismo e a corrupção na produção de bens

públicos. De fato, o Estado gerencial não é puro ou perfeito, “políticos e burocratas representam seus interesses dentro do governo e os interesses de agentes privados que se organizam coletivamente para agir sobre a máquina governamental” (SILVA, 2004, p. 134).

Voltando ao caso em estudo, é questionável se há discricionariedade administrativa na pretensão expansiva da estrutura de um órgão público nas condições postas no ato em escrutínio. De toda sorte, não é porque um gestor escolheu essa opção para concretizar essa pretensão que tal escolha, por consequência, seja considerada interesse público. Eis a questão.

A área que o TCE/RN busca desapropriar diz respeito a dois imóveis pertencentes a duas coletividades condominiais, cujos respectivos proprietários residem no local e utilizam, normalmente, o espaço visado pelo ente público.

Entretanto, se por um lado o Decreto Expropriatório atinge diretamente um contingente restrito de pessoas, aproximadamente 40 (quarenta) famílias, convém, ainda, informar que o imóvel cuja desapropriação é buscada localiza-se em uma estreita rua sem saída, integrada por 06 (seis) edifícios com apenas uma vaga de garagem cada, os quais abrigam 200 (duzentas) famílias, sem vagas para visitantes.

A ausência anterior de controle estatal pelos órgãos competentes permitiu que o TCE/RN construísse o prédio de sua sede em total desrespeito às normas urbanísticas, ou seja, em desacordo com o interesse público, de sorte, que hoje busca a desapropriação de um imóvel particular no afã de sanar a irregularidade inicial, sem alterar a sede de seu atual endereço em um dos bairros mais nobres e valorizados da capital potiguar.

Como se observa do pedido feito pelo TCE, a necessidade premente é para atender 540 (quinhentos e quarenta) veículos e ainda expandir sua estrutura. Em sua curta fundamentação, a motivação do ato administrativo é totalmente restrita ao interesse do administrador público em permanecer em sua sede atual, não sendo explicado ou mencionado o impacto da expansão da

estrutura para a coletividade imediatamente circundante, cujo interesse sequer fora cogitado, como se observa do texto do decreto expropriatório.

Ora, a preferência do gestor público em manter-se uma estrutura construída, confessadamente exígua, e construída em total desacordo com as normas urbanísticas, para além disso expandir suas instalações no mesmo lugar, não se confunde com o interesse público na expansão da atividade do TCE, que poderia ocorrer para outro endereço.

Binenbojm (2014, p. 32) critica a visão unitarista do interesse público e Queiró (1946) exige a interpretação dos conceitos à luz dos interesses de todos os atores envolvidos. Entretanto, no ato em questão, somente se trouxe a vontade do administrador público em se manter em seu endereço atual, em bairro nobre, ainda que outras opções pudessem ser consideradas. Logo, restou indubitavelmente falha a fundamentação, impedindo ao intérprete daquele ato a plena compreensão dos interesses em conflitos para fins de estabelecimento de qual interesse prevalecer.

A omissão sobre outras alternativas, com as valorações financeiras, as análises de impacto urbanístico, de trânsito, como tal pretensão atinge os direta e indiretamente interessados, torna efetivamente falho o ato em perscrute.

O Plano Diretor da Cidade de Natal, à época do pedido, definia uma série de critérios e serve a orientar, dentre outros aspectos, a construção civil, definindo vagas de garagem e potencial construtivo. Considerando a vigência do Plano Diretor anterior, verifica-se que o prédio já fora construído em desacordo com a estipulação legal do número de vagas, entre outras irregularidades, ou seja, ao arrepio da lei. Por esse motivo, como reconhecido pelo próprio Presidente da Corte de Contas em questão, nunca houve expedição de “habite-se” para o prédio da sede do TCE/RN.

Salta aos olhos que uma das motivações do pedido expropriatório foi a regularização da construção para fins de habite-se. Isto por que, não importa de quando é a construção, a adequação do empreendimento, para

número de vagas, deve seguir o plano diretor vigente à época da aprovação do projeto. Ulterior modificação pode ensejar número maior ou menor de vagas; no entanto, o que avulta do pedido formulado pela Corte de Contas potiguar é o interesse em expandir ainda mais sua estrutura ainda que exíguo seja o seu espaço e exígua seja a área que pretende desapropriar.

Compreendidos os fatos, passa-se ao estudo do caso à luz da perspectiva habermasiana.

5 ANÁLISE DO CASO PELA PERSPECTIVA DA DEMOCRACIA PROCEDIMENTAL DE JÜRGEN HABERMAS

Considerando os fatos postos, e as digressões sobre discricionariedade e sobre os pressupostos habermasianos, resta indubitável que a postura adotada pelo TCE/RN em requerer a desapropriação de propriedades privadas para o alcance do interesse próprio dos gestores configura nítida ação estratégica, fundada no vago e genérico argumento de supremacia do interesse público sobre o privado. Tal postura não se coaduna com o modelo procedimental de democracia idealizado por Jürgen Habermas, mormente por sequer ter sido possibilitado o debate público acerca das áreas objeto do decreto expropriatório almejado pelo TCE/RN.

É necessário fazer um contraponto para melhor aplicação e compreensão da teoria habermasiana: (a) de um lado, a concepção de solipsismo de interesse público, cristalizado na fórmula da representação formal pelas instituições (coincide com o interesse público, com o interesse manifestado pelo administrador público?); (b) de outro lado, a concepção baseada na prática da linguagem em um aspecto de interação e de negociação de sentidos da comunidade de falantes (o interesse público depende da comunidade que vive esta concepção, logo ela que deve expressar a necessidade de expansão da estrutura física do TCE em consonância com uma percepção de missão dessa instituição, considerados os interesses

atestados e os sacrifícios necessários, especialmente o menor sacrifício para as partes envolvidas).

Ora, se as áreas em questão se encontram encravadas em local da municipalidade cujas cercanias contam com uma comunidade bem definida, a conduta tomada pela Corte de Contas do Estado do Rio Grande do Norte jamais poderia ter atuado de forma solipsista sob a mera retórica de atendimento do interesse público.

Nesse ponto, a crítica de Rosenfield (2008, 123) mencionada alhures se mostra deveras correta, pois a forma não assegura a legalidade do conteúdo, sobretudo por não ser legítimo ao poder público se valer de um conceito genérico de interesse público para justificar, como discricionária, uma postura nitidamente arbitrária.

Por seu turno, a perspectiva procedimental de cariz habermasiano implica a realização de procedimentos públicos discursivos pautados na ética argumentativa, de modo que, no caso em testilha, a comunidade que ocupa os imóveis visados pelo ato do TCE/RN, bem como os concernidos que residem no entorno de referidos prédios, deveria ter sido ouvida em momento prévio à opção da Corte de Contas potiguar. Aliás, não só ouvida. Deve-se partir de uma compreensão inicial que nem sempre o órgão interpreta mesmo o interesse público se não estiver em consonância com as práticas sociais. Por exemplo: hoje se fala em governo digital, porém, como justificar expansão de estruturas físicas quando há demanda de acesso via tecnologias de informação e comunicação?

Outrossim, o debate em torno do que, de fato, configuraria o interesse público, deveria partir dos argumentos lançados pelas esferas públicas atingidos pela escolha “discricionária” do poder público, ou seja, deveria partir da periferia para o centro de poder, de modo a transpor as eclusas e alcançar o sistema político a ponto de dotar de legitimar a decisão tomada no caso.

No entanto, não foi isso que ocorreu. A postura do TCE/RN foi tomada ao seu próprio talento, sem qualquer consulta às esferas públicas de alguma forma afetadas pelas obras a serem realizadas no local. Portanto, o fechamento procedimental promovido pelo poder público nesse caso infirmou completamente qualquer possibilidade de configuração do interesse público, o qual, como já ressaltado em seção anterior, foi invocado apenas de forma retórica para justificar interesses estratégicos dos dirigentes da Corte de Contas local.

Logo, falecem dúvidas quanto à ausência de legitimidade da postura adotada pelo TCE/RN, quando analisada sob a ótica democrático-procedimental defendida por Jürgen Habermas.

6 CONCLUSÃO

Para o presente estudo, interessou a compreensão do interesse público e da discricionariedade administrativa, conceitos jurídicos notoriamente indeterminados, para, à luz dos ensinamentos da democracia procedimental de Habermas.

Escolheu-se um caso de extremo poder estatal sobre o particular, a desapropriação, situação que importa na investigação da interpretação do que é interesse público e da importância da motivação do ato administrativo. O caso escolhido fora a fundamentação e o pedido constantes do Ofício 164/2015 – GP/TCE/RN, que iniciou o Processo Administrativo nº 51965/2015-1, na Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Norte, visando à desapropriação do imóvel registrado na 1ª Zona da Circunscrição Imobiliária da Cidade de Natal, com registro no Livro nº 2 do Registro Geral do 3º Ofício de Notas de Natal, sob a matrícula nº 4.320, terreno este de localização privilegiada, de alto custo do metro quadrado e cuja pretensão estatal afeta um universo de pessoas considerável dada a presença de muitos prédios e de ser em uma rua estreita e sem saída.

A princípio, abordou-se o delineamento dos conceitos de interesse público e de discricionariedade administrativa, partindo-se de uma análise da evolução do Estado a partir da Revolução Francesa e o surgimento dos conceitos de interesse público e discricionariedade.

Com essas premissas em mente, passou-se ao perscrute dos ensinamentos de Habermas aplicáveis à discricionariedade administrativa para poder permitir o debruce da questão central, a análise do caso concreto à luz das compreensões sobre os conceitos de Estado, interesse público e discricionariedade administrativa previamente abordados.

Considerou-se, a partir da crítica de Binbenojm ao unitarismo, quanto à concepção de interesse público e à necessidade de se considerar os interesses dos atores envolvidos, como posto por Queiró, o pedido do TCE/RN, posição dos moradores da vizinhança e dos expropriados, para, partindo de uma perspectiva macro, analisar as circunstâncias envolvendo o caso, o direito e princípios aplicáveis, levando o leitor por todos os pontos de vista envolvidos, considerados os interesses atestados e os sacrifícios necessários, especialmente o menor sacrifício para as partes envolvidas.

Ademais, a desapropriação figura como um colossal e complexo instrumento para viabilizar o funcionamento saudável da máquina estatal para o alcance dos seus fins e objetivos, inclusive dos discricionários. Tamanha importância justifica o poder de império que reveste atos como este, contudo, a desapropriação para utilidade pública é consequência da aplicação escorreita da discricionariedade administrativa, na qual o agente administrativo avalia a conveniência e a oportunidade e escolhe a melhor opção do binômio custo *versus* benefício. Ou seja, não há como se escolher à luz do dito binômio sem o desvelamento dos custos financeiros, sociais, urbanísticos etc. Daí porque se verifica a perniciosidade da omissão dessas informações em um documento tão importante como o que inaugura uma desapropriação.

Além disso, a perspectiva procedimental proposta por Habermas implica na realização de procedimentos públicos discursivos com esteio na ética argumentativa, objetivando a efetiva participação da comunidade afetada pelo ato expropriatório, bem como, a participação dos demais afetados pela desapropriação e que residem no entorno de referidos prédios. Isto porque todos deveriam ter sido ouvidos em momento prévio à opção da Corte de Contas potiguar à luz dos ensinamentos habermasianos.

Não se pode olvidar que a pretensão do TCE/RN é desapropriar para expandir uma estrutura já irregular, cometendo crime ambiental no percurso e potencializando os efeitos já deletérios ao meio ambiente natural e urbano da existente estrutura física do Tribunal de Contas potiguar, sem considerar o impacto de sua pretensão aos atores direta e indiretamente envolvidos. Há, portanto, uma atitude solipsista que compactua com a demonstração de que a pretensão é interesse do administrador público, e não resultante do interesse da coletividade, como fortemente rechaçado por Marçal Justen Filho e diametralmente oposto ao defendido por Habermas.

Verificou-se, em perspectiva histórica que a discricionariedade administrativa para convalidar atos eivados de vícios na origem com outros atos igualmente viciados constitui ato atentatório à robustez do sistema jurídico, como fortemente combatido desde 1941 por Seabra Fagundes. Em casos em que importantes conceitos administrativos se acham indevidamente revestindo atos ilegais, pode e deve agir o Judiciário e o Ministério Público, sempre no âmbito de suas competências para extirpar as ilegalidades e coibir os abusos. Igualmente podem e devem as autoridades envolvidas reavaliar seus atos sob o prisma dos princípios basilares da administração pública.

Cabe repisar que a Administração Pública, por corolário do art. 37 da Carta Maior, somente pode agir nos conformes e ditames da lei. Construir ao arrepio da legislação pertinente não é possibilidade jurídica à Corte de Contas potiguar, bem como é falha a sua pretensão de expansão nos moldes pretendidos, por meio do Ofício 164/2015 – GP/TCE/RN, pela ausência de

fundamentação efetiva quanto ao interesse público em questão e à delimitação dos interesses dos atores envolvidos para fins de fixação *a posteriori* de qual o interesse a prevalecer, como defendido por Binjenbojm.

Voltando ao caso concreto, para expandir a infraestrutura de um órgão, a decisão é cabível ao gestor que, usando de seu poder discricionário, há de avaliar o juízo de conveniência e oportunidade e também verificar a existência de interesse público. No caso em estudo, a questão posta é que o interesse do administrador público não se confunde com o interesse da coletividade e que não há como, *a priori*, se definir qual o interesse público a prevalecer em caso de conflito.

É pressuposto da democracia procedimental preconizada por Habermas que todas as visões de mundo (cosmovisões) tenham assento no debate público. Como visto, busca-se a conversão em poder comunicativo das discussões originariamente desenvolvidas no âmbito privado e que alcancem a opinião pública produzida no cerne das esferas públicas. Isto porque, em última ordem, é possível influenciar os imperativos sistêmicos por meio do direito, buscando-se a institucionalização. Ademais, a democracia procedimental não tem nenhum compromisso prévio com nenhuma forma de vida ou ideologia, sendo um instrumento sem carga axiológica que teria sido muito útil ao caso em concreto e que não fora utilizado.

Por outras perspectivas, se percebe que a ausência de intersubjetividade na produção do ato em perscrute gerou grandes omissões ao pedido que inaugura o processo administrativo. O interesse do administrador se sobrepôs ao interesse dos demais envolvidos *a priori*, ou seja, quando os afetados e a coletividade como um todo sequer foram considerados. Essa visão solipsista do que fora indicado como interesse público é, de fato, interesse do administrador público. Como visto, distancia-se da melhor forma o ato estudado, pois em nada considerou os aspectos negativos de seu pedido, os efeitos dele sobre a população direta e

indiretamente afetada. Desta forma, indevida a aplicação dos conceitos de interesse público e discricionariedade administrativa ao caso concreto estudado.

Enfatizando a evolução da teoria do estado e limitação ao poder do governante, o trabalho abordou os conceitos basilares aplicados ao caso concreto de forma genérica, para então perscrutar o caso concreto delineando em que aspectos o pedido do TCE/RN divorcia-se da essência dos conceitos que alega em seu pedido expropriatório, confirmando-se, portanto, a hipótese delineada na abertura do trabalho.

Portanto, o cerne da discussão quanto ao presente artigo restou respondido diante da indiscutível constatação de que seja com base em critérios legais, sejam com lastro na doutrina administrativista mais abalizada, o pedido expropriatório realizado pelo TCE/RN está eivado de flagrante ilicitude. E tal postura não se coaduna com o modelo procedimental de democracia idealizado por Jürgen Habermas, mormente por sequer ter sido possibilitado o debate público acerca das áreas objeto do decreto expropriatório almejado pelo TCE/RN.

Quanto à metodologia, desenvolvida na pesquisa, não houve alteração, pois o trabalho partiu de premissas teóricas gerais quanto ao interesse público, discricionariedade administrativa e democracia procedimental, consubstanciando o método dedutivo, cuja abordagem qualitativa visou analisar o modelo de democracia procedimental adotado por Habermas, em um caso concreto.

Quanto a obstáculos, a presente pesquisa desenrolou-se sem percalços. E concluiu-se que, embora a medida tomada pelo TCE/RN objetive o aprimoramento do serviço público, o pedido de desapropriação não se encontra acompanhado dos elementos essenciais para justificar pressuposta discricionariedade, ou seja, lhe faltaria juridicidade, inclusive pelo ato não se coadunar com a democracia procedimental habermasiana.

Por fim, recomenda-se que novas pesquisas busquem se debruçar cada vez mais sobre a natureza e importância sobre a discricionariedade administrativa percebida sobre uma perspectiva procedimental, como proposto por Habermas, no intuito de se construir uma solução à sociedade que não desconsidere importantes atores nesta construção e que se possam evitar arbitrariedades.

REFERÊNCIAS

- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BLOTTA, Vitor Souza Lima. *Habermas e o Direito – da Normatividade da Razão à Normatividade Jurídica*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, *DOU de 13.2.1998* e retificado em 17.2.1998.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Invalidação judicial da discricionariedade administrativa: no regime jurídico-administrativo brasileiro*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- GÓES, Ricardo Tinoco de. *Democracia deliberativa e jurisdição: a legitimidade da decisão judicial a partir e para além da teoria de J. Habermas*. Curitiba: Juruá, 2013.
- HABERMAS, Jürgen. *Facticidade e validade: contribuições para uma teoria discursiva do direito e da democracia*. Trad. Felipe Gonçalves Silva e Rúrion Melo. São Paulo: Unesp, 2020.

Maria Esther Alencar Advíncula D'Assunção; Marcelo Nóbrega Athayde Chaves; Anderson Souza da Silva Lanzillo

HABERMAS, Jürgen. *Teoria da ação comunicativa* – Volume 1: racionalidade da ação e racionalidade social. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Unesp, 2022.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo, 2: sobre a crítica da razão funcionalista*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

HAYEK, Friedrich August von. *O caminho da servidão*. Trad. Ana Maria Capovilla, José Itálo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. 6. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Editora Saraiva, 2005.

KRELL, Andreas J. *Discrecionalidade administrativa e conceitos legais indeterminados: limites do controle judicial no âmbito dos interesses difusos*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

LEAL, VITOR NUNES. *Acórdão com comentários de Vítor Nunes Leal*. [s.d.]. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10789/9778>. Acesso em: 03 mar. 2023.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o estado democrático de direito a partir e al´me de Luhmann e Habermas*. Trad. Marcelo Neves. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948*. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/portuguese?LangID=por>. Acesso em: 02 abr. 2023.

PINTO, José Marcelino de Rezende. A teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas: conceitos básicos e possibilidades de aplicação à administração escolar. In: *Paideia*, 1995. Número 8-9. Ribeirão Preto: Disponível em:

Revista do Ministério Público Militar – Ano XLVIII
Brasília – Edição n. 39 – maio 2023, CC BY 4.0, Qualis B4, pp.
325-360

<https://doi.org/10.1590/S0103-863X1995000100007>. Acesso em: 15 abr. 2023.

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A teoria do "desvio de poder" em direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, [S. l.], v. 6, p. 41–78, 1946. DOI: 10.12660/rda.v6.1946.9571. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/9571>. Acesso em: 03 mar. 2023.

RIO GRANDE DO NORTE (Estado). *Lei Complementar nº 082, de 21 de junho de 2007*. Dispõe sobre o Plano Diretor de Natal e dá outras providências. Natal Legislação. Disponível em: https://planodiretor.natal.rn.gov.br/anexos/24_Plano_Diretor.pdf Acesso em: 11 mar. 2023.

ROSENFELD, Denis Lerrer. *Reflexões sobre o direito à propriedade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

SALGADO, Karine. A república, o justo e suas consequências na leitura de Kant. In: HORTA, José Luiz Borges. *História, Estado e Idealismo Alemão*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2017.

SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves da. Corrupção e produção de bens públicos. In: *Economia no setor público no Brasil*. BIDERMAN, Ciro; ARVATE, Paulo Roberto. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Disponível em: <https://acervo.enap.gov.br/cgi-bin/koha/opac-detail.pl?biblionumber=27848>. Acesso em: 11 mar. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Pet Av. Ext. 1.085*, de 8 de junho de 2021. Brasília: DJE 03/04/2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630001>. Acesso em: 11 mar. 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO NORTE, *Ação Civil Pública – ACP por poluição*, processo nº 0801364-51.2014.8.20.0001.

VALE, José Misael Ferreira. O golpe de 2016: O Brasil e o futuro da nação. Bauru: *Revista Ciência Geográfica*. 2018. Disponível em: https://agbbauru.org.br/publicacoes/revista/anoXXII_1/agb_xxii_1_web/Rev_AGB_dez2018-02.pdf. Acesso em: 03 abr. 2023.

Maria Esther Alencar Advíncula D'Assunção; Marcelo
Nóbrega Athayde Chaves; Anderson Souza da Silva Lanzillo

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas*.
4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

Revista do Ministério Público Militar – Ano XLVIII
Brasília – Edição n. 39 – maio 2023, CC BY 4.0, Qualis B4, pp.
325-360

As atividades de Polícia Judiciária Militar e a necessidade de observação dos direitos humanos do investigado, da vítima e da testemunha

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). Subprocurador-Geral 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.

ORCID: 0009-0005-0678-471X

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

Revisores: Antonio Carlos Gomes Facuri (ORCID: 0009-0006-8038-8288; e-mail: antonio.facuri@mpm.mp.br)

Karollyne Dias Gondim Neo (ORCID 0009-0008-2277-0512; e-mail: karollyne.neo@mpm.mp.br)

Data de recebimento: 15/04/2023

Data de aceitação: 25/04/2023

Data da publicação: 30/05/2023

RESUMO: Este artigo analisa, além dos cuidados necessários atinentes aos direitos humanos do investigado, a proteção dos direitos humanos de outros personagens relevantes para o processo penal, vale dizer, vítimas e testemunhas. A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica de leis e

jurisprudências. A conclusão é de que, além do que estabelece a Constituição Federal de 1988 em relação à dignidade humana como princípio fundamental, leis penais também tipificam condutas que violam os direitos das vítimas. O grande desafio é conseguir que o respeito à dignidade humana seja observado, sem exceção, por todos os órgãos de persecução penal que atuam na fase investigativa e na fase processual. Precisamos evoluir muito nesse sentido com a criação de programas de proteção aos direitos humanos mais abrangentes com alcance aos mais longínquos rincões do extenso território brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Polícia Judiciária Militar; direitos humanos; vítima; testemunha; investigado.

ENGLISH

TITLE: The activities of the Military Judiciary Police and the need to observe the human rights of the investigated, the victim and the witness.

ABSTRACT: This article analyses, in addition to the necessary precautions related to the human rights of the investigated person, the protection of the human rights of other characters relevant to the criminal process, that is, victims and witnesses. The methodology used was the bibliographic review of laws and jurisprudence. The conclusion is that, in addition to what the Federal Constitution of 1988 establishes in relation to human dignity as a fundamental principle, criminal laws also typify conduct that violates the rights of victims. The great challenge is to ensure that respect for human dignity is observed, without exception, by all criminal prosecution bodies that operate in the investigative and procedural phases. We need to evolve a lot in this sense with the creation of more comprehensive human rights protection programs that reach the most distant corners of the vast Brazilian territory.

KEYWORDS: Military Judiciary Police; human rights; victim; witness; investigated.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Direitos humanos do investigado – 3 Direitos humanos das vítimas – 4 Direitos humanos das testemunhas – 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Preliminarmente, é necessário assinalar que, em termos de investigação criminal, os focos de luzes são direcionados, normalmente, para iluminar somente as possíveis violações dos direitos humanos do investigado. São olvidados, nesse aspecto, os direitos humanos das vítimas e das testemunhas, atores importantes, quase sempre presentes no cenário de um crime. Assim, procurou-se no presente artigo trazer à tona, além dos cuidados necessários atinentes aos direitos humanos do investigado, a proteção dos direitos humanos de outros personagens relevantes para o processo penal, vale dizer, vítimas e testemunhas.

Como é cediço, de acordo com a natureza do crime praticado, a investigação dos fatos é atribuída por lei a um determinado órgão do Poder Executivo (Polícia Federal nos crimes federais, Polícia Civil nos crimes estaduais, oficiais da Polícia Militar nos crimes militares estaduais e oficiais das Forças Armadas nos crimes militares federais). O único órgão de investigação do Poder Executivo no qual o condutor da apuração da autoria e a materialidade de um crime não possui conhecimento jurídico é a Polícia Judiciária Militar da União (PJM).

Com efeito, os oficiais das Forças Armadas designados para atuarem como encarregados de inquérito policial militar (IPM), quando muito, estudam, de forma superficial, durante seus cursos de formação, temas cujo conhecimento são imprescindíveis para o exercício de uma investigação criminal de natureza militar, tais como: direito constitucional, direito penal (comum e militar) e direito processual penal (comum e militar).

Desse modo, a PJM da União, na maioria das vezes, encontra dificuldades em interpretar e enquadrar devidamente o fato objeto de investigação, bem como em empreender metodologia adequada durante a apuração. Não se pode esquecer de que oficiais do quadro de saúde das Forças Armadas também são designados para conduzem inquéritos. Esses oficiais sequer recebem instruções superficiais de direito.

Assim, a probabilidade de desconhecerem os direitos humanos do investigado, das vítimas e das testemunhas é significativa. É oportuno salientar que houve um ingresso clandestino (art.302 do CPM) de três pessoas com mais de 18 anos e duas menores de idade em certa unidade militar no Rio de Janeiro em que o oficial de serviço era um tenente temporário, com pouco tempo de caserna. Foi lavrado um Auto de Prisão em Flagrante (APF) contra os cidadãos maiores de idade, procedimento considerado correto. Todavia, os adolescentes foram colocados na caçamba fechada de uma viatura militar, juntos com os agentes maiores, sendo todos conduzidos para delegacia.

Ao constatar que menores estavam na caçamba do veículo militar, o delegado notificou os condutores de que, embora os menores tivessem cometido ato infracional, não poderiam ter sido transportado naquelas condições, conforme preconiza o Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 178. O adolescente a quem se atribua autoria de ato infracional não poderá ser conduzido ou transportado em compartimento fechado de veículo policial, em condições atentatórias à sua dignidade, ou que impliquem risco à sua integridade física ou mental, sob pena de responsabilidade.

Assinale-se que as dificuldades aumentaram sobremaneira para PJM com o advento da Lei 13.491 de 2017. Com efeito, atualmente, diante das hipóteses contidas no art. 9º do Código Penal Militar, fatos típicos previstos no Código Penal comum e em leis extravagantes passaram a configurar crime militar. Assim, episódios complexos que tipificam crimes licitatórios e crimes sexuais (assédio sexual, importunação sexual), quase sempre

cometidos sem a presença de testemunhas, são conduzidos por oficiais das Forças Armadas sem conhecimento sobre direito penal/processual penal.

Ressalte-se que consultar modelos contidos em manuais sobre investigação pode, em certa medida, auxiliar ao encarregado de IPM nos casos mais simples. Sucede que, em algumas situações, há necessidade de conhecimentos jurídicos, geralmente, inexistentes na referida fonte de consulta. À guisa de exemplo, vale transcrever o seguinte caso concreto citado no livro “A investigação nos crimes militares” (GORRILHAS; BRITTO, 2019):

[...] houve uma denúncia pelo Ministério Público Militar na qual a narrativa apontou a prática de maus-tratos por parte de um comandante de OM contra subordinados durante acampamento militar. O tipo penal de maus-tratos possui a seguinte redação no CPM:

Art. 213. Expor a perigo a vida ou saúde, em lugar sujeito à administração militar ou no exercício de função militar, de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para o fim de educação, instrução, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalhos excessivos ou inadequados, quer abusando de meios de correção ou disciplina.

Nesse compasso, é importante destacar que a prática do delito em questão revela um desrespeito de um superior hierárquico aos direitos humanos de seu subordinado, razão pela qual o infrator deve ser punido exemplarmente. Trata-se crime de perigo concreto, e, assim sendo, afigura-se imprescindível, durante o inquérito, a comprovação de que a conduta praticada, em tese, delituosa, expôs perigo à vida ou à saúde do militar que estava sob autoridade do autor do fato, por ocasião da instrução militar.

Não foi, contudo, no caso vertente, realizada perícia, por ocasião do IPM, a fim de que restasse demonstrado o perigo resultante da irregular conduta praticada pelo oficial comandante de OM. Tal omissão redundou na absolvição do réu, uma vez que um crime de perigo concreto só se perfaz com a demonstração do perigo. Situação como essa demonstra que a ausência

de conhecimento jurídico do condutor de uma investigação pode contribuir para a não punição de um infrator.

Vale lembrar que no crime de perigo não é exigido a efetiva produção de um dano e, assim sendo, a consumação ocorre com a simples possibilidade de dano ao bem jurídico protegido. O crime de perigo subdivide-se em perigo abstrato e perigo concreto. No primeiro, o perigo ocorre no momento da conduta comissiva ou omissiva típica e é presumido pela lei (presunção absoluta) e, portanto, independe de prova pericial (omissão de socorro). Em contrapartida, no crime de perigo concreto é imprescindível que a investigação comprove, em regra, pela prova pericial, que o perigo resultante do comportamento delituoso praticado trouxe efetivo perigo de dano ou lesão a determinado bem jurídico.

Afora o caso concreto acima relatado, é comum ocorrer irregularidades de outras naturezas pela PJM, sendo imperioso elencar os seguintes dados técnicos que devem ser de conhecimento do encarregado de IPM:

(a) faz-se necessário que Polícia Judiciária Militar saiba, tecnicamente, identificar se um infrator penal está em estado de flagrância para lavrar um Auto de Prisão em Flagrante (APF) e, para tanto, precisa ter conhecimento se a infração penal cometida se constitui em um crime instantâneo, ocorrido em determinado instante e, por essa razão, a prisão em flagrante só poderá ocorrer dentro de uma das hipóteses elencadas no art. 244 do CPPM (no instante em que o agente está cometendo o crime; acaba de cometê-lo; é perseguido logo após o ato delituoso em situação que faça acreditar que ele é o autor do crime ou é encontrado, logo depois, com instrumentos que façam presumir sua participação no delito) ou crime permanente, no qual a conduta delituosa permanece no tempo de acordo com a vontade do autor do fato e por isso o agente estará sempre em flagrante delito (v.g. porte de

drogas e sequestro). A lavratura de um APF contra um agente que não esteja em flagrante configura, em tese, abuso de autoridade, além de violar direito humano. Em relação ao crime permanente, há conjunturas intrincadas para a polícia judiciária militar como, por exemplo, saber se pode prender em flagrante um militar no interior de uma casa situada em Vila Militar ou dentro de um quarto de hotel de trânsito, diante de uma suspeita de que o militar esteja guardando droga. Como sabemos, a Constituição Federal estabelece que a casa é asilo inviolável e nela não é permitida a entrada, excetuando-se os seguintes casos: permissão do morador, diante de desastre, para prestar socorro, ordem judicial, durante o dia e em flagrante delito. O STF, visando afastar ingerências arbitrárias em domicílio, decidiu (decisão com repercussão geral) que a entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia (justa causa) é abusiva e não será a constatação de um flagrante posterior que justificará a medida. Há necessidade da demonstração prévia da presença de elementos mínimos que caracterizem fundadas razões para o ingresso forçado em uma residência (RE 603616);

(b) o encarregado de IPM, antes de proceder um despacho fundamentado de indiciamento (providência exigida pela Lei 12830/2013), deve perscrutar se o fato praticado está ou não prescrito (a prescrição inviabiliza o indiciamento do autor do fato). Além disso, não deve instaurar IPM e promover indiciamento de um cidadão com base em notícia anônima de crime, bem como instaurar procedimento investigatório de infração penal em desfavor de alguém, à falta de qualquer indício da prática de crime, sob pena de responder por abuso de autoridade;

(c) é recomendável que a PJM, antes de representar perante o judiciário, quando for o caso, acerca de uma medida cautelar

(prisão preventiva, quebra de sigilo telefônico e outras), identifique se estão presentes os requisitos exigidos para cada cautelar. Gize-se que a quebra de sigilo telefônico só é prevista para crimes punidos com reclusão. Dessarte, uma ameaça feita por um militar contra seu superior, via telefone, não comporta, de acordo com a Lei 9296/96, quebra de sigilo telefônico, uma vez que a pena cominada para esse crime é de detenção;

(d) é prudente que a PJM, antes de determinar por despacho a realização de qualquer diligência investigativa para obtenção de provas (elemento informativo), verifique se tal providência viola, em tese, algum direito humano do investigado, da vítima ou da testemunha, notadamente a privacidade e intimidade. A obtenção de prova nessas condições, além de ser considerada ilícita pelo judiciário, pode configurar abuso de autoridade por parte do investigador.

Feitas essas primeiras anotações, vejamos algumas necessárias considerações sobre a proteção dos direitos humanos dos envolvidos no cenário de um crime militar.

Dentre as sete Constituições do Brasil, a única que, de forma explícita, ressaltou o princípio fundamental da dignidade humana (art.1º, III), a prevalência dos direitos humanos (art.4º II), os direitos e garantias fundamentais e direito e garantias individuais (art. 5º) e os direitos sociais (art.6º), colocando-os, topograficamente, em local de destaque logo nos primeiros artigos da carta magna, foi a constituição de 1988.

Não obstante ser considerada muito extensa, a carta magna elencou, além dos direitos supracitados, tópicos relevantíssimos, como a proteção da família, do meio ambiente, educação e saúde, prestigiando, dessa forma, à dignidade humana. Nesse aspecto, impediu a aprovação de emenda constitucional que vise afastar direitos e garantias individuais, consideradas cláusulas pétreas.

Uma vez consagrado na Constituição Federal de 1988 como princípio fundamental, a dignidade humana deve nortear as atividades de todos os integrantes dos poderes da República (Executivo, Legislativo e Judiciário). Dessa forma, a Polícia Judiciária (militar ou comum), o Ministério Público e o Judiciário devem velar pela proteção dos direitos humanos dos investigados, acusados, vítimas e testemunhas, seja na fase investigativa, seja durante o processo penal. Qualquer ato irregular praticado pelos aludidos protagonistas processuais que venha prejudicar o investigado, a vítima e a testemunha infringe, em tese, os direitos humanos.

Vale lembrar que, em 06 de novembro de 1992, o Brasil aderiu à Convenção Americana sobre Direitos Humanos e reconheceu a jurisdição contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1998. Aliás, o Brasil foi sentenciado em vários casos pela aludida corte.

2 DIREITOS HUMANOS DO INVESTIGADO

Em regra, todas as ações investigativas são voltadas para coleta de provas (elementos informativos) em busca da autoria e da materialidade do fato delituoso. Destarte, é suscetível que o encarregado de IPM, até mesmo por desconhecimento, realize alguma diligência que viole os direitos humanos do investigado ou do suspeito. Dessa maneira, é aconselhável que o oficial das Forças Armadas, tão logo seja designado para atuar como encarregado de IPM, proceda um estudo prévio sobre a metodologia que adotará durante as investigações.

Pontue-se que o Código de Processo Penal Militar é de 1969 e contém artigos que não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, como por exemplo, a previsão de busca domiciliar determinada pelo encarregado de inquérito. Como dito alhures, não se pode perder de vista que todo procedimento irregular praticado pelo oficial que conduz um IPM e que

redunde prejuízo para o investigado, vítima e testemunha caracteriza inobservância dos direitos humanos.

Constituiu-se em ato ilegal a oitiva do investigado, sem a prévia advertência de seus direitos constitucionais, bem como a ausência de informação de que não está obrigado a produzir prova contra si (participar, de forma coercitiva, de reprodução simulada dos fatos ou ser obrigado a escrever em papel para fins de perícia de sua grafia em crimes de falsidade documental). Não é obrigado a participar ativamente de qualquer diligência que possa lhe prejudicar. É direito constitucional do investigado ficar em silêncio durante seu interrogatório, não podendo, portanto, ser ameaçado ou coagido a falar pela autoridade investigante ou em juízo. Destarte, caso o indiciado, embora notificado, não compareça para ser ouvido em inquérito, não pode ser conduzido a força para realização de tal ato, uma vez que o STF, no julgamento das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental 396 e 444, considerou a condução coercitiva do indiciado para prestar depoimento incompatível com a Constituição Federal. Ressalte-se que ausência voluntária do militar investigado para depor em IPM não pode ser considerada infração disciplinar e nem tampouco delito de insubordinação. De fato, se o investigado tem o direito constitucional de ficar em silêncio, não faz sentido conduzi-lo coercitivamente para esse ato, aliás medida considerada ilegal pelo Supremo Tribunal federal.

Diante da necessidade de se proceder abordagem em um suspeito com a consequente revista pessoal, a PJM deve estar ciente de que tal procedimento não pode ser feito com suporte em apenas impressões subjetivas, conduta que tem sido considerada ilegal pelos tribunais, notadamente o Superior Tribunal de Justiça (HC 16349). A revista pessoal só será legítima diante de fundadas suspeitas de que alguém esteja ocultando arma, coisas obtidas por meios criminosos, instrumentos de falsificação e objetos falsificados. Havendo fundadas suspeitas e sendo encontrados com o suspeito, por hipótese, instrumentos de falsificação, o que legitima a prisão

em flagrante do infrator, é preciso cautela quanto ao uso de algemas, pois só será possível seu uso em três hipóteses: (a) quando houver fundado receio de fuga; (b) quando houver resistência; e (c) quando houver risco à integridade física do próprio detido, da pessoa que realizou a prisão ou de terceiros. Esses requisitos estão previstos no art. 234 §1º do Código de Processo Penal Militar (CPPM), aliás, muito antes da edição da Súmula vinculante nº 11 do STF de 2008. O uso de algemas, fora das hipóteses legais, pode configurar abuso de autoridade e, sem dúvida, afeta a dignidade humana.

Tema da mais alta complexidade para os atores jurídicos em geral, e principalmente para Polícia Judiciária, diz respeito ao limite existente entre a licitude e a ilicitude da prova obtida. Há divergências entre a doutrina, tribunais superiores e o STF em relação à obtenção de provas ou de elementos informativos (inquérito) em questões que envolvem a privacidade e intimidade da pessoa, como por exemplo, dentre outras, a gravação de conversa entre interlocutores, o acesso ao conteúdo de celular ou aparelhos eletrônicos apreendidos e a utilização de meios tecnológicos não usuais para obtenção de provas.

O encarregado de IPM não pode, portanto, gravar, de forma clandestina, conversa com o investigado. É preciso informá-lo que a conversa está sendo gravada e adverti-lo previamente sobre seu direito de permanecer em silêncio. Do contrário, omitidas tais advertências e sendo eventualmente obtida a confissão, todo procedimento será considerado ilícito. Todavia, se um dos interlocutores gravar uma conversa havida entre ambos, fora de um contexto investigativo e, desde que não haja entre eles relação de confidencialidade (cliente e advogado), tal prova tem sido considerada lícita pelos tribunais, inclusive o STF.

O acesso aos dados contidos em celulares e em computadores só pode ser feito mediante autorização judicial. Da mesma forma, o eventual uso de aparelhos tecnológicos não usuais e invasivos para obtenção de provas é ilegal.

Constitui abuso de autoridade e violação dos direitos humanos não permitir que o defensor tenha acesso às peças documentadas nos autos de inquérito.

Uma vez encarcerado o autor de um fato delituoso, seja em decorrência de prisão preventiva decretada pelo judiciário, seja decorrente de prisão em flagrante, o tratamento a ele dispensado deve ser de acordo com os princípios inerentes à dignidade humana. Além de respeito e humanidade, ao preso deverá ser destinada uma cela higienizada com ventilação, banheiro adequado, roupa de cama limpa, pelo menos três refeições diárias e banho de sol diário.

Outras condutas, a seguir descritas, previstas na Lei 13869/2019, além de violarem flagrantemente os direitos humanos, merecem especial atenção por parte do encarregado de IPM, uma vez que configuram crime de abuso de autoridade:

- Decretar a condução coercitiva de testemunha ou investigado manifestamente descabida ou sem prévia intimação de comparecimento ao juízo;
- Deixar injustificadamente de comunicar prisão em flagrante à autoridade judiciária no prazo legal;
- Deixar de entregar ao preso, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, a nota de culpa, assinada pela autoridade, com o motivo da prisão e os nomes do condutor e das testemunhas;
- Constranger o preso ou o detento, mediante violência, grave ameaça ou redução de sua capacidade de resistência, a:
 - Exibir-se ou ter seu corpo ou parte dele exibido à curiosidade pública;
 - Submeter-se a situação vexatória ou a constrangimento não autorizado em lei;
- Produzir prova contra si mesmo ou contra terceiro
- Prosseguir com o interrogatório de pessoa que tenha decidido exercer o direito ao silêncio; ou de pessoa que tenha optado por ser assistida por advogado ou defensor público, sem a presença de seu patrono.
- Deixar de identificar-se ao preso ou atribuir a si mesmo falsa identidade, cargo ou função, como responsável por interrogatório em sede de procedimento investigatório de infração penal;
- Submeter o preso a interrogatório policial durante o período de repouso noturno, salvo se capturado em flagrante delito ou

se ele, devidamente assistido, consentir em prestar declarações:

- Impedir ou retardar, injustificadamente, o envio de pleito de preso à autoridade judiciária competente para a apreciação da legalidade de sua prisão ou das circunstâncias de sua custódia:

- Impedir, sem justa causa, a entrevista pessoal e reservada do preso com seu advogado:

- Manter presos de ambos os sexos na mesma cela ou espaço de confinamento:

- Manter na mesma cela, criança ou adolescente na companhia de maior de idade ou em ambiente inadequado;

- Divulgar gravação ou trecho de gravação sem relação com a prova que se pretenda produzir, expondo a intimidade ou a vida privada ou ferindo a honra ou a imagem do investigado ou acusado:

- Dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente;

- Negar ao interessado, seu defensor ou advogado acesso aos autos de investigação preliminar, ao termo circunstanciado, ao inquérito ou a qualquer outro procedimento investigatório de infração penal, civil ou administrativa, assim como impedir a obtenção de cópias, ressalvado o acesso as peças relativas a diligências em curso, ou que indiquem a realização de diligências futuras, cujo sigilo seja imprescindível.

Neste tópico, procurou-se abordar os procedimentos ilegais mais suscetíveis de ocorrer durante uma investigação. De certo, há outras medidas, porventura aqui não abordadas, com potencialidade de atingir os direitos humanos do investigado, da vítima e da testemunha, nomeadamente a intimidade e privacidade. Por essa razão, todo despacho para realização de qualquer diligência investigativa deve ser precedido de acurada atenção pelo encarregado de IPM, a fim de que não sejam aviltados os direitos humanos.

3 DIREITOS HUMANOS DAS VÍTIMAS

É preciso destacar, de início, que a vítima de um crime não sofre apenas no momento da ação do fato delituoso (furto do objeto valioso ou de

estimação, violência sofrida, ameaça, perseguição, estupro e outros crimes sexuais, sequestro, dentre outros). Há situações, a depender do crime praticado, que marcam, de forma indelével, a psique da vítima, mesmo que haja prisão e condenação definitiva do autor do crime. A perturbação psicológica remanescente do crime é um fator que não tem merecido a devida atenção pela sociedade. É fato que a situação psíquica da vítima tende a piorar quando ela, além de não se sentir acolhida, é tratada com desdém e sem o devido respeito pelos órgãos de investigação e pelos sujeitos processuais, no momento em que presta seu depoimento, ensejo em que a vítima revive mentalmente todo episódio sofrido.

O sofrimento decorrente dos momentos difíceis vividos pela vítima durante a audiência, por vezes, não é levado em conta pelos sujeitos processuais (MP, JUIZ e DEFESA). Não raro, advogados de defesa, em juízo, no afã de inocentar o réu, tentam desqualificar o(a) ofendido(a), atacando seu comportamento e perfil com argumentos infundados e sem conexão com o delito praticado. À guisa de exemplo, vale trazer à colação o caso da vítima Mariana Ferrer, vítima de estupro e agressões sexuais por parte de um empresário. Durante a audiência de julgamento, o advogado de defesa, além de exibir fotos da rede social da vítima, mencionou: “que jamais teria uma filha do nível da jovem”, levando-a a lágrimas (canal de ciências criminais, acesso em 27 de fevereiro de 2023). O tormento da ofendida não para por aí, pois é suscetível que a vítima de um crime, notadamente de cunho sexual, venha a ficar estigmatizada no seu convívio social (trabalho e local onde estuda). Infelizmente o machismo estrutural ainda predomina no Brasil.

Em razão da globalização ocorrida no Brasil a partir de 1990, bem como a proliferação de casos noticiados pelas mídias sociais, percebe-se que o legislador, bem como outros agentes políticos (Ministério Público e Judiciário) estão, cada um dentro de suas respectivas esferas de atuações, mais atuantes na elaboração de Projetos de Lei (PL), Resoluções e outras

normatizações com vistas à proteção das vítimas de crime, principalmente as mulheres, os adolescentes e as crianças. Assim sendo, tramita na Câmara dos Deputados o PL 3890/2020 (Estatuto da Vítima), que trata da proteção dos direitos das vítimas que sofrem danos físicos, emocionais ou econômicos. Em vigor temos a Lei 9807/99, que estabeleceu normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas e instituiu o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas. A Lei 14.245/2021, intitulada Lei Mariana Ferrer, inspirada no caso narrado alhures, em que a vítima sofreu humilhação durante uma audiência judicial, alterou o Código de Processo Penal, nos seguintes termos:

Art. 400-A. Na audiência de instrução e julgamento, e, em especial, nas que apurem crimes contra a dignidade sexual, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão zelar pela integridade física e psicológica da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz garantir o cumprimento do disposto neste artigo, vedadas:

I - a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos;

II - a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas.

Art. 474-A. Durante a instrução em plenário, todas as partes e demais sujeitos processuais presentes no ato deverão respeitar a dignidade da vítima, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa, cabendo ao juiz- presidente garantir o cumprimento do disposto neste artigo, vedadas:

I- a manifestação sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto de apuração nos autos;

II- a utilização de linguagem, de informações ou de material que ofendam a dignidade da vítima ou de testemunhas.

Logo após, veio a lume a Lei 14321/22, que tipificou o crime de violência institucional, inserida na lei de abuso de autoridade:

Art. 15-A. Submeter a vítima de infração penal ou a testemunha de crimes violentos a procedimentos desnecessários, repetitivos ou invasivos, que a leve a reviver, sem estrita necessidade:

I - a situação de violência; ou

II - outras situações potencialmente geradoras de sofrimento ou estigmatização:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 1º Se o agente público permitir que terceiro intimide a vítima de crimes violentos, gerando indevida revitimização, aplica-se a pena aumentada de 2/3 (dois terços).

§ 2º Se o agente público intimidar a vítima de crimes violentos, gerando indevida revitimização, aplica-se a pena em dobro.

O conceito sobre violência institucional consta no art. 4º, IV, da Lei 13431/ 2017, que, ao alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente Lei 8069/90, estabeleceu o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, nos seguintes termos:

Art. 4º Para os efeitos desta Lei, sem prejuízo da tipificação das condutas criminosas, são formas de violência:

IV - violência institucional, entendida como a praticada por instituição pública ou conveniada, inclusive quando gerar revitimização.

O Decreto 9603/2018 regulamentou a supracitada lei com a seguinte redação:

Art. 5º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se: I – violência institucional – violência praticada por agente público no desempenho de função pública, em instituição de qualquer natureza, por meio de atos comissivos ou omissivos que prejudiquem o atendimento à criança ou ao adolescente vítima ou testemunha de violência.

Relativamente à proteção das mulheres, além dos tipos penais previstos na Lei Maria da Penha, a Lei nº 14.188/2021 incluiu no código penal a seguinte norma punitiva:

Art. 147-B. Causar dano emocional à mulher que a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação.

A Resolução nº 243/2021 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) estabelece Política Institucional de Proteção Integral e de Promoção de Direitos e Apoio às Vítimas. Há inclusive um Guia Prático de Atuação do Ministério Público na Proteção e Amparo às Vítimas de Criminalidade. Digno de ser ressaltado é o conceito abrangente de vítima estabelecido pelo CNMP, contido na Resolução supra: **vítima direta**, a que sofreu lesão direta pela ação ou omissão do agente; **vítima indireta**, pessoas que possuem relação de afeto ou parentesco com a vítima direta, até o terceiro grau, desde que convivam, estejam sob seus cuidados ou dependem dela, no caso de morte ou desaparecimento causado por crime; **vítima de especial vulnerabilidade**, aquela com uma fragilidade singular, resultante de idade, do gênero, do seu estado de saúde ou deficiência; **vítima coletiva**, grupo social, comunidades ou organizações sociais atingidas pela prática de crime ou ato infracional que ofenda bens jurídicos coletivos, tais como a saúde pública, o meio ambiente, o sentimento religioso, o consumidor, a fé pública e a administração pública.

Por sua vez, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por intermédio da Resolução 253/2018, normatizou que as autoridades judiciárias deverão adotar providências necessárias para que as vítimas sejam ouvidas em condições adequadas para prevenir vitimização secundária e para evitar que sofram pressões, além de encaminhamento para rede de serviços públicos.

Louvável tem sido a iniciativa de diversos ramos do Ministério Público brasileiro que vêm atuando na criação de secretarias e programas assistenciais às vítimas. O Ministério Público Militar (MPM), por exemplo, possui uma Secretaria de Direitos Humanos e criou recentemente uma Secretaria de Promoção dos Direitos das Vítimas. A Procuradoria-Geral de Tocantins criou um Núcleo de Atendimento às Vítimas de crime, O MP de Minas Gerais possui um Programa de Atenção Integral às Vítimas, O MP do Rio Grande do Sul criou o Projeto Voz e Vez das Mulheres em Santo Ângelo, O MP de São Paulo possui um Núcleo de Atendimento às Vítimas de

Crimes Violentos. Há tantos outros Ministérios Públicos espalhados pelo Brasil com iniciativas com os mesmos propósitos.

Relativamente às vítimas crianças e adolescentes que sofreram violência, bem como testemunhas crianças e adolescentes que presenciaram tais fatos, o art.12 da Lei 13.431/2017 estabelece o seguinte o rito:

Art. 12. :

I - os profissionais especializados esclarecerão a criança ou o adolescente sobre a tomada do depoimento especial, informando-lhe os seus direitos e os procedimentos a serem adotados e planejando sua participação, sendo vedada a leitura da denúncia ou de outras peças processuais;

II - é assegurada à criança ou ao adolescente a livre narrativa sobre a situação de violência, podendo o profissional especializado intervir quando necessário, utilizando técnicas que permitam a elucidação dos fatos;

III - no curso do processo judicial, o depoimento especial será transmitido em tempo real para a sala de audiência, preservado o sigilo;

IV - findo o procedimento previsto no inciso II deste artigo, o juiz, após consultar o Ministério Público, o defensor e os assistentes técnicos, avaliará a pertinência de perguntas complementares, organizadas em bloco;

V - o profissional especializado poderá adaptar as perguntas à linguagem de melhor compreensão da criança ou do adolescente;

VI - o depoimento especial será gravado em áudio e vídeo.

§ 1º À vítima ou testemunha de violência é garantido o direito de prestar depoimento diretamente ao juiz, se assim o entender.

§ 2º O juiz tomará todas as medidas apropriadas para a preservação da intimidade e da privacidade da vítima ou testemunha.

§ 3º O profissional especializado comunicará ao juiz se verificar que a presença, na sala de audiência, do autor da violência pode prejudicar o depoimento especial ou colocar o depoente em situação de risco, caso em que, fazendo constar em termo, será autorizado o afastamento do imputado.

§ 4º Nas hipóteses em que houver risco à vida ou à integridade física da vítima ou testemunha, o juiz tomará as medidas de proteção cabíveis, inclusive a restrição do disposto nos incisos III e VI deste artigo.

§ 5º As condições de preservação e de segurança da mídia relativa ao depoimento da criança ou do adolescente serão objeto de regulamentação, de forma a garantir o direito à intimidade e à privacidade da vítima ou testemunha.

§ 6º O depoimento especial tramitará em segredo de justiça.

A legislação processual penal militar possui somente um artigo alusivo à proteção da vítima e da testemunha: “art.13, i, tomar as medidas necessárias destinadas à proteção de testemunhas, peritos ou do ofendido, quando coactos ou ameaçados de coação que lhes tolha a liberdade de depor, ou a independência para a realização de perícias ou exames”. Não há, contudo, decreto regulamentando como seria feita essa proteção, razão pela qual, diante dessa lacuna, o encarregado de IPM deverá, por analogia (art.3º do CPPM), utilizar os procedimentos dispostos na Lei 9807/99. Assim, havendo crime praticado com violência contra criança e adolescente em ambiente militar, presenciado por outras crianças ou adolescentes, todos os depoimentos (vítima e testemunhas) deverão ser realizados em conformidade da Lei 13431/2017 (depoimento especial). Caso não haja local adequado para as oitivas na OM, o encarregado pode solicitar apoio às delegacias especializadas.

Outros cuidados deverão ser considerados pelo encarregado de IPM durante a oitiva da vítima. Tais providências constam no art. 201, §4º e 6º, do CPP, abaixo descritas:

§ 4º Antes do início da audiência e durante a sua realização, será reservado espaço separado para o ofendido.

§ 6º O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação.

Embora as referidas normas não estejam previstas no Código de Processo Penal Militar, todos os procedimentos previstos em legislação processual penal comum que visem à proteção de vítimas e testemunhas podem e devem, por analogia, ser utilizados pelo condutor de um IPM.

Há casos em que a mulher militar das Forças Armadas é agredida pelo seu marido, também militar, no interior de casa situada em Vila Militar. Situações como essas demandam pronta intervenção por parte da PJM a fim

de evitar uma escalada das agressões que podem culminar, até mesmo, no crime de feminicídio. Desse modo, a seguinte medida cautelar urgente, prevista na Lei 13827/2019, deve ser realizada pelo comandante de OM (PJM) do local dos fatos, logo que tomar conhecimento do ocorrido:

Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física ou psicológica da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida:

I - pela autoridade judicial;

II - pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca;

III - pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia

§ 1º Nas hipóteses dos incisos II e III do caput deste artigo, o juiz será comunicado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas e decidirá, em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente.

A Lei em questão admite que a autoridade policial determine o afastamento imediato da pessoa agressora do lar, domicílio ou local de convivência com a vítima, em casos excepcionais, especialmente quando for verificado risco à vida ou à integridade da mulher, mesmo que não haja autorização judicial prévia. Essa norma foi validada pelo STF, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6138.

Aliás, a Lei Maria da Penha sofreu recentemente alteração pela Lei nº 14550, de 19 de abril de 2023. Dessa maneira, a palavra da vítima de violência ganhou maior relevo, e as medidas protetivas acautelatórias para frear a escalada de violência poderão ser concedidas pela autoridade policial, o que inclui a polícia judiciária militar (nos casos ocorridos em ambientes militares), independentemente de haver ou não ação penal, inquérito policial ou registro de boletim de ocorrência, sempre que houver risco à integridade da ofendida ou de seus dependentes.

Em termos de legislações internacionais, a preocupação com a proteção das vítimas de crimes vem sendo observada em alguns países da Europa, como Portugal e Espanha. Ambas nações possuem Estatutos da Vítima. A Assembleia Geral das Nações Unidas, por intermédio da Resolução 40/34 de 1985, declarou os Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder. Há ainda a Declaração n.º 60/147 (2005) da Organização das Nações Unidas fixando os princípios e diretrizes básicas sobre o direito a recurso e reparação para vítimas de violações e flagrantes das normas internacionais de direitos humanos e de violações graves do direito internacional humanitário.

De fato, é estarrecedor, nos dias de hoje, deparar-se com notícias publicadas nas mídias de que, quase metade das mulheres do Brasil sofreu algum tipo de assédio em 2022 (Universa uol, 2023, acesso em 02/03/2023). O mencionado noticiário, baseado em Pesquisa do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, relatou que, em 2022, 30 milhões de mulheres sofreram algum tipo de assédio, que vão desde comentários constrangedores na rua a arroxadas no ônibus; 18,6 milhões de mulheres sofreram algum tipo de agressão ou violência; 11,9 milhões de mulheres foram alvos de assédio no trabalho (comentários constrangedores), fora os casos mais graves de violência, como espancamento, ameaça com arma e feminicídio.

A partir da década de 1980, com o ingresso da mulher nas Forças Armadas, houve, de forma paulatina, um aumento de crimes, de cunho sexual, em unidades militares praticados contra militares do corpo feminino, estagiárias e funcionárias terceirizadas. Vale transcrever a seguinte anotação feita por Gorrilhas e Britto, página 204 do Livro A Investigação Nos Crimes Militares:

Levantamento feito pela 1ª Procuradoria de Justiça Militar do Rio de Janeiro em processos eletrônicos da JMU registrados em diversas OM no Brasil, indicou 20 (vinte) ocorrências de crime de assédio sexual, 11 (onze) de atentado violento ao pudor, 8 (oito) casos de estupro e 3 (três) de importunação sexual, no período entre janeiro de 2018 a maio 2020. Dentre

os crimes contra a dignidade sexual, os crimes de assédio sexual e de importunação sexual foram os mais praticados em ambiente militar durante a mencionada quadra.

Entendemos que, nos crimes militares, de natureza sexual, praticados contra mulher, o encarregado de IPM deveria ser uma oficial do quadro feminino das Forças Armadas. De fato, a vítima se sentiria, sem dúvidas, mais acolhida e confortável para expor com detalhes todo o ocorrido, por vezes doloroso, de rememorar e relatar para um homem.

Assinalo um caso de importunação sexual ocorrido em uma OM no Rio de Janeiro em que um cabo do Exército, após entabular uma conversa com uma mulher, empregada terceirizada do serviço de limpeza, aplicou um beliscão nas nádegas da funcionária, no momento em que esta se abaixou para pegar material de faxina, deixando-a estupefata e sem ação imediata. Na oportunidade, o encarregado de IPM, sem a devida atenção e respeito à vítima, referia-se a esta utilizando o neologismo: “sedizente” vítima (que se diz vítima). Por outro lado, ressaltava os elogios que o indiciado teve no decorrer de sua carreira militar. Ou seja, desacreditou da versão apresentada pela vítima.

O cuidado de designar mulher para ser encarregada de IPM em crimes sexuais foi observado durante uma missão de Paz no Líbano em um caso em que envolvia crime de atentado violento ao pudor praticado por um militar da Marinha contra duas libanesas.

4 DIREITOS HUMANOS DAS TESTEMUNHAS

Na maioria das vezes a cena do crime é composta por três atores: o autor do fato, a vítima e a testemunha. Assim sendo, esses personagens devem merecer acolhimento e respeito pelos diversos sujeitos processuais com atuação na área criminal. O ato de prestar depoimento em um inquérito ou em juízo é desconfortável para qualquer pessoa que não tem vivência nesse cotidiano, ambiente que, em geral, não é acolhedor. A testemunha e a

vítima civil costumam perder um dia de trabalho para cumprir obrigação de prestar depoimento em inquérito ou em juízo. Não podem, em regra, se negar a comparecer para tal ato, sob pena de serem conduzidas, de forma coercitiva. O ideal seria que as audiências não demorassem tanto e que as testemunhas tivessem um local apropriado para ficar, antes de prestar depoimento. Em regra, não é isso que acontece. O importante, contudo, é que a testemunha seja tratada com respeito durante o seu depoimento. Não pode haver ameaças e nem coação à testemunha na fase investigatória e na fase processual. O respeito aos direitos humanos deve sempre nortear as ações dos sujeitos processuais. A grande problemática relativa à prova testemunhal ocorre nos crimes de alta potencialidade lesiva, que envolvem assassinatos, tráfico de drogas, dentre outros. Como é cediço, nesses casos, a testemunha, por pavor do que lhe possa acontecer, tende a omitir a verdade (prevalece a lei do silêncio imposta pelos criminosos de alta periculosidade), ficando assim o bandido impune. Por essa e por outras razões é que o Estado deve investir, de forma efetiva, em programas de proteção às testemunhas e às vítimas, promovendo, dessa forma, antes de tudo, a garantia dos direitos humanos, notadamente a vida, a integridade física e a liberdade daqueles cujos depoimentos são importantes e determinantes para a condenação de um criminoso de alto risco. Do contrário, a impunidade continuará reinando, caso o crime praticado dependa exclusivamente da prova testemunhal ou do depoimento da vítima. Como já visto alhures, há leis que protegem as testemunhas e as vítimas. Todavia, os programas de proteção às vítimas e às testemunhas ameaçadas precisam ser eficazes, com participação de todos os entes governamentais federais, estaduais e da sociedade. Há programas de proteção de vítimas e testemunhas, como o Provita/SC (Santa Catarina), considerado referência naquela cidade, que devem servir de paradigma.

5 CONCLUSÃO

Em derradeiro, não se pode negar que o Brasil carrega marcas sombrias de mais de três séculos de escravidão, e que, mesmo depois de abolida a escravatura em 1888, portanto, há 135 anos, ainda nos deparamos com episódios de desrespeitos à pessoa negra. Além disso, existem preconceitos religiosos, de gênero, étnicos, dentre outros.

Hoje, a Constituição Federal estabelece expressamente a dignidade humana como princípio fundamental. Ademais, temos leis normatizando a proteção dos direitos humanos de investigados, vítimas e testemunhas, bem como leis penais que tipificam condutas que violam os referidos direitos. O grande desafio é conseguir que o respeito à dignidade humana seja observado, sem exceção, por todos os órgãos de persecução penal que atuam na fase investigativa e na fase processual. Precisamos evoluir muito nesse sentido com a criação de programas de proteção aos direitos humanos mais abrangentes com alcance aos mais longínquos rincões do extenso território brasileiro. Só assim, além de diminuir as violações à dignidade humana dos investigados, das vítimas e das testemunhas, evitaremos a condenação do país por qualquer corte internacional de direitos humanos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, 1988*. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 9 mar. 2023.

BRASIL. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 9 mar. 2023.

BRASIL. *Decreto nº 9.603, de 10 de dezembro de 2018*. Regulamenta a Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2018/decreto/d9603.htm. Acesso em: 9 mar. 2023.

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: 9 mar. 2023.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969*. Código de Processo Penal Militar. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm. Acesso em: 9 mar. 2023.

BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 9 mar. 2023.

BRASIL. *Lei nº 9.296/1996, de 24 de julho de 1996*. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9296.htm. Acesso em: 9 mar. 2023.

BRASIL. *Lei nº 12.830, de 20 de janeiro de 2013*. Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/l12830.htm. Acesso em: 9 mar. 2023.

BRASIL. *Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017*. Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm. Acesso em: 9 mar. 2023.

BRASIL. *Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017*. Altera o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 – Código Penal Militar. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/113491.htm. Acesso em: 9 mar. 2023.

BRASIL. *Lei nº 13.827, de 13 de maio de 2019*. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para autorizar, nas hipóteses que especifica, a aplicação de medida protetiva de urgência, pela autoridade judicial ou policial, à mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou a seus dependentes, e para determinar o registro da medida protetiva de urgência em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13827.htm. Acesso em: 10 mar. 2023.

BRASIL. *Lei nº 13.869/2019, de 5 de setembro de 2019*. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/113869.htm. Acesso em: 9 mar. 2023.

BRASIL. *Lei nº 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: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/lei/114245.htm. Acesso em: 9 mar. 2023.

BRASIL. *Lei nº 14.321, de 31 de março de 2022*. Altera a Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, para tipificar o crime de violência institucional. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.321-de-31-de-marco-de-2022-390279314>. Acesso em: 9 mar. 2023.

BRASIL. *Lei nº 14.550, de 19 de abril de 2023*. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para dispor sobre as medidas protetivas de urgência e estabelecer que a causa ou a motivação dos atos de violência e a condição do ofensor ou da ofendida não excluem a aplicação da

Lei. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2023-2026/2023/lei/L14550.htm. Acesso em: 24 abr. 2023.

BRITTO, Cláudia Aguiar Silva. Processo penal comunicativo: comunicação processual à luz da filosofia de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2014, 332p.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 3890/2020, de 21 de julho de 2020*. Institui o Estatuto da Vítima. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2258347>. Acesso em: 9 mar. 2023.

CNJ. *Resolução nº 253, de 4 de setembro de 2018*. Defina a política institucional do Poder Judiciário de atenção e apoio às vítimas de crimes e atos infracionais. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_253_04092018_05092018141948.pdf. Acesso em: 10 mar. 2023.

CNMP. *Resolução nº 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/Resoluo-n-243-2021.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2023.

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

STF. *Súmula nº 145*. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula145/false>. Acesso em: 15 jul. 2022

STF. *Súmula Vinculante nº 11*. Data de publicação do enunciado: DJE de 22-8-2008. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1220#:~:text=S%C3%B3%20%C3%A9%20%C3%ADcito%20o%20uso,e%20de%20nulidade%20da%20pris%C3%A3o>. Acesso em: 9 mar. 2023.

Engenheiros do caos e o direito penal do novo inimigo

Marcelo José de Guimarães e Moraes

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais.

Promotor de Justiça do Estado do Amapá.

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2850727772105153>

E-mail: marcelomoraes@cnmp.mp.br

Cícero Robson Coimbra Neves

Mestre e doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Promotor de Justiça Militar.

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3525261227099733>

E-mail: coimbra.neves@mpm.mp.br

Revisores: Antonio Carlos Gomes Facuri (ORCID: 0009-0006-8038-8288); e-mail: antonio.facuri@mpm.mp.br)

Luciano Moreira Gorrihas (ORCID: 0009-0005-0678-471X; e-mail: luciano.gorrihas@mpm.mp.br)

Data de recebimento: 17/04/2023

Data de aceitação: 17/04/2023

Data da publicação: 30/05/2023

RESUMO: O presente trabalho indica o risco percebido, especialmente no ambiente das redes sociais, no movimento em que pretensos formadores de opinião exigem a responsabilização penal a todo custo para autores de fatos definidos como crimes e que sensibilizam a opinião pública. Nessas ocasiões, percebe-se uma enorme sanha punitiva que, por vezes, busca impulsionar a persecução penal olvidando direitos e garantias fundamentais do processo penal e do próprio Direito Penal, as quais foram conquistadas historicamente e a um preço elevado. À luz das discussões de Empoli (2019) sobre esses agentes, chamados “engenheiros do caos”, o artigo busca explicar suas correspondências com atos sequenciais ao traumático 8 de janeiro de 2023.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal; Direito Processual Penal; Estado Democrático de Direito; Direitos e Garantias Fundamentais.

ENGLISH

TITLE: Chaos engineers and the new enemy's criminal law.

ABSTRACT: The present work indicates the perceived risk, especially in the environment of social networks, in the movement in which alleged opinion makers demand criminal responsibility at all costs for authors of facts defined as crimes and that sensitize public opinion. On these occasions, an enormous punitive rage is perceived that, at times, seeks to boost criminal prosecution, forgetting fundamental rights and guarantees of criminal prosecution and Criminal Law itself, which were historically conquered and at a high price. In the light of Empoli's (2019) discussions about these agents, called "chaos engineers", the article seeks to explain their correspondences with sequential acts to the traumatic January 8, 2023.

KEYWORDS: Criminal Law; Criminal Procedural Law; Democratic State; Fundamental Rights and Guarantees.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Engenheiros do caos e sua perigosa migração para o Direito Penal – 3 O “novo inimigo” no Direito Penal como necessidade dos engenheiros do caos – 4 Descreditar as instituições como estratégia adicional – 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Como se bem sabe, as conquistas limitadoras do Direito Penal foram, no curso da História, obtidas a um custo elevado: execuções espetacularizadas, juízos divinos, execrações públicas, enfim, toda uma

sorte de eventos, um dia corriqueiros, que vêm sendo afastados por uma visão mais humanitária aplicada ao Direito Penal.

Entretanto, de tempos em tempos – ou não tão espaçadamente, em alguns países – o curso histórico enfrenta fatos graves que desencadeiam uma maior sensibilidade popular, consistindo em uma verdadeira “janela de oportunidade” para os que desejam retrocesso nas conquistas já assentadas, inclusive no plano constitucional.

À guisa de exemplo, a polarização política no Brasil levou a eleição presidencial de 2022 a um nível pouco urbano, especialmente na disputa do segundo turno. As ideologias pretensamente antagônicas representadas pelos candidatos fomentaram a prática de atos de violência de todas as espécies, frequentemente tendo como um forte impulsionador a ferramenta das redes sociais. O ápice – se é que se chegou a ele – talvez tenha sido o dia 8 de janeiro de 2023, quando autointitulados simpatizantes do candidato vencido rumaram para as principais sedes dos Poderes da República, em Brasília, invadiram-nas e as depredaram de uma forma que não deverá ser apagada da memória dos brasileiros. Foram cenas de verdadeiro vandalismo, configurando uma série de atos criminosos que merecem a justa repressão da lei penal brasileira.

Note-se: “justa repressão”.

Ocorre que, logo em seguida a esse evento traumático, inaugurou-se um sentimento de frustração e impotência que dominou o corpo social. São em momentos como esse que surge a oportunidade para que se insuffle, sem nenhum compromisso com a persecução penal limitada pelas balizas do Estado Democrático de Direito, o clamor popular por punição desmedida dos autores de infrações penais – muitas vezes angariando simpatia de setores importantes, de formadores de opinião e de tomadores de decisão. São fomentadores que desenvolvem toda uma engenharia endereçada ao caos, escolhendo inimigos em nome de uma causa própria que, por vezes, ignora-se.

A fórmula desses “engenheiros do caos”, como se verá, foi muito repetida e obteve sucesso na política, mas não podem os atores do Direito Penal, substantivo e adjetivo, deixarem-se influenciar por essa verve, causando retrocessos na ciência do Direito.

A metodologia utilizada neste trabalho foi a pesquisa bibliográfica.

2 ENGENHEIROS DO CAOS E SUA PERIGOSA MIGRAÇÃO PARA O DIREITO PENAL

A expressão “engenheiros do caos” foi cunhada por Giuliano da Empoli, em seu livro com o mesmo título, posto no plural: “Os engenheiros do caos”.

Narra, em síntese, o sucesso de alguns movimentos políticos pelo mundo, a exemplo do Movimento 5 Estrelas, na Itália (inaugurado com a união improvável de Grillo e Casaleggio¹), e também menciona eleições presidenciais no Brasil², nos Estados Unidos³ e em Israel⁴, entre outros fatos políticos em que o autor reconheceu a existência de uma perigosa manipulação das massas pelos chamados engenheiros do caos. Talvez, em uma atualização de sua obra, o episódio de 8 de janeiro de 2023 no Brasil pudesse ser um novo exemplo desse tipo de manipulação.

Nas eleições mencionadas, candidatos e seus marqueteiros escolheram como estratégia a mobilização de temas que desencadeavam sentimento de massa, por vezes negativo, e comportamento de rebanho, aproveitando-se das mídias sociais, com pitadas de falsas notícias. Trata-se de uma “forma nova de tecnopopulismo pós-ideológico, fundado não em ideias, mas em algoritmos disponibilizados pelos engenheiros do

¹ EMPOLI, Giuliano da. *Os engenheiros do caos*. São Paulo: Vestígio, 2019, p. 43.

² Idem, p. 88.

³ Idem, p. 92.

⁴ Idem, p. 124.

caos”⁵. Ou seja, não importa conteúdo, profundidade do pensamento que se expressa, mas se aquele chamado, aquele vetor, tem adesão.

Com essa estratégia, os manipuladores são capazes de conduzir comportamentos em qualquer direção, como nas votações, criando espécies de “avatars na vida real”, nas palavras de Gianroberto Casaleggio (*apud* Empoli)⁶, que saltam do mundo virtual e alteram o mundo fenomênico.

Nesse tipo de manipulação, pode-se, por exemplo, explorar o sentimento da raiva, “fonte de energia colossal, [...] para realizar qualquer objetivo a partir do momento em que se decifrassem os códigos e se dominasse a tecnologia”⁷, no que já fica evidente a importância da participação da juventude apta a manusear essa tecnologia – como verdadeiros *trolls*. De posse de tal arma, pode-se, ainda em exemplo, invadir o Capitólio, em Washington, e as sedes dos Poderes, em Brasília.

Nessa política sem limite ético, criar um fato inverídico para manipular negativamente um sentimento que unia a massa, como fabricar um inimigo, mostra-se uma receita de sucesso. Mais ainda, uma receita rápida, pois, na precisa frase de Mark Twain, lembrada por Empoli, “uma mentira pode fazer a volta ao mundo no mesmo tempo em que a verdade calça seus sapatos”⁸.

Nesse contexto, o intérprete do Direito não está isolado, imune à influência dos chamados engenheiros do caos, que lhe exigem respostas penais que, em uma análise desapaixonada, seriam impulsivas ou desproporcionais. Dessa forma, há os incendiários a impulsionar os fatos e há os que, no outro polo, exigem respostas desmedidas.

Mostra-se necessário, nesse contexto, resgatar o alerta de Duek Marques ao tratar dos fundamentos da pena:

⁵ Idem, p. 40.

⁶ Idem, p. 55.

⁷ Idem, p. 85.

⁸ Idem, p. 79.

Marcelo José de Guimarães e Moraes; Cícero Robson
Coimbra Neves

De tempos em tempos, os homens estão fadados a explicitar em suas concepções não só sentimentos, como também comportamentos arcaicos, incompatíveis com a racionalidade do pensamento da época em que vivem. Tal fenômeno, sem dúvida, exerce influência nas práticas penais, como expressão de estruturas arquetípicas componentes do inconsciente coletivo. A ideia primitiva de vingança, oriunda de épocas remotas, permanece intocável, mesmo diante das recentes teorias progressistas e humanitárias, que advogam uma intervenção estatal punitiva, com limites traçados pelos direitos e garantias fundamentais.⁹

Na atualidade, todos podem ser produtores e distribuidores de conteúdo através das redes sociais, o que tem potenciais excelentes, mas também oferece riscos de mau uso com uma facilidade ainda muito preocupante. A estratégia manipuladora desses influenciadores engenheiros do caos, no plano da resposta penal, tira bom proveito do latente e primitivo desejo de vingança.

Retornando às cenas de destruição de 8 de janeiro de 2023, que chocam e clamam resposta penal, o Direito Penal e Processual Penal se viram, em seguida, frente a outro desafio, o das exigências por medidas excessivas, feitas pelos incendiários do polo oposto. Como tem sido comum em tempos atuais, as redes sociais desempenham enorme papel nesse jogo de forças.

Vê-se mesmo a criação de narrativas que buscam privar autores do fato criminoso de sua condição de cidadão, implicando em um Direito Criminal que separa o amigo do inimigo – como se verá melhor adiante – e que, portanto, está em descompasso com o espectro democrático trazido pela Constituição Federal. Muitas vezes essa verve punitivista tem se replicado até mesmo em meios de comunicação tradicionais, que deveriam ter maior responsabilidade quanto a seu poder de influência.

⁹ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 1.

Pelas mídias sociais, por exemplo, já está espreado que os autores do dia 8 de janeiro são, rotula-se, “terroristas”. Com a mesma sanha, tentam impor celeridade na persecução penal sem qualquer compreensão de seus meandros e atribuições das instituições por ela responsáveis. Em certo sentido, é como uma tentativa de substituir os atores dessa persecução.

Fomentando e manipulando habilidosamente o sentimento da raiva, tentam pautar a persecução penal, sob uma falsa premissa de inércia ou ineficácia das instituições – o que traz grande prejuízo para o alcance da justa resposta penal ao caso concreto.

3 O “NOVO INIMIGO” NO DIREITO PENAL COMO NECESSIDADE DOS ENGENHEIROS DO CAOS

A concentração de esforços punitivos contra um inimigo delineado, que possa personificar a ira popular, faz, necessariamente, parte da estratégia desses engenheiros do caos.

O direcionamento de resposta penal contra alguém enxergado como inimigo do Estado não é novidade no Direito Penal, já se conhecendo sob a forma radical concebida por Günther Jakobs, em seu *Direito Penal do inimigo*, no qual secciona sua doutrina em duas vertentes: uma aplicada ao cidadão e outra aplicada ao inimigo do grupo social.

Nessa dicotomia, Jakobs sustenta que há um tipo de criminalidade que infringe o contrato social, notadamente a criminalidade ligada ao terrorismo, de maneira que o infrator se torna indigno de usufruir de seus benefícios e, “a partir desse momento, já não vive com os demais dentro de uma relação jurídica”.¹⁰ Em consequência, como malfeitor que ataca o corpo

¹⁰ JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução para a língua portuguesa e organização de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. São Paulo: Livr. do Advogado Ed., 2005, p. 25.

social, não integra mais o Estado, encontrando-se em situação de guerra com ele, perdendo o *status* de cidadão, como em uma morte civil.¹¹

Sustentadas essas duas categorias de infratores da lei, o sistema vigente não poderia aplicar a mesma conformação a todos os criminosos, sendo mais severo com aqueles que não aceitem o retorno à sociedade e o cumprimento dos deveres que ela lhes impõe. Ou seja, quem não aceita participar de um “estado comunitário legal”, deve retirar-se, ser expellido, ou impellido à custódia de segurança. Em todo caso, não há que ser tratado como pessoa, mas pode ser tratado ‘como um inimigo’¹².

Para esse inimigo, conforme a constatação de Jakobs observando fatos da História recente, pode haver uma antecipação de tutela penal pela aplicação da pena, de modo a garantir o Estado.¹³ Assim prossegue:

O Direito Penal conhece dois polos ou duas tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento como cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de continuar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento como inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por periculosidade.¹⁴

Nisso há nítida antecipação de tutela penal, ou melhor, uma “custódia de segurança antecipada que se denomina pena”¹⁵, como prefere o autor.

Mas há também um reflexo processual penal nessa cisão, como a possibilidade de prisão preventiva para o inimigo como mera medida de coação, a retirada compulsória de sangue, intervenções nas comunicações, intervenção de agentes infiltrados, incomunicabilidade do preso, inclusive com seu advogado, e outras investigações secretas. Assim como no “Direito Penal do inimigo substantivo, também neste âmbito o que ocorre é que estas

¹¹ Idem, *ibidem*.

¹² Idem, p. 28-29.

¹³ Idem, p. 36.

¹⁴ Idem, p. 37.

¹⁵ Idem, p. 38.

medidas não têm lugar fora do Direito; porém, os imputados, na medida em que se intervêm em seu âmbito, são excluídos de seu direito: o Estado elimina direitos de modo juridicamente ordenado”¹⁶.

A esse Direito Penal inaugurado para um inimigo, pretensamente destinado a uma criminalidade específica, como o terrorismo vivenciado intensamente na Europa, Jesús-María Silva Sanchez vislumbrou o surgimento de um Direito Penal de “terceira velocidade”, no qual se relativizam garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais, ou seja, se constrói uma estrutura legal na qual se permite, com maior facilidade, a subsunção de fatos à norma penal, prescindindo-se de uma rigidez probatória que seria de se exigir em casos regulares. Nas palavras do autor:

Do exposto, caracterizou-se o que, a meu ver, seriam as “duas velocidades” do Direito Penal. Uma primeira velocidade, representada pelo Direito Penal “da pena privativa de liberdade”, em que os princípios político-criminais clássicos, as regras de imputação e os princípios processuais deveriam ser rigidamente observados; e uma segunda velocidade, para os casos em que, não se tratando mais de pena privativa de liberdade, mas de pena restritiva de direitos ou penas pecuniárias, aqueles princípios e regras poderiam sofrer uma relativização proporcional à menor intensidade da sanção. A questão que se impõe, por fim, é se se pode admitir uma “terceira velocidade” do Direito Penal, em que o Direito Penal da pena privativa de liberdade ocorra com uma ampla relativização das garantias político-criminais¹⁷. (Tradução nossa)

¹⁶ Idem, p. 40.

¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal*. Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2008, p. 183-4.

Texto original: “En lo anterior han quedado caracterizadas las que, a mi juicio, serían las ‘dos velocidades’ del Derecho penal. Una primera velocidad, representada por el Derecho penal ‘de la cárcel’, en el que habrían de mantenerse rigidamente los principios político-criminales clásicos, las reglas de imputación y los principios procesales; y una segunda velocidad, para los casos em que, por no tratarse ya de la cárcel, sino de penas de privación de derechos o pecuniarias, aquellos principios y reglas podrían experimentar una flexibilización proporcionada a la menor intensidad de la sanción. La pregunta que hay que plantear, en fin, es la de si puede admitirse una ‘tercera velocidad’ del Derecho penal, en la que el Derecho penal de la cárcel concurra con una amplia relativización de garantías político-criminales”.

A cisão entre um Direito Penal dos cidadãos, ainda vinculados ao pacto social, e outro dos inimigos, evidentemente, conheceu críticas várias, especialmente em uma desautorização constitucional para essa divisão sob o ponto de vista dos direitos e garantias fundamentais, sob o signo da universalidade desses direitos.¹⁸ Ou seja, são direitos inerentes à condição humana, que não comportam categorização de modo a serem negados a uns e conferidos a outros.

Mais ainda, a crítica centrou-se na aleatoriedade da escolha das categorias de inimigos que mereceriam o Direito Penal (substantivo e adjetivo) mais recrudescido: a definição de quem escolherá o perfil do inimigo ou as circunstâncias que o caracterizam e se essas características poderiam ser, por exemplo, étnicas, filosóficas, religiosas ou culturais¹⁹. Tudo isso traria uma insegurança tal que poderia fazer do Direito Penal um instrumento ocasional de repressão de determinado governo, e não uma ferramenta necessária com função de tutela de elevados bens jurídicos da sociedade.

Episódios quais o do dia 8 de janeiro de 2023 não geram instantaneamente normas repressoras mais severas como resposta penal ou processual penal. Demandam tempo para que o processo legislativo vença seus passos, gestando corriqueiramente um emblemático conteúdo normativo.

Muitas vezes – nem sempre, é verdade, já que boas normas já surgiram de momentos de abalo – a produção legiferante em momentos de crise leva a um Direito Penal simbólico que nada tem de efetiva tutela de bens jurídicos. Em outros termos, tem-se nessa gestação de Direito Penal do inimigo, de crise, de terceira velocidade, a imposição de um mal concreto, a pena, para a obtenção de um efeito simbólico. Isso passa a “impressão

¹⁸ JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patricia. *Manual de direito penal – parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 173. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616398/>. Acesso em: 10 mar. 2023.

¹⁹ Idem. *Ibidem*.

tranquilizadora de um legislador atento e decidido”²⁰, mas, em verdade, implica em novo problema, ao inaugurar a dinâmica da distinção cidadão ou inimigo.

Claro, não se pode chegar à inocência de sustentar que o fenômeno criminoso não exige ferramentas mais rígidas, muitas vezes importando em tipos penais de perigo abstrato, com antecipação de tutela etc. Porém, essa construção deve ser bem pensada e em foro próprio, o Poder Legislativo, não de afogadilho após um episódio traumático, impulsionado apenas na necessidade de aplacar um clamor. Afinal, o referido clamor pode encobrir tentativas de desestabilizar o País via sensação de insegurança.

Ainda, no mesmo caminho da geração de um Direito normativo na ocasião de um novo inimigo, ocorre outro movimento muito próximo, de recrudescimento da interpretação das normas já existentes em relação aos autores dos fatos repudiados. Isso talvez seja ainda mais grave, pois não passa pela instância legitimadora do Poder Legislativo.

Não se quer aqui, frise-se bem, dar a entender que autores de fatos típicos como os verificados em 8 de janeiro não devam conhecer a responsabilização penal. Porém, o devem como qualquer autor de infração penal: com subsunção adequada aos tipos penais existentes antes da prática das condutas delitivas; sendo submetidos a uma interpretação penal de subsunção que não comporte “elasticidade”; tendo todas as garantias processuais dos cidadãos brasileiros, sem distinção entre cidadãos e “inimigos”, “nós e eles”.

O Direito Penal é um instrumento necessário, mas tem, como lembra Hassemer:

[...] instrumentos afiados que podem ferir profundamente ou mesmo arruinar pessoas. Isso, em princípio, está correto; O

²⁰ CANCIO MELIÁ, Manuel. “Direito penal” do inimigo? In: JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*: noções e críticas. Tradução para a língua portuguesa e organização de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. São Paulo: Livr. do Advogado Ed., 2005, p. 59.

Marcelo José de Guimarães e Moraes; Cícero Robson
Coimbra Neves

Direito Penal tem por missão proteger eficazmente os interesses fundamentais da pessoa e da sociedade, o que nem sempre pode ser feito com boas palavras.²¹ (tradução nossa)

Também é necessário lembrar que, ainda com auxílio do mesmo autor:

As tradições do direito penal e sua ciência, a Constituição e os códigos jurídico-criminais buscam assegurar que o direito penal produza o menor dano possível. Portanto, formalizam o controle social exercido pelo Direito penal: tornam-no transparente, público e controlável. Eles obrigam o Direito penal em sua prática a se conformar aos princípios destinados a proteger os atingidos por ele – não apenas o acusado, mas também a vítima ou testemunhas. As intervenções jurídico-penais nas liberdades dos cidadãos devem ser necessariamente invasivas, tanto nas ameaças legais de punição como na efetivação da punição. Para orientar os atuantes no processo penal e apoiar a sua participação ativa existem inúmeros auxílios.

Se essa formalização do controle social for alcançada, também se alcançará a justificação do Direito penal²² (tradução nossa)

Entretanto, em momentos sequenciais a episódios emblemáticos como o em estudo, o que se presencia é um caminho diverso ao da repressão penal dentro de regras já conduzidas no Estado brasileiro.

Os autores de crimes – é inegável que os houve – do dia 8 de janeiro de 2023 já foram diversas vezes “sentenciados” na terra de poucas leis das mídias sociais e, nesse contexto, dado a insistência com que o termo tem sido utilizado para esse caso, entende-se importante comentar a taxaço de “terroristas”, a qual não tem plausibilidade técnico-jurídica.

O art. 2º da Lei n. 13.260, de 16 de março de 2016, capitula o crime de terrorismo exigindo como fim específico de ação a xenofobia, a discriminação ou o preconceito de raça, cor, etnia e religião, não comportando, logo, a motivação política e ideológica. Nessa linha:

²¹ HASSEMER, Winfried. *¿Por qué castigar?* Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 177.

²² Idem, p. 178.

Motivo não previsto na Lei: Ao do que prevê a Lei 7.716/1989, a Lei 13.260/2016 não prevê, como motivação do terrorismo, a discriminação ou preconceito de procedência nacional.

Também não podem ser consideradas como finalidade do terrorismo a intolerância filosófica, o que inclui o ateísmo, as intransigências com escolas de pensamento sobre determinados temas, comuns nos chamados desacordos morais razoáveis, como pena de morte, aborto etc. [...]

A Lei não prevê, ademais, como intencionalidade específica, a **intolerância política**. Nesse caso, ainda que afastada a caracterização do terrorismo, resta possível a tipificação do fato no art. 20 da Lei 7.170/1983²³ (grifos nossos).

Ainda no mesmo mote:

O art. 2º, caput, da Lei n. 13.260/16 faz referência exclusivamente à xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião. Portanto, como não se admite analogia *in malam partem*, se o especial motivo de agir estiver relacionado à discriminação de natureza diversa, como, por exemplo, referente à idade, orientação sexual, homofobia, time de futebol, ideologia etc., não há falar em terrorismo.

É bem verdade que, por ocasião do julgamento da **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 26/DF** (Rel. Min. Celso de Mello, j. 13/06/2019) e do **Mandado de Injunção n. 4.733** (Rel. Min. Edson Fachin, j. 13/06/2019), o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, julgou procedentes os pedidos ali formulados não apenas para reconhecer a mora do Congresso Nacional em editar lei que criminalize os atos de homofobia e transfobia, mas também para determinar, até que seja colmatada essa lacuna legislativa, a aplicação da Lei 7.716/1989 (que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor) às condutas de discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, com efeitos prospectivos e mediante subsunção. No entanto, como deixam entrever as próprias teses fixadas no julgamento da referida ADO, seus efeitos estão restritos ao crime de racismo previsto na Lei n. 7.716/89, daí por que não há como ampliarmos suas conclusões para outros delitos, como, por exemplo, o crime de terrorismo (Lei n. 13.260, art. 2º, *caput*),

²³ CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista; SOUZA, Renee do Ó. (Coord.) *Leis penais especiais comentadas artigo por artigo*. Salvador: Juspodivum, 2018, p. 1934.

Marcelo José de Guimarães e Moraes; Cícero Robson
Coimbra Neves

tortura (Lei n. 9.455/97, art. 1º, I, alínea “c”) etc., sob pena de indevida violação do princípio da legalidade.²⁴

Sobre a Lei n. 7.170/1983, a chamada Lei de Segurança Nacional, mencionada pelo primeiro autor, deve-se lembrar de que ela está, hoje, revogada pela Lei n. 14.197/2021 e, ademais, que a Lei n. 13.260/2016, ao trazer elementos típicos específicos para o crime de terrorismo, surge exatamente como uma forma de limitar a inconstitucional amplitude da Lei n. 7.170/1983, quando pretensamente tipificava o terrorismo. Para melhor compreender esse giro, valem as lições de Alberto Silva Franco, antes da edição da Lei de Terrorismo:

Ao contrário do que sucede no Código Penal de Portugal (arts. 288 e 289) e no Código Penal espanhol (arts. 260 *usque* 264), o legislador brasileiro não incluiu, na codificação penal comum, o delito de “terrorismo” e as figuras típicas que lhes são afins. É exato que, no entender de Antonio Scarance Fernandes, “o terrorismo está previsto no art. 20 da Lei 7.170/83, que define os crimes contra a segurança pública e a ordem política e social. Está o artigo assim redigido: devastar, saquear, extorquir, roubar, seqüestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, PRATICAR atentado pessoal ou ATOS DE TERRORISMO, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas”. Não se pode, contudo, compartilhar tal entendimento. Embora a figura criminosa corresponda a um tipo misto alternativo, pois encerra a descrição de várias condutas fáticas que equivalem à concretização de um mesmo delito, força é convir que a prática de atos de terrorismo não se traduz numa norma de encerramento idônea a resumir as condutas anteriormente especificadas. O verbo “praticar” e o objeto direto “atos de terrorismo” estão, em princípio, no mesmo pé de igualdade dos demais comportamentos alternativamente referidos. Ocorre, no entanto, que o verbo “praticar” não possui carga alguma de ilicitude, como apresentam os outros verbos constantes do tipo. Por isso a sua área de incidência, o seu campo de significado, em suma, a sua explicitação fica na dependência direta e imediata do objeto direto: “atos de terrorismo”. E o que, na realidade, quer dizer “atos de

²⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. Salvador: Juspodivum, 2020, p. 933.

terrorismo”? Nada mais do que uma “cláusula geral”, de extrema elasticidade, que permite ao julgador, por ausência de uma adequada descrição do conteúdo fático desses atos, enquadrar, ao seu bel-prazer, qualquer modalidade de conduta humana. Isso fere, sem dúvida, o princípio constitucional da legalidade.²⁵

Ora, se a Lei n. 13.260/2016 vem corrigir essa impropriedade da amplitude da previsão do Terrorismo na Lei n. 7.170/1983, não se pode, agora, sem alteração legislativa, transcender a tipicidade estrita da nova lei que criminalizou em detalhes o fato. Admitir essa possibilidade, acompanhando os incendiários, os engenheiros do caos, mesmo que para autores de fatos abjetos, é fazer uma escolha pelo Direito Penal contra inimigos.

4 DESCREDITAR AS INSTITUIÇÕES COMO ESTRATÉGIA ADICIONAL

Outra estratégia comum dos chamados engenheiros do caos é o ataque ou a destruição de adversários ou de pessoas²⁶, o que pode se estender às instituições constituídas, buscando desacreditá-las. No foco deste artigo, pensa-se em especial as instituições responsáveis pela persecução penal.

Assim é que, quando sobre a divulgação de determinado fato se insufla na turba uma urgência repressiva, em descompasso com os ritos de responsabilização das instituições, rotulam-se essas de letárgicas, inertes e até, em manifestações mais exageradas, de coniventes.

A título de exemplo, e ensaio de resposta a mais uma das aleivosias que circularam amplamente no período, houve tentativa de descrédito da atuação do Ministério Público Militar diante dos fatos do dia 8 de janeiro. Dando como certo que houve condutas naquele dia que configuravam crimes militares, cobravam, com a sanha típica, prisões e denúncias.

²⁵ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. São Paulo: RT, 2005, p. 116.

²⁶ EMPOLI, Giuliano da. *Os engenheiros do caos*. São Paulo: Vestígio, 2019, p. 96.

Marcelo José de Guimarães e Moraes; Cícero Robson
Coimbra Neves

Nos termos da Lei Complementar 75, de 20 de maio de 1993, especialmente o art. 116, o Ministério Público Militar promove privativamente a ação penal pública (inciso I) perante os órgãos da Justiça Militar, notadamente, a Justiça Militar da União, o que chama a competência delineada no art. 124 da Constituição Federal. Em suma, a atribuição desse ramo do Ministério Público da União, sob o viés criminal, é para a promoção da ação penal pública por crime militar definido em lei, na órbita da Justiça Militar da União.

Por seu turno, a lei que define os crimes militares é o Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969, o Código Penal Militar (CPM). Nele, os crimes militares podem ser divididos em tempo de guerra (art. 10) ou tempo de paz (art. 9). Os crimes militares em tempo de paz estão tipificados havendo crimes: que estão tipificados apenas no CPM (caso do crime de deserção, art. 187); ou no CPM e na legislação penal comum, mas com alguma diferença na descrição típica (caso do crime de falso testemunho ou falsa perícia, art. 346 do CPM e art. 342 do Código Penal comum); e previstos de forma idêntica tanto no CPM como na legislação penal comum (caso do crime de homicídio, art. 205 do CPM e art. 121 do Código Penal comum).

Em 2017, mais precisamente pela Lei n. 13.491, de 13 de outubro de 2017, o art. 9º do CPM foi alterado, permitindo que crimes não previstos no CPM, mas apenas na legislação penal comum, possam ser adjetivados como crimes militares em tempo de paz, desde que praticados em algumas circunstâncias enumeradas no inciso II desse mesmo art. 9º, como, por exemplo, quando praticados contra a ordem administrativa militar ou o patrimônio sob administração militar.²⁷

²⁷ Nesses termos, também em exemplo, o ato de admitir à licitação empresa ou profissional declarado inidôneo, conduta subsumida no art. 337-M do Código Penal comum e inexistente no CPM, ao ser praticada no bojo da administração militar, pode ser considerada crime militar em tempo de paz, nos termos da alínea “e” do inciso II do art. 9º do CPM.

Compreenda-se que é nesse espectro bem definido que se fixa a competência da Justiça Militar da União – e também da Justiça Militar dos Estados – e que, em consequência, se reconhece a atribuição do Ministério Público Militar.

O que se viu no dia 8 de janeiro de 2023, em grande medida, não configurou crime militar à luz do disposto no art. 9º do CPM, muito embora tenha havido a identificação da participação de alguns militares nas manifestações, valendo sempre lembrar que o crime praticado por militar nem sempre é um crime militar, exatamente na dicção da decisão monocrática no Inquérito n. 4.923/DF de 27 de fevereiro de 2023, cujo relator foi o Min. Alexandre de Moraes. Repita-se com o Magistrado:

O Código Penal Militar não tutela a pessoa do militar, mas sim a dignidade da própria instituição das Forças Armadas competência *ad institutionem*, conforme pacificamente decidido por esta SUPREMA CORTE ao definir que a Justiça Militar não julga "CRIMES DE MILITARES", mas sim "CRIMES MILITARES" (HC 118047, Rel. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe de 21/11/2013; HC 107146, Rel. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 22/6/2011; HC 100230, Rel. AYRES BRITTO, Segunda Turma, DJe de 24/9/2010; CC 7120, Rel. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, DJ de 19/12/2002). (grifo do autor)

Porém, em não havendo ação imediata do Ministério Público Militar, para os incautos que consomem informações acriticamente via redes sociais e *sites* sem responsabilidade jornalística, sujeitos à ação dos engenheiros do caos, aquela secular instituição estava em débito, omitia-se.

5 CONCLUSÃO

A persecução penal no Estado Democrático de Direito não pode ser “roteirizada”, ter tempo ou contexto ditado por quem desconheça suas especificidades e conquistas alcançadas ao longo da História – inclusive em

Marcelo José de Guimarães e Moraes; Cícero Robson
Coimbra Neves

resposta a atrocidades cometidas, por vezes, sob aplausos de massas insufladas.

O patíbulo de outrora parece ter dado lugar à exposição nas redes sociais. “Avatares” achincalham reputações, antecipam condenações e surrúpiam garantias processuais, o que importa em um retrocesso que a ninguém pode interessar, ao menos na comunidade jurídica.

Mais repugnância ainda deve causar esse movimento quando ele é direcionado a determinado grupo ou a determinado fato, de maneira a seccionar a resposta penal entre aqueles que merecem interpretação e garantias normais, e aqueles rotulados como inimigos do Estado, ou de um governo, os quais sofrerão uma resposta penal de tipos penais flexíveis, com garantias processuais diminutas e, quiçá, com sanções penais mais severas em seu cumprimento.

Exitosos no cenário político pela estratégia da disseminação de notícias falsas e da propagação da raiva, agora, os engenheiros do caos buscam matizar o Direito nesse sentido, elegendo inimigos e colocando, nos que não cederem a seu movimento, rótulos de ineficientes, letárgicos e outros.

A esse movimento a comunidade jurídica não pode ceder.

O momento que se segue a um evento catastrófico sempre deve ser uma oportunidade para a reafirmação do Direito, e não para a sua desestabilização com “invenções” de um novo sistema constitucional que apenas contribuiria para o caos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 dez. 2022.

Revista do Ministério Público Militar – Ano XLVIII
Brasília – Edição n. 39 – maio 2023, CC BY 4.0, Qualis B4, pp.
389-408

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. *Decreto no 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 14 dez. 2022.

_____. Presidência da República. Casa Civil. *Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969*. Código Penal Militar. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm. Acesso em: 14 dez. 2022.

_____. Presidência da República. Casa Civil. *Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983*. Define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7170.htm Acesso em: 14 dez. 2022.

_____. Presidência da República. Secretaria-Geral. *Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017*. Altera o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/Lei/L13491.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.491%2C%20DE%2013%20DE%20OUTUBRO%20DE%202017.&text=Altera%20o%20Decreto%2DLei%20n%C2%BA,Art. Acesso em: 14 dez. 2022.

_____. Presidência da República. Secretaria-Geral. *Lei nº 14.197, de 1º de setembro de 2021*. Acrescenta o Título XII na Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/lei/l14197.htm Acesso em: 14 dez. 2022.

CANCIO MELIÁ, Manuel. “Direito penal” do inimigo? In: JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*: noções e críticas. Tradução para a língua portuguesa e organização de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. São Paulo: Livr. do Advogado Ed., 2005.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista; SOUZA, Renee do Ó. (Coord.) *Leis penais especiais comentadas artigo por artigo*. Salvador: Juspodivum, 2018.

Marcelo José de Guimarães e Moraes; Cícero Robson
Coimbra Neves

EMPOLI, Giuliano da. *Os engenheiros do caos*. São Paulo: Vestígio, 2019.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. São Paulo: RT, 2005

HASSEMER, Winfried. *¿Por qué castigar?* Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

JAKOBS, Günther. Direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. In: JAKOBS, Günther. MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo: noções e críticas*. Tradução para a língua portuguesa e organização de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. São Paulo: Livr. do Advogado Ed., 2005.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patricia. *Manual de direito penal - parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2019. *E-book*. ISBN 9788553616398.

Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616398/>. Acesso em: 10 mar. 2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. Salvador: Juspodivum, 2020.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Crimes militares extravagantes*. Salvador: Jus podivum, 2022.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal*. Buenos Aires: Julio César Faria Editor, 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). *Inquérito 4.923 Distrito Federal*. Decisão. 27 de fevereiro de 2023. Relator: ministro Alexandre de Moraes.

Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Inq4923FixaCompetenciaMilitares.pdf>. Acesso em: 10 maio 2023.

Este periódico foi impresso em Brasília (DF), em maio de 2023, 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/>

Revista do MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR

EDIÇÃO N. 39, MAIO 2023, TOMO II

revista.mpm.mp.br

Qualis B4



1920

MPM100
anos

MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR

Revista do Ministério Público Militar

**Brasília – DF
2023**



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
Subprocurador-Geral 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
Ministro do Superior Tribunal Militar

Romana de Castro
Secretária

Revista do Ministério Público Militar

Ano XLVIII – Edição n. 39 – maio de 2023 – Tomo II
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>*

Qualis: B4

Licença Creative Commons: CC BY 4.0

Capa: Carole Kümmecke

Revisão de textos e diagramação: Romana de Castro

Tiragem: 400 exemplares

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

Revista do Ministério Público Militar – Ano I, n. 1 (1974) – Ano 48, Edição n. 39 (maio 2023) – 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

A maior riqueza do homem
é a sua incompletude.
Nesse ponto sou abastado.
Palavras que me aceitam
como sou – eu não aceito.
Não aguento ser apenas
um sujeito que abre
portas, que puxa válvulas,
Que olha o relógio, que
compra pão às 6 horas da tarde,
que vai lá fora,
que aponta lápis,
que vê a uva etc. etc.
Perdoai
Mas eu preciso ser Outros.
Eu penso renovar o homem
usando borboletas.
(Manoel de Barros)

É com inexcusável júbilo que lanço algumas palavras a propósito desta Edição 39 da Revista do Ministério Público Militar, que vem robustecida com expressiva colaboração de diversos autores, reunindo trinta e um artigos com os mais variados e densos assuntos.

E pode-se mesmo dizer que se trata de uma edição histórica, visto que, numa retrospectiva dos acontecimentos, cabe resgatar a 274ª Sessão Ordinária do Conselho Superior do

Ministério Público Militar (CSMPM), transcorrida na data de 14 de abril de 2021, na qual foi discutida e aprovada a Resolução nº 118/CSMPM, de mesma data, que dispôs sobre a nova política editorial da Revista, tudo com o objetivo primordial de elevar sua qualidade diante da comunidade científica e das instituições responsáveis pela indexação e classificação de periódicos científicos.

A partir dessa norma ficou estabelecido um rol de regramentos a serem seguidos, com foco na cientificidade das publicações e primando-se pela credibilidade da instituição responsável; pela pontualidade nas publicações das edições; pelo ineditismo dos textos; pela relevância para a sociedade; pela qualidade dos pareceres dos revisores; pela diversidade de origens das pesquisas, abrangendo autorias nacionais e internacionais; e pela conquista de importantes indexações, que comprovam a boa qualidade do periódico e ampliam o leque de parceiros difusores da informação.

Para cumprir essa desafiadora missão, foi composto um Conselho Editorial de extremo valor, não se podendo, nem por um instante, deixar de enaltecer a dedicação dos conselheiros Antonio Carlos Gomes Facuri (coordenador), Fernando Hugo Miranda Teles, Karollyne Dias Gondim Neo e Luciano Moreira Gorrilhas, que, nestes dois anos de atuação, acreditaram na

evolução da Revista do MPM e trabalharam com afinco para ampliar seu conceito e confiabilidade nas hostes acadêmicas e outros espaços de pesquisas e investigações científicas. O resultado foi o reconhecimento materializado na elevação do estrato Qualis/CAPES para B4. Parabenizo-os por tão alvissareira conquista, repartindo com os nobres pares do Conselho Superior do Ministério Público Militar esse grande êxito, sobretudo por terem respaldado as iniciativas que culminaram com a adoção de um modelo vanguardista de política editorial.

Entretanto e na plena convicção de que o grau de excelência nas medidas e inovações deve sempre ser um parâmetro a ser buscado, muito em particular na seara da produção e compartilhamento de conhecimento, observa-se que ainda há um longo caminho a ser percorrido no afã de se manter o que foi auferido, mas intentando sempre atingir níveis ainda mais promissores em termos de qualidade neste rico segmento editorial. Assim, a recente conquista deve servir, a um só tempo, de incentivo e de norte, a fim de que a linha de desenvolvimento da Revista do MPM prospere rumo a patamares ainda mais auspiciosos.

Feitas essas oportunas observações, não se pode também deixar de registrar os agradecimentos e tecer as justas

homenagens a todos os articulistas que, com zelo e originalidade, contribuíram para manter vivo o ideário de, por intermédio desta destacada ferramenta de difusão do saber, assentar novas visões e perspectivas sobre a ciência jurídica e, em especial, acerca do ordenamento jurídico militar e das disciplinas correlatas, sempre com o firme desiderato de construir uma sociedade cada vez mais lúcida e mais consciente de seus direitos e deveres.

Uma boa leitura!

Antônio Pereira Duarte
Procurador-Geral de Justiça Militar

Editorial

O Conselho Editorial do Ministério Público Militar (MPM), com muito orgulho, publica mais esta edição da Revista do Ministério Público Militar, que está contemplada com 31 artigos ligados ao Direito Militar, aos Direitos Humanos, ao Direito Internacional Humanitário, ao Direito Internacional Penal, além de outros conectados ao Direito Público.

Devido à grande adesão por parte dos pesquisadores dessas áreas, a impressão foi feita em dois tomos, com a ordem dos artigos estabelecida conforme o último sobrenome dos autores, como foi decidido desde o início dos trabalhos da atual composição do Conselho Editorial.

Isso nos remete a outra determinação fixada por este Conselho, qual seja: o 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.

Nesse sentido, em cada nova edição, melhorias são adicionadas na constante busca pela evolução ininterrupta e, conseqüentemente, pela conquista, cada vez mais ampla, de leitores, pesquisadores e colaboradores.

Como resultado de todo esse esforço, a Revista do MPM alcançou um estrato superior na classificação do Qualis/CAPES, o B4. Isso trouxe a toda equipe do Conselho Editorial e ao MPM como um todo grande satisfação. Porém, a dedicação dos envolvidos não entra em modo de conforto, pelo contrário, torna-se maior, com o objetivo de superar, na próxima avaliação, esse progresso. Além disso, o aspecto mais importante não pode ser esquecido: vigiar para que não ocorra uma jornada reversa, rumo a patamares inferiores.

Este Conselho também procurou ofertar igualmente a todos os autores a oportunidade de divulgar os seus trabalhos, sem distinção doutrinária ou ideológica, sem prioridades ou predileções de nenhuma ordem. Renomados e novatos escritores tiveram, equitativamente, seu espaço reservado.

Aqui se abre um parêntese para agradecer à administração superior do Ministério Público Militar, na figura do procurador-geral Antônio Duarte, que desde o início demonstrou apoio irrestrito aos trabalhos desenvolvidos pelo Conselho Editorial na incansável trajetória de aperfeiçoamento.

Estendemos o nosso agradecimento aos autores deste semestre pela sua extensa colaboração, que abrange artigos dos mais variados temas nacionais e internacionais, atuais e históricos. E, como não poderíamos deixar de mencionar,

renovamos o convite para que habituais e novos escritores nos ajudem a continuar neste bom caminho de levar o conhecimento ao esplêndido universo das mentes ávidas pelo saber.

Boa leitura!

Conselho Editorial do MPM (2021-2023)

Antonio Carlos Gomes Facuri (Conselheiro-Coordenador)

Fernando Hugo Miranda Teles (Conselheiro)

Karollyne Dias Gondim Neo (Conselheira)

Luciano Moreira Gorrilhas (Conselheiro)

Sumário

Tom II

- ❖ MOREIRA, Leandro Corsico; SOUZA, Rodolpho Mattos de. Um estudo sobre a competência da Justiça Militar Estadual para julgar os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, quando praticados por militares estaduais (*A study on the competence of the State Military Justice to judge the crimes of laundering or concealment of assets, rights and values, when practiced by state military*), pp. 21-46
- ❖ NASCIMENTO, Janaina Soares Prazeres. A necessidade de mudança no modelo de Polícia Judiciária Militar diante das funções contemporâneas do Inquérito Policial: considerações iniciais (*The need for change in the Military Judiciary Police model in view of the contemporary functions of the Police Inquiry: initial considerations*), pp. 47-76
- ❖ OLIVEIRA, Rafael Martins Liberato de. Aspectos jurídicos do “caso Putin” e os limites à efetividade da jurisdição penal internacional (*Legal aspects of the "Putin case" and the limits to the effectiveness of international criminal jurisdiction*), pp. 77-110

- ❖ OLIVEIRA, Rodrigo Alves de; MENEZES, Priscila do Nascimento; SOUZA JUNIOR, Antônio Dias de; PEREIRA, Fernanda Caroline de Oliveira Leite; SOUZA, Moacir Lima de; SILVA, Leandro Lima da; RODRIGUES, Sheila do Carmo; MOURA, Leonardo Santos de; PATRIOTA, Silas Batista Correia. Acordo de Não Persecução Penal: mitigação da independência das esferas (*Criminal non-prosecution agreement: mitigation of sphere independence*), pp. 111-138

- ❖ PASSOS, Bruno Gruppioni; JESUS E JESUS, Viviane de; PASSOS, Júlia Gruppioni. Violência contra a mulher: o Poder Judiciário na prevenção e no enfrentamento (*Violence against women: the Judiciary Power in preventing and confrontation*), pp. 139-158

- ❖ QUINTAS, Monick de Souza. Reflexões sobre o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero na Justiça Militar da União (*Reflections on the Protocol for Trial with a Gender Perspective in the Military Justice of the Union*), pp. 159-182

- ❖ RAMOS, Ataliba Dias; FARIAS, Kleiler. A (in) aplicabilidade do perdão judicial na Justiça Militar da União (*The (in) applicability of judicial forgiveness in the Federal Military Justice*), pp. 183-200

- ❖ RIBEIRO, Laura da Cunha Gomes; FARIA, Maristela Medina; MARQUES E SILVA, Vitória. Por detrás da farda feminina: uma análise da atuação das mulheres na Polícia Militar brasileira sob a perspectiva de gênero (*Behind the women's uniform: an analysis of women's performance in the brazilian Military Police from a gender perspective*), pp. 201-222

- ❖ ROCHA, João Carlos de Figueiredo. O papel do Tribunal Penal Internacional no Conflito Armado Internacional entre Rússia e Ucrânia: A expedição do mandado de prisão contra Vladimir Putin e Maria Alekseyevna (*The role of the International Criminal Court in the International Armed Conflict between Russia and Ukraine: The issuance of the arrest warrant against Vladimir Putin and Maria Alekseyevna*), pp. 223-236
- ❖ SARAIVA, Alexandre José de Barros Leal. Polícia Judiciária Militar: prospecção e projeção. Uma proposta: é preciso profissionalizar a polícia judiciária militar das Forças Armadas (*Military Judiciary Police: prospecting and projection. A proposal: it is necessary to professionalize the military judicial police of the Armed Forces*), pp. 237-258
- ❖ SILVA, David Philippe Santiago Correia. Entre senzalas e porões: a responsabilidade civil do Estado pelo dano ao projeto de vida da população preta à luz da súmula 647 do STJ (*Between senzalas and basements: the civil liability of the state for damage to the life project of the black population in the light os STJ's brief 647*), pp. 259-298
- ❖ SOUZA, Alexandre Pacheco de. Preparação do Exército Brasileiro em matéria de Direitos Humanos e em Operações de Garantia da Lei e da Ordem (*Preparation of the Brazilian Army in Matter of Human Rights and Operations to Guarantee Law and Order*), pp. 299-332

- ❖ TAVARES, Andréia Oliveira Matos. O crime de deserção nas Polícias Militares: a subsunção ao crime de abandono de cargo (*The crime of desertion in Military Police: the subsumption to the crime of leaving office*), pp. 333-368
- ❖ TELES, Fernando Hugo Miranda. Art. 5º do Decreto 11.302/2022 (indulto): discricionariiedade ou inconstitucionalidade? (*Art. 5 of Decree 11.302/2022 (pardon): discretion or unconstitutionality?*), pp. 369-386
- ❖ WERKA, Marlo Romulo. Teoria da hierarquia militar mitigada no exercício de mandato eletivo (*Theory of military hierarchy mitigated in the exercise of elective mandate*), pp. 387-418
- ❖ ZAFEIROPOULOS, Dimitrios. *Global Military Justice: Where does the road lead us?* pp. 419-428

Sumário

Tomos I

- ❖ ALMEIDA, Rodolfo Felix. Tributação e a injustiça fiscal: uma leitura à luz dos direitos humanos (*Taxation and fiscal injustice: a reading in the light of human rights*), pp. 21-46
- ❖ ARAÚJO, Wendell Petrachim. Competência interna para processamento e julgamentos dos crimes militares extravagantes, uma visão para além dos paradigmas construídos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (*Internal competence for prosecuting and judging extravagant military crimes, a vision beyond the paradigm constructed by the Inter-American Court of Human Rights*), pp. 47-78
- ❖ BARBOSA, Fabio Marques. O afastamento de servidor público para cumprimento de convocação militar: uma análise à luz do princípio da (im)pessoalidade (*The removal of a public servant to comply with a military summons: an analysis in the light of the principle of (im)personality*), pp. 79-96
- ❖ BARROS, Alan Douglas Ferreira de. Aplicabilidade da figura do investigador infiltrado e do investigador digital na esfera da polícia judiciária militar (*The applicability of the figure of the undercover investigator and the digital investigator in the sphere of the military judicial police*), pp. 97-116

- ❖ BAZILIO, Iara Schuinka. O crime de escravidão sexual e a importância do caráter permanente do Tribunal Penal Internacional. (*The crime of sex slavery and the importance of International Criminal Court' permanent character*), pp. 117-146
- ❖ BRANDÃO, Vanessa Rovaron. A impossibilidade de alegar-se legítima defesa da honra nos crimes de homicídios praticados em contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher e a convencionalidade da apelação para anulação de absolvição pelo Tribunal do Júri no quesito de clemência (*The impossibility of claiming legitimate defense of honor in crimes of homicides committed in the context of domestic and family violence against women and the conventionality of the appeal for annulment of acquittal by the Jury Court in the matter of clemency*), pp. 147-174
- ❖ BRICARD, Pierre. *The role of the military prosecution in France*, pp. 175-202
- ❖ BRITTO, Cláudia Aguiar. Excurso sobre a ótica do processo justo na teoria e na aplicação do processo penal comum e militar (*Excursus on the perspective of fair process in the theory and application of common and military criminal procedure*), pp. 203-234
- ❖ CALIXTO, Tharynne Marcela Barbosa. As relações de cooperação jurídica internacional no combate às práticas de cibercrimes (*International legal cooperation relations in combating cybercrime practices*), pp. 235-244

- ❖ CINELLI, Carlos Frederico Gomes. A metáfora da Guerra em Três Quarteirões e o Princípio da Proporcionalidade: considerações sobre o uso legítimo da força em cenários de conformação difusa (*The metaphor of the Three Blocks War and the Principle of Proportionality: considerations on the legitimate use of force in scenarios of diffuse conformation*), pp. 245-284
- ❖ COELHO, Cyro Wojcikiewicz de Almeida; SOARES, Irineu Carvalho de Oliveira. Os limites e as consequências do direito de silêncio (*The limits and consequences of the right of silence*), pp. 285-308
- ❖ CONTICH, Marta Iturvide. *Regulacion normativa, características y organizacion de la justicia militar en Uruguay. Cometidos del Ministerio Publico*, pp. 309-324
- ❖ D'ASSUNÇÃO, Maria Esther Alencar Advíncula; CHAVES, Marcelo Nóbrega Athayde; LANZILLO, Anderson Souza da Silva. Desapropriação por interesse público: análise de caso a partir da perspectiva habermasiana (*Expropriation for public interest: case analysis from a habermasian perspective*), pp. 325-360
- ❖ GORRILHAS, Luciano Moreira Gorrilhas. As atividades de Polícia Judiciária Militar e a necessidade de observação dos direitos humanos do investigado, da vítima e da testemunha (*The activities of the Military Judiciary Police and the need to observe the human rights of the investigated, the victim and the witness*), pp. 361-388

- ❖ GUIMARÃES E MORAES, Marcelo José de; NEVES, Cícero Robson Coimbra. Engenheiros do caos e o direito penal do novo inimigo (*Chaos engineers and the new enemy's criminal law*), pp. 389-408

Um estudo sobre a competência da Justiça Militar Estadual para julgar os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, quando praticados por militares estaduais

Leandro Corsico Moreira

Pós-Graduado em Gestão e Planejamento em Políticas para a Segurança Pública pela Tuiuti. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA (2019). Graduado em Segurança Pública pela Academia Policial Militar do Guatupê (2012). Capitão da PMPR e Analista da Consultoria Jurídica do Comandante-Geral da PMPR.

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0902298055234870>

E-mail: leandro.moreira@pm.pr.gov.br

Rodolpho Mattos de Souza

Pós-Graduado em Direito Penal e Processo Penal pela UNICURITIBA. Graduado em Direito pelo Centro Universitário UniOpet. Graduado em Segurança Pública pela Academia Policial Militar do Guatupê (2012). Capitão da PMPR.

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9434469879033544>

E-mail: rodolphoms@hotmail.com

Revisores: Antonio Carlos Gomes Facuri (ORCID: 0009-0006-8038-8288; e-mail: antonio.facuri@mpm.mp.br)

Fernando Hugo Miranda Teles (e-mail: fernando.teles@mpm.mp.br)

Data de recebimento: 27/11/2022

Data de aceitação: 04/05/2023

Data da publicação: 30/05/2023

RESUMO: No ano de 2017, a alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017, no Código Penal Militar, acabou por aumentar o rol de crimes militares de forma absolutamente significativa. Abarcaram-se, com tal alteração, todos os crimes da legislação penal comum, desde que cometidos dentro das hipóteses do art. 9º e 10º do Código Penal Militar. No entanto, com tamanha dilatação dos crimes passíveis de serem considerados militares, uma série de discussões e divergências interpretativas se iniciou, sendo que uma delas diz respeito à possibilidade ou não de o crime de lavagem de dinheiro, previsto na Lei nº 9.613/1998, ser considerado crime militar, notadamente devido a sua complexidade. Desta feita, o presente estudo pretende desmistificar tal celeuma, partindo-se do estudo do conceito de crime militar, para o fim de entender se existem hipóteses em que a Justiça Militar Estadual será competente para o processamento e julgamento do crime de lavagem de capitais.

PALAVRAS-CHAVE: lavagem de dinheiro; lavagem de capitais; branqueamento de capitais; crime militar; Justiça Militar Estadual.

ENGLISH

TITLE: A study on the competence of the State Military Justice to judge the crimes of laundering or concealment of assets, rights and values, when practiced by state military.

ABSTRACT: In 2017, the legislative amendment promoted by Law nº 13.491, of October 13, 2017, in the Military Penal Code ended up increasing the list of military crimes in an absolutely significant way. With this amendment, all crimes of common criminal legislation were included, provided that they were committed within the hypotheses of art. 9 and 10 of the Military Penal Code. However, with such an expansion of crimes that could be considered military, a series of discussions and interpretative divergences began, one of which concerns the possibility or not of the crime of money laundering, provided for in Law nº 9.613/1998, be considered a military crime, notably due to its complexity. This time, the present study intends to demystify such a stir, starting from the study of the concept of military crime, in order to understand if there are hypotheses in which the State Military Justice will be competent for the processing and judgment of the crime of money laundering.

KEYWORDS: money laundering; military crime; State Military Justice.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Do conceito de crime militar e a expansão da Lei nº 13.491/17 – 3 Dos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores – 4 A possibilidade de os crimes da Lei nº 9.613/98 serem julgados pela Justiça Militar como crimes militares por extensão – 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Os crimes militares e a competência da Justiça Militar para seu processamento e julgamento sempre foram alvo de interpretações divergentes e acaloradas discussões. Com a promulgação da Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017, que alterou alguns dispositivos do Código Penal Militar, isso se acentuou ainda mais, na medida em que o rol de crimes militares passou a ser deveras mais extenso, abarcando também todas as leis penais comuns, desde que cometidas dentro das hipóteses previstas no art. 9º (tempo de paz) e art. 10º (tempo de guerra) do Código Penal Militar.

A partir dessa alteração legislativa, inúmeras foram as dúvidas e questionamentos que advieram, e aos poucos a jurisprudência e a doutrina têm feito o papel de desmistificá-los. Não obstante, ainda restam diversas celeumas que sequer foram enfrentadas por tribunais superiores, diante da inexistência de tempo hábil para tanto.

Uma delas, e que será o cerne do presente estudo, é a possibilidade de o crime de lavagem de dinheiro, também chamado de branqueamento de capitais, ser cometidos por militares estaduais e se enquadrar em uma das hipóteses que o caracteriza como crime militar, concedendo a competência para processamento e julgamento à Justiça Militar Estadual.

Para tanto, partir-se-á da análise das definições legais e doutrinárias de crime militar, de modo a entender quais são as hipóteses em que um crime possa ser classificado dessa forma, notadamente porque o principal bem jurídico protegido são as instituições militares, o que denota a especificidade da matéria.

Ainda, será necessário entender a sistemática de funcionamento do crime de lavagem de dinheiro, a fim de possibilitar concluir se é possível cometê-lo na modalidade de crime militar. O crime de lavagem de dinheiro pressupõe sempre a existência de um crime antecedente, subdividindo-se em três fases: a colocação, a ocultação e a integração. Devido a essas peculiaridades, será essencial delinear o momento da consumação do crime e se haveria algum inciso do art. 9º do Código Penal Militar que possibilitaria o enquadramento do crime como sendo militar, e, por conseguinte, transferindo à Justiça Militar a competência para julgamento.

Por derradeiro, tendo em vista facilitar a compreensão, buscar-se-á disponibilizar exemplos práticos, que facilitem o acompanhamento do raciocínio para a conclusão que se chegará ao final do presente estudo.

2 DO CONCEITO DE CRIME MILITAR E A EXPANSÃO DA LEI Nº 13.491/17

Assim como em outros países, tal como na Alemanha¹, Itália e Espanha², no Brasil o critério utilizado para definir o que é um crime militar é

¹ No Código Penal Militar Alemão, a definição de crime militar está contida no parágrafo 2º, da seguinte forma:

§ 2 Begriffsbestimmungen

Im Sinne dieses Gesetzes ist

1. eine militärische Straftat eine Handlung, die der Zweite Teil dieses Gesetzes mit Strafe

bedroht; (ALEMANHA. Wehrstrafgesetz. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/wstrg/BJNR002980957.html>. Acesso em: 14 out. 2022 (§2º Definições. No sentido desta lei é um crime militar uma ação, que está na segunda parte desta lei com a previsão de uma pena). (Tradução livre)

² No Código Penal Militar Espanhol, os crimes militares são definidos pelo “*artículo 9º*” de forma bastante semelhante à prevista no ordenamento jurídico brasileiro. Transcreve-se o citado dispositivo:

“*Artículo 9.*

o critério *ratione legis*. De acordo com esse critério, crime militar é aquele definido pela legislação penal militar. Apesar de parecer bastante simples, de acordo com alguns autores, a exemplo de Neves e Streifinger, o legislador teria utilizado mais dois critérios para estabelecer quais são os crimes militares, o *ratione personae* e *ratione temporis*, vejamos:

[...] Dessarte, ao entender como crime militar o fato tipificado nas duas legislações penais (comum ou militar), simplesmente por ter sido praticado por militar em situação de atividade contra militar na mesma situação, conforme enumera a alínea a do inciso II do art. 9º do CPM, o legislador orientou-se por uma concepção *ratione personae* (ou *ratione materiae*, na visão de Esmeraldino Bandeira), ao mesmo tempo que na alínea d do mesmo inciso assumiu a postura do critério *ratione temporis*, já que tornou militar o crime praticado por militar da ativa contra civil, reformado ou militar da reserva, durante o período de manobra ou exercício. (NEVES; STREIFINGER, 2014, p. 42)

Outro método utilizado pela doutrina para identificar o que é um crime militar se dá pela verificação da competência para julgamento da matéria, na medida em que os crimes militares são aqueles julgados pela Justiça Militar. Tal competência advém de previsão constitucional, que assim discorre em seu art. 124 e 125:

1. Son delitos militares las acciones u omisiones dolosas o imprudentes previstas en el Libro Segundo de este Código.

2. Asimismo son delitos militares cualesquiera otras acciones u omisiones cometidas por un militar y tipificadas en el Código Penal como:

a) Delitos de traición y delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, incluidas las disposiciones comunes, siempre que se perpetraren con abuso de facultades o infracción de los deberes establecidos en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas o en la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil.

b) Delito de rebelión, en caso de conflicto armado internacional.

3. El límite máximo de las penas establecidas en el Código Penal para los delitos previstos en el apartado segundo de este artículo se incrementará en un quinto, salvo cuando la condición de autoridad o funcional del sujeto activo de la infracción penal ya haya sido tenido en cuenta por la ley al describir o sancionar el delito.” (grifo nosso). Disponível em: <https://www.boe.es/boe/dias/2015/10/15/pdfs/BOE-A-2015-11070.pdf>. Acesso em: 14 out. 2022.

Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar.

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. [...]

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. (BRASIL, 1988)

Doutrinariamente, em seus primórdios, buscava-se explicar o conceito de crime militar a partir de uma análise ontológica, em que se consideravam os critérios *ratione personae* (em razão da pessoa ou das pessoas envolvidas), *ratione materiae* (em razão da matéria, do assunto), *ratione loci* (em razão do local) e *ratione temporis* (em razão do tempo). No entanto, a partir da promulgação do Código Penal Militar de 1944, adotou-se o critério *ratione legis*, o qual fora mantido no Código Penal Militar (CPM) de 1969, atualmente em vigor.

Embora tenha sido resolvida essa celeuma interpretativa com a publicação do CPM, o legislador claramente se utilizou dos critérios ontológicos para definir o que são crimes militares, dado que os incorporou às definições encampadas no art. 9.º do CPM, o qual assim dispõe:

Crimes militares em tempo de paz

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

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

II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados:

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

c) por militar em serviço, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito a administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;

d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;

f) revogada.

III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;

b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;

c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;

d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele [sic] fim, ou em obediência a determinação legal superior.

Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil serão da competência da justiça comum, salvo quando praticados no contexto de ação militar realizada na forma do art. 303 da Lei no 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica. (BRASIL, 1969) (grifou-se)

Note-se, a título exemplificativo, que na alínea “a” do inciso II do art. 9º do CPM o legislador de utilizou do critério *ratione personae*, exigindo que tanto o sujeito ativo quanto o sujeito passivo tenham uma característica em comum para definir se o crime será ou não militar. Nessa hipótese, somente se verificada a dupla incidência em razão da pessoa exigida pela lei, é que estará configurado o crime militar. De mesmo entendimento compartilham os autores Alves-Marreiros, Rocha e Freitas, na obra *Direito Penal Militar Teoria Crítica e Prática*:

No inc. II, tratamos dos crimes do CPM que são semelhantes aos da lei penal comum. Na alínea a, verifica-se que o crime se dá em razão da pessoa do sujeito ativo e do sujeito passivo. Verificada esta dupla aplicação do critério *ratione personae*, o crime será militar. (ALVES-MARREIROS; ROCHA; FREITAS, 2015, p. 94) (grifou-se)

Nada obstante, o grande divisor de águas que ampliou significativamente o rol de crimes militares em tempo de paz foi a alteração promovida no art. 9º do Código Penal Militar pela Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017, especificamente no seu inciso II, no qual foram incluídos como crimes militares todos os crimes previstos na legislação penal comum, desde que cometidos dentro das limitações impostas pelas suas alíneas.

Tal alteração deu azo a múltiplas interpretações e divergências doutrinárias, tendo chamado atenção pelo fato de que foi praticamente ignorada nas discussões levadas a efeito enquanto ainda se discutia o então Projeto de Lei nº 44 de 2016, notadamente por representar uma das principais e mais sensíveis – senão a maior – alterações na legislação penal militar atualmente em vigor.

A partir de então, o rol de crimes passíveis de serem julgados pela Justiça Militar se elasteceu consideravelmente, mantendo-se a exceção em relação aos crimes eleitorais, os quais continuam sendo de competência da Justiça Eleitoral³, ainda que cometidos por militares. No entanto, o que antes eram conhecidos apenas por crimes militares próprios e impróprios, ou seja, os definidos de forma igual na legislação penal comum e na militar (tal como a lesão corporal, injúria e furto), ganham uma nova definição, ainda sem unanimidade na jurisprudência, para definir os crimes do Código Penal comum e legislação extravagante que passaram a compor o rol de crimes militares.

³ Inexistindo ofensa efetiva à instituição militar, de crime militar não se trata. Voltando ao exemplo dado por Rodrigo Foureaux, fica difícil enxergar, no dano físico causado por um militar estadual ou federal, na urna eletrônica usada na votação, no dia das eleições, uma efetiva ofensa à instituição militar. A ofensa existe sim, mas ao processo democrático da eleição conturbada, e a competência para seu processo e julgamento é, sem sombra de dúvida, da Justiça Eleitoral. (ASSIS, 2022, p. 49) (grifo nosso)

Para Assis (2022, p. 40), a melhor definição a ser dada a esses crimes é a de crimes militares por extensão, na medida em que são a extensão dos crimes previstos no art. 9º do Código Penal Militar. Para Neves (2017, p. 23-28, *apud* ASSIS, 2022, p. 38), a denominação correta é crimes militares extravagantes, uma vez que estão previstos fora do Código Penal Militar.

Fato é que, independentemente da denominação de preferência, essa dilatação dos crimes que podem ser considerados militares possibilitou que a Justiça Militar julgasse diversos outros crimes que até então não lhe competiam. A grande problemática é definir quais desses crimes efetivamente podem ser julgados pela Justiça Militar, e quais, por suas características (sujeitos ativo e passivo, elemento objetivo e subjetivo do tipo penal, entre outros), não poderiam ser considerados crimes militares, ainda que legalmente fosse possível.

É conveniente ressaltar, conforme leciona Roth (2018), que, “para caracterização do crime militar, há de serem preenchidos exclusivamente os pressupostos objetivos da Lei (CPM)”, não sendo exigidos nesse momento critérios subjetivos para a sua definição, em observância ao princípio da legalidade, vigente no Estado Democrático de Direito.

Assim, o presente estudo busca entender se o crime de Lavagem de Dinheiro, também chamado de branqueamento de capitais, pode ser cometido dentro das hipóteses do art. 9º, inciso II e suas alíneas, do Código Penal Militar, e, por conseguinte, ser julgado pela Justiça Militar.

Para tanto, parte-se do princípio, que é entender o conceito de crime militar, o qual, após esta breve explanação, pode ser considerado como as condutas praticadas nas hipóteses do art. 9º (tempo de paz) e do art. 10º (tempo de guerra) do Código Penal Militar, respeitando-se o critério escolhido pelo legislador, que é o *ratione legis*.

3 DOS CRIMES DE LAVAGEM OU OCULTAÇÃO DE BENS, DIREITOS E VALORES

Depois de compreender a mudança no conceito de crime militar trazida pela Lei nº 13.491/17 no Código Penal Militar, é necessário analisar a Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998, com o objetivo de compreender quais os bens jurídicos tutelados e quais os tipos penais ali estabelecidos, para que, ao final deste estudo, seja possível concluir se o militar estadual poderá ou não responder por crime militar, quando a conduta praticada incidir em um dos tipos penais previstos nessa norma.

O termo lavagem de dinheiro é proveniente dos Estados Unidos durante a década de 1920, a partir da utilização de “lavanderias para ocultar o dinheiro provindo da atividade ilícita, como a venda de bebidas alcoólicas ilegais” (CALLEGARI; WEBER, 2014, p. 6). Apesar disso, a expressão somente foi utilizada judicialmente na década de 1980, quando houve a apreensão de dinheiro proveniente do tráfico de cocaína (CALLEGARI; WEBER, 2014, p. 6).

A lavagem de dinheiro, segundo Callegari e Weber (2014, p. 7), traz “a ideia de tornar lícito o dinheiro advindo de atividades ilegais e reinseri-lo no mercado como se lícito fosse”. Nesse sentido, Scholz⁴ (2020, p. 4) esclarece que a lavagem de dinheiro comportará todos os procedimentos que tenham por finalidade ocultar a origem ilícita do produto do crime, com o objetivo de reintroduzi-lo na economia como se fossem legais.

Assim sendo, constata-se, de maneira geral, que a lavagem de dinheiro foi estruturada doutrinariamente em três etapas, quais sejam: (a)

⁴ Der kriminologische Begriff der Geldwäsche umfasst jeden Vorgang, der dazu dient, die Spuren der unrechtmäßigen Herkunft von Erlösen aus Straftaten zu verschleiern, um so die inkriminierten Vermögenswerte als scheinbar legales Vermögen in den regulären Wirtschafts- und Finanzkreislauf einzuführen³. O tema criminológico da lavagem de dinheiro abrange todos os procedimentos, que para esse fim servir, para ocultar os vestígios de origem ilícita do produto do crime, para então introduzir no sistema financeiro-econômico ativos ilegais como ativos aparentemente legais. (tradução livre)

colocação ou inserção; (b) ocultação, encobrimento ou cobertura; e (c) integração ou reciclagem.

A colocação (*Placement*), segundo Fonseca (2021, p. 83), consiste em infiltrar bens ou valores frutos de uma infração penal no sistema financeiro, tornando difícil identificar a sua procedência ilegal.

Já a ocultação ou encobrimento (*Layering*), conforme os ensinamentos de Scholz (2020, p. 6), significa a busca por apagar ou embarçar os vestígios dos bens e valores incriminados. A esse respeito, Fonseca (2021, p. 84) explica que essa fase busca “impedir o rastreamento da origem ilícita dos bens e valores” oriundos de uma infração penal.

Por último, a integração ou reciclagem (*Integration*) refere-se ao momento em que “os bens ou valores são formalmente incorporados ao sistema financeiro de fato, tratando-se, da conclusão do processo de lavagem de capitais” (FONSECA, 2021, p. 83).

A partir dessas definições, é possível progredir na análise da Lei nº 9.613/98, com o propósito de delinear o bem jurídico tutelado por essa norma.

Ao debruçar-se no estudo da tutela do bem jurídico da Lei de Lavagem de Dinheiro, depara-se com as diversas vertentes doutrinárias⁵⁶, as

⁵ FONSECA (2021, p. 350) afirma que, “ao aprofundar investigação sobre o bem jurídico no crime de lavagem de dinheiro, é possível verificar que há variações quanto à consideração do bem jurídico tutelado pela norma exposta pela Lei 9.613/98. Ora percebe-se que o bem jurídico sob proteção na lavagem de dinheiro é o mesmo bem jurídico do crime antecedente; ora verifica-se a consideração de que o bem jurídico da lavagem de dinheiro recai sobre a ordem financeira, ora em relação à administração da justiça”.

⁶ In der juristischen Literatur hat die Frage nach dem von § 261 StGB geschützten Rechtsgut eine tiefgreifende Diskussion mit entsprechend breitem Meinungsspektrum¹⁰⁵ entzündet: Die wohl herrschende Meinung sieht mit der Gesetzesbegründung durch § 261 Abs. 1 StGB die staatliche Rechtspflege geschützt¹⁰⁶, während Abs. 2 zusätzlich die von den Vortaten tangierten Rechtsgüter schützen soll¹⁰⁷. Andere Ansichten sehen die innere Sicherheit¹⁰⁸ oder die legale Wirtschaft¹⁰⁹ als geschützt an. Wieder andere kommen zu dem Ergebnis, dem § 261 StGB fehle ein präzisierbares Rechtsgut¹¹⁰. (SCHOLZ, 2020, p. 25). Na literatura jurídica, a questão do bem jurídico tutelado pelo § 261 StGB acendeu uma profunda discussão de acordo com um grande espectro de opiniões: O pensamento predominante vê, mediante exposição de motivos do primeiro parágrafo do § 261 StGB, a proteção da administração da justiça, enquanto o parágrafo segundo, a proteção dos bens jurídicos do crime anterior. Outros observam como proteção a segurança e a legalidade da Economia. Outros ainda veem uma falta de um bem jurídico tutelado na § 261 StGB. (tradução livre)

quais, comumente, consideram que essa norma busca a proteção de três bens jurídicos, sendo eles a ordem econômica, a administração da justiça e o bem jurídico protegido pela tipificação da infração antecedente.

Por outro lado, existe outra corrente doutrinária, conforme leciona Fonseca (2021, p. 377), que articula que, dentro da dogmática jurídico-penal, seria mais adequado considerar a “inexistência de bem jurídico violado pela prática de lavagem de dinheiro”, visto que não haveria bem jurídico que justificaria a tutela penal das hipóteses previstas como sendo lavagem de capitais.

Entretanto, boa parte da jurisprudência brasileira considera que os bens jurídicos tutelados por essa norma são a ordem econômica, uma vez que a reciclagem de ativos afronta diretamente o sistema econômico, no que diz respeito a sua segurança e ao seu funcionamento regular (DRESCH; SILVA, 2017, p. 187), e a administração da justiça, pois afetaria a estrutura judicial e fiscal organizada para a prevenção e repressão do crime antecedente (FONSECA, 2021, p. 359). À vista disso, observam-se os seguintes julgados sobre o tema:

De outra banda, convém observar que, quanto ao bem jurídico lesionado pelos atos de lavagem, as vertentes doutrinárias mais sedimentadas indicam a administração da justiça e a ordem (sócio) econômica, cenário no qual é possível compreender que o crime de lavagem de dinheiro gera, em si mesmo, prejuízo que merece ser considerado, sobretudo quando observadas as consequências no sistema de administração da justiça, dificultando a apuração e controle dos delitos econômicos e financeiros, assim como, por outro lado, estimulando sua continuidade.

Mais contundente, ainda, que a movimentação de recursos clandestinos desestabiliza o próprio sistema econômico, na medida em que afeta “a livre iniciativa, o sistema concorrencial, as relações de consumo, a transparência, o acúmulo e o reinvestimento de capital sem lastro em atividades produtivas ou financeiras lícitas”, turbando “o funcionamento da economia formal e o equilíbrio entre seus operadores”, razão pela qual denota-se o prejuízo econômico e financeiro resultante de práticas deste jaez.

(RHC n. 158.293, Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), DJe de 01/02/2022.) (grifou-se)

10. Noutro giro, de acordo com autorizada doutrina, revela-se polêmica a definição do bem jurídico tutelado pela Lei de Lavagem de Capitais, sendo apropriado o entendimento de que a lavagem se caracteriza como delito pluriofensivo, atingindo a ordem econômica, a administração da justiça e o bem jurídico protegido pela tipificação da infração antecedente.

(CC n. 179.224, Ministra Laurita Vaz, DJe de 03/12/2021.)
(grifou-se)

22. A criminalização da lavagem de dinheiro é fundamental para a repressão das condutas que impedem ou dificultam sobremaneira a percepção e a investigação da prática de crimes, sendo que tutela a Administração da Justiça, bem como a ordem econômica.

(REsp n. 1.774.165, Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE), DJe de 03/03/2020.)
(grifou-se)

Compreendidos os bens jurídicos tutelados, passa-se à análise dos tipos penais estabelecidos na Lei nº 9.613/98.

O primeiro tipo penal previsto trata da ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

Inicialmente, cumpre destacar a diferença teórica entre a ocultação e dissimulação que Prado (2021, p. 551) estabelece no fato de que na dissimulação há o emprego de astúcia⁷ para tornar imperceptível a origem do bem, direito ou valor.

Apesar disso, deve-se ter em mente que, tanto na ocultação quanto na dissimulação, há a vontade do agente em buscar a ruptura do vínculo dos bens, direitos ou valores com uma determinada infração penal antecedente, dando, assim, um aspecto de legalidade na sua origem.

⁷ Segundo o Dicionário Michaelis, o termo astúcia tem por significado a “habilidade em enganar alguém, sem que a pessoa se dê conta disso, a fim de levar algum tipo de vantagem; artimanha, esperteza, lábia, manha, solércia”.

Vale a pena lembrar que infração penal alberga tanto o crime, quanto as contravenções penais, dado que ambos são espécies de injustos penais previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

Em relação aos conceitos de natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade, previstos no tipo penal, cumpre destacar os ensinamentos de Prado, conforme segue:

A ocultação ou dissimulação devem referir-se à natureza (essência, condições peculiares, especificidade), origem (procedência ou forma de obtenção), localização (local onde se encontra ou se situa), disposição (emprego, uso, utilização, seja gratuito ou oneroso), movimentação (deslocamento, mobilização, mudança, circulação) ou propriedade (titularidade, domínio, direito de usar, gozar e dispor da coisa, bem como de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha) de bens, direitos ou valores. (PRADO, 2021, p. 551)

Já em relação aos conceitos de bens, direitos e valores, observa-se a definição apresentada por Mendroni, *in verbis*:

- bens: os ativos de qualquer tipo, corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, tangíveis ou intangíveis, e os documentos ou instrumentos jurídicos que atestem a propriedade ou outros direitos sobre os referidos ativos;
- direitos: equivalentes a créditos, desde que possível a sua instrumentalização, a partir de uma conduta, para a sua “ocultação” ou “dissimulação”. Podem-se citar, como exemplos, o cheque (ordem de pagamento à vista), os títulos de crédito tradicionais (letra de câmbio, nota promissória, duplicata), debêntures, ações etc.;
- valores: para os termos da lei, a terminologia tanto significa dinheiro (cash, no termo usual inglês), de qualquer moeda, sejam em reais, dólares, euros etc., como papel-moeda ou em traveler check, que possui o mesmo valor nominal e potencial de troca por mercadorias que o dinheiro; como também uma “quantidade abstratamente atribuída” a um bem, como, por exemplo, a “dissimulação” do real valor de uma propriedade imobiliária. (MENDRONI, 2018, p. 112)

Não obstante, a consumação desse crime ocorre com a realização do ato de ocultar ou dissimular, não havendo a necessidade da produção do resultado. Percebe-se, portanto, que o tipo penal em questão é de mera conduta, ou seja, não se exige o resultado naturalístico para a sua

consumação ou, conforme leciona Prado (2021, p. 551), “a obtenção do fim almejado pelo autor não afeta a sua consumação”.

A respeito do elemento subjetivo do tipo, observa-se a exigência do dolo para a sua caracterização, não sendo admitida a forma culposa. Denota-se, consoante a jurisprudência, que esse tipo penal exige o dolo específico de ocultar ou dissimular a origem ilícita, sendo que o mero proveito do produto da infração penal não configura o tipo em questão, conforme se observa nos seguintes julgados:

[...] I - O mero proveito econômico do produto do crime não configura lavagem de dinheiro, que requer a prática das condutas de ocultar ou dissimular. Assim, não há que se falar em lavagem de dinheiro se, com o produto do crime, o agente se limita a depositar o dinheiro em conta de sua própria titularidade, paga contas ou consome os valores em viagens ou restaurantes. [...]

(APn n. 458/SP, relator Ministro Fernando Gonçalves, relator para acórdão Ministro Gilson Dipp, Corte Especial, julgado em 16/9/2009, DJe de 18/12/2009.) (grifou-se)

[...] Vale dizer que o delito de lavagem de dinheiro exige o dolo específico, consistente em ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente de infração penal, nos termos do art. 1º da Lei nº 9.613/98.

No presente caso, não se visualiza o dolo específico de ocultar ou dissimular a origem ilícita dos valores obtidos com o tráfico, pois, a compra dos objetos descritos no auto de apreensão e depósito em conta bancária, se trata de mero proveito destes valores aferidos de forma ilícita e não de lavagem de dinheiro.

Portanto, não restou evidenciado o dolo dos réus no sentido de “maquiar” o dinheiro recebido com o tráfico, ressalte-se, não houve compra de bens em nome de terceiros, abertura de empresa de fachada ou elaboração de contratos fraudulentos para dar a falsa aparência de licitude aos valores obtidos com a traficância.

(TJPR - 3ª C.Criminal - EDC - 1565441-0/01 - Wenceslau Braz - Rel.: DESEMBARGADOR JOSÉ CICHOCKI NETO - Unânime - J. 04.05.2017) (grifou-se)

Nesse sentido, nota-se que a diferença entre o mero proveito econômico e o dolo específico requerido pelo tipo penal está na circunstância

de que, no mero proveito econômico, o agente não tem a intenção de romper o nexo de ilicitude dos bens, direitos ou valores obtidos para dar um aspecto de legalidade a eles, para posteriormente usufruí-los. Ele simplesmente quer desfrutar dos bens, direitos ou valores adquiridos ilicitamente.

Não obstante, observa-se que pena prevista para o crime previsto no artigo 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/98 é de 03 a 10 anos de reclusão e multa.

O segundo tipo penal previsto afirma que incorrerá na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal, os converte em ativos lícitos, os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere, ou, ainda, importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.

A conversão trata da transformação de bens, direitos ou valores provenientes de uma infração penal anterior em lícitos, de modo a possibilitar o seu uso sem qualquer tipo de risco. Prado (2021, p. 557), citando Rodolfo Tigre Maia, esclarece que nessa conduta “busca-se ‘a separação física entre o criminoso e o produto de seu crime e, mediamente, logra-se a infiltração do dinheiro sujo no mercado dos negócios lícitos [...]”.

No que se refere à tipificação das condutas de adquirir, receber, trocar, negociar, dar ou receber em garantia, guardar, ter em depósito, movimentar ou transferir bens, direitos ou valores provenientes de infração penal, Prado (2021, p. 557) enfatiza que o objetivo do legislador foi possibilitar a responsabilização das condutas praticadas entre a infração penal que produziu bens, direitos ou valores até a sua inserção na economia.

Agora, quanto às condutas de importar ou exportar bens com valores não correspondentes aos verdadeiros, nota-se que foi tipificada uma das formas de encobrimento de patrimônio ilícito, que ocorrer por meio do super ou do subfaturamento de bens.

Da mesma maneira que o tipo anteriormente analisado, aqui também se exige o elemento subjetivo do dolo, acrescido pelo especial fim de agir

para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal (PRADO, 2021, p. 557).

Para mais, observa-se que o terceiro tipo penal declara que também incorrerá, nas mesmas penas, quem utilizar, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal, bem como quem participar de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos na Lei nº 9.613/98.

Pethechust e Blanchet (2015, p. 119) esclarecem que atividade econômica “se caracteriza pela exploração econômica lucrativa, orientada por princípios informantes da atividade empresarial e calcada em uma lógica estritamente econômica”. Em outras palavras, a atividade econômica é toda atividade que tem por o objetivo o lucro, a geração e movimentação de riqueza, sendo fundamentada nos princípios da exploração empresarial, da livre iniciativa e da livre concorrência.

Já Hernandez (2010, p. 23) apresenta o conceito de atividade financeira como o exercício pela União, estados, Distrito Federal e municípios de arrecadação, custódia e gestão de receitas e recursos, bem como a realização e pagamento de despesas para o atendimento dos fins estatais.

Sobre a participação de grupo, associação ou escritório para a prática de crime de lavagem de dinheiro, vale lembrar, conforme a boa doutrina de Direito Penal estabelece, que, para a configuração de associação criminosa, é necessária a existência de três ou mais pessoas, com a finalidade específica de cometer o crime de lavagem de dinheiro.

Além do mais, “a associação deve apresentar estabilidade ou permanência, não sendo suficiente um simples ajuste de vontades” (PRADO 2021, p. 559).

Para o tipo subjetivo dessas condutas, exige-se a demonstração do dolo, unido às expressões provenientes de infração penal, para primeira conduta, e tendo conhecimento, para a segunda (PRADO, 2021, p. 560).

Para todos os tipos penais tipificados na Lei nº 9.613/98, o sujeito ativo poderá ser qualquer pessoa. Inclusive, podem ser os autores ou partícipes do delito predecessor. Já o sujeito passivo poderá ser o estado ou a coletividade, a depender do bem jurídico tutelado.

Ao cabo, vale lembrar que, para a configuração dos crimes tipificados na Lei nº 9.613/98, independe-se de processos ou de julgamento das infrações penais anteriores.

Após essa perfunctória análise da Lei nº 9.613/98, mas suficiente para dar continuidade ao estudo, passa-se à última parte deste trabalho, o qual terá por objetivo verificar se há ou não a possibilidade de os militares estaduais cometerem crime militar, quando a conduta incidir nos tipos penais descritos na Lei nº 9.613/98.

4 A POSSIBILIDADE DE OS CRIMES DA LEI Nº 9.613/98 SEREM JULGADOS PELA JUSTIÇA MILITAR COMO CRIMES MILITARES POR EXTENSÃO

A resposta para o problema elencado no presente estudo está na compreensão do conceito de crime militar, uma vez que é dele que se extrairá a competência da Justiça Militar para julgar os tipos penais previstos na Lei nº 9.613/98, como crimes militares por extensão, de acordo com a ampliação feita pela Lei nº 13.491/17.

Antes de tudo, é importante lembrar dois pontos da análise da Lei nº 9.613/98, quais sejam: o sujeito passivo, sendo o estado ou a coletividade; e os bens jurídicos tutelados, sendo eles a ordem econômica e a administração da justiça.

A partir disso, ao observar o artigo 9º do CPM, é possível concluir que a conduta praticada pelo militar estadual, quando incidir nos tipos previstos na Lei nº 9.613/98, poderá ser considerada como crime militar por extensão, conforme se passa a expor.

Inicialmente, eliminar-se-ão as hipóteses que não configurarão crime militar. Com esse fim, observa-se que o artigo 9º, inciso I, do CPM expõe

que serão considerados crimes militares os crimes previstos nele, “quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial”. Assim, em uma simples observação dos tipos penais previstos no CPM, verifica-se que não há nenhuma tipificação semelhante à Lei nº 9.613/98.

No que diz respeito ao artigo 9º, inciso II, alíneas “a”, “b”, “c” e “d”, e no inciso III, alíneas “b”, “c” e “d”, do CPM, percebe-se que o sujeito passivo do crime deve ser necessariamente pessoa natural, nas figuras de militares, assemelhados ou civis, conforme se segue:

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

II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados: (Redação dada pela Lei nº 13.491, de 2017)

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996)

d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; [...]

III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos: [...]

b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;

c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;

d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquê (sic) fim, ou em

obediência a determinação legal superior. (BRASIL, 1969)
(grifou-se)

Percebe-se, portanto, que nos casos supramencionados a norma estabelece que o sujeito passivo do crime deve ser pessoa natural, diferentemente do que ocorre com os crimes estabelecidos na Lei nº 9.613/98, em que o sujeito passivo é o estado ou a coletividade.

Já em relação ao artigo 9º, inciso II, alínea “e”, e inciso III, alínea “a”, do CPM, será considerado crime militar quando a conduta for praticada contra o patrimônio sob a administração militar ou contra a ordem administrativa militar. Nota-se que o sujeito passivo nesse caso é o estado, na figura da administração militar.

Nesse sentido, é fundamental esclarecer que a ordem administrativa militar deve ser compreendida na organização, finalidade, existência, além da reputação moral da administração (NEVES; STREIFINGER, 2014, p. 325).

A partir desse conceito, verifica-se que há a possibilidade de o militar estadual ser investigado, processado e julgado pela Justiça Militar, quando a sua conduta incidir nos tipos penais previsto na Lei nº 9.613/98.

Isso porque, de forma semelhante aos crimes de concussão ou de corrupção passiva, tipificados nos artigos 305 e 308 do CPM, tutela-se a ordem administrativa militar, no que diz respeito à moralidade e ao dever de probidade da administração pública.

Espera-se que o militar estadual, no desempenho das suas funções, aja de forma legítima, sem se aproveitar do seu cargo público para obter qualquer tipo vantagem indevida em proveito próprio ou de terceiros.

Destarte, lembrando que o primeiro tipo penal previsto na Lei nº 9.613/98 trata da ocultação ou dissimulação da natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal, torna-se factível ser praticado por militar estadual, nos termos do artigo 9º, inciso II, alínea “e”, e/ou inciso III, alínea “a”, do CPM.

Para tanto, com o propósito de ilustrar a possibilidade de os crimes previstos na Lei nº 9.613/98 serem considerados como militares por extensão, observa-se um exemplo bastante simples.

Um grupo de policiais militares atua em um esquema de cobrança de dinheiro para deixarem de atuar conforme a lei determina, seja na realização de prisão e apreensão de objetos ilícitos, seja no exercício de poder de polícia administrativa, como, por exemplo, a realização de notificações de trânsito.

Depois de reunirem o dinheiro obtido ao final de cada turno de serviço, eles o entregam a um outro militar estadual componente do grupo, que é gestor de fundo rotativo e possui uma empresa no nome de um laranja. A empresa que pertence a esse militar estadual está no nome de um laranja apenas para não contrariar as normativas aplicáveis aos militares estaduais.

Desta feita, o militar estadual, gestor de fundo rotativo, providencia os orçamentos para compra de um produto necessário para o aquartelamento, dentre eles, o de sua empresa, que está no nome de um laranja, a qual fornece os menores valores, sagrando-se vencedora da oferta.

Esse militar, gestor de fundo rotativo, realiza a compra do produto desejado em uma empresa qualquer (empresa idônea que comercializa o produto pretendido) com o dinheiro ilícito físico e repassa a mercadoria ao Estado, o qual, por sua vez, faz o pagamento à empresa no nome do laranja.

Então a empresa compra bens móveis e os repassa aos componentes do grupo de policiais militares, de modo que possam comercializar no mercado e obter o dinheiro lavado com aparência de lícito.

No caso hipotético, percebe-se a vontade dos policiais militares em tentar desconfigurar a origem ilícita do dinheiro arrecadado e de mais tarde reavê-lo com um aspecto de lícito, utilizando-se da máquina pública, sob a administração militar, para obtê-lo.

Assim, a conduta praticada pode ser investigada, processada e julgada pela Justiça Militar Estadual, uma vez que os requisitos estabelecidos pelo artigo 9º, inciso II, alínea “e”, do CPM, foram devidamente cumpridos.

Diante do exposto, os crimes previstos na Lei nº 9.613/98 podem ser considerados crimes militares por extensão, possibilitando à Justiça Militar investigar, processar e julgar os militares, quando a conduta praticada atender aos requisitos do artigo 9º, inciso II, alínea “e”, e/ou inciso III, alínea “a”, do CPM.

5 CONCLUSÃO

A Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017, trouxe significativas mudanças para o Código Penal Militar, dentre as quais ampliou a competência da Justiça Militar para julgar crimes que anteriormente eram apenas previstos na legislação penal comum, sendo denominados como crimes militares por extensão.

Nessa conjuntura, para os crimes comuns serem considerados como militares por extensão, necessariamente as circunstâncias do fato típico devem incidir em uma das hipóteses previstas no artigo 9º do CPM, caso contrário não poderão ser considerados crimes militares.

A partir dessa ideia, foi realizada uma análise da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, de modo a compreender os tipos penais estabelecidos e os bens jurídicos tutelados pela norma, com o objetivo de ao final verificar os crimes ali estabelecidos seriam crimes militares por extensão, possibilitando a Justiça Militar Estadual investigar, processar e julgar o militar estadual, em razão de ter praticado um dos crimes estabelecidos na Lei nº 9.613/98.

Dentro dessa perspectiva, concluiu-se pela possibilidade de o militar estadual ser investigado, processado e julgado pela Justiça Militar pela prática de um dos crimes estabelecidos na Lei nº 9.613/98, uma vez que a ação praticada atenderá aos requisitos do artigo 9º, inciso II, alínea “e”, ou do inciso III, alínea “a”, do CPM.

Portanto, de igual modo que ocorre nos crimes de concussão ou de corrupção passiva, tipificados nos artigos 305 e 308 do CPM, tutela-se a ordem administrativa militar, no que diz respeito à moralidade e ao dever de

probidade da administração pública, proibindo que o militar estadual obtenha qualquer tipo de vantagem indevida em proveito próprio ou de terceiros, em razão do exercício do cargo público.

Por último, como forma de ilustrar tal possibilidade, foi apresentado um caso hipotético, em que foi demonstrada a vontade dos militares em desconfigurar a origem do dinheiro obtido de forma irregular, para, depois, usufruí-lo com o aspecto de lícito.

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 Cesar de. *Crime militar e processo: comentários à Lei 13.491/2017*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2022.

ASTÚCIA. In: *Dicionário Michaelis*. São Paulo: Melhoramentos, 2022. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/ast%C3%BAcia/>. Acesso em: 06 nov. 2022.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 1.001*, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998, dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, e dá outras providências. *Diário*

Oficial da União, 1998. Brasília, DF. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19613compilado.htm. Acesso em:
06 nov. 2022.

CALLEGARI, André Luís; WEBER, Ariel Barazzetti. *Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2014.

DRESCH, Márcia de Fátima Leardini Vidolin; SILVA, Douglas Rodrigues da. Lavagem de Dinheiro: um estudo sobre a Teoria da Cegueira Deliberada e a possibilidade de responsabilização do advogado. In: GUARAGNI, Fábio André; BACH, Marion. *Direito Penal Econômico: administrativização do direito penal, criminal compliance e outros temas contemporâneos*. Londrina: Thoth Editora, 2017, p. 176-207.

FONSECA, Pedro H. C. *Lavagem de Dinheiro: aspectos dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Foco, 2021.

HERNANDEZ, Fernanda Guimarães. *Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais Regra Matriz de Incidência*. Dissertação (Doutorado em Direito Econômico) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2133/tde-08072011-134753/pt-br.php>. Acesso em: 06 nov. 2022.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de Lavagem de Dinheiro*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. Crimes militares contra a administração militar como antecedentes ao delito de lavagem de dinheiro. *Jus Militar*. Disponível em:
<https://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/crimesmilitares.pdf>

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcelo. *Manual de direito penal militar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PETHECHUST, Eloi; BLANCHET, Luiz Alberto. O Regime de Execução das Empresas Estatais: entre serviço público e exploração de atividade econômica. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. V. 15, n. 59 (2015). Disponível em:
<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/66>. Acesso em: 06 nov. 2022.

PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ROTH, Ronaldo João. Os Delitos Militares por Extensão e a Nova Competência da Justiça Militar (Lei 13.491/17). *Observatório da Justiça Militar Estadual*. 20 jan. 2018. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/01/20/os-delitos-militares-por-extens%C3%A3o-e-a-nova-compet%C3%Aancia-da-justi%C3%A7a-militar-lei-1349117>. Acesso em: 10 nov. 2022.

SCHOLZ, Yannick Joshua Robert. *Die Auswirkungen des Geldwäschegesetzes (GwG) auf die leichtfertige Geldwäsche gemäß § 261 Abs. 5 StGB*. 2020. 187 p. Dissertação (Doutorado em Direito) - Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Bonn, 2020. Disponível em: <https://bonndoc.ulb.uni-bonn.de/xmlui/handle/20.500.11811/8695?locale-attribute=de>. Acesso em: 06 nov. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Ação Penal nº 458-SP (2001/0060030-7)*. Corte Especial. Ministro Fernando Gonçalves. Julgamento 16 de setembro de 2009. Publicado em 18 de dezembro de 2009. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 06 nov. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Conflito de Competência nº 179.224*. Ministra Laurita Vaz. Julgamento de 1.º de dezembro de 2021. Publicado em 03 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 06 nov. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial nº 1.774.165*. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo. Julgamento de 28 de fevereiro de 2020. Publicado em 03 de março de 2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 06 nov. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso em Habeas Corpus nº 158.293*. Ministro Olindo Menezes. Julgamento 17 de dezembro de 2021. Publicado em 1.º de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>. Acesso em: 06 nov. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. *Embargos de Declaração nº 1565441-0/01*. 3ª Câmara Criminal. Desembargador José Cichocki Neto. Julgamento em 04 de maio de 2017. Publicado em 12 de

Leandro Corsico Moreira; Rodolpho Mattos de Souza

maio de 2017. Disponível em:

https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12345565/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1565441-0/01#integra_12345565. Acesso em: 06 nov. 2022.

A necessidade de mudança no modelo de Polícia Judiciária Militar diante das funções contemporâneas do Inquérito Policial: considerações iniciais

Janaina Soares Prazeres Nascimento
Capitão de Corveta da Marinha do Brasil.

Revisores: Antonio Carlos Gomes Facuri (ORCID: 0009-0006-8038-8288; e-mail: antonio.facuri@mpm.mp.br)
Luciano Moreira Gorriilhas (ORCID: 0009-0005-0678-471X; e-mail: luciano.gorriilhas@mpm.mp.br)

Data de recebimento: 30/04/2023

Data de aceitação: 02/05/2023

Data da publicação: 30/05/2023

RESUMO: Mesmo antes da entrada em vigor da Lei nº 13.491/17, responsável pelo aumento da competência, a Justiça Militar da União e seus diversos atores vêm trabalhando para o aperfeiçoamento do sistema de persecução penal, em especial, da fase pré-processual. Apesar de os esforços terem se intensificado, pouco se desenvolveu no sistema de investigação criminal militar. De acordo com as recentes pesquisas, os números que envolvem a apuração e o julgamento de casos mais recorrentes, como o porte de drogas, é desproporcional aos que necessitam uma maior tecnicidade, como os crimes de licitação, organização criminosa e até mesmo os cybercrimes. É fato que alguns crimes não chegam a ser denunciados pela falta de elementos probatórios mínimos e que outros são alcançados pela prescrição. Analisando essas perspectivas, infere-se que a carência técnica das investigações afeta todo o sistema de persecução penal militar que necessita de uma mudança em seu modelo para imprimir maior eficiência.

PALAVRAS-CHAVE: apuração; crimes militares; polícia judiciária militar; aperfeiçoamento; inquérito policial militar; órgão investigativo.

ENGLISH

TITLE: The need for change in the Military Judiciary Police model in view of the contemporary functions of the Police Inquiry: initial considerations.

ABSTRACT: Even before the entry into force of Law nº 13.491/17, responsible for increasing competence, the Federal Military Justice and its various actors have been working to improve the criminal prosecution system, in particular, the pre-procedural phase. Although efforts have intensified, little has been developed in the military criminal investigation system. According to recent research, the numbers involving the investigation and judgment of the most recurrent cases, such as drug possession, are disproportionate to those that require greater technicality, such as bidding crimes, criminal organization and even cybercrimes. It is a fact that some crimes are not reported due to the lack of minimal evidence and that others are reached by prescription. Analyzing these perspectives, it is inferred that the technical lack of investigations affects the entire military criminal prosecution system, which needs a change in its model to print greater efficiency.

KEYWORDS: investigation; military crimes; military judicial police; improvement; military police investigation; investigative body.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Modelo Atual de Polícia Judiciária Militar nas FFAA – 3 Funcionalismo do IPM – 4 Aumento de competência da JMU – 5 A criação de um órgão técnico como marco essencial ao desenvolvimento da PJM – 6 Viabilidade de instalação de um novo modelo de Polícia Judiciária Militar – 7 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente, cabe esclarecer que o presente artigo não tem o condão de exaurir as questões controvertidas que cercam o tema restringindo-se a gerar reflexão.

Assunto que há tempos vem gerando estudos e reuniões entre a Justiça Militar da União-JMU, o Ministério Público Militar-MPM, o Ministério da Defesa e as Forças Armadas é o aperfeiçoamento da Polícia Judiciária Militar-PJM.

Inegável que esforços têm sido realizados para que a Polícia Judiciária Militar alcance um nível de aperfeiçoamento que permita colaborar efetivamente com o sistema de persecução penal militar, mas, em verdade, o que se tem percebido são melhoras tímidas que não conseguem ultrapassar as dificuldades apresentadas há anos.

Uma das mais importantes iniciativas foi a edição do Manual de Polícia Judiciária Militar em junho de 2019. O documento, elaborado de forma colaborativa entre o MPM e as FFAA, serve de guia aos encarregados das investigações criminais militares contendo modelos dos procedimentos mais comuns.

Após as diversas inovações legislativas na área penal e processual penal, como a que trouxe um aumento na competência da Justiça Militar da União bem como as que criaram novos institutos nas investigações em geral, como a utilização das colaborações premiadas e dos acordos de não persecução penal, aplicáveis ao processo penal militar, a necessidade de repensar o modelo de investigação criminal militar atual ficou mais evidente haja vista que as tentativas de resolução dos problemas já existentes na persecução penal militar não se mostraram suficientes.

Ao se analisar a especificidade da atuação das FFAA, o papel da polícia judiciária militar se faz ainda mais relevante tanto na detecção quanto na investigação dos delitos ligados às atividades típicas da caserna.

Nas sessões seguintes serão realizadas algumas considerações acerca da investigação policial militar e seu *modus operandi* atual, analisando criticamente a falta de tecnicidade das apurações e suas consequências para a investigação criminal.

Será brevemente exemplificada a complexidade trazida pelo aumento de competência da JMU e por fim, proposta uma reflexão acerca da viabilidade de alteração do sistema atual de investigação criminal militar.

O objetivo é demonstrar a ineficiência do atual modelo de PJM nas FFAA e sugerir uma opção de atualização deste sistema de persecução penal, focada, em especial, nas investigações realizadas nos Inquéritos Policiais Militares.

2 MODELO ATUAL DE POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR NAS FFAA

A criação da Polícia Judiciária Militar remonta aos anos de 1895, com a edição do Regulamento Processual Criminal Militar¹ pelo Superior Tribunal Militar², documento que regulamentou o processo criminal militar na Marinha³ e no Exército.

Segundo o regulamento, competia aos chamados Conselhos de Investigação a apuração e a “formação da culpa dos indiciados” nos crimes militares. Ao final dos procedimentos, aqueles que eram “pronunciados” responderiam perante o Conselho de Guerra. Ou seja, o Conselho era detentor

¹ SUPREMO TRIBUNAL MILITAR. *Regulamento Processual Criminal Militar – 1895*.

Disponível em:

<https://dspace.stm.jus.br/bitstream/handle/123456789/159565/REGULAMENTO%20PROCESSUAL%20CRIMINAL%20MILITAR%20%E2%80%93%201895.pdf?sequence=62&isAllowed=y>. Acesso em: 30 ago. 2022.

² Ressalta-se que em 1º de abril de 1808, o Príncipe-Regente D. João VI, por meio de Alvará com força de lei, criou o denominado Conselho Supremo Militar e de Justiça. o Conselho Supremo Militar foi substituído pelo Supremo Tribunal Militar, por meio do Decreto Legislativo nº 149 de 1893.

³ À época, a Marinha do Brasil era chamada de Armada e ainda não havido sido criada a Força Aérea Brasileira.

de duas funções: a de investigação no bojo de um procedimento, bem como a função de denunciar os supostos autores dos delitos, similar a função exercida atualmente pelo Parquet Militar.⁴

Até o ano de 1920, todas as legislações vigentes atribuíam a competência de fiscal da lei e o poder de promover a ação penal aos oficiais.

Somente em 30 de outubro de 1920, o Decreto nº 14.450 introduziu o artigo 5º no Código de Organização Judiciária e Processo Militar e criou o Ministério Público Militar.

Com a criação do órgão ministerial esta primeira fase da persecução penal foi dividida.

Em que pese tenham sido realizadas algumas alterações legislativas acerca do modelo de Polícia Judiciária Militar, a função de investigação no caso de delitos militares permanece atribuída às autoridades de polícia judiciária militar desde sua criação.

A vigente Carta de 1988, quando se refere à Polícia Judiciária, em seu art. 144, § 4º, define que compete às polícias civis as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares, conferindo legalidade à apuração exercida pela PJM e a função de fiscal e titular da ação penal, *in casu*, o Ministério Público Militar, conforme o art. 129.

Nota-se que a Constituição Republicana de 1988 trouxe uma similaridade entre a apuração dos delitos comuns e os militares fazendo apenas uma divisão por competência entre os órgãos incumbidos de seu exercício, de forma que, por razões de hermenêutica, as regras e entendimentos sobre os procedimentos de persecução penal são aplicáveis a todas as investigações, independente do delito que se está apurando.

A legislação infraconstitucional⁵ além de confirmar o comando constitucional de atribuir à Polícia Judiciária Militar a apuração dos crimes

⁴ BRITO, Marianna Vial, Ministério Público Militar através do tempo: 100 anos de história. *Revista do Ministério Público Militar*, Edição 34, abr. 2021, Tomo I. Acessado em: 11 maio 2023.

⁵ DECRETO-LEI Nº 1.002, DE 21 DE OUTUBRO DE 1969: Código de Processo Penal Militar

militares definidos em lei, lista as autoridades militares responsáveis pelo seu exercício e possibilita a delegação desta competência a Oficiais.

Definida a autoridade competente para o exercício da PJM, passa-se a discorrer sobre seu funcionamento.

Na maioria das vezes, as atribuições da PJM são exercidas no bojo de um procedimento administrativo chamado Inquérito Policial Militar-IPM, instituto similar ao Inquérito policial comum ou em lavraturas de Autos de Prisão em Flagrante.

Na prática, ao tomar conhecimento da ocorrência, em tese, de uma infração penal militar, a autoridade de PJM, por meio de portaria, nomeia um oficial como encarregado das investigações.

Essas investigações são realizadas no âmbito de cada Força, ou seja, se a infração em tese ocorre no âmbito de competência da Marinha do Brasil esta se incumbirá da investigação, sem qualquer interferência ou auxílio, seja do Exército ou da Força Aérea. Modelo que é aplicado às demais.

A diferença crucial entre os órgãos civis e militares incumbidos da persecução penal na Constituição é que na PJM todos os oficiais, de todos os corpos e quadros, podem vir a ser designados para a condução dos Inquéritos Policiais Militares ou mesmo exercer suas atribuições com autoridade judiciária, em caso de flagrante, o que não ocorre nas polícias federal e civil, nas quais são os seus respectivos delegados, com formação obrigatória em direito, as autoridades responsáveis pela apuração e convicção acerca dos fatos.

Assim, a polícia judiciária militar em que pese exerça função similar à polícia judiciária comum, não tem a mesma composição, disponibilidade de

Art. 7º A polícia judiciária militar é exercida nos termos do art. 8º, pelas seguintes autoridades, conforme as respectivas jurisdições: (...)

§ 1º Obedecidas as normas regulamentares de jurisdição, hierarquia e comando, as atribuições enumeradas neste artigo poderão ser delegadas a oficiais da ativa, para fins especificados e por tempo limitado.

órgãos auxiliares à investigação tampouco a formação técnica necessária à realização dos procedimentos ligados à persecução penal.

Sensíveis a essas questões, as próprias FFAA tiveram a iniciativa de criar núcleos de assessoria na área policial militar.

Na Marinha do Brasil, foram chamados de núcleos de polícia judiciária militar-NPJM, e possuem um serviço de assessoria jurídica e uma equipe pericial disponíveis 24h por dia, 07 dias na semana, com capacidade de atender demandas urgentes.

Outra ferramenta que foi disponibilizada aos oficiais foi o já citado Manual de Polícia Judiciária Militar, publicado no ano de 2019, com a intenção de padronização de procedimentos da Polícia Judiciária Militar.

Nas palavras do então Procurador-Geral da Justiça Militar Dr. Jamie de Cássio Miranda⁶:

Com a finalidade de se estabelecer um normativo, um modelo na investigação criminal militar, o Ministério Público Militar procurou o Ministério da Defesa e as três Forças. A ideia era desenvolver um projeto integrado, com a contribuição de todos os partícipes do procedimento, combinando teoria, por meio do detalhamento de cada etapa da investigação, com a prática, com a disponibilização de exemplos de documentos gerados. Assim, surgiu o Grupo de Estudos de Unificação dos Procedimentos de Polícia Judiciária Militar, a quem deve ser atribuído todos os créditos por esse brilhante trabalho. Após a publicação deste manual, espera-se alcançar várias medidas que reflitam na qualidade dos serviços da persecução criminal e que tragam como consequência um processo mais célere e fidedigno.

Por se tratar de procedimentos que envolvem a persecução penal, a autoridade que exerce poder de polícia judiciária militar possui funções outras que a mera redução a termo dos fatos que chegam a seu conhecimento.

⁶ MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR; MINISTÉRIO DA DEFESA; MARINHA DO BRASIL; EXÉRCITO BRASILEIRO; FORÇA AÉREA BRASILEIRA. *Manual de Polícia Judiciária Militar*. 2017, p. 13. Disponível em: <https://www.mpm.mp.br/manualdepoliciajudiciariamilitar/>. Acesso em: 06 jul. 2022.

Pelo até aqui exposto, verifica-se que o atual modelo não contribui para a que a fase inicial da persecução penal atinja seus objetivos primários de entregar os indícios de autoria e materialidade delitiva ao MPM, tampouco, entregar à sociedade uma resposta coerente com as demais funções de um inquérito policial, que já foram vislumbradas pela doutrina contemporânea, como veremos a seguir.

3 FUNCIONALISMO DO IPM

Assim como na justiça comum, o Inquérito Policial Militar também é o principal meio de coleta de indícios de autoria e materialidade dos crimes militares. Cumpre-nos agora discorrer brevemente acerca da importância desse instituto para o processo penal militar.

Já dissemos que o IPM é um procedimento administrativo similar ao Inquérito Policial comum, conduzido por um Oficial das Forças Armadas, de acordo com a arma onde ocorreram os fatos. De forma que, se o provável delito militar ocorre na Marinha do Brasil, a apuração compete à Marinha; caso ocorra no Exército, será apurado no Exército e da mesma forma da Força Aérea.

De acordo com a doutrina mais conservadora, a principal função do inquérito é a busca pelos elementos indiciários de autoria e materialidade delitiva que são destinados ao titular da ação penal. De acordo com TOURINHO:

(...) o inquérito policial visa à apuração da existência de infração penal e à respectiva autoria, a fim de que o titular da ação penal disponha de elementos que o autorizem a promovê-la. Apurar a infração penal é colher informações a respeito do fato criminoso. (...) Apurar a autoria significa que a Autoridade Policial deve desenvolver a necessária atividade visando a descobrir, conhecer o verdadeiro autor do fato infringente da norma.⁷

⁷ TOURINHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. ed. 10. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 64-65.

Da mesma forma TORNAGHI (1959. v. II, p. 136) entende que “o inquérito policial é a investigação do fato, da sua materialidade, e autoria. É a inquisitivo *generalis* destinada a ministrar elementos para que o titular da ação penal (Ministério Público, ofendido) acuse o autor do crime”.

No entanto, nem todo cometimento de um crime faz nascer um processo penal já que o Inquérito Policial pode terminar com relatório satisfatório ou com arquivamento, e se assim for, não se formará a fase judicial da persecução penal.

Assim, para os autores contemporâneos, o inquérito não tem apenas o condão de fornecer indícios de materialidade e autoria da infração penal para que o órgão ministerial ofereça a denúncia. Ele possui outras funções.

Dentre as funções que o Inquérito Policial pode ter, as mais citadas pelos autores são as chamadas funções preparatória, preservadora, da descoberta do fato oculto (Redução das “Cifras Negras”), a simbólica, a restaurativa ou satisfativa.

A função preparatória é a que já citamos, podendo ser definida como a reunião dos elementos necessários ao oferecimento da denúncia, pelo que não vamos estender os comentários.

A função preservadora está ligada ao termo da criminologia “*labeling approach*”. Argumentam os autores que uma das funções do inquérito é evitar os males de um processo crime desnecessário que leva a gastos públicos e ao mais gravoso dos resultados que é o etiquetamento de um acusado que, ainda que absolvido ao final de um processo penal, sofre consequências sociais muitas vezes severas. Assim, o inquérito serve de filtro para que acusações infundadas não prosperem causando inúmeros danos. Aqui o inquérito assume a importante função de guardião da sociedade, preservando efetivamente a paz social.

Nesse diapasão se manifestam Lopes Jr. e Gloeckner:

A investigação preliminar não só deve excluir as provas inúteis, filtrando e deixando em evidência aqueles elementos

de convicção que interessem ao julgamento da causa e cuja produção as partes devem solicitar no processo, como também devem servir de filtro processual, evitando que as acusações infundadas prosperem. (...) A investigação preliminar está destinada a fornecer elementos de convicção que permitam justificar o processo ou o não processo.⁸

A função de descoberta do fato oculto está ligada aqueles crimes que são descobertos pelo Estado e aqueles tantos outros que ficam as escuras. Essa função, em breve síntese, diz respeito a necessidade de apuração daqueles crimes que não têm uma vítima certa, como o tráfico de drogas e crimes contra o meio ambiente, por exemplo.

A função restaurativa que se preocupa em mitigar os resultados da infração criminal para as vítimas, não sendo suficiente, portanto a prisão do autor do fato, sendo muito importante nos crimes patrimoniais e nos delitos que envolvem organizações criminosas.

O inquérito passou a ser um relevante instrumento de proteção social contribuindo para com o Estado e os cidadãos na apuração mais eficiente das infrações penais.

Situação concreta que corrobora a importância deste novo olhar sobre a função do Inquérito Policial e da própria autoridade policial foi o caso de duas brasileiras presas na Alemanha, acusadas de tráfico de drogas. A duas brasileiras permaneceram presas por 38 dias acusadas de supostamente terem entrado com drogas em suas bagagens. Após uma investigação da Polícia Federal, restou demonstrado que a bagagem das brasileiras havia sido trocada no Aeroporto Internacional de São Paulo, em Guarulhos⁹. Exemplo

⁸ LOPES JR., Aury. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. ed. 5. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 124.

⁹ Segundo site do Jornal O Globo: As goianas foram soltas nesta terça (11), depois que a polícia alemã analisou a investigação feita pela Polícia Federal do Brasil, e também as imagens de câmeras de segurança que mostram a ação da quadrilha de tráfico de drogas no Aeroporto Internacional de São Paulo, em Guarulhos.

A documentação foi encaminhada semana passada pelo Ministério da Justiça do Brasil. Com base nela, a polícia alemã elaborou um relatório e enviou para o Ministério Público do país, que, nesta terça-feira (11), arquivou o caso e decidiu pela liberdade das brasileiras. Disponível em:

marcante que demonstra a importância de um inquérito policial bem conduzido.

Esse também parece ser o pensamento do Superior Tribunal Militar como se pode inferir em um de seus julgados sobre o tema sobre o qual aquela Corte Superior faz menção a uma “finalidade precípua”, mas não única do inquérito policial militar, no seguinte trecho do Acórdão na Petição n.º 7000594-04.2020.7.00.0000, que teve como Relator para o Acórdão o Exmo Sr. Ministro PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ , e foi julgado em 24 de março de 2022:

I – O artigo 9º do Código de Processo Penal Militar (CPPM) define o IPM como uma apuração sumária do fato que configure crime militar e tem a finalidade precípua de fornecer elementos ao Ministério Público para o oferecimento da Denúncia. Busca-se, portanto, a confirmação da autoria e da materialidade de um crime e visa evitar acusações infundadas, despidas de lastro probatório suficiente.

Em que pese tenha-se uma doutrina contemporânea que privilegia ainda mais as garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito, atualmente o IPM apenas se presta a uma junção de documentos, em muitos casos mal redigidos, que se resumem à reunião de depoimentos e poucas provas das infrações penais militares.

É de conhecimento dos órgãos que atuam na Justiça Militar da União que a maioria dos inquéritos concluídos voltam em diligências requisitadas pelo MPM com a finalidade de esclarecer fatos, ou até mesmo colher provas ou realizar exames.

Na prática, o que se verifica nas investigações criminais militares é que o *Parquet* das Armas nunca deixou de ter o papel de órgão investigador, como no início. O que torna o inquérito policial uma *notícia crime* mais elaborada, empobrecendo a investigação criminal militar, contrariando a lógica do sistema acusatório atual, no qual o inquérito deve ser entendido

<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2023/04/11/brasileiras-presas-injustamente-por-trafico-de-drogas-na-alemanha-reencontram-a-familia.ghtml>. Acesso em: 25 abr. 2023.

como condutor da fase preliminar na persecução penal. Nas palavras de Lopes¹⁰:

A polícia no Brasil na investigação preliminar tem o poder de decidir por uma linha de investigação onde os atos são delimitados e as provas são coletadas. As provas que normalmente são coletadas nortearão e irão auxiliar a investigação. “A polícia na investigação preliminar não é um mero auxiliar, senão o titular (verdadeiro diretor da instrução preliminar) com autonomia para dizer as formas e os meios”.

Em pesquisa formulada a duas auditorias da JMU, uma no Rio de Janeiro e outra em São Paulo, verificou-se que dos últimos 100 Inquéritos Policiais Militares distribuídos, na primeira delas 96% dos inquéritos retornaram aos seus Encarregados com requisição de diligências do MPM e na segunda, 100% deles.

A mesma pesquisa foi realizada no Ministério Público Militar, agora, em âmbito nacional. Segundo o serviço de documentação do órgão, 383 IPM's estavam em diligência em todas as procuradorias militares só no primeiro semestre de 2022.

Verificou-se ainda que não se tratava de apurações complexas que requeriam conhecimentos específicos na área de investigação. A maioria dos casos retornou pela necessária adoção de medidas simples, que deixaram de constar nos autos, para que a *opinio delict* fosse formada de maneira a conferir justa causa a uma ação penal.

Tanto é assim que, ao analisar os processos distribuídos na Justiça Militar da União, no ano de 2021, verifica-se que os delitos de maior incidência se repetem há anos nessa Justiça Especializada, quais sejam: tráfico, posse ou uso de entorpecentes ou substância de efeito similar; deserção; estelionato; e furto¹¹.

¹⁰ LOPES, Aury; RICARDO, Jacobsen; *Investigação Preliminar no Processo Penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 126.

¹¹ BRASIL. Poder Judiciário. Superior Tribunal Militar. Assessoria de Gestão Estratégica. Dados fornecidos em 02 de junho de 2022.

Portanto, diante das funções a serem desempenhadas pelo IPM, de acordo com a corrente contemporânea, a necessidade de aperfeiçoamento toma contornos ainda mais necessários após o aumento de competência da JMU.

No próximo capítulo, serão expostas algumas novas possibilidades de delitos militares e a complexidade para sua apuração.

4 AUMENTO DE COMPETÊNCIA DA JMU

O aumento de competência da Justiça Militar da União trouxe uma maior complexidade na apuração de delitos sob responsabilidade das autoridades militares e a inegável emergência de se repensar o modelo de investigação militar.

Seja em razão das novas tecnologias, seja em função do próprio desenvolvimento da sociedade, novos crimes passaram a existir.

O código penal comum sofreu durante anos várias atualizações, e foram editadas legislações especiais, enquanto o diploma penal castrense permanecia esquecido pelo legislador, fato que prejudicava esse ramo especializado do direito.

A lei n. 13.491/17¹², ao modificar o Código Penal Militar, inseriu uma forma de atualização permanente na legislação militar. Após sua edição, qualquer conduta, tipificada em qualquer legislação, seja no Código Penal Militar, no Código Penal Comum ou até mesmo em leis penais especiais, poderá ser considerada crime militar desde que se enquadre nas hipóteses do art. 9º do Código Penal Militar.

¹² Ressalta-se que a referida alteração legislativa é objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade- ADI nº 5901, distribuída no Supremo Tribunal Federal, sendo o ponto mais nefrágico desta ação o julgamento de militares no caso de cometimento de crimes dolosos contra a vida de civis, sempre que os militares estiverem no cumprimento de missão militar, competência anteriormente conferida ao Tribunal do Júri e que com a alteração foi fixada na Justiça Militar da União.

Pode-se verificar que “delitos modernos” como os crimes cibernéticos, lavagem de capitais, organizações criminosas, crimes contra a dignidade sexual, os elencados na lei de licitações e tantos outros que não eram de competência da JMU por não estarem previstos no CPM, podem vir a ser investigados e processados pela justiça militar especializada.

Segundo registro¹³, em 2021 foram distribuídos os seguintes crimes militares extravagantes: crimes contra a lei de licitações; ato libidinoso, importunação sexual; invasão de dispositivo informático; crimes de trânsito; abuso de pessoa; assédio sexual; atentado violento ao pudor; divulgação de cena de estupro, sexo ou pornografia; estupro; estupro de vulnerável; dentre outros. Ressalta-se que nos crimes listados têm-se civis e militares como denunciados.

Como se percebe, o universo de delitos sob investigação e apuração da Justiça Militar da União aumentou consideravelmente, mas existem legislações que ainda não foram exploradas, como a ambiental para se tomar por exemplo.

A Lei n. 9.605/98, que traz o rol de crimes e infrações administrativas contra o meio ambiente, é extremamente rica em tipos penais que podem facilmente vir a ser considerados delitos militares, seja pelas atividades subsidiárias a cargo das 3 FFAA, seja pelo próprio local onde se encontram muitas de suas unidades.

As FFAA estão localizadas em todo território nacional. O Exército, por exemplo, possui unidades na Amazônia, como os chamados pelotões de fronteira, localizados em terrenos que possuem toda uma diversidade protegida pela legislação ambiental. E aqui, deve-se abrir um parêntese para dar o devido respeito a todos os homens e mulheres que lá estão representando e preservando aquele espaço do território brasileiro de invasões e exploração.

¹³ BRASIL. Poder Judiciário. Superior Tribunal Militar. Assessoria de Gestão Estratégica. Dados fornecidos em 02 de junho de 2022.

Na mesma região, a Marinha e a Força Aérea também realizam operações e mantém suas tropas. Assim, é possível, ao menos em tese, que sejam cometidos crimes contra o meio ambiente, no que se refere a fauna e flora por exemplo.

Além dessas áreas sensíveis sob administração militar, as 3 FFAA possuem museus que guardam relíquias da história brasileira, estando responsáveis pela administração de vários fortes e fortalezas da época do Brasil colônia, como é o caso do Forte de Copacabana, administrado pelo Exército Brasileiro e o complexo de fortificações que recebeu o nome de Fortaleza de São José da Ilha das Cobras, administrado pela Marinha do Brasil. Aqui também é um exemplo em que podemos ter, em tese, o cometimento de delitos militares.

Mas não para por aqui. Outras leis especiais se tornam bem próximas de alguma classificação como delito militar, como os crimes listados na Lei de Abuso de Autoridade; Lei de organizações criminosas; o comumente conhecido estatuto do desarmamento; os previstos na lei de lavagem de capitais; na Lei de tortura; e as próprias inclusões de novos tipos penais no código penal comum.

Se o crime se aperfeiçoa, as técnicas de investigação também têm que evoluir, e, ainda que se considere apenas a corrente mais conservadora acerca da função do Inquérito Policial Militar (reunir indícios de autoria e materialidade), a verdade é que a função de investigar deve estar sempre na busca pelo aperfeiçoamento, seja em função da necessidade de um aparelhamento físico ou pelas novas técnicas incluídas nas próprias legislações.

No capítulo a seguir serão apresentados alguns argumentos acerca da alteração do modelo atual da forma de investigar os delitos militares.

5 A CRIAÇÃO DE UM ÓRGÃO TÉCNICO COMO MARCO ESSENCIAL AO DESENVOLVIMENTO DA PJM

Desde a mudança legislativa, o Ministério Público Militar e a Justiça Militar da União vêm realizando diversos eventos de aperfeiçoamento, tanto para seus integrantes como para a comunidade em geral, com a exposição e discussão das novas técnicas e modelos de investigação ligados aos novos tipos penais.

Os Juízes Federais da Justiça Militar realizam palestras e participam de seminários sobre o tema nos quartéis com a finalidade de esclarecer a nova legislação e seu campo de abrangência, bem como contribuir para o esclarecimento de seus jurisdicionados o que proporciona um eixo de prevenção das ocorrências criminosas. Exemplo disso, são as palestras desenvolvidas pela Juíza Federal Substituta da Justiça Militar da União, Dra. Mariana Aquino, em diversas organizações militares, sobre assédio sexual.

Da mesma forma, a criação de um Grupo de Trabalho, no âmbito do Ministério da Defesa, que conta com a participação do Ministério Público Militar e de integrantes das 3 FFAA discute o aperfeiçoamento da Polícia Judiciária Militar.

Segundo a portaria de criação, o grupo foi criado “para realizar estudos sobre os procedimentos aplicáveis à atuação da Polícia Judiciária Militar da União no âmbito das Forças Armadas”. Ainda segundo a portaria, o grupo possui dois eixos, sendo o primeiro o de propor medidas ao aperfeiçoamento de conhecimentos e técnicas nas áreas de investigação criminal e jurídica em relação aos encarregados de inquéritos policiais militares, bem como nas ações referentes a autos de prisão em flagrante e o segundo, na condução de perícias no âmbito de inquéritos policiais militares e nas ações referentes a autos de prisão em flagrante.

Em seu discurso, por ocasião da Solenidade de Outorga de Comendas da Ordem do Mérito Ministério Público Militar, em 23/08/2022, o Procurador-Geral de Justiça Militar, Dr. Antônio Pereira Duarte, discorreu

sobre a preocupação do MPM com as condições atuais da polícia judiciária militar e ressaltou a importância do referido grupo de trabalho, *in verbis*:

(...) o diálogo do MPM com as FFAA prossegue, de forma transparente, respeitosa e independente, visando **produzir soluções que atendam às expectativas de um mundo em transformação, em que a criminalidade organizada, transfronteiriça e ambiental ganha vulto**, se sofisticada e reclama combate eficiente, com o manejo seguro de ferramentas tecnológicas de investigação **que vindicam uma Polícia Judiciária Militar técnica, profissionalizada e apta aos seus grandes desafios**. E neste sentido saudamos a instituição do Grupo de Trabalho criado pelo Ministério da Defesa e que conta com a participação do MPM, visando o aprimoramento da PJMU. De nossa parte, estamos investindo muito na capacitação de membros e servidores, através de nossa Secretaria de Pesquisa e Apoio à Investigação, uma referência nacional competentemente conduzida pela colega Promotora Ângela Montenegro Taveira, a qual vem realizando eventos de escola, como webinários com peritos, agentes e delegados da Polícia Federal, integrantes do COAF e da CGU, promotores de justiça, dentre outros, contando com expressivas participações. Também há uma constante preocupação com o desenvolvimento da cultura da inteligência, especialmente voltada para a área investigativa e segurança institucional. (grifos nossos)

Pelo até aqui exposto, verifica-se que a Justiça Militar da União, seus órgãos e as FFAA estão juntos na empreitada de tornar o processo de apuração de delitos militares o mais eficiente possível.

Ainda assim, pelos números já apresentados podemos dizer que, no que concerne às investigações criminais militares, as iniciativas trouxeram poucos avanços. Ter ainda um patamar de mais de 96% de investigações que retornam em diligências antes do oferecimento da denúncia ou de seu arquivamento, repita-se, em casos que não oferecem muita complexidade, é muito alto.

Como vimos, no bojo de um inquérito policial militar é crucial que a autoridade saiba definir o caminho que a investigação irá seguir, devendo ser conhecedora das atuais técnicas de investigação a seu dispor, além das regras

que cercam o procedimento, como as relativas aos direitos e garantias dos indiciados.

Portanto, acredita-se que até que as autoridades não repensem o modelo atual de Polícia Judiciária Militar, tanto para uma melhor proteção dos indivíduos que fazem parte do universo de apuração, como para diminuição dos custos estatais e maior eficiência no combate e repressão aos crimes militares, não se chegará ao fim esperado.

E alterar o modelo atual, ao menos *a priori*, não requer um grande aporte financeiro ou a contratação de mais pessoal. No próximo capítulo será apresentada uma série de iniciativas que poderão auxiliar as autoridades a elaborar um novo modelo de polícia judiciária militar que terá por base a formação técnica de um corpo jurídico, a criação de núcleos fortes de assessoria em todo o território nacional e a integração com outros órgãos de investigação nacionais e internacionais por meio de convênios com o Ministério da Justiça e Segurança Pública.

6 VIABILIDADE DE INSTALAÇÃO DE UM NOVO MODELO DE POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR

Partindo da premissa de que o modelo necessita ser alterado, serão realizadas algumas considerações e sugestões iniciais sobre a viabilidade da criação de um novo modelo de polícia judiciária militar apenas com mudanças estruturais, com a utilização dos recursos vigentes, em especial o humano.

Inicia-se com a análise ligada a formação dos militares.

Em razão da legislação em vigor e da própria especificidade da carreira militar, todos os oficiais da ativa devem estar minimamente habilitados a exercer as competências de autoridade de polícia judiciária militar.

Assim, a primeira sugestão é a inserção, no currículo das escolas de formação de Oficiais, das disciplinas específicas ligadas ao direito, sendo no

mínimo as de Noções de Direito Constitucional, Noções de Direito Administrativo, Noções de Direito Penal Militar e Processo Penal Militar e Direitos Humanos.

Diante do fato de que todos os oficiais são possuidores dessa pequena formação jurídica, espera-se que as garantias constitucionais sejam mais bem aplicadas e se tornem de mais fácil entendimento à aplicação das orientações por intermédio de manuais. Desta forma, espera-se que todos os oficiais estejam mais seguros para a condução de um flagrante, por exemplo.

Mas isso não se faz suficiente. Ao lado da formação, é necessário ter um corpo jurídico especializado para a condução de demandas mais complexas.

As FFAA possuem oficiais formados em direito que fazem parte de sua estrutura permanente, aprovados por concurso público e com carreira definida conforme o Plano de Carreira de cada Força.

Na Marinha do Brasil, esses oficiais estão inseridos dentro do chamado Quadro Técnico – QT; no Exército estão inseridos dentro do Quadro Complementar de Oficiais – QCO; e na Força Aérea, no Quadro de Oficiais de Apoio-QOAP.

Em pesquisa realizada nas três FFAA, todas responderam possuir, em seus quadros efetivos, o seguinte quantitativo:

FORÇA	MASCULINO	FEMININO
MARINHA	77	62
EXÉRCITO	100	46
AERONÁUTICA	10	19

Com o cenário atual e em razão da existência desse corpo especializado, embora não possam chegar ao posto de Oficial General, a sugestão que se apresenta é a criação de um órgão, com sede em Brasília e ligado ao Estado Maior Conjunto das FFAA, que possuiria integrantes das 3

FFAA, com a competência de investigar delitos de maior complexidade, como os que envolvem organizações criminosas; os delitos transnacionais; os crimes militares ocorridos fora do país, como os ligados às atividades dos militares em missões de paz; os que demandem integração das três FFAA; os ligados a cybercrimes quando transcenderem a área geográfica de mais de uma autoridade de polícia judiciária militar; ou os que sejam considerados pelo Chefe do EMCFA como de interesse nacional.

Além desta competência, também seriam encarregados da cooperação com órgãos nacionais como o Ministério da Justiça, e internacionais, como a ONU¹⁴, além da elaboração e aperfeiçoamento de manuais e análise de projetos de lei que tenham impacto nas FFAA.

A cooperação com esses órgãos se reveste de extrema importância quando se pensa em investigação de delitos ocorridos fora do território nacional que são de competência da Justiça Militar da União¹⁵; ou mesmo no auxílio às apurações administrativas no caso de falta grave cometidas por militares em missão; ou no auxílio à apuração de lesões, permanentes ou não, sofridas por militares e que podem ensejar reforma, ou indenização da própria ONU¹⁶.

Esses oficiais e praças componentes desse órgão seriam formados de maneira similar aos delegados e agentes de polícia federal.

¹⁴ Segundo o site do Ministério da Defesa, o Brasil mantém militares servindo em 9 missões da ONU em locais tão diversos quanto Darfur, Chipre, Líbano e República Centro-Africana. Disponível em: https://www.gov.br/defesa/pt-br/assuntos/relacoes-internacionais/copy_of_missoes-de-paz/historico-da-participacao-brasileira-em-missoes-da-onu. Acesso em: 20 dez. 2022.

¹⁵ O SUPERIOR Tribunal Militar confirmou a condenação de um militar da Marinha do Brasil, por abuso sexual, na missão de paz no Líbano. *STM*. 16 dez. 2022. Disponível em: <https://www.stm.jus.br/informacao/agencia-de-noticias/item/12536-stm-mantem-condenacao-de-sargento-da-marinha-por-abuso-sexual-em-missao-de-paz-da-onu-no-libano>. Acesso em 20 dez. 2022.

¹⁶ NÃO data de muito longe, militares brasileiros ficaram feridos em missão da ONU na África. *Defesanet*. 2 maio 2018. Disponível em: <https://www.defesanet.com.br/onu/noticia/29155/Urgente---Militares-brasileiros-sao-feridos-em-missao-da-ONU-na-MINUSCA/>. Acesso em: 20 dez. 2022.

Em consulta realizada em 2021 foi solicitado ao Departamento de Polícia Federal a grade curricular do curso de delegado de polícia.

Segundo a Informação nº 22580864/2022-DGP/PF, assinada pela Dr^a. MARIANA PARANHOS CALDERON, Delegada de Polícia Federal e Diretora de Gestão de Pessoal, *in verbis*:

(...) não há uma matriz curricular única para a formação do cargo de Delegado de Polícia Federal, sendo que, a depender do período de duração de cada Curso de Formação Profissional, é produzida uma matriz. (...) foram anexados os Planos de Ação Educacional do XXXVI e XXXVII do Curso de Formação profissional de Delegado de Polícia Federal correspondentes aos dois últimos cursos de formações profissionais, sendo que o primeiro teve 128 dias letivos e o segundo apenas 66 dias.

Analisando as duas matrizes, no que tange aos oficiais de direito que integrariam este órgão, seria necessário uma formação de pelo menos 2 meses com as matérias básicas de Comunicação Social e Media Training, Controle de Armas e Controle de Produtos Químicos; Controle de Migração; Cooperação Jurídica e Policial Internacional; Crimes Ambientais; Crimes Cibernéticos Relacionados: a Pornografia Infanto-Juvenil e Fraudes Bancárias; Crimes Contra a Administração Pública e Combate a Corrupção; Crimes Contra os Direitos Humanos e Contra a Ordem Política e Social; Crimes de Ocultação de Bens, Direitos e Valores; Crimes Fazendários e Previdenciários; Crimes Patrimoniais e Tráfico de Armas; Investigação Policial; Noções Básicas de Segurança de Dignitários; Noções de Criminalística; Polícia Judiciária – Sistemas; e Uso Seletivo da Força.

Dessas disciplinas, verifica-se que nos dois últimos cursos disponibilizados pela Polícia Federal, a matéria Investigação Policial foi a que possuiu a maior carga horária, chegando a 166 h/a.

De forma que, caso ocorra a necessidade de investigações ligadas a Oficiais Gerais, os designados como encarregados contariam com toda a estrutura deste Órgão para assessoria.

O órgão seria ainda um tipo de coordenadoria de outros núcleos regionais, que continuariam a ser divididos entre as três FFAA. Atualmente, tanto a Marinha, como o Exército e a Força Aérea possuem estruturas de assessoria jurídica em todo o território nacional.

Na Marinha do Brasil já existe em pleno funcionamento em todos os Distritos Navais os chamados Núcleos de Polícia Judiciária Militar–N-PJM, que possuem equipes de oficiais de direito e de peritos militares que prestam assessoria jurídica e apoio pericial nas causas afetas a sua área de jurisdição, conforme resposta do próprio órgão:

Quanto à estrutura de investigação ou perícia de crimes militares, esclarecemos que a investigação de crimes militares é levada a efeito de forma descentralizada, por meio de Inquérito Policial Militar (IPM), instaurado na organização militar onde houver ocorrido o delito a apurar. Quanto à perícia na Marinha do Brasil, existe uma estrutura administrativa, denominada Serviço de Polícia Judiciária Militar (S-PJM) em todos os nove Distritos Navais, com sedes nas cidades do Rio de Janeiro, Salvador, Natal, Belém, Rio Grande, Ladário, Brasília, São Paulo e Manaus.

O Exército Brasileiro possui um curso de formação de peritos e uma estrutura similar. Em resposta à pesquisa formulada em 15 de agosto de 2022, obteve-se a seguinte resposta:

As Organizações Militares do Exército Brasileiro, em todo o território nacional, estão aptas a instaurar inquérito policial militar (IPM) e proceder a investigação de crimes militares, definidos em Lei, nas suas respectivas áreas de atuação, mediante determinação da autoridade competente, conforme previsto no artigo 7º do Código de Processo Penal Militar (CPPM). Existem, ainda, as Organizações Militares específicas, que atuam como tropa de Polícia do Exército, lotadas nas 12 (doze) Regiões Militares do Brasil, que podem executar as atividades de investigação e perícia criminal.

A Força Aérea é a única das três FFAA que não possui um sistema voltado à investigação criminal específico tendo informado o que “o Comando da Aeronáutica, quanto a estrutura, assessoria, investigação e perícia de crimes militares, segue o que prevê o Código de Processo Penal

Militar, Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969.” (BRASIL. Ministério da Defesa. Comando da Aeronáutica).

Estes núcleos regionais ficariam com a competência de conduzirem IPM's dentro de sua área de jurisdição, com a possibilidade de utilização dos núcleos periciais das outras FFAA ou das autoridades civis, além de se encarregarem da prevenção de delitos e de cooperação com os órgãos locais e com as outras FFAA.

Seus integrantes também devem ter formação específica, pelo menos em investigação, a qual poderia ser disponibilizada pelas polícias civis mediante convênio, ou até mesmo, essa formação básica poderia advir de convênios com o próprio Ministério da Justiça e Segurança Pública, por meio da Secretaria de Gestão e Ensino em Segurança Pública (SEGEN)¹⁷, que possui inclusive vários cursos a distância, entre eles, investigação, local de crime, segurança de grupos vulneráveis: princípios de atendimento à mulher em situação de vulnerabilidade, crimes cibernéticos, por exemplo.

Frise-se que uma das importantes mudanças de comportamento, que traria um menor custo e uma maior possibilidade de aperfeiçoamento, seria o compartilhamento da utilização dos órgãos periciais entre as Forças Armadas. Ora, se é possível solicitar diligências periciais de órgãos civis, porque não o fazer dentro das próprias Forças.

No que concerne à posição de encarregados de investigações, deverão ser ocupados pelos oficiais de carreira, que são possuidores de estabilidade, garantindo a isenção necessária na apuração dos fatos.

Os oficiais temporários, ainda que do quadro de direito, por estarem sujeitos a renovações anuais (podendo ser dispensados ou não ter a intenção de renovar com a administração militar), não seriam indicados a exercerem a

¹⁷ A Secretaria de Gestão e Ensino em Segurança Pública (SEGEN), criada pelo decreto 10.379, de 28 de maio de 2020, foi decorrente da alteração da estrutura regimental do Ministério da Justiça e Segurança Pública – MJSP, composta por duas Diretorias que faziam parte da Secretaria Nacional de Segurança Pública (Senasp): a Diretoria de Gestão - DIGES (antiga Diretoria de Administração da SENASP) e a Diretoria de Ensino e Pesquisa.

função de encarregados de IPM, mas podem ser designados para os núcleos e auxiliar nas outras funções dos núcleos regionais.

Esses núcleos regionais seriam ainda responsáveis pelas investigações de casos de assédio moral e sexual, em especial cometidos contra mulheres, razão pela qual deverão ser compostos de equipes de militares do sexo feminino e possuir canais próprios de ouvidoria. Repita-se que todas as FFAA possuem em seus quadros efetivos bacharéis em direito, de ambos os sexos, o que permite que normas específicas referentes à determinadas investigações, como as ligadas a dignidade sexual, sejam respeitadas.

Pretende-se com isso aumentar as denúncias relacionadas a esta classe de delitos, permitindo que as vítimas se sintam mais confiantes na apuração já que não teriam que procurar alguém de sua unidade para dar ciência do ocorrido, ou mesmo ter um colega de alojamento de sua unidade como encarregado de investigar a conduta, o que mitigaria os constrangimentos advindos desse tipo de apuração.

Quanto à estrutura física, ter um núcleo destinado à apuração de delitos militares facilita o aporte financeiro específico e uma especialização de seus integrantes, o que por si só, trará melhores condições para as apurações.

Quando possível, a estrutura física deve ser elaborada de maneira uniforme para todos os núcleos, devendo ser definida a estrutura mínima desses locais, como por exemplo, a existência de salas com isolamento acústico e sala de espera para advogados, além de uma estrutura capaz de comportar uma equipe mínima de peritos militares e seus equipamentos, sendo desejável que cada núcleo possua ao menos uma viatura de serviço para ser utilizada nas diligências¹⁸.

¹⁸ Ainda quanto à estrutura, deve-se ressaltar que o núcleo de polícia judiciária da Marinha do Brasil, localizado no Comando do 1 Distrito Naval, possui uma sala com isolamento acústico que promove menor exposição, tanto de investigados, testemunhas e das próprias vítimas, por ocasião de seus depoimentos, por exemplo.

Esse modelo de estrutura foi bem utilizada desde os chamados grandes eventos realizados na cidade do Rio de Janeiro ocasião, em que as Forças Armadas tiveram grande participação, tanto na área de inteligência quanto no patrulhamento ostensivo.

À época receberam o nome de Delegacias de Polícia Judiciária Militar e contaram com uma equipe de oficiais de direito, peritos e pessoal de apoio. Receberam grandes elogios dos órgãos que trabalharam durante os eventos, entre eles o Ministério Público Militar.

O modelo de “delegacia” permaneceu com grandes avanços para a apuração das infrações penais militares e é citado por muitos como a grande inovação e solução para o aperfeiçoamento da polícia judiciária militar. Segundo o Promotor de Justiça Militar, Dr. Luciano Moreira Gorrilhas¹⁹, em sua obra:

A criação de uma delegacia de PJM é de extrema necessidade para os oficiais designados encarregados de IPM. Por isso, entendemos que as delegacias de PJM poderiam ser criadas por cada uma das Forças Armadas por intermédio de uma Portaria de seus comandantes. Pensamos, contudo, que o ideal seria a criação de uma PJM em cada circunscrição militar do Brasil onde existem Distrito Naval, Comando Militar e Comando aéreo para atender às 3 Forças.

Outro ponto que merece reflexão são as estruturas de inteligência, existentes em praticamente todas as organizações militares. Estas, em que pese contem com uma equipe com acesso aos sistemas de inteligência e mantenham relações com os demais órgãos similares, não trabalham em prol das investigações criminais militares.

A ideia é que essas estruturas estejam trabalhando em conjunto com esses núcleos e sirvam de apoio à todas as investigações.

¹⁹ GORRILHAS, BRITTO. Luciano Moreira. *A investigação nos crimes militares: aspectos legais, doutrinários e jurisprudenciais*. Casos concretos. Porto Alegre. Ed. Nubia Fabris. 2021, p. 37.

7 CONCLUSÃO

A Polícia Judiciária Militar é exercida há muito tempo por autoridades carentes de conhecimento técnico e dependentes de manuais genéricos que, por mais bem elaborados, não conseguem abarcar todas as situações possíveis. E assim como a grande atualização sofrida pelo CPM merece um aperfeiçoamento à altura.

A Justiça Militar da União, o Ministério Público Militar e as Forças Armadas vêm criando iniciativas para que a persecução penal militar seja aperfeiçoada e o processo penal militar possa cumprir com sua função, o que, de acordo com os números apresentados não vêm surtindo efeito.

É verdade que muito se avançou com a criação dos núcleos de assessoria, com o Manual e com as diversas palestras e seminários sobre o tema quando se trata de infrações penais simples, ou da lavratura de flagrantes, no entanto, quando pensamos na apuração e investigação de delitos militares mais complexos, podemos afirmar que a polícia judiciária militar continua ineficiente.

Vimos que a persecução penal na sua fase pré-processual teve um grande avanço no que diz respeito à função exercida pelas investigações policiais. Se antes tínhamos apenas um inquérito voltado ao Ministério Público, atualmente, já se entende que o procedimento serve à sociedade.

E, diante do aumento de competência da Justiça Militar da União, não se pode mais adiar repensar o modelo de atuação da polícia judiciária militar.

A experiência das delegacias de polícia judiciária militar por ocasião dos grandes eventos e da Intervenção Federal ocorridos na cidade do Rio de Janeiro, bem como a criação dos núcleos de polícia judiciária militar em todas as circunscrições onde a Marinha do Brasil possui seus Distritos navais, foi um embrião importante e de sucesso que corrobora a ideia da necessidade

de uma estrutura de assessoria e apoio às investigações criminais militares como forma de aperfeiçoar as investigações.

Além disso, conforme demonstrado, não são necessários grandes aportes financeiros ou contratação de pessoal especializado já que as 3 Forças possuem em seus quadros oficiais bacharéis em direito. Tampouco seria necessária uma mudança na legislação, eis que esses militares exerceriam a condução de IPM com base em Portarias de seus Comandos de área como fora realizado por ocasião da criação das Delegacias para os grandes eventos.

Apesar de essa estrutura regional ter sido bem-sucedida, é inegável que sua profissionalização é necessária, tanto em função do aumento de competência da Justiça Militar da União, que trouxe uma maior complexidade às apurações, como pela necessidade de reconhecimento da existência de um órgão de apuração, o que se espera permitir uma maior incidência de denúncias.

A criação de um órgão subordinado diretamente ao Estado Maior Conjunto das Forças Armadas, além de conferir maior credibilidade às investigações militares, colabora com a interação com o Ministério da Justiça e Segurança Pública, tornando mais fácil a troca de informações e colaboração nas investigações. Até porque, não se pode deixar de ter em mente que determinados delitos podem ser cometidos no modelo transacional.

Além disso, a interação com órgãos como a Polícia Federal, a Receita Federal, Anvisa, entre outros, já é realidade há muito, basta referenciar as chamadas Operações Àgata, criadas em 2011.

A última operação ocorreu nos estados do Mato Grosso e Mato Grosso do Sul e teve por objetivo a repressão a delitos transfronteiriços, empregando cerca de 4 mil militares, além de contar com a colaboração, inédita, de autoridades paraguaias²⁰.

²⁰ Disponível em: <https://www.gov.br/defesa/pt-br/centrais-de-conteudo/noticias/forças-armadas-iniciam-acoés-da-operação-agata-na-fronteira-oeste-do-país>. Acessado em 20/12/2022.

Para além disso, não se pode esquecer a necessária formação adequada dos militares que compõem esses núcleos de assessoria.

Sem esse pilar de sustentação não há como conferir um verdadeiro e sustentável aperfeiçoamento da apuração dos delitos militares. Até porque se assim fosse, já se estaria diante de uma mudança na apuração dos delitos eis que, pelo menos na Marinha do Brasil, os núcleos de Polícia Judiciária funcionam há muitos anos. Mas não é isso que se verifica.

E mais, a polícia judiciária militar atual já se mostrou ineficiente quando se pensa nas outras funções que são atribuídas aos órgãos de investigação, como a preventiva por exemplo.

O Estado de Direito atual não comporta mais apurações do modelo inquisitivo, por outro lado, esperar que um oficial encarregado, que não tenha formação em direito, conheça todo um arcabouço jurídico aplicável a delitos complexos apenas por ter modelos a sua disposição é ingênuo e não colabora com a eficiência nas investigações.

É com a formação técnica dos militares e a disponibilidade de locais de assessoria em todo o território nacional que a polícia judiciária militar poderá iniciar sua mudança de visão e melhorar a apuração dos delitos em prol da sociedade a que serve.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil: Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 15 mar. 2017.

BRASIL. *Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969*. Código Penal Militar. Brasília, DF, 21 out. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 16 mar. 2017.

BRASIL. *Decreto-lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969*. Código de Processo Penal Militar. Brasília, DF, 21 out. 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 16 mar. 2017.

BRASIL. *Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980*. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6880.htm. Acesso em 19.07.2017.

LIMA, R. B. *Manual de processo penal*. Volume único. 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

LOBÃO, C. *Direito processual penal militar*. Forense: Rio de Janeiro; Método: São Paulo, 2009.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. ed. 5. São Paulo: Saraiva, 2013.

MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. *Manual de Polícia Judiciária Militar*. Ministério da Defesa, Comando da Marinha, Comando do Exército e Comando da Aeronáutica. – Brasília, DF: MPM, 2019, 59 p.

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

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1959.

TOURINHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. ed. 10. São Paulo: Saraiva, 2008.

OLIVEIRA NETTO, Alvim Antônio. *Metodologia da pesquisa científica: guia prático para apresentação de trabalhos acadêmicos*. 3. ed. Florianópolis: Visual Books, 2008.

Aspectos jurídicos do “caso Putin” e os limites à efetividade da jurisdição penal internacional

Rafael Martins Liberato de Oliveira

Pós-graduado em Direito Público pela Faculdade Baiana de Direito (2016). Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2014). Defensor Público Federal (2019-2023).

Revisores: Karollyne Dias Gondim Neo (ORCID 0009-0008-2277-0512; e-mail: karollyne.neo@mpm.mp.br)

Antonio Carlos Gomes Facuri (ORCID: 0009-0006-8038-8288; e-mail: antonio.facuri@mpm.mp.br)

Data de recebimento: 30/04/2023

Data de aceitação: 04/05/2023

Data da publicação: 30/05/2023

RESUMO: O presente artigo, baseado em pesquisa teórica e com utilização do método dedutivo, visa a analisar questões jurídicas afetas aos mandados de prisão expedidos pelo Tribunal Penal Internacional contra Vladimir Putin, atual Presidente da Federação Russa, e Maria Belova, Comissária Presidencial para os Direitos da Criança daquele país, no curso das investigações de supostos crimes de guerra cometidos no contexto da invasão da Ucrânia, deflagrada em fevereiro de 2022. Iniciaremos com uma breve contextualização sobre aquele conflito armado, apontando os motivos indicados na fundamentação da decisão tomada pelo Tribunal. Em seguida, analisaremos a competência do TPI para julgar os responsáveis por crimes cometidos durante a guerra da Ucrânia, bem como se a decisão a respeito dos investigados Putin e Belova atende aos principais requisitos definidos no Estatuto de Roma e se os citados mandados de prisão são de cumprimento obrigatório pelos países signatários daquele tratado. Por fim, abordaremos as dificuldades que tornam improvável a execução da decisão, e o que isso revela sobre o atual estágio de desenvolvimento da jurisdição penal internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Estatuto de Roma; Tribunal Penal Internacional; guerra na Ucrânia; crimes de guerra; jurisdição penal internacional.

ENGLISH

TITLE: Legal aspects of the "Putin case" and the limits to the effectiveness of international criminal jurisdiction.

ABSTRACT: The present article, based on theoretical research and using the deductive method, aims to analyze legal issues related to the arrest warrants issued by the International Criminal Court against Vladimir Putin, the current President of the Russian Federation, and Maria Belova, the Presidential Commissioner for Children's Rights in that country, during the investigations of alleged war crimes committed in the context of the invasion of Ukraine, which began in February 2022. We will begin with a brief contextualization of that armed conflict, pointing out the reasons indicated in the reasoning of the decision taken by the Court. Next, we will analyze the ICC's jurisdiction to judge those responsible for crimes committed during the war in Ukraine, as well as whether the decision regarding the investigated individuals Putin and Belova meets the main requirements defined in the Rome Statute and if the mentioned arrest warrants are mandatory for the signatory countries of that international treaty to comply with. Finally, we will address the difficulties that make the execution of the decision unlikely, and what this reveals about the current stage of development of international criminal jurisdiction.

KEYWORDS: Rome Statute; International Criminal Court; war in Ukraine; war crimes; international criminal jurisdiction.

SUMÁRIO

1 Introdução e contextualização – 2 Da competência do Tribunal Penal Internacional para processar e julgar os crimes de guerra ocorridos no contexto da invasão russa na Ucrânia – 3 Da força cogente dos mandados de detenção expedidos pelo Tribunal Penal Internacional em relação aos países

signatários do Estatuto de Roma – 4 Das dificuldades à execução dos mandados de detenção expedidos pelo TPI contra chefes de Estado em exercício no atual estágio de desenvolvimento da jurisdição penal internacional – 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO E CONTEXTUALIZAÇÃO

No dia 23 de fevereiro de 2022, tropas da Federação Russa, a mando do seu Presidente e Comandante Supremo Vladimir Vladimirovich Putin, invadiram a Ucrânia, outra ex-república soviética, inaugurando o pior conflito armado em território europeu desde a Segunda Guerra Mundial (1939-1945). Os dois países já se encontravam em permanente estado de tensão desde 2014, quando a Rússia invadiu e anexou a região ucraniana da Crimeia, sob protestos da maior parte da comunidade internacional.

No plano do Direito Internacional, a invasão militar russa da Ucrânia representou um desafio flagrante e direto à ordem jurídica estabelecida pela Carta das Nações Unidas de 1945, que em seu art. 2º consagrou o princípio da solução pacífica das controvérsias¹ como um dos pilares fundamentais da sociedade internacional pós-Segunda Guerra, vedando a agressão entre Estados.

Ao menos no plano deontológico, no mundo sob a tutela da ONU, a guerra não é mais vista como um instrumento legítimo por meio do qual os Estados podem perseguir os seus interesses estratégicos políticos, econômicos e territoriais, salvo em situações excepcionais, quando o uso da força poderá ser autorizado pelo Conselho de Segurança ou no caso de

¹ ARTIGO 2 - *A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no Artigo 1, agirão de acordo com os seguintes Princípios:*

(...)

3. *Todos os Membros deverão resolver suas controvérsias internacionais por meios pacíficos, de modo que não sejam ameaçadas a paz, a segurança e a justiça internacionais.*

4. *Todos os Membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas.*

Estados que atuem em legítima defesa, conforme se depreende da leitura dos artigos 39², 42³ e 51⁴ da referida norma internacional.

Diante dessa grave ameaça de ruptura, a reação internacional ao ato de agressão comandado por Putin foi e segue sendo intensa, especialmente entre as potências econômicas e militares integrantes da Organização do Tratado do Atlântico Norte – OTAN, que vêm promovendo uma verdadeira “guerra por procuração”⁵ contra a Rússia, ao fornecerem armamento, treinamento e outras formas de suporte aos combatentes ucranianos.

Em verdade, o confronto nos teatros de operações na Ucrânia é uma parcela visível de um jogo interesses muito mais amplo, que opõe, de um lado, as potências ocidentais, e do outro a Rússia e seus aliados geopolíticos, dentre os quais o mais relevante indubitavelmente é a República Popular da China. Pode-se afirmar, sem risco de exagero, que os efeitos dessa guerra

² ARTIGO 39 - *O Conselho de Segurança determinará a existência de qualquer ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão, e fará recomendações ou decidirá que medidas deverão ser tomadas de acordo com os Artigos 41 e 42, a fim de manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais.*

³ ARTIGO 42 - *No caso de o Conselho de Segurança considerar que as medidas previstas no Artigo 41 seriam ou demonstraram que são inadequadas, poderá levar a efeito, por meio de forças aéreas, navais ou terrestres, a ação que julgar necessária para manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais. Tal ação poderá compreender demonstrações, bloqueios e outras operações, por parte das forças aéreas, navais ou terrestres dos Membros das Nações Unidas.*

⁴ ARTIGO 51 - *Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva no caso de ocorrer um ataque armado contra um Membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. As medidas tomadas pelos Membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança e não deverão, de modo algum, atingir a autoridade e a responsabilidade que a presente Carta atribui ao Conselho para levar a efeito, em qualquer tempo, a ação que julgar necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais.*

⁵ O termo “Guerra por procuração” ou “Proxy War” se refere aos conflitos nos quais um Estado enfrenta outro Estado, mas ao invés de usar as suas próprias forças militares, luta através de terceiros, que podem ser um outro Estado, milícias ou outras formas de grupos armados. Esse fenômeno se tornou bastante comum durante a Guerra Fria (1945-1991), quando os Estados Unidos da América e a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas competiram pela hegemonia global, envolvendo-se em vários embates estratégicos, porém sem jamais entrarem em confronto direto, o que representava um dos maiores temores da comunidade internacional, já que uma guerra nuclear poderia (e ainda pode) significar a própria aniquilação da espécie humana.

serão responsáveis por moldar parcela considerável da história em construção no século XXI, diante desse contexto que alguns analistas já consideram como uma “nova Guerra Fria”⁶.

É indubitável, no entanto, que ninguém foi, é ou será mais afetado pelo conflito do que a população da Ucrânia, especialmente os civis, que nem sempre vêm sendo poupados no curso das hostilidades, apesar de toda a gama de direitos dos quais são titulares perante o Direito Internacional Humanitário.

Desde o início da guerra, surgiram múltiplos relatos de graves violações às Convenções de Genebra e outras normas internacionais, a exemplo do massacre ocorrido durante a batalha de Bucha, em março de 2022, quando centenas de civis desarmados teriam sido vitimados por militares russos, em muitos casos havendo indícios de execuções sumárias, segundo organizações de defesa dos direitos humanos, como a *Human Rights Watch*⁷.

Como consequência dos eventos ocorridos em Bucha, a Rússia foi removida do Conselho de Direitos Humanos da ONU, por resolução aprovada pela Assembleia Geral ocorrida em abril de 2022. Votaram a favor da deliberação 93 países, 24 votaram contra e outros 58 se abstiveram⁸.

⁶ Essa expressão vem sendo utilizada por um número crescente de analistas, a exemplo de Hugh David Scott Greenway, para quem a invasão russa da Ucrânia e a declaração conjunta de 04 de fevereiro de 2022 emitida por Rússia e China seriam sinais de que uma nova Guerra Fria já teria se iniciado. Para o articulista, as sanções econômicas impostas pelo Ocidente não serão suficientes para deter Vladimir Putin, havendo uma clara tendência de um progressivo aprofundamento das tensões entre os dois polos envolvidos, direta ou indiretamente, no confronto (GREENWAY, H.D.S. *Welcome to Cold War II*. Boston Globe. Disponível em: <https://www.bostonglobe.com/2022/02/25/opinion/welcome-cold-war-ii/>. Acesso em: 23 mar. 2023.

⁷ UKRAINE: Russian Forces' Trail of Death in Bucha. Preserving Evidence Critical for War Crimes Prosecutions. *Human Rights Watch*. 21 abr. 2022. Disponível em: <https://www.hrw.org/news/2022/04/21/ukraine-russian-forces-trail-death-bucha>. Acesso em: 23 mar. 2023.

⁸ LEDERER, Edith M. UN ousts Russia from Human Rights Council. *Belfast Telegraph*. 07 abr. 2022. Disponível em: <https://www.belfasttelegraph.co.uk/news/world-news/un-ousts-russia-from-human-rights-council/41530906.html>. Acesso em 23 mar. 2023.

As diversas denúncias de abusos cometidos contra a população civil ucraniana levaram a uma crescente pressão sobre organismos internacionais competentes para a apuração e eventual punição de tais crimes de guerra, especialmente o Tribunal Internacional – TPI, tendo em vista que o processamento e julgamento dessa espécie de delito é uma de suas competências definidas em seu tratado constitutivo.

Atendendo a essas demandas, em 02 de março de 2022, o Procurador-Geral atuante naquela Corte, Karim Asad Ahmad Khan, promoveu a abertura de inquérito com o propósito de apurar as alegadas violações do Direito Humanitário ocorridas no curso da invasão⁹, após requerimento de 39 Estados-partes do Estatuto de Roma.

As apurações prosseguiram com apoio da parcela expressiva da comunidade internacional e, em maio de 2022, o Conselho de Direitos Humanos da ONU também determinou a abertura de investigação sobre as graves violações de direitos que vinham ocorrendo nas regiões da capital Kiev, Chernihiv, Kharkiv e Sumy¹⁰. A resolução foi aprovada por ampla maioria dos seus membros, tendo obtido 33 votos favoráveis e apenas 2 contrários, da China e da Eritreia.

Naquele mesmo mês, o TPI enviou uma equipe composta por 42 especialistas à Ucrânia, com o propósito de coletar provas das alegadas violações massivas de direitos humanos cometidas pelas tropas russas¹¹. O objetivo da missão era apurar especialmente as denúncias de execuções

⁹ Statement of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC, on the Situation in Ukraine: “I have decided to proceed with opening an investigation.” International Criminal Court, 28 fev. 2022. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-i-have-decided-proceed-opening> Acesso em: 22 mar. 2023.

¹⁰ INDEPENDENT International Commission of Inquiry on Ukraine. *United Nations – Human Rights Council*. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/iicuhr-ukraine/index>. Acesso em 22 mar. 2023.

¹¹ TPI envia missão para investigar crimes de guerra na Ucrânia. *DW*, 17 mai. 2022. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/tpi-envia-miss%C3%A3o-para-investigar-crimes-de-guerra-na-ucr%C3%A2nia/a-61830154> . Acesso em 24 mar. 2023.

sumárias cometidas contra civis e outros abusos, como práticas de tortura e deportação ilícita de nacionais ucranianos, incluindo crianças.

Apesar do notável interesse da comunidade internacional nas apurações, muitos especialistas, desde o início da guerra, viam com ceticismo a possibilidade de medidas efetivas contra os autores intelectuais das atrocidades cometidas na Ucrânia. Entre as razões que justificam essa postura, encontra-se o fato de que, desde que entrou em funcionamento, em julho de 2002, o Tribunal de Haia processou e condenou basicamente nacionais de Estados com menor expressão militar, econômica e geopolítica, especialmente países africanos. Jamais isso ocorreu com um governante ou oficial de alto escalão vinculado a um país tão poderoso como a Rússia, que além de uma potência nuclear, é membro permanente do Conselho de Segurança da ONU, detendo poder de veto naquele relevante colegiado.

É nesse contexto que, em 17/03/2023, a sociedade internacional foi surpreendida pela divulgação de um mandado de prisão expedido pelo TPI contra Vladimir Putin e a Comissária Presidencial para os Direitos da Criança da Federação Russa, Maria Alekseyena Lvova Belova. Comunicado de imprensa¹² divulgado pelo Tribunal revelou que as imputações que embasaram a decisão envolvem a deportação ilegal de crianças ucranianas de áreas ocupadas na Ucrânia para o território russo, o que configuraria os crimes de guerra previstos nos artigos 8 (2) (a) (VII) e 8 (2) (b) (VIII), na forma dos artigos 25 (3) e 28 (b), todos do Estatuto de Roma.

O governo russo reagiu alegando que o mandado de prisão é ilegal, já que os chefes de Estado possuem imunidade absoluta em relação à jurisdição “de outros países”. Afirmou ainda que a conduta do procurador e dos juízes responsáveis pela ordem “contêm indícios de crimes previstos no

¹² SITUATION in Ukraine: ICC judges issue arrest warrants against Vladimir Vladimirovich Putin and Maria Alekseyevna Lvova-Belova. *International Criminal Court*, 17 mar. 2023. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and> Acesso em: 24 mar. 2023.

Código Penal russo”, pois representaria a tomada de medidas contra o representante de um Estado protegido por normas internacionais, “com o objetivo de entorpecer as relações internacionais”. Baseando-se nessas premissas, o Comitê de Instrução da Rússia – CRI, promoveu a abertura de uma investigação criminal contra o procurador Khan e contra os juízes Tomoko Akane, Rosario Salvatore Aitala e Sergio Gerardo Ugalde Godínez¹³.

Importa destacar que nem a Rússia e nem a Ucrânia são países signatários do Estatuto de Roma, tratado que instituiu o Tribunal Penal Internacional e estabeleceu a sua jurisdição e competência.

Diante desse cenário de embates e controvérsias, o presente estudo visa a analisar os principais aspectos jurídicos dos mandados de prisão expedidos pelo TPI em desfavor de Putin e Belova, focando-se nos seguintes aspectos: (a) competência do referido Tribunal Internacional para processar e julgar os supostos delitos imputados aos investigados e os demais crimes de guerra ocorridos no contexto da invasão russa da Ucrânia; (b) força cogente dos mandados em relação aos países signatários do referido tratado internacional, dentre os quais se encontra a República Federativa do Brasil; (c) empecilhos existentes à efetivação da ordem pelos Estados Partes do Estatuto de Roma e o que eles revelam sobre o atual estágio de desenvolvimento da jurisdição penal internacional.

Por fim, cumpre destacar que não integra o escopo deste trabalho a análise do mérito da decisão do TPI, ou seja, a sua correção ou incorreção material, pois isso dependeria do escrutínio aprofundado das provas às quais a Corte de Haia teve acesso, o que fugiria ao foco e objetivos propostos.

¹³ RÚSSIA abre processo contra Tribunal Penal Internacional. *DW*, 20 mar. 2023. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-002/r%C3%BAssia-abre-processo-contra-tribunal-penal-internacional/a-65051760>. Acesso em: 24 mar. 2023.

Para atingir a finalidade proposta, adotamos o método hipotético-dedutivo, por meio de pesquisa teórica bibliográfica e análise de textos normativos.

2 DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA PROCESSAR E JULGAR OS CRIMES DE GUERRA OCORRIDOS NO CONTEXTO DA INVASÃO RUSSA NA UCRÂNIA

O Tribunal Penal Internacional foi instituído pelo Estatuto de Roma, de 17 de julho de 1998, mas a sua efetiva instalação ocorreu no ano de 2002, quando o tratado alcançou as 60 ratificações necessárias para a sua entrada em vigor, nos termos do seu art. 126, 1¹⁴. O Brasil incorporou o Estatuto ao seu ordenamento jurídico por meio do Decreto 4.388, de 25 de setembro de 2002.

Nos termos do Estatuto de Roma, a competência do TPI restringir-se-á aos crimes mais graves, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, abrangendo: (a) O crime de genocídio; (b) Crimes contra a humanidade; (c) Crimes de guerra; (d) O crime de agressão¹⁵. No entanto, existe uma restrição com relação a esta última espécie delitiva, já que a competência do Tribunal para o julgamento do crime de agressão dependerá de disposição específica que defina tal crime e enuncie as condições nas quais o TPI será competente para a sua apreciação, nos termos dos artigos 121 e 123 do seu tratado constitutivo.¹⁶

Apenas com a Conferência de Kampala, em 2010, a referida disposição específica começou a ser discutida, sendo que após mais um longo período, em julho de 2018, a emenda Kampala foi finalmente oficializada, prevendo *vacatio legis* de um ano para os países que a ratificarem. Além da

¹⁴ *O presente Estatuto entrará em vigor no primeiro dia do mês seguinte ao termo de um período de 60 dias após a data do depósito do sexagésimo instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão junto do Secretário-Geral da Organização das Nações Unidas.*

¹⁵ Art. 5º, (1), do Estatuto de Roma.

¹⁶ *Idem*, art. 5º, (2).

definição do crime de agressão, foram estabelecidas as circunstâncias em que o Tribunal Penal Internacional terá competência para processar e julgar essa espécie delitiva.

Diferentemente do que ocorre com os demais crimes de competência do TPI, que poderão ser processados e julgados pelo Tribunal quando presentes quaisquer das circunstâncias indicadas nas alíneas “a” a “c” do artigo 13 do Estatuto de Roma, no caso do crime de agressão aplica-se, a princípio, apenas a alínea “b”, que demanda denúncia do Conselho de Segurança da ONU ao Procurador-Geral. Tal disposição vai ao encontro do que prescreve o artigo 39 da Carta das Nações Unidas¹⁷, o qual, para alguns especialistas, já determinava que a identificação das situações configuradoras do delito de agressão na seara internacional seria prerrogativa exclusiva daquele colegiado, muito embora a matéria seja objeto de alguma divergência.^{18 19}

De todo modo, no caso da invasão da Ucrânia ocorrida em fevereiro de 2022, essas condições não estão presentes. Primeiramente porque, como já

¹⁷ *ARTIGO 39 - O Conselho de Segurança determinará a existência de qualquer ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão, e fará recomendações ou decidirá que medidas deverão ser tomadas de acordo com os Artigos 41 e 42, a fim de manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais.*

¹⁸ *“As opiniões sobre a influência do Conselho logo sofreram uma divisão, pois alguns acreditavam que o poder do Conselho de Segurança para determinar a ocorrência de ‘agressão não é exclusivo, pois, no contexto do Tribunal Penal Internacional, a Carta permite que outros órgãos, como a Corte Internacional de Justiça ou a Assembleia Geral, possam também determinar a existência de agressão’. (STEIN, 2005, p. 02). Outros, porém, entendiam ‘que, sob a Carta das Nações Unidas, o Conselho de Segurança deve determinar a existência de um ato de agressão como uma pré-condição para qualquer acusação de crime de agressão’. (STEIN, 2005, p. 01).” (FEIJÓ, Alexsandro Rahbani Aragão; NEVES, Juliana Mendonça A influência do Conselho de Segurança da ONU nas decisões do Tribunal Penal Internacional: casos do Iraque e de Darfur. p. 09)*

¹⁹ Para André de Carvalho Ramos, uma análise mais acurada do Estatuto de Roma e da citada emenda de revisão levam à conclusão de que a interferência do Conselho de Segurança é desnecessária apenas em uma hipótese: quando houver provocação por Estado Parte ao Procurador do TPI ou ainda por iniciativa própria do Procurador (*motu proprio*), caso os Estados envolvidos na agressão sejam: (i) partes do Estatuto de Roma, (ii) sendo que um deles deve ter ratificado a Emenda de Kampala, e ainda (iii) o Estado agressor não tenha aderido à cláusula de exclusão da jurisdição da Corte sobre o crime de agressão (RAMOS, André de Carvalho. Curso de direitos humanos. 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017, p. 481).

mencionado, nenhum dos dois países envolvidos no confronto é parte do Estatuto de Roma. Ademais, inexistiu atuação do Conselho de Segurança com o propósito de enquadramento do fato como crime de agressão, o que é óbvio diante da condição de membro permanente e com poder de veto ostentada pela Federação Russa naquele colegiado.

Desta forma, o crime de agressão possivelmente configurado com a referida operação militar iniciada por ordem de Putin escapa à competência do Tribunal Penal Internacional. Como já ressaltado, no entanto, não foi o ataque à Ucrânia, por si só, que levou à determinação de prisão em desfavor de Putin e Belova, mas sim fatos ocorridos já no curso do conflito. Mais especificamente, a pretensa deportação e transferência ilegal de crianças do território ucraniano para a Federação Russa, o que configuraria, em tese, o crime de guerra tipificado nos artigos 8 (2) (a) (VII) e 8 (2) (b) (VIII) do Estatuto de Roma.

Desta forma, o critério da tipicidade foi atendido, já que as condutas atribuídas aos investigados constituem crimes de guerra devidamente previstos no Estatuto. Frise-se que o não reconhecimento do estado de guerra pela Rússia, que qualifica a invasão da Ucrânia como uma “operação militar especial”, é irrelevante no tocante à subsunção realizada pelo Tribunal, ante o que dispõe a parte final do art. 2º, comum às quatro convenções de Genebra de 1949²⁰.

Convém ressaltar que o fato de Ucrânia e Rússia não terem ratificado o Estatuto não é apto, por si só, para afastar a jurisdição do TPI quanto aos crimes eventualmente cometidos por seus respectivos cidadãos. Com efeito, as hipóteses de competência do TPI são definidas segundo critérios materiais (*ratione materiae*), ou seja, em se tratando de crime previsto no Estatuto de Roma e estando preenchidas determinadas condições

²⁰ *Afora as disposições que devem vigorar em tempo de paz, a presente Convenção se aplicará em caso de guerra declarada ou de qualquer outro conflito armado que surja entre duas ou várias das Altas Partes Contratantes, mesmo que o estado de guerra não seja reconhecido por uma delas. (g.n).*

nele estabelecidas, a jurisdição daquela Corte se imporá, não existindo qualquer restrição absoluta decorrente da nacionalidade do(s) jurisdicionado(s).

Dispõe o art. 12 do Estatuto de Roma:

Condições Prévias ao Exercício da Jurisdição

1. O Estado que se torne Parte no presente Estatuto, aceitará a jurisdição do Tribunal relativamente aos crimes a que se refere o artigo 5º.

2. Nos casos referidos nos parágrafos a) ou c) do artigo 13, o Tribunal poderá exercer a sua jurisdição se um ou mais Estados a seguir identificados forem Partes no presente Estatuto **ou aceitarem a competência do Tribunal de acordo com o disposto no parágrafo 3º:**

a) Estado em cujo território tenha tido lugar a conduta em causa, ou, se o crime tiver sido cometido a bordo de um navio ou de uma aeronave, o Estado de matrícula do navio ou aeronave;

b) Estado de que seja nacional a pessoa a quem é imputado um crime.

3. Se a aceitação da competência do Tribunal por um Estado que não seja Parte no presente Estatuto for necessária nos termos do parágrafo 2º, pode o referido Estado, mediante declaração depositada junto do Secretário, consentir em que o Tribunal exerça a sua competência em relação ao crime em questão. O Estado que tiver aceito a competência do Tribunal colaborará com este, sem qualquer demora ou exceção, de acordo com o disposto no Capítulo IX.

Dos trechos em negrito decorrem algumas conclusões importantes. Primeiramente, o dispositivo deixa claro que é possível a aceitação voluntária da competência do Tribunal por Estados que não sejam partes do Estatuto. Por outro lado, também resulta evidente que essa aceitação, em cada caso, dependerá da existência de um vínculo especial entre o Estado aceitante e os crimes a serem processados, podendo ser esse vínculo definido por um critério objetivo (alínea “a”), quando será levada em conta a titularidade do território, bem como, quando for o caso, a matrícula do navio ou aeronave em

que ocorreu o delito, ou por um critério subjetivo (alínea “b”), quando o fator decisivo será a nacionalidade do suposto criminoso²¹.

Por outro lado, nada na literalidade do texto normativo parece indicar que os referidos critérios são cumulativos. Pelo contrário, até para evitar situações de odiosa impunidade, um dos propósitos primordiais que inspiraram a criação do TPI, a melhor interpretação da norma leva à conclusão de que, estando presente qualquer das circunstâncias indicadas nas alíneas supracitadas, a jurisdição daquela Corte poderá ser fixada, desde que presentes as demais condições dispostas no Estatuto, incluindo a abertura de investigação pelo Procurador. Portanto, tendo o crime ocorrido no território do Estado-parte ou aceitante da jurisdição do Tribunal, é irrelevante a nacionalidade do agente.

Trata-se de uma observação bastante pertinente para o caso em exame, pois desde 08 de setembro de 2015, ainda no contexto da invasão e anexação da Crimeia pela Rússia, que havia ocorrido no ano anterior, a Ucrânia formalizou declaração aceitando a jurisdição do TPI a partir de 20 fevereiro de 2014, e sem data limite, para crimes internacionais cometidos, em seu território, por oficiais da Federação Russa e por líderes dos grupos terroristas DNR e LNR²².

Também não parece ser objeto de controvérsia relevante a constatação segundo a qual a exigência de que o crime tenha ocorrido no território do Estado-parte do Estatuto de Roma ou que tenha aceitado a jurisdição do Tribunal não impede a punição dos autores intelectuais do

²¹ Note-se que quando a demanda for iniciada por denúncia apresentada pelo Conselho de Segurança ao Procurador, nos termos do art. 13, alínea “b”, do Estatuto, essas condições não se aplicam. Em outros termos, nessa hipótese, o Tribunal Penal Internacional será competente para apreciação do caso, mesmo que o crime tenha ocorrido no território de Estado que não seja parte no Estatuto de Roma e nem tenha aceitado a sua competência na forma do artigo 12 (3). Do mesmo modo, em se tratando de demanda apresentada pelo Conselho de Segurança, não se exigirá qualquer condicionante relativa à nacionalidade da pessoa a ser investigada.

²² A Ucrânia já havia aceitado a competência do TPI por meio de uma declaração anterior, apresentada em 09 de abril de 2014, porém com uma abrangência temporal mais limitada, já que se referia somente a crimes cometidos entre 21 de novembro de 2013 e 22 de fevereiro de 2014.

crime, mesmo quando estes não tenham sequer pisado no teatro de operações, tendo em vista o que dispõe o art. 25 (3) do Estatuto de Roma, que autoriza a responsabilização criminal individual do agente que pratica o crime “por intermédio de outrem”²³, bem como que tenha ordenado, solicitado ou instigado a prática do delito²⁴.

Por outro lado, a condição de Chefe de Estado do suposto autor do crime não afasta a possibilidade de sua punição, ante o princípio²⁵ da irrelevância da qualidade oficial, disposto expressamente no artigo 27²⁶ do Estatuto de Roma.

Por fim, o caráter subsidiário da jurisdição internacional, na forma dos artigos 1º e 17 do Estatuto de Roma²⁷, foi respeitado, tendo em vista a

²³ Artigo 25 (3) (a) do Estatuto de Roma.

²⁴ Idem, artigo 25 (3) (b).

²⁵ Em que pese seja referida desta forma aparentemente pela parcela mais expressiva da doutrina, parece-nos que a norma em questão se amolda melhor ao conceito de “regra”, dentro da classificação proposta pelo jurista alemão Robert Alexy. De fato, trata-se de norma que rechaça em absoluto a aplicação, no âmbito da jurisdição internacional do TPI, de qualquer privilégio ou imunidade concedido aos chefes de Estado pelas ordens jurídicas internas. Não se trata de um “mandado de otimização”, mas sim de uma prescrição direta e concreta, que pode ser cumprida ou não (o que o jurista denomina modelo tudo-ou-nada), mas não submetida ao método da ponderação de interesses aplicável aos princípios. (ALEXY, Robert. *Derecho e razón práctica*. México: Fontamara, 1993). No entanto, optamos por permanecer utilizando a expressão “princípio da irrelevância da qualidade oficial” neste trabalho, por já se encontrar consagrada na doutrina penal e internacionalista.

²⁶ *Irrelevância da Qualidade Oficial. 1. O presente Estatuto será aplicável de forma igual a todas as pessoas sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público, em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de per se motivo de redução da pena. 2. As imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa; nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa.*

²⁷ Sobre a natureza subsidiária do TPI frente às jurisdições nacionais, Valério Mazzuoli pontua que: “De fato, no preâmbulo do Estatuto se lê que a intenção dos Estados foi criar um Tribunal ‘complementar às jurisdições nacionais’, para o fim de processar e julgar os indivíduos acusados de cometer os crimes de maior gravidade que afetam a sociedade internacional como um todo. Destaque-se, contudo, que essa característica ‘complementar às jurisdições penais nacionais’ (também presente na redação do art. 1º do Estatuto) conota aqui, uma jurisdição *subsidiária*. De fato, parece não se tratar do caso em que qualquer das jurisdições (interna e internacional) possa atuar concorrentemente à outra, e sim da hipótese em que a jurisdição universal só intervirá (subsidiariamente, *ultima ratio*) quando o direito interno (na esfera criminal) não o fizer,

óbvia e completa ausência de qualquer vontade (e até mesmo possibilidade, ante as condições políticas existente naquele país) das instituições judiciárias russas no sentido de promoverem a responsabilização dos possíveis autores de crimes de guerra cometidos na Ucrânia.

Desta forma, e considerando a decisão do Procurador do TPI de promover a abertura de inquérito para investigar os delitos cometidos no contexto da invasão russa da Ucrânia, conclui-se que estão preenchidas todas as condições, tanto formais como materiais, para que o Tribunal Penal Internacional possa exercer a sua jurisdição a respeito dos crimes supostamente perpetrados por Vladimir Putin e Maria Belova.

3 DA FORÇA COGENTE DOS MANDADOS DE DETENÇÃO EXPEDIDOS PELO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL EM RELAÇÃO AOS PAÍSES SIGNATÁRIOS DO ESTATUTO DE ROMA

Como destaca Flávia Piovesan, no âmbito do sistema global de proteção dos direitos humanos, ao contrário do que já ocorre em alguns sistemas regionais, ainda não existe uma Corte Internacional permanente com competência especializada em casos envolvendo violações desses direitos, lacuna que foi parcialmente colmatada com a aprovação e entrada em vigor do Estatuto do Tribunal Penal Internacional, a partir de quando o “sistema global passou a contemplar um órgão jurisdicional internacional penal competente para julgar os mais graves crimes que atentam contra a ordem internacional”²⁸.

A jurista ressalta, ademais, uma das principais diferenças existentes entre o Tribunal Penal Internacional e seus antecessores históricos mais recentes, o Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia (1993) e o Tribunal Penal Internacional para Ruanda (1994):

segundo os critérios definidos pelo próprio Estatuto de Roma (art. 17). (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de direito internacional Público. 15 ed. – Rio de Janeiro, Forense, 2023, p. 911)

²⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 315.

O Tribunal Penal Internacional permite limitar a seletividade política até então existente. Como visto, os Tribunais *ad hoc*, criados na década de 90 para julgar os crimes ocorridos na ex-Iugoslávia e em Ruanda, basearam-se em resoluções do Conselho de Segurança da ONU, para as quais se requer o consenso dos 5 membros permanentes, com poder de veto, nos termos do art. 27, parágrafo 3º, da Carta da ONU. Ao contrário, o Tribunal Penal Internacional assenta-se no primado da legalidade, mediante uma justiça preestabelecida, permanente e independente, aplicável igualmente a todos os Estados que a reconhecem, capaz de assegurar direitos e combater a impunidade, especialmente a dos mais graves crimes internacionais. Consagra-se o princípio da universalidade, na medida em que o Estatuto de Roma aplica-se universalmente a todos os Estados-partes, que são iguais frente ao Tribunal Penal, afastando-se a relação entre “vencedores” e “vencidos”²⁹.

De fato, a discussão sobre a eventual parcialidade e o caráter de exceção de tribunais internacionais constituídos *ad hoc*, normalmente após situações de conflitos armados marcados por violações generalizadas de direitos, é bastante antiga, e se aprofundou após a 2ª Guerra Mundial, quando os Aliados, vitoriosos sobre as forças do Eixo, constituíram dois tribunais dessa espécie, o Tribunal Militar Internacional ou “Tribunal de Nuremberg” e o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente ou “Tribunal de Tóquio”.

O Tribunal Penal Internacional, por sua vez, possui natureza permanente e competência limitada a fatos posteriores à entrada em vigência do Estatuto de Roma. Ademais, ao contrário dos antigos tribunais de guerra, a sua criação não resultou de uma imposição dos vencedores aos vencidos, e sim da convergência de vontades dos países signatários do seu tratado constitutivo.

Não por outra razão, a jurisdição do TPI exercida sobre os Estados Partes do Estatuto em nada viola a soberania desses países, já que o ato de assinar um tratado assumindo compromissos na esfera internacional é

²⁹ *Op. cit.*, p. 319.

justamente uma das formas de manifestação mais clássicas da vontade soberana estatal³⁰.

Alguns autores, como Valério Mazzuoli, defendem que as disposições do Estatuto de Roma prevalecem até mesmo sobre as normas constitucionais dos ordenamentos jurídicos internos:

Sobre as características do Estatuto de Roma de 1998, cabe assinalar algumas questões. A primeira delas é que o Estatuto detém nível *supraconstitucional* nas ordens domésticas, eis que não se trata de qualquer tratado, mas de *um tratado especial* de natureza *centrífuga*, cujas normas derrogam (superam) todo tipo de normas do Direito interno. Os tratados ou normas de direitos humanos *centrífgos* são os que regem as relações jurídicas dos Estados ou dos indivíduos com a chamada jurisdição global (ou universal). (...) O único órgão jurisdicional com alcance universal atualmente existente é o TPI; daí o seu status *supraconstitucional* em face aos ordenamentos domésticos³¹.

O artigo 58 do Estatuto de Roma prescreve que a qualquer momento, após a abertura do inquérito, o Juízo de instrução do TPI poderá, a pedido do Procurador, emitir mandado de detenção contra pessoas investigadas, quando configurada alguma das situações elencadas nos parágrafos 1 e 2 do dispositivo³².

³⁰ *No caso do Brasil, existe um argumento adicional, já que a própria Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, § 4º, resultante da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, passou a prever expressamente a submissão do país à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.*

³¹ *Op. cit.*, p. 910/911.

³² *1. A todo o momento após a abertura do inquérito, o Juízo de Instrução poderá, a pedido do Procurador, emitir um mandado de detenção contra uma pessoa se, após examinar o pedido e as provas ou outras informações submetidas pelo Procurador, considerar que: a) Existem motivos suficientes para crer que essa pessoa cometeu um crime da competência do Tribunal; e b) A detenção dessa pessoa se mostra necessária para: i) Garantir o seu comparecimento em tribunal; ii) Garantir que não obstruirá, nem porá em perigo, o inquérito ou a ação do Tribunal; ou iii) Se for o caso, impedir que a pessoa continue a cometer esse crime ou um crime conexo que seja da competência do Tribunal e tenha a sua origem nas mesmas circunstâncias. 2. Do requerimento do Procurador deverão constar os seguintes elementos: a) O nome da pessoa em causa e qualquer outro elemento útil de identificação; b) A referência precisa do crime da competência do Tribunal que a pessoa tenha presumivelmente cometido; c) Uma descrição*

Com o propósito de viabilizar o cumprimento dessas decisões, o Estatuto estabelece um regime de cooperação entre o Tribunal e os países signatários. O artigo 86 fixa como um dever dos Estados Partes cooperarem plenamente com o Tribunal no inquérito e no procedimento contra crimes da competência deste. Já o artigo 88 determina que os signatários deverão assegurar-se de que o seu direito interno prevê procedimentos que permitam responder a todas as formas de cooperação especificadas no capítulo IX do Estatuto, o que inclui o cumprimento dos mandados de detenção expedidos pela Corte.

No tocante ao cumprimento das decisões do TPI que determinam a detenção de investigados por crimes de competência daquela Corte, leciona Najla Nassif Palma:

Em um só requerimento, O TPI poderá pedir a detenção (prisão provisória ou preventiva) e entrega de uma pessoa a qualquer Estado em cujo território essa pessoa possa se encontrar. Os Estados Partes que têm um compromisso com o ER darão satisfação aos pedidos. Se a pessoa impugnar o pedido de entrega em algum tribunal nacional com base no princípio *ne bis in idem*, o Estado imediatamente consultará o TPI para saber se já houve uma decisão sobre admissibilidade do feito nos termos dos arts. 18.o e 19.o do ER. Em caso positivo, o Estado dará seguimento ao pedido. Em caso negativo, o Estado poderá postergar o andamento do pedido até que o Tribunal se pronuncie sobre a admissibilidade do feito.³³

Desta forma, em que pese tenha conferido algum grau de liberdade aos Estados-partes quanto aos procedimentos para a cooperação com o TPI, tema a ser regulado pelo direito interno de cada país, o Estatuto de Roma não deixa margem para dúvidas quanto à natureza impositiva do dever de cooperar. Em outros termos, as decisões do Tribunal devem ser cumpridas pelos Estados signatários, obrigação esta que não depende de qualquer

sucinta dos fatos que alegadamente constituem o crime; d) Um resumo das provas e de qualquer outra informação que constitua motivo suficiente para crer que a pessoa cometeu o crime; e os motivos pelos quais o Procurador considere necessário proceder à detenção daquela pessoa.

³³ PALMA, Najla Nassif. *Direito Internacional Humanitário e Direito Penal Internacional*. Rio de Janeiro: Fundação Trompowsky, 2008, p. 221.

espécie de juízo de conveniência ou oportunidade a ser expresso pelos seus destinatários.

Reforça essa percepção a previsão do artigo 87 do Estatuto, segundo o qual em caso de recusa de um pedido de cooperação por um Estado signatário, o Tribunal poderá elaborar um relatório e remeter a questão à Assembléia dos Estados Partes ou ao Conselho de Segurança, quando tiver sido este a submeter o fato ao Tribunal. Já o artigo 112 (2) (g) estabelece como uma das atribuições da Assembleia dos Estados Partes decidir, em harmonia com os parágrafos 5 e 7 do artigo 87, qualquer questão relativa à não cooperação dos Estados. Depreende-se, desta forma, que medidas poderão ser adotadas pelo órgão competente (Assembleia ou Conselho de Segurança, conforme o caso), no campo da responsabilidade internacional, em face do Estado que se recusar a cooperar com o TPI.

4 DAS DIFICULDADES À EXECUÇÃO DOS MANDADOS DE DETENÇÃO EXPEDIDOS PELO TPI CONTRA CHEFES DE ESTADO EM EXECÍCIO NO ATUAL ESTÁGIO DE DESENVOLVIMENTO DA JURISDIÇÃO PENAL INTERNACIONAL

Em março de 2009 e julho de 2010, o Tribunal Penal Internacional emitiu mandados de detenção contra Omar Hassan Ahmad al-Bashir, então Presidente da República do Sudão, sob a acusação do cometimento de crimes contra a humanidade e de genocídio que teriam ocorrido entre 2003 e 2008 no contexto do conflito armado na região de Darfur, no qual perderam a vida cerca de 300.000 pessoas, segundo estimativas da ONU divulgadas na época³⁴.

³⁴ Essa estimativa foi divulgada pelo então subsecretário-geral de ajuda humanitária das Nações Unidas, John Holmes, em abril de 2008 (MORTOS em Darfur podem chegar a 300 mil, diz ONU. *BBC Brasil*, 23. Abr. 2008. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/reporterbbc/story/2008/04/080423_darfurmortos_ac. Acesso em: 17 abr. 2023).

Era a primeira vez que o TPI determinava a prisão e entrega de um chefe de Estado em exercício, o que gerou fortes reações de parte da sociedade internacional. Além das objeções apresentadas pelo próprio governo do Sudão, a decisão da Corte foi expressamente rejeitada pela China, pela Rússia e por entidades supranacionais, como a União Africana, a Liga Árabe e o Movimento dos Não Alinhados, fórum internacional composto por 120 países que não integram qualquer grande bloco de poder.^{35 36}

O TPI encaminhou pedidos de cooperação para execução do referido mandado de detenção e entrega a diversos Estados, dentre eles o Brasil, o que deu origem à Petição n° 4625, instaurada perante o Supremo Tribunal Federal. Decorridos 11 anos de tramitação, não houve decisão de mérito, pois a Ministra Rosa Weber julgou o pedido prejudicado, em virtude da prisão de al-Bashir ocorrida no Sudão, após um golpe que lhe retirou do poder em abril de 2019, o que tornaria materialmente inexecutável a decisão proferida pelo TPI³⁷.

Apesar da prisão de al-Bashir, e da promessa do novo governo do Sudão no sentido de que o ex-ditador seria entregue para que fosse processado e julgado em Haia³⁸, até o momento isso não ocorreu.

Como ressaltam Françoise Dominique Valéry e Thiago Oliveira Moreira³⁹, a ausência de efetividade da decisão proferida pelo Tribunal Penal

³⁵ BUCKLEY, Chris. China pede cautela com acusações contra líder do Sudão. *Extra*, 18 jul. 2008. Disponível em: <https://extra.globo.com/noticias/mundo/china-pede-cautela-com-acusacoes-contralider-do-sudao-544886.html>. Acesso em: 17 abr. 2023.

³⁶ ARIEFF, Alexis (Coord.) et al. International Criminal Court Cases in Africa: Status and Policy Issues. *Congressional Research Service*. 22 jul. 2011. Disponível em: <https://sgp.fas.org/crs/row/RL34665.pdf>. Acesso em 17 abr. 2023.

³⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão proferida pela Ministra Rosa Weber na PET4625. *Portal do STF*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343576063&ext=.pdf>. Acesso em 17 abr. 2023.

³⁸ SUDÃO entregará ex-presidente Omar al Bashir ao Tribunal Penal Internacional. *G1*, 11 ago. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2021/08/11/sudao-entregara-ex-presidente-omar-al-bashir-ao-tribunal-penal-internacional.ghtml>. Acesso em 13 abr. 2023.

³⁹ VALÉRY, Françoise Dominique; MOREIRA, Thiago Oliveira. Justiça criminal em construção: o tribunal penal internacional e o caso Lubanga. *Revista de Direito Brasileira*, v. 4,

Internacional, nesse e em outros casos, decorreu muito mais interferências políticas do que de fatores jurídicos.

O “caso al-Bashir” antecipou discussões que certamente também serão travadas a respeito do “caso Putin”, com uma diferença substancial, também mais política do que jurídica: desta vez, trata-se do líder de uma potência nuclear e que integra o Conselho de Segurança da ONU na condição de membro permanente, circunstâncias que tornam ainda mais improvável o efetivo cumprimento do mandado de detenção e entrega, ainda que por autoridades de países que, em tese, estariam assim obrigados por serem signatários do Estatuto de Roma.

Os obstáculos à efetividade das decisões do Tribunal Penal Internacional são de percepção intuitiva, visto que, ante a ausência de meios coercitivos próprios, o seu cumprimento é completamente dependente da colaboração dos Estados. Caso as autoridades estatais se recusem a colaborar, normalmente não há medidas concretas e efetivas que possam ser adotadas e quanto mais poderoso e relevante for o país em questão, maior essa dificuldade tende a ser.

Não por outro motivo, passados mais de vinte anos desde a sua instalação, o TPI proferiu um número relativamente pequeno de condenações, tendo como alvo principalmente ex-chefes de Estado e agentes militares de países africanos que passaram por graves distúrbios internos. A condenação e efetiva punição de um governante em exercício de uma grande potência econômica e militar decorrente veredito proferido por aquele Tribunal (ou por qualquer outra corte internacional) ainda parece uma utopia.

Ainda são intensas as resistências a uma jurisdição efetiva do TPI, geralmente calcadas em uma noção anacrônica do conceito de soberania. Basta que se diga que, dos cinco membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU, apenas França e Reino Unido ratificaram o ER. A Rússia

n.3, jan./abril. 2013. Disponível em:
<https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2634/2528>. Acesso em: 23 abr. 2023

removeu a sua assinatura do tratado em 2016, como uma reação à postura assumida pelo Tribunal no caso da invasão da Crimeia⁴⁰. China e Estados Unidos⁴¹, por sua vez, chegaram a assinar o Estatuto em 2000, porém nunca ratificaram.

Como bem pondera Leda Maria Portela de Moura⁴²:

(...) 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 embaraçosos 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

⁴⁰<https://www.conjur.com.br/2016-nov-17/tpi-acusa-russia-ocupar-crimea-pais-sai-estatuto-corte>. Acesso em: 21 abr. 2023.

⁴¹ Os Estados Unidos retiraram a sua assinatura ainda no ano de 2002, sob a administração Bush. Em 02 de agosto daquele mesmo ano, foi aprovada o American Service Members' Protection Act (ASPA), lei considerada por alguns estudiosos do tema como a doutrina daquele país para o TPI. Como assinala Joannisval Brito Gonçalves: "*A referida lei, proposta inicialmente por congressistas republicanos ainda durante o governo Clinton, rejeita qualquer jurisdição da Corte sobre cidadãos norte-americanos, proíbe a cooperação dos EUA com o TPI e autoriza o Presidente a usar de todos os meios que julgue necessários para impedir que qualquer pessoa nacional dos EUA ou de seus aliados seja detida ou aprisionada pelo TPI. Essa medida verdadeiramente autoriza o Chefe de Estado norte-americano até a violar o Direito Internacional em nome dos interesses de segurança nacional da Superpotência*" (GONÇALVES, Joannisval Brito. *Os EUA e o Tribunal Penal Internacional*. Revista de informação legislativa, v. 40, n. 160, p. 41-48, out./dez. 2003, p. 42.

⁴² MOURA, Leda Maria Portela de. Efetivação da jurisdição do Tribunal Penal Internacional como fator de proteção de direitos humanos. *Revista do Ministério Público Militar – Ano XLVIII*. Brasília – Edição n. 38 – nov. 2022, p. 146-147.

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.

Também precisas são as colocações de Elio Cardoso:

(..) A efetividade do Tribunal dependeria, em boa medida, da cooperação dos Estados. Diferentemente dos órgãos judiciais nacionais, o TPI não conta com instrumentos próprios para impor as decisões dos seus juízes. Em seu discurso de posse, Philippe Kirsch deixara absolutamente claro que o TPI, a despeito de independente para tomar as suas decisões, precisaria contar com o auxílio dos Estados para implementá-las: “La Cour pénale internationale [...] doit [...] agir dans un dialogue permanent avec les gouvernements. La Cour n’a aucun pouvoir d’exécution par elle-même”. É uma questão que decorre da combinação entre as dimensões “penal” e “internacional” do TPI. À natureza intrinsecamente coercitiva do Direito Penal, convive a fragilidade coercitiva do Direito Internacional. Os redatores do Estatuto, em 1998, se depararam com as mesmas questões suscitadas no século XIX por Gustave Moynier, da Cruz Vermelha, que já vislumbrara a necessidade de que uma jurisdição internacional viesse a contar com “the necessary power to compel obedience”. A cooperação dos Estados seria o meio necessário para que uma instituição judicial internacional como o TPI pudesse exercer as suas funções, ou seja, processar e julgar os crimes sob a sua jurisdição. Os Estados têm o monopólio do uso da força dentro dos respectivos territórios nacionais. Contam com poder de coerção dentro dos territórios e podem utilizar a sua força policial para produzir provas, realizar diligências, cumprir mandados de prisão e garantir a execução das penas que o TPI venha eventualmente a cominar.⁴³

Trata-se de um problema incontornável enquanto os tribunais internacionais, incluindo o TPI, não contarem com mecanismos coercitivos próprios capazes de fazer cumprir as suas deliberações, e não há qualquer indicativo de que os Estados mais influentes estejam dispostos a fortalecer instituições supranacionais que limitarão o seu poder, fazendo valer o Direito Internacional e pondo fim à “lei do mais forte” que continua imperando nessa

⁴³ CARDOSO, Elio. *Tribunal Penal Internacional: conceitos, realidades e implicações para o Brasil*. Brasília: FUNAG, 2012, p. 71-72.

seara. Pelo contrário, essas superpotências costumam privilegiar os seus próprios interesses, inclusive quando colidentes com normas internacionais. São exemplos históricos recentes disso a invasão do Iraque pelos EUA, em 2003, contrariando o Conselho de Segurança da ONU, e as invasões da Geórgia (2008) e da Ucrânia (2014 e 2022) pela Rússia. Desta forma, pode-se afirmar com segurança que os limites até onde a jurisdição penal internacional será capaz de ir são aqueles que a vontade política da sociedade internacional (e especialmente dos países mais poderosos) permitirem.

Não se pode negar, por outro lado, os grandes avanços ocorridos nas últimas décadas no campo da jurisdição penal internacional. Antonio Cassese⁴⁴ identifica três fases no estabelecimento das cortes criminais internacionais: (a) a das tentativas frustradas do período que se seguiu à 1ª Guerra Mundial (1919-1945); (b) a das perseguições criminais promovidas após a 2ª Guerra Mundial com a criação dos tribunais de Nuremberg e de Tóquio; (c) a dos trabalhos da Comissão de Direito Internacional da ONU (1950-1954) na tentativa de elaborar o estatuto de um tribunal criminal internacional; (d) a criação dos dois tribunais internacionais *ad hoc* (1993 e 1994) na “nova ordem mundial” do pós-Guerra Fria; (e) a elaboração do Estatuto de Roma (1994-1998). Conclui-se, deste modo, que entre as primeiras tentativas de criação de tribunais internacionais especializados em julgar indivíduos que violaram normas internacionais e o nascimento do Tribunal Penal Internacional passaram-se menos de 100 anos, o que em termos históricos, e considerando todas as dificuldades envolvidas, não chega a ser um período tão largo.

Certamente ainda existe um longo caminho a ser percorrido. Uma jurisdição penal internacional efetiva exige um contexto geopolítico que favoreça a cooperação plena entre os Estados, especialmente as grandes potências, em prol de objetivos supranacionais, como assegurar o respeito aos

⁴⁴ CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press: 2003, p. 327.

princípios da Carta das Nações Unidas e aos direitos humanos. Do contrário, sempre faltarão mecanismos capazes de assegurar a efetividade das decisões proferidas pelo Tribunal Penal Internacional, especialmente aquelas que desagradam esses atores mais poderosos.

Como destacado nas linhas introdutórias deste artigo, infelizmente o momento atual parece caminhar mais no sentido oposto, ou seja, do estabelecimento de uma disputa cada vez mais intensa entre os grandes *players* do xadrez geopolítico. Mas a história prova que muitas vezes é dos contextos mais graves e difíceis que surgem os maiores avanços civilizatórios. Do mesmo modo que os horrores da Segunda Guerra Mundial deram origem ao nascimento da ONU, da Declaração Internacional dos Direitos Humanos de 1948 e dos tribunais de Nuremberg e de Tóquio, não seria absurdo crer que do atual cenário conturbado pelo qual passa o mundo possam surgir as condições que viabilizem uma jurisdição penal internacional mais efetiva.

Sobre o significado da criação do TPI, muito bem pontuou Philippe Sands:

Assim como Nuremberg serviu para educar uma geração sobre o compromisso internacional de reprimir os crimes de guerra e a guerra agressiva, podemos esperar que a nova Corte em Haia sirva para nos alertar que todos temos responsabilidades não apenas em relação aos que vemos ao nosso redor, mas também em relação aos que sofrem devido às nossas ações, inações e silêncio.⁴⁵

Não podemos jamais perder de vista essas nobres razões que justificaram a criação de uma corte internacional permanente especializada em julgar os mais graves crimes contra a humanidade.

⁴⁵ SANDS, Philippe. *From Nuremberg to the Hague: the future of International criminal justice*. Cambridge: University Cambridge Press, 2003, p. 67 (tradução nossa).

5 CONCLUSÃO

A guerra que se encontra em curso na Ucrânia já pode ser considerada um dos fatos mais relevantes deste primeiro quarto de século, em razão das suas múltiplas e profundas repercussões, que vão muito além daquelas vivenciadas apenas pelos dois países diretamente envolvidos no conflito.

No campo jurídico, destaca-se o mandado de detenção expedido pelo Tribunal Penal Internacional contra Vladimir Vladimirovitch Putin, atual Presidente da Federação Russa, e a Comissária Presidencial para os Direitos da Criança daquele país, Maria Alekseyena Lvova Belova, por supostamente terem sido responsáveis pela deportação ilegal de crianças ucranianas de zonas de conflito para o território russo, de modo que teriam incidido nos crimes de guerra definidos no artigo 8 (2) (a) (vii) e (b) (viii) do Estatuto de Roma.

A decisão gerou reações diversas da sociedade internacional, tendo sido duramente criticada pela Rússia e seus aliados, que a tacharam de ilegal, por pretensamente desprezitar imunidades de um chefe de Estado. Alegaram, ademais, que aquele país não reconhece a jurisdição do TPI.

Uma conclusão sobre a (in)adequação material da decisão em questão demandaria uma ampla análise das evidências nas quais aquela Corte se baseou, o que fugiria aos objetivos propostos neste trabalho. Entretanto, em termos de observância dos pressupostos e requisitos formais aplicáveis, não houve infringência das disposições do Estatuto de Roma.

O fato de Rússia e Ucrânia não serem signatárias do Estatuto não obsta a jurisdição do TPI quanto aos crimes de guerra ocorridos no curso do conflito armado em questão. Isto porque, ainda em setembro de 2015, no contexto que se seguiu à invasão da Crimeia, a Ucrânia aceitou a jurisdição daquela Corte Internacional quanto a supostos crimes contra a humanidade e

de guerra cometidos por combatentes russos em seu território, na forma do artigo (12) (2) (a) e (3), do Estatuto de Roma.

A possibilidade de responsabilização penal na esfera internacional, por outro lado, também alcança os autores intelectuais dos crimes de guerra em questão, ainda que estes não tenham executado materialmente ou mesmo sequer estado presentes no teatro de operações em que os fatos ocorreram.

A condição de chefe de Estado ostentada por Vladimir Putin e as imunidades dela decorrentes em nada repercutem sobre a possibilidade de sua eventual responsabilização por tais fatos, ante o princípio da irrelevância da qualidade oficial, disposto expressamente no artigo 27 do Estatuto.

Por fim, o princípio da complementariedade da jurisdição penal internacional, previsto nos artigos 1º e 17 do ER, foi respeitado, em face da completa ausência de qualquer indicativo de que as autoridades competentes russas estariam tomando as medidas cabíveis para apuração e repressão a eventuais crimes de guerra e contra a humanidade supostamente cometidos na Ucrânia por membros das forças armadas invasoras.

Desta forma, sendo o Tribunal Penal Internacional competente para o julgamento dos supostos crimes imputados a Putin e Belova, os países signatários do Estatuto de Roma são obrigados a cumprir os mandados de detenção e entrega contra eles expedidos, havendo, inclusive, a possibilidade teórica de adoção de medidas, no campo da responsabilidade internacional, pela Assembleia dos Estados Partes em face dos que se recusarem a cooperar, como sugere o disposto no artigo 87 (7) do ER.

Os maiores obstáculos à efetivação das decisões do TPI, no entanto, não são jurídicos, mas sim políticos e diplomáticos. Desde o “caso al-Bashir” ficaram claras as profundas dificuldades de efetivar uma decisão do Tribunal Penal Internacional que determina a prisão de um chefe de Estado em pleno exercício de suas funções. No “caso Putin”, esses óbices tendem a ser potencializados, em virtude do *status* ostentado pela Rússia na geopolítica

global, qual seja, o de uma potência nuclear e membro permanente do Conselho de Segurança da ONU.

Uma evolução da jurisdição do TPI a um novo estágio, que inclua a sua maior efetividade quando as violações sob julgamento forem cometidas por chefes de Estado em exercício ou por agentes de grande poder na sociedade internacional, demanda um contexto de maior cooperação entre os Estados, especialmente as grandes potências, em prol de objetivos comuns e supranacionais, como o de assegurar o respeito aos princípios da Carta das Nações Unidas e aos direitos humanos.

Esse cenário parece muito distante do contexto geopolítico atual. Dos cinco membros permanentes do Conselho de Segurança da ONU, apenas dois ratificaram o Estatuto de Roma (França e Reino Unido) e os outros três (China, EUA e Rússia) não apenas não reconhecem a jurisdição do Tribunal como adotam uma postura aberta no sentido da não cooperação com as suas decisões, sobretudo no caso de investigações que possam afetar os seus próprios nacionais.

Abundantes exemplos históricos comprovam que as superpotências costumam perseguir os seus interesses geopolíticos e econômicos mesmo quando estes conflitem com normas internacionais. O respeito aos princípios do Direito Internacional, inclusive na esfera dos direitos humanos e do DIH, acaba muitas vezes ficando restrito ao âmbito da retórica. A garantia da impunidade é um aspecto importante para quem deseja a manutenção do atual *status quo*. Desta forma, os limites mais significativos a uma Justiça penal internacional mais independente e efetiva são impostos pela vontade política dessas nações detentoras de maior poder.

Por outro lado, não há como negar os enormes avanços ocorridos no campo da jurisdição penal internacional no último século. Após as tentativas fracassadas de criação de uma corte internacional com competência criminal no pós-Primeira Guerra, passando pelos tribunais *ad hoc* do pós-Segunda Guerra e os estabelecidos por determinação do Conselho de Segurança da

ONU na década de 1990, a criação do Tribunal Penal Internacional representou um marco decisivo no combate à impunidade dos delitos mais graves contra o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Humanitário.

Não há como negar que um mundo em que apenas ex-chefes de Estado de nações menos poderosas e desestruturadas por conflitos internos são punidos na esfera internacional pelos seus crimes já representa um imenso avanço civilizatório em relação aos momentos históricos em que a impunidade absoluta era a regra em praticamente qualquer caso desse tipo.

Permanece um longo e complexo caminho a ser percorrido, mas a história revela que muitos desses progressos sucederam justamente a momentos conturbados, como o que se vive atualmente. Os próximos desdobramentos relativos aos casos criminais resultantes da guerra na Ucrânia serão decisivos para que se possa alcançar esse novo patamar, no qual o paradigma da “Justiça dos vencedores”, que regou os tribunais *ad hoc* constituídos ao longo do século XX, seja finalmente substituído, e em definitivo, pelo da “Justiça universal”, um dos objetivos primordiais que justificam existência do TPI, e por enquanto ainda não concretizado.

REFERÊNCIAS

ARTIGOS

FEIJÓ, Aleksandro Rahbani Aragão; NEVES, Juliana Mendonça. A influência do Conselho de Segurança da ONU nas decisões do Tribunal Penal Internacional: casos do Iraque e de Darfur. *Publica Direito*. [s.d.] Disponível em:

<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=98ecba69acdf2944#:~:text=sob%20a%20Carta%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es,acusa%C3%A7%C3%A3o%20de%20crime%20de%20agress%C3%A3o%E2%80%9D>. Acesso em: 28 mar. 2023.

GREENWAY, H.D.S. Welcome to Cold War II. *Boston Globe*, 25 fev. 2022. Disponível em: <https://www.bostonglobe.com/2022/02/25/opinion/welcome-cold-war-ii/>. Acesso em: 23 mar. 2023.

GONÇALVES, Joanisval Brito. Os EUA e o Tribunal Penal Internacional. *Revista de informação legislativa*, v. 40, n. 160, p. 41-48, out./dez. 2003.

MARTINS, Glauco Maldonado; MARTINS, Juliana Couto Matheus Maldonado. O Tribunal Penal Internacional e a jurisdição para crimes internacionais cometidos no conflito armado da Ucrânia. *Revista Científica do CPJM*, Rio de Janeiro, V. 2, N. 5, 2022. Disponível em: <https://rcpjm.cpj.m.uerj.br/revista/article/view/140/144>. Acesso em: 15 mar. 2023.

MOURA, Leda Maria Portela de. Efetivação da jurisdição do Tribunal Penal Internacional como fator de proteção de direitos humanos. *Revista do Ministério Público Militar – Ano XLVII*. Brasília – Edição n. 38 – nov. 2022, p. 146-147.

VALÉRY, Françoise Dominique; MOREIRA, Thiago Oliveira. Justiça criminal em construção: o tribunal penal internacional e o caso Lubanga. *Revista de Direito Brasileira*, v. 4, n.3, jan./abril. 2013.

Disponível em:

<https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2634/2528>. Acesso em: 16 abr. 2023.

DECISÕES JUDICIAIS

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Decisão proferida pela Ministra Rosa Weber na PET4625*. Portal do STF. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343576063&ext=.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2023.

LIVROS

ALEXY, Robert. *Derecho e razón práctica*. México: Fontamara, 1993.

CARDOSO, Elio. *Tribunal Penal Internacional: conceitos, realidades e implicações para o Brasil*. Brasília: FUNAG, 2012.

Revista do Ministério Público Militar – Ano XLVIII
Brasília – Edição n. 39 – maio 2023, CC BY 4.0, Qualis B4, pp.

CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*. Oxford: Oxford University Press: 2003.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional Público*. 15 ed. – Rio de Janeiro, Forense, 2023.

PALMA, Najla Nassif. *Direito Internacional Humanitário e Direito Penal Internacional*. Rio de Janeiro: Fundação Trompowsky, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

SANDS, Philippe. *From Nuremberg to the Hague: the future of International criminal justice*. Cambridge: University Cambridge Press, 2003.

RELATÓRIOS OFICIAIS

ARIEFF, Alexis (Coord.) *et al.* International Criminal Court Cases in Africa: Status and Policy Issues. *Congressional Research Service*. 22 jul. 2011. Disponível em: <https://sgp.fas.org/crs/row/RL34665.pdf> . Acesso em 17 abr. 2023.

REPORTAGENS E COMUNICADOS DE IMPRENSA

BUCKLEY, Chris. China pede cautela com acusações contra líder do Sudão. *Extra*, 18 jul. 2008. Disponível em: <https://extra.globo.com/noticias/mundo/china-pede-cautela-com-acusacoes-contralider-do-sudao-544886.html>. Acesso em: 17 abr. 2023.

INDEPENDENT INTERNATIONAL COMMISSION OF INQUIRY ON UKRAINE. *United Nations Human Rights Council*. c2023. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/hr-bodies/hrc/iicuhr-ukraine/index>. Acesso em: 22 mar. 2023.

LEDERER, Edith M. UN ousts Russia from Human Rights Council. *Belfast Telegraph*. 07 abr. 2022. Disponível em:

<https://www.belfasttelegraph.co.uk/news/world-news/un-ousts-russia-from-human-rights-council/41530906.html>. Acesso em 23 mar. 2023.

MORTOS em Darfur podem chegar a 300 mil, diz ONU. *BBC Brasil*, 23. Abr. 2008. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/reporterbbc/story/2008/04/080423_darfurmortos_ac. Acesso em: 17 abr. 2023

RÚSSIA abre processo contra Tribunal Penal Internacional. *DW*, 20 mar. 2023. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-002/r%C3%BAssia-abre-processo-contra-tribunal-penal-internacional/a-65051760>. Acesso em: 24 mar. 2023.

SITUATION in Ukraine: ICC judges issue arrest warrants against Vladimir Vladimirovich Putin and Maria Alekseyevna Lvova-Belova. *International Criminal Court*, 17 mar. 2023. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and> Acesso em: 24 mar. 2023.

STATEMENT of ICC Prosecutor, Karim A.A. Khan QC, on the Situation in Ukraine: “I have decided to proceed with opening an investigation.” *International Criminal Court*, 28 fev. 2022. Disponível em: <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-karim-aa-khan-qc-situation-ukraine-i-have-decided-proceed-opening> Acesso em: 22 mar. 2023.

SUDÃO entregará ex-presidente Omar al Bashir ao Tribunal Penal Internacional. *GI*, 11 ago. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2021/08/11/sudao-entregara-ex-presidente-omar-al-bashir-ao-tribunal-penal-internacional.ghtml>. Acesso em: 13 abr. 2023.

TPI envia missão para investigar crimes de guerra na Ucrânia. *DW*, 17 mai. 2022. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/tpi-envia-miss%C3%A3o-para-investigar-crimes-de-guerra-na-ucr%C3%A2nia/a-61830154> . Acesso em: 24 mar. 2023.

UKRAINE: Russian Forces’ Trail of Death in Bucha. Preserving. Evidence Critical for War Crimes Prosecutions. *Human Rights Watch*, 21 abr. 2022. Disponível em: <https://www.hrw.org/news/2022/04/21/ukraine-russian-forces-trail-death-bucha>. Acesso em: 23 mar. 2023.

LEGISLAÇÃO E TRATADOS

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: 15 mar. 2023.

BRASIL. *Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945*. Promulga a Carta das Nações Unidas. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm.

Acesso em: 15 mar. 2023.

INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Rome Statute of the International Criminal Court, July 17, 1998. Amendments to the Rome Statute of International Criminal Court Kampala, June 11, 2010, adoption of amendments on the crime of aggression.*

Disponível em: <https://treaties.un.org/doc/Treaties/2010/06/20100611%2005-56%20PM/CN.651.2010.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2023.

Acordo de Não Persecução Penal: mitigação da independência das esferas¹

Rodrigo Alves de Oliveira

Aluno do curso de Especialização em Pós-graduação Lato sensu em Gestão de Segurança Pública pelo Instituto Superior de Ciências Policiais.

Capitão da Polícia Militar do Distrito Federal.

CV Lattes: <https://lattes.cnpq.br/4208248212488881>

E-mail: rodrigo.info@gmail.com

Priscila do Nascimento Menezes

Aluna do curso de Especialização em Pós-graduação Lato sensu em Gestão de Segurança Pública pelo Instituto Superior de Ciências Policiais.

Capitã da Polícia Militar do Distrito Federal.

CV Lattes: <https://lattes.cnpq.br/8085275950840586>

E-mail: priscila.nmenezes@gmail.com

Antônio Dias de Souza Junior

Aluno do curso de Especialização em Pós-graduação Lato sensu em Gestão de Segurança Pública pelo Instituto Superior de Ciências Policiais.

Capitão da Polícia Militar do Distrito Federal.

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4795785140844361>

E-mail: jrpmf@gmail.com

Fernanda Caroline de Oliveira Leite Pereira

Aluna do curso de Especialização em Pós-graduação Lato sensu em Gestão de Segurança Pública pelo Instituto Superior de Ciências Policiais.

Capitã da Polícia Militar do Distrito Federal.

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1673882700787859>

E-mail: fernandaleitepereira82@gmail.com

¹ Orientador: Alexandre José de Barros Leal Saraiva.

Rodrigo Oliveira; Priscila Menezes; Antônio Souza Jr.;
Fernanda Pereira; Moacir Souza; Leandro Silva; Sheila
Rodrigues; Leonardo Moura; Silas Patriota

Moacir Lima de Souza

Aluno do curso de Especialização em Pós-graduação Lato sensu em
Gestão de Segurança Pública em pelo Instituto Superior de Ciências
Policiais. Capitão da Polícia Militar do Distrito Federal
CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0119895450534413>
E-mail: moacirlimadesouza@yahoo.com.br

Leandro Lima da Silva

Aluno do curso de Especialização em Pós-graduação Lato sensu em
Gestão de Segurança Pública em pelo Instituto Superior de Ciências
Policiais. Capitão da Polícia Militar do Distrito Federal.
CV Lattes: <https://lattes.cnpq.br/3209306317969581>
E-mail: leandro.df@hotmail.com

Sheila do Carmo Rodrigues

Aluna do curso de Especialização em Pós-graduação Lato sensu em
Gestão de Segurança Pública em pelo Instituto Superior de Ciências
Policiais. Capitã da Polícia Militar do Distrito Federal.
CV Lattes: <https://lattes.cnpq.br/1586735082292402>
E-mail: sheilhaoficial@gmail.com

Leonardo Santos de Moura

Aluno do curso de Especialização em Pós-graduação Lato sensu em
Gestão de Segurança Pública em pelo Instituto Superior de Ciências
Policiais. Capitão da Polícia Militar do Distrito Federal.
CV Lattes: <https://lattes.cnpq.br/7176691383158184>
E-mail: leomoura25@gmail.com

Silas Batista Correia Patriota

Aluno do curso de Especialização em Pós-graduação Lato sensu em
Gestão de Segurança Pública em pelo Instituto Superior de Ciências
Policiais. Capitão da Polícia Militar do Distrito Federal
CV Lattes: <https://lattes.cnpq.br/5016271999515660>
E-mail: silasbsb@gmail.com

Revisores: Luciano Moreira Gorrilhas (ORCID: 0009-0005-0678-
471X; e-mail: luciano.gorrilhas@mpm.mp.br)
Karollyne Dias Gondim Neo (ORCID: 0009-0008-2277-0512; e-mail:
karollyne.neo@mpm.mp.br)

Revista do Ministério Público Militar – Ano XLVIII
Brasília – Edição n. 39 – maio 2023, CC BY 4.0, Qualis B4, pp.
111-138

Data de recebimento: 28/04/2023

Data de aceitação: 04/05/2023

Data da publicação: 30/05/2023

RESUMO: A Lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019 trouxe mudanças substanciais ao Ordenamento Jurídico Brasileiro. Dentre as várias inovações, destaca-se a instituição de medida despenalizadora do Acordo de Não Persecução Penal. Há omissão na norma sobre a aplicação do novo instituto na Justiça castrense. Todavia, o Superior Tribunal Militar (STM), no dia 10 de agosto de 2022, aprovou, por unanimidade de votos, a Súmula nº 18, que determina a não utilização do ANPP na Justiça Militar da União (DJe nº 140, de 22.08.2022). Enquanto isso, na Justiça Militar estadual, ainda, não há entendimento pacificado em relação ao Acordo de Não Persecução Penal nos delitos praticados por militares das unidades federativas. Ocorre que boa parte desses acordos traz em seu esboço impedimento da apuração dos fatos em âmbito administrativo, criando assim uma nova forma de mitigação da independência entre as esferas penal e administrativa. Imposição que não deriva de normal legal, não havendo assim, em tese, obrigatoriedade no cumprimento pela Administração Militar.

PALAVRAS-CHAVE: ANPP; crime militar; independência das esferas; mitigação; justiça militar.

ENGLISH

TITLE: Criminal non-prosecution agreement: mitigation of sphere independence.

ABSTRACT: Law 13,964 of December 24, 2019 brought substantial changes to the Brazilian Legal System. Among the various innovations, the imposition of a non-penalizing measure of the criminal non-prosecution agreement stands out. There is an omission in the norm on the application of the new institute in military justice. However, the Superior Military Court (STM), on August 10, 2022, was waiting, by unanimous vote, for Precedent n. 18 that determines the non-use of the criminal non-prosecution agreement in the Federal Military Court. Meanwhile, in the State Military Justice, there

Rodrigo Oliveira; Priscila Menezes; Antônio Souza Jr.;
Fernanda Pereira; Moacir Souza; Leandro Silva; Sheila
Rodrigues; Leonardo Moura; Silas Patriota

is still no pacified understanding in relation to the agreement of non-prosecution on criminal offenses expressed by military of the federative units. It turns out that a good part of these agreements brings in their outline an impediment to the investigation of facts at the administrative level, thus creating a new form of mitigating the independence between the criminal and administrative spheres. Imposition that does not derive from a legal norm, thus, in theory, there is no obligation for the Military Administration to comply.

KEYWORDS: criminal non-prosecution agreement; military crime; instance independence; mitigation; military justice.

SUMÁRIO

1 Introdução – 1.1 Metodologia – 2 Princípio da independência das esferas – 3 Pacote anticrime – 4 Acordo de Não Persecução Penal – 5 Aplicação da ANPP ao direito penal militar – 5.1 Justiça Militar da União – 5.2 Justiças militares estaduais – 6 Mitigação da independência das esferas na ANPP – 7 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Como forma de aperfeiçoar a legislação penal vigente no Sistema Jurídico Nacional, o Congresso Nacional deu vida à Lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019, apelidada pela doutrina como Pacote Anticrime, que trouxe como nova ferramenta o instituto inovador do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), o que, de certa forma, buscou dar celeridade e desafogar o poder judiciário, homenageando o princípio da mínima intervenção aplicado ao Direito Penal.

Tal instituto não tem abrangência global ao direito penal, sendo necessário o cumprimento de requisitos mínimos para que possa ocorrer a propositura de tal ferramenta pelo Ministério Público, aplicando-se exclusivamente a crimes cuja pena mínima seja inferior a 04 (quatro) anos;

Revista do Ministério Público Militar – Ano XLVIII
Brasília – Edição n. 39 – maio 2023, CC BY 4.0, Qualis B4, pp.
111-138

em que não tenha havido prática de violência ou grave ameaça; não seja o caso de arquivamento; e desde que o autor confesse formal a autoria.

Na exposição de motivos da supramencionada norma penal o legislador, ao justificar a criação e adoção do ANPP, descreve que se buscou a racionalização da Justiça Criminal para os delitos não violentos possibilitando assim ao Poder Judiciário direcionar força para o combate à criminalidade organizada, objetivando assim alcançar maior eficiência nos julgamentos.²

Ocorre que, essa inovação jurídica não trouxe alterações expressas nas normas penais militares, silenciando-se quanto à aplicação desse novo instituto aos delitos militares e ao processo penal militar, cabendo assim ao Poder Judiciário a decisão sobre a extensão da aplicação dessa norma jurídica.

Boa parte dos Tribunais em âmbito nacional vem decidindo sobre a aplicação do instituto do ANPP na justiça militar estadual, e, mesmo tendo como origem um delito comum, uma das consequências advindas em grande parte dos acordos é o trancamento e/ou arquivamento de todos os inquéritos, procedimentos e processos referentes à conduta, desta forma havendo uma nova modalidade de comunicação obrigatória entre a esfera penal e esfera administrativa no sistema jurídico nacional, mitigando dessa maneira a independência entre as esferas.

1.1 Metodologia

O presente artigo constitui-se de análise teórica, realizado a partir de revisão bibliográfica de livros doutrinários, jurisprudência de tribunais, *sites*

² SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei nº 6341, de 2019*, Brasília, DF. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140099>. Acesso em: 11 mar. 2023.

Rodrigo Oliveira; Priscila Menezes; Antônio Souza Jr.;
Fernanda Pereira; Moacir Souza; Leandro Silva; Sheila
Rodrigues; Leonardo Moura; Silas Patriota

institucionais e governamentais, normas internas e boas práticas de outros órgãos.

Foi realizada revisão bibliográfica, com o objetivo de embasar, com fundamentação teórica, os efeitos e limitações disciplinares da aplicação de acordos de não persecução penal na Polícia Militar do Distrito Federal. Sendo imprescindível para a realização da pesquisa a verificação da interpretação jurisprudencial, doutrinária, bem como estudo de normas internas e boas práticas no poder judiciário.

2 PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS

A regra vigente atualmente no Brasil é de que não exista a comunicação entre as esferas penal, civil e administrativa. Isso se deriva da tripartição dos poderes oriunda da Constituição Federal, que instituiu, por meio do poder constituinte originário, a independência entre as esferas, dando assim autonomia aos poderes para que possam exercer suas atividades sem a interferência ou chancela de outros entes.

Essa autonomia não é irrestrita, sendo que, em determinadas situações previamente previstas pela nossa Carta Magna, cabe a outro Poder exercer de certa forma controle ou ratificação dos atos ou decisões emanados, o que busca dar equilíbrio por meio da teoria dos pesos e contrapesos, evitando assim abusos que possam advir.

Exceção à regra do princípio da independência das esferas mais conhecidas pela doutrina e/ou jurisprudência, ou seja, quando necessariamente deve existir a comunicação entre as esferas penal e administrativa, é quando há o reconhecimento pelo poder judiciário da inexistência do fato ou negativa de autoria, dessa maneira quando isso ocorre o poder executivo não poderá apurar a mesma conduta sob a ótica administrativo-disciplinar.

Isso implica dizer que, se não for pelos motivos já citados, mesmo que o autor tenha sofrido absolvição no poder judiciário por ausência de provas ou prescrição da pretensão punitiva, a administração pública poderá dar seguimento à apuração dos fatos na esfera administrativa, responsabilizando, conforme o caso, o servidor público faltoso.

Nada impede que o Poder Judiciário possa apreciar os procedimentos ou processos administrativos, sob a ótica da legalidade, em busca de fragilidades, ilegalidades ou abusos, porém tal apreciação não poderá adentrar ao mérito administrativo, sob pena de usurpação de um poder sobre outro.

A inovação trazida pelo pacote anticrime, Lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019, Acordo da Não Persecução Penal, criou uma nova forma de comunicação obrigatória entre as esferas penal e administrativa, em casos expressos, impedindo assim que o poder administrativo, após a assinatura do acordo, possa instaurar ou dar prosseguimento a procedimentos já instaurados.

3 PACOTE ANTICRIME

O Projeto de Lei nº 6341, de 2019, chegou ao congresso nacional com a proposta de aperfeiçoar a legislação penal e processual penal, recebeu o apelido de Pacote Anticrime, foi amplamente discutido nas duas casas. Dentre as várias mudanças podemos apontar legítima defesa protetiva aos agentes públicos.

Foi alterado o parágrafo único do artigo 25 do código penal, Decreto-Lei 2848, criando assim uma nova modalidade de legítima defesa. Tal mudança buscou dar maior segurança aos agentes públicos que atuam no exercício de suas profissões, defendendo as vítimas mantidas como refém, como no caso dos *snipers*, atiradores de elite, que por vezes têm que

Rodrigo Oliveira; Priscila Menezes; Antônio Souza Jr.;
Fernanda Pereira; Moacir Souza; Leandro Silva; Sheila
Rodrigues; Leonardo Moura; Silas Patriota

neutralizar os agressores buscando salvaguardar a vida das vítimas de práticas delituosas.

A pena máxima prevista no Código Penal, que anteriormente era de 30 (trinta) anos, foi aumentada para 40 (quarenta) anos, com alteração da redação do art. 75. Como justificativa para o aumento da pena máxima imposta, o legislador apontou que a perspectiva de vida atual, não é a mesma da época da promulgação do Código Penal, que cresceu demasiadamente:

De outra parte, impõe-se a atualização do limite máximo de cumprimento das penas à atual expectativa de vida dos brasileiros, muito superior àquela existente quando promulgado o Código Penal, que estabeleceu o prazo máximo de cumprimento em trinta anos (art. 55 da redação original e art. 75 da atual Parte Geral, com a redação determinada pela Lei n. 7.209/1984). De fato, segundo dados oficiais do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, de 1940 a 2016 a expectativa de vida cresceu exponencialmente, passando de 45,5 anos para 75,8 anos (Tabela 2 da Tábua completa de mortalidade para o Brasil – 2016 – disponível do site oficial do IBGE).³

Houve alteração também nos requisitos para a aplicação do livramento condicional, com a mudança do art. 83 do Código Penal, que estabeleceu que o não cometimento de falta grave nos últimos 12 (doze) meses pelo condenado é requisito para a concessão de tal benefício, como também a previsão de *bom comportamento* e não apenas *comportamento satisfatório*.

Como forma de dar maior eficiência no combate às organizações criminosas, a norma também buscou alcançar o patrimônio do condenado que seja incompatível com sua capacidade de rendimento lícito, com o acréscimo do art. 91-A ao Código Penal.

Dentre algumas inovações trazidas pela Lei nº 13.964, de 2019, podem-se destacar, ainda, alterações nas regras de prescrição, mudanças mais

³ SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei nº 6341, de 2019*, Brasília, DF - Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140099>. Acesso em: 11 mar. 2023.

rigorosas na progressão de regime, destacando-se neste caso a aplicabilidade aos crimes hediondos, que teve o seu rol expandido com a entrada em vigor do citado dispositivo legal.

Também foram inseridas novas normas e conceitos sobre a cadeia de custódia de provas no processo penal, bem como disciplinou algumas formas de produção tais como: captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, para fins de investigação ou instrução criminal.

Foram promovidas também mudanças sensíveis na Lei de Execuções Penais com objetivo de proporcionar efetivo combate às organizações criminosas de forma racional e sistêmica:

O sistema de execução penal, igualmente, necessita de alterações que possam permitir um tratamento mais racional e necessário ao cumprimento de penas privativas de liberdade no que concerne à criminalidade organizada.⁴

Talvez a mais polêmica de todas as alterações trazidas pela nova norma jurídica tenha sido a criação do Juiz de Garantias, isso porque grande parte da Lei buscou dar celeridade ao processo penal, além de buscar a garantia da aplicação da norma penal de forma eficaz, porém o Juiz de Garantias exerceria uma espécie de controle de legalidade da investigação criminal, de grosso modo, funcionaria como uma espécie revisora no processo, no que tange a produção de provas:

O Juiz de garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais, e é de sua competência, entre outros, decidir sobre prisão provisória, sobre afastamento dos sigilos fiscal, bancário, de dados e telefônico e sobre procedimentos de busca e apreensão.⁵

⁴ SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei nº 6341, de 2019*, Brasília, DF. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140099>. Acesso em: 11 mar. 2023.

⁵ NOVO, Benigno Núñez. Juiz de garantias: qual o problema? *Direitonet*, 2020. disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11454/Juiz-de-garantias-qual-o-problema?>. Acesso em: 13 mar. 2023.

Rodrigo Oliveira; Priscila Menezes; Antônio Souza Jr.;
Fernanda Pereira; Moacir Souza; Leandro Silva; Sheila
Rodrigues; Leonardo Moura; Silas Patriota

O objetivo desse novo instituto seria separar o magistrado que se envolve na investigação do que vai participar, efetivamente, do julgamento no processo, tentando evitar a contaminação, para um julgamento imparcial.

O pacote anticrime, Lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019, modificou de forma bastante relevante o Sistema Jurídico Brasileiro. Não é objetivo deste artigo enumerar e muito menos pormenorizar todas as mudanças e inovações trazidas pela citada norma, atendo-se de forma mais detalhada ao Acordo da Não Persecução Penal, principalmente em sua aplicabilidade ao direito penal militar e processo penal militar e seus reflexos no poder disciplinar na administração militar.

4 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Em que pese ter recebido grande destaque com a edição e entrada em vigor do pacote anticrime, o Acordo de Não Persecução Penal tem sua origem na Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público n. 181, de 7 de agosto de 2017, que já esboçava em seu art. 18, que, nos crimes em que não houvesse violência ou grave ameaça à pessoa, o Ministério Público poderia propor ao investigado acordo de não persecução penal:

Art. 18. Nos delitos cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal, desde que este confesse formal e detalhadamente a prática do delito e indique eventuais provas de seu cometimento, além de cumprir os seguintes requisitos, de forma cumulativa ou não.⁶

A Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019 elevou o *status* do citado instituto, trazendo-o para o sistema jurídico de forma estável,

⁶ CNMP. *Resolução nº 181, de 07 de agosto de 2017*. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2023.

buscando assim dar celeridade ao poder judiciário por meio de alternativas ao encarceramento:

Trata-se de inovação que objetiva alcançar a punição célere e eficaz em grande número de práticas delituosas, oferecendo alternativas ao encarceramento e buscando desafogar a Justiça Criminal, de modo a permitir a concentração de forças no efetivo combate ao crime organizado e às infrações penais mais graves.⁷

A propositura do Acordo de não Persecução Penal não é irrestrita, sendo cabível apenas para os crimes nos quais não haja violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a quatro anos, cabe ressaltar que, na verificação da pena, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. Outros requisitos são a confissão do acusado, sendo, ainda, necessário que o acordo seja suficiente para a reprovação do crime e prevenção criminal, conforme inserto no art. 28-A da Lei 13.964, de 2019:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)(Vigência)⁸

Já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a não confissão durante o inquérito policial não é impeditivo para a propositura, pelo Ministério Público, do Acordo:

⁷ BRASIL. Congresso Nacional. *Decreto-Lei 2848, de 7 de dezembro de 1940* - Código Penal Brasileiro. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 14 mar. 2023.

⁸ BRASIL. Congresso Nacional. *Decreto-Lei 2848, de 7 de dezembro de 1940* - Código Penal Brasileiro. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 14 mar. 2023.

Rodrigo Oliveira; Priscila Menezes; Antônio Souza Jr.;
Fernanda Pereira; Moacir Souza; Leandro Silva; Sheila
Rodrigues; Leonardo Moura; Silas Patriota

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. PODER-DEVER DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE CONFISSÃO NO INQUÉRITO POLICIAL. NÃO IMPEDIMENTO. REMESSA DOS AUTOS À PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA. INTELIGÊNCIA DO ART. 28-A, § 14, DO CPP. NECESSIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. O acordo de não persecução penal, de modo semelhante ao que ocorre com a transação penal ou com a suspensão condicional do processo, introduziu, no sistema processual, mais uma forma de justiça penal negociada. Se, por um lado, não se trata de direito subjetivo do réu, por outro, também não é mera faculdade a ser exercida ao alvedrio do Parquet. O ANPP é um poder-dever do Ministério Público, negócio jurídico pré-processual entre o órgão (consoante sua discricionariedade regrada) e o averiguado, com o fim de evitar a judicialização criminal, e que culmina na assunção de obrigações por ajuste voluntário entre os envolvidos. Como poder-dever, portanto, observa o princípio da supremacia do interesse-público – consistente na criação de mais um instituto despenalizador em prol da otimização do sistema de justiça criminal – e não pode ser renunciado, tampouco deixar de ser exercido sem fundamentação idônea, pautada pelas balizas legais estabelecidas no art. 28-A do CPP. 2. A ausência de confissão, como requisito objetivo, ao menos em tese, pode ser aferida pelo Juiz de direito para negar a remessa dos autos à PGJ nos termos do art. 28, § 14, do CPP. Todavia, ao exigir a existência de confissão formal e circunstanciada do crime, o novel art. 28-A do CPP não impõe que tal ato ocorra necessariamente no inquérito, sobretudo quando não consta que o acusado – o qual estava desacompanhado de defesa técnica e ficou em silêncio ao ser interrogado perante a autoridade policial – haja sido informado sobre a possibilidade de celebrar a avença com o Parquet caso admitisse a prática da conduta apurada. 3. Não há como simplesmente considerar ausente o requisito objetivo da confissão sem que, no mínimo, o investigado tenha ciência sobre a existência do novo instituto legal (ANPP) e possa, uma vez equilibrada a assimetria técnico-informacional, refletir sobre o custo-benefício da proposta, razão pela qual “o fato de o investigado não ter confessado na fase investigatória, obviamente, não quer significar o descabimento do acordo de não persecução” (CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual do Acordo de Não Persecução Penal à luz da Lei 13.963/2019 (Pacote Anticrime). Salvador: JusPodivm, 2020, p. 112). 4. É também nessa linha o Enunciado n. 13, aprovado durante a I Jornada de Direito Penal e Processo Penal do CJF/STJ: “A inexistência de confissão do investigado antes da formação da opinio delicti do Ministério Público não pode ser

interpretada como desinteresse em entabular eventual acordo de não persecução penal”. 5. A exigência de que a confissão ocorra no inquérito para que o Ministério Público ofereça o acordo de não persecução penal traz, ainda, alguns inconvenientes que evidenciam a impossibilidade de se obrigar que ela aconteça necessariamente naquele momento. Deveras, além de, na enorme maioria dos casos, o investigado ser ouvido pela autoridade policial sem a presença de defesa técnica e sem que tenha conhecimento sobre a existência do benefício legal, não há como ele saber, já naquela oportunidade, se o representante do Ministério Público efetivamente oferecerá a proposta de ANPP ao receber o inquérito relatado. Isso poderia levar a uma autoincriminação antecipada realizada apenas com base na esperança de ser agraciado com o acordo, o qual poderá não ser oferecido pela ausência, por exemplo, de requisitos subjetivos a serem avaliados pelo membro do Parquet. 6. No caso, porque foi negada a remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça (art. 28-A, § 14, do CPP) pela mera ausência de confissão do réu no inquérito, oportunidade em que ele estava desacompanhado de defesa técnica, ficou em silêncio e não tinha conhecimento sobre a possibilidade de eventualmente vir a receber a proposta de acordo, a concessão da ordem é medida que se impõe. 7. Ordem concedida, para anular a decisão que recusou a remessa dos autos à Procuradoria Geral de Justiça – bem como todos os atos processuais a ela posteriores – e determinar que os autos sejam remetidos à instância revisora do Ministério Público nos termos do art. 28-A, § 14, do CPP e a tramitação do processo fique suspensa até a apreciação da matéria pela referida instituição.⁹

Além dos requisitos previstos no *caput* do art. 28-A, do Código de Processo Penal, o autor deverá cumprir condições para que possa ser materializado o Acordo, que estão elencadas no mesmo artigo, nos incisos I a V, conforme explicado a seguir:

- (a) “I - Reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo”. Percebe-se que a regra é a reparação ou restituição dos danos causados às vítimas, buscando assim minimizar o impacto da ação delituosa por meio da recomposição

⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus* nº 657165 - RJ (2021/0097651-5). Paciente : Gerson Breno Viana Rosa, Relator : ministro Rogerio Schiatti Cruz, 14/03/2023.

Rodrigo Oliveira; Priscila Menezes; Antônio Souza Jr.;
Fernanda Pereira; Moacir Souza; Leandro Silva; Sheila
Rodrigues; Leonardo Moura; Silas Patriota

específica dos bens materiais, porém a impossibilidade de tal reparação por si só não impede a propositura do Acordo.

(b) “II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime”. Verifica-se que o Acordo de Não Persecução Penal pode alcançar o patrimônio do autor dos fatos, sendo neste caso necessário que haja a renúncia aos bens indicados pelo Ministério Público para dar prosseguimento ao acordo.

(c) “III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal)”. A prestação de serviço à comunidade não é uma novidade no ordenamento jurídico brasileiro, já existindo previsão anterior no Art. 46, Código Penal, a inovação está no período mínimo de prestação que, nos casos de ANPP, será de um a dois terços da pena mínima cominada ao tipo penal.

(d) “IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens *jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito*” (grifo nosso). A prestação pecuniária como forma de substituição às penas restritivas de liberdade foi inserida no Código Penal por meio da Lei nº 9.714, de 1998, que estabeleceu que importância fixada pelo juiz, não pode ser inferior a 1 (um) salário-mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários-mínimos.

E, ainda:

Art. 45. Na aplicação da substituição prevista no artigo anterior, proceder-se-á na forma deste e dos arts. 46, 47 e 48. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 1º A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima, a seus dependentes ou a entidade pública ou privada com destinação social, de importância fixada pelo juiz, não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual condenação em ação de reparação civil, se coincidentes os beneficiários. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 2º No caso do parágrafo anterior, se houver aceitação do beneficiário, a prestação pecuniária pode consistir em prestação de outra natureza. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 3º A perda de bens e valores pertencentes aos condenados dar-se-á, ressalvada a legislação especial, em favor do Fundo Penitenciário Nacional, e seu valor terá como teto - o que for maior - o montante do prejuízo causado ou do provento obtido pelo agente ou por terceiro, em consequência da prática do crime.¹⁰

(e) “V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada”. Por fim, o ministério público pode, desde que observado o princípio da proporcionalidade, dentro de um prazo pré-determinado e que haja compatibilidade com a infração penal, propor qualquer outra condição aceita no mundo jurídico.

Não caberá propositura de Acordo de Não Persecução Penal nos seguintes casos:

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

¹⁰ BRASIL. Congresso Nacional. *Decreto-Lei 2848, de 7 de dezembro de 1940* - Código Penal Brasileiro. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 14 mar. 2023.

Rodrigo Oliveira; Priscila Menezes; Antônio Souza Jr.;
Fernanda Pereira; Moacir Souza; Leandro Silva; Sheila
Rodrigues; Leonardo Moura; Silas Patriota

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.¹¹

O Acordo deverá ser formalizado por escrito, firmado pelo Ministério Público, defensor e investigado, sendo submetido à homologação realizada em audiência, na qual será verificada pelo juiz a voluntariedade e legalidade do acordo, sendo observado se as condições do acordo de não persecução penal são inadequadas, insuficientes ou abusivas e, se for o caso, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

Apenas na fase de homologação judicial ou descumprimento do acordo é que a vítima será intimada, não sendo vinculativa sua opinião para o ato. O acordo homologado judicialmente será devolvido ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

Caso haja descumprimento das condições estabelecidas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia, o descumprimento ainda poderá servir de subsídio para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

Será declarada extinta a punibilidade após o integral cumprimento do Acordo de Não Persecução Penal e, caso o acordo não seja oferecido pelo Ministério Público, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior.

Por fim, “a celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto

¹¹ BRASIL. Congresso Nacional. *Decreto-Lei 2848, de 7 de dezembro de 1940* - Código Penal Brasileiro. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 14 mar. 2023.

para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo¹²”. Ocorre que, fundamentado nesse dispositivo, alguns membros do Ministério Público têm estendido os efeitos penais para a administração, impedindo assim a apuração no âmbito administrativo-disciplinar de falta inerente ao mesmo fato, que ensejou a apuração criminal, ou possíveis resíduos decorrentes da ação, dessa forma, criando certa mitigação à independência das esferas.

A Lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019 deu um aspecto de legalidade *stricto sensu* ao Acordo de Não Persecução Penal ao inserir a previsão desse instituto no Código de Processo Penal. Tal previsão não foi inserida de forma expressa às Justiças militares, criando-se assim uma celeuma jurídica sobre a aplicação ou não dessa inovação jurídica aos delitos militares.

5 APLICAÇÃO DA ANPP AO DIREITO PENAL MILITAR

5.1 Justiça Militar da União

No âmbito da Justiça Militar da União já existe uma posição bem definida sobre a não aplicabilidade do Acordo de Não Persecução Penal aos crimes militares, sendo que o Superior Tribunal Militar (STM) já emitiu súmula que exclui a possibilidade de propositura de tal instituto naquela justiça especializada:

O Superior Tribunal Militar (STM) aprovou, no último dia 10 de agosto, por unanimidade de votos, uma súmula que determina a não aplicação do “Acordo de Não Persecução Penal” na Justiça Militar da União.

A proposta de enunciado de súmula foi encaminhada pela ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, presidente da Comissão de Jurisprudência do STM, e diz que: “o Art. 28-A do Código de Processo Penal Comum, que

¹² Art. 28-A, §12, do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

Rodrigo Oliveira; Priscila Menezes; Antônio Souza Jr.;
Fernanda Pereira; Moacir Souza; Leandro Silva; Sheila
Rodrigues; Leonardo Moura; Silas Patriota

dispõe sobre o Acordo de Não Persecução Penal, não se aplica à Justiça Militar da União”.¹³

Segundo o ministro do Superior Tribunal Militar, Péricles Aurélio Lima de Queiroz, tendo em vista que o Código de Processo Penal comum é aplicado apenas de forma subsidiária aos delitos militares, quando existe omissão do Código do Processo Penal Militar, existindo previsão expressa apenas no CPP, não seria possível a aplicação da ANPP aos crimes militares.

Segundo o ministro do STM Péricles Aurélio Lima de Queiroz, a Justiça Militar da União não padece das adversidades pelas quais passa a justiça comum e o sistema penitenciário brasileiro e que não existe omissão no Código de Processo Penal Militar capaz de justificar a aplicação subsidiária do processo penal comum.¹⁴

No entendimento do mencionado ministro, a utilização de ANPP no âmbito da justiça castrense poderia trazer severos prejuízos às Forças Armadas e à Sociedade.

5.2 Justiça militares estaduais

Diferentemente do que ocorreu no âmbito da Justiça Militar da União, em que o Superior Tribunal Militar aprovou o enunciado de súmula que afasta a aplicabilidade do acordo de não persecução penal àquela justiça castrense, dessa forma pacificando o assunto, nas justiças militares estaduais, em que pese existirem várias decisões que caminham nesse sentido, está longe de ser pacífico tal entendimento.

¹³ SÚMULA do STM Determina Não Aplicação Do “Acordo De Não Persecução Penal” Na Justiça Militar Da União. *LEX Editora Notícias*. 20 ago. 2022. Disponível em: <https://www.lex.com.br/sumula-do-stm-determina-nao-aplicacao-do-acordo-de-nao-persecucao-penal-na-justica-militar-da-uniao/>. Acesso em: 15 mar. 2023.

¹⁴ SÚMULA do STM Determina Não Aplicação Do “Acordo De Não Persecução Penal” Na Justiça Militar Da União. *LEX Editora Notícias*. 20 ago. 2022. Disponível em: <https://www.lex.com.br/sumula-do-stm-determina-nao-aplicacao-do-acordo-de-nao-persecucao-penal-na-justica-militar-da-uniao/>. Acesso em: 15 mar. 2023.

O Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, em sede da Apelação Criminal 007999/2021 e da Apelação Criminal 002938/2020, decidiu pela não aplicabilidade do ANPP à Justiça Militar:

Penal e Processual Penal Militar. Policial Militar. Condenação em primeira instância pela prática do crime de lesão corporal culposa (art. 210, caput, CPM). Lesão grave em civil decorrente de queda de motocicleta após choque com viatura policial que, sem caráter de urgência, avançou cruzamento sem respeitar sinalização semafórica. Apelação procurando fragilizar as provas existentes em desfavor do acusado e pleiteando, em suma, a conversão do julgamento em diligência ou a desclassificação de lesão corporal grave para leve. Art. 28-A do CPP. Acordo de não persecução penal (ANPP). Instituto não é aplicável na justiça castrense. Conjunto probatório sólido e que não deixa dúvidas sobre a prática do crime. Prova pericial e oral harmônicas e coesas a demonstrar a responsabilidade exclusiva do apelante pelo acidente de trânsito. Inobservância dos cuidados devidos na direção de veículo automotor e da legislação de trânsito. (TJMSP – APELAÇÃO CRIMINAL 007999/2021. Rel. ORLANDO EDUARDO GERALDI. 1 Câmara, Julgado em 04/05/2021)

Habeas Corpus – indeferimento pelo juízo de primeiro grau do pleito da Defesa pela concessão de acordo de não persecução penal - ANPP - Necessário estudar a verdadeira origem da nova lei, ou seja, o PL 10.372/2018, este sim, gestacionado em berço constitucionalmente originário - Transcrição do ofício do Presidente da Comissão, Ministro Alexandre de Moraes - Do alcance da nova lei: Excluem-se da proposta os crimes de competência dos Juizados Especiais Criminais, os crimes hediondos ou equiparados, os crimes militares e aqueles que envolvam violência doméstica ou cometidos por funcionário público contra a administração pública - Com vistas a evitar a impunidade, o mesmo anteprojeto institui nova causa impeditiva do curso da prescrição, enquanto não for integralmente cumprido o acordo de não persecução - A importação de benesses e outros institutos pensados para a delinquência civil não podem ser simplesmente introduzidos na legislação castrense, cravadas por valores e objetividades jurídicas diversas - Tratando-se de universos dessemelhantes, diversas também as regras que neles devem incidir, em perfeita consonância com a isonomia aristotélica sempre buscada, mas pouco compreendida - Por todos os ângulos que se olhe a questão, sempre com o devido respeito aos que pensam divergente, não vislumbro a possibilidade de se aplicar na jurisdição

Rodrigo Oliveira; Priscila Menezes; Antônio Souza Jr.;
Fernanda Pereira; Moacir Souza; Leandro Silva; Sheila
Rodrigues; Leonardo Moura; Silas Patriota

penal militar o novel instituto de acordo de não persecução penal (ANPP) – Casso a liminar anteriormente concedida e denego a ordem. (TJMSP – APELAÇÃO CRIMINAL 002938/2020 . Rel. SILVIO HIROSHI OYAMA. 2 Câmara, Julgado em 02/10/2020)

No mesmo sentido o Habeas Corpus Criminal nº 003002/2021, também do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo:

POLICIAL MILITAR – HABEAS CORPUS – PROCESSO CRIME MILITAR – RECUSA DE APLICAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP) NA JUSTIÇA MILITAR POR PARTE DO PROMOTOR DE JUSTIÇA – PEDIDO DE REMESSA DOS AUTOS À PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA PARA ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO INSTITUTO – INDEFERIMENTO PELA AUTORIDADE JUDICIAL APONTADA COMO COATORA – DETERMINAÇÃO PARA REMESSA DO PEDIDO À INSTÂNCIA SUPERIOR NA FORMA DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA QUE NÃO SE MOSTROU ILEGAL, ARBITRÁRIA OU ABUSIVA – INAPLICABILIDADE NO PROCESSO PENAL MILITAR DO DISPOSTO NO ART. 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – SILÊNCIO ELOQUENTE DA LEI – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE - ORDEM DENEGADA. (TJMSP – HABEAS CORPUS CRIMINAL Nº 003002/2021. Rel. FERNANDO PEREIRA FERNANDO PEREIRA. 1 Câmara, Julgado em 20/04/2021)

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao julgar o recurso em sentido estrito (CÂMARA) nº 2000272-35.2020.9.13.0002/JME, negou provimento afastando a aplicação de analogia para invocação do ANPP na Justiça Militar:

EMENTA RECURSO EM SENTIDO ESTRITO – LEI N. 13.964/2019 – ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – INAPLICABILIDADE NA JUSTIÇA MILITAR – SILÊNCIO ELOQUENTE DO LEGISLADOR – PROVIMENTO NEGADO. - Se a Lei n. 13.964/2019, que aperfeiçoou a legislação penal e processual penal, inseriu o instituto do acordo de não persecução penal apenas no Código de Processo Penal, deixando de fazê-lo, no Código de Processo Penal Militar tal como o fez em relação à outra matéria, deve-se presumir que o que há é um silêncio eloquente do legislador, e não omissão, sendo, portanto,

Revista do Ministério Público Militar – Ano XLVIII
Brasília – Edição n. 39 – maio 2023, CC BY 4.0, Qualis B4, pp.

111-138

indevida a aplicação por analogia. - A análise dos fundamentos trazidos na Justificação do Projeto que deu origem à Lei n.13.964/2019 deixa clara a intenção do legislador de afastar a possibilidade de aplicação do novo instituto aos crimes militares.¹⁵

Por outro lado, alguns operadores do direito utilizam a Teoria do Silêncio Eloquente para buscar a aplicação do Instituto do Acordo de Não Persecução Penal ao direito penal militar. De acordo com essa teoria, algumas vezes quando o legislador quer se posicionar sobre determinada matéria, ele simplesmente silencia-se no texto legal, deixando assim uma lacuna desejada ou planejada.¹⁶

Outros argumentos utilizados para a aplicação do Acordo de Não Persecução Penal à Justiça Militar em âmbito estadual é que a Constituição, quando deseja conferir tratamento diferenciado aos militares, o faz apenas em matérias pontuais, não podendo ser criada desigualdade generalizada, principalmente por meio de outros textos normativos.¹⁷

Se levarmos em consideração uma ação que houvesse o envolvimento de policiais militares e policiais civis, em situação de completa igualdade, em um contexto de cometimento de crime, seria possível que o *parquet* realizasse propositura do Acordo de Não Persecução Penal para os policiais civis e não poderia dar o mesmo tratamento aos policiais militares.

De fato, existem diversas proposituras de acordos de não persecução penal que tramitaram nas Auditorias e Tribunais de Justiça Militares em todo

¹⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS. *Recurso em Sentido Estrito nº (CÂMARA) Nº 2000272-35.2020.9.13.0002/JME*. Recorrido: Mateus Ferreira da Fonseca. Relator: desembargador Socrates Edgard dos Anjos. 14/03/2023.

¹⁶ ARAÚJO, Eugênio Rosa de. Espaço jurídico, lacunas legais e hermenêutica. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/41-157-1-pb.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2023.

¹⁷ TEODORO, Luiza Eduarda Mendes. A possibilidade de aplicação do acordo de não persecução penal na Justiça Militar. *Observatório da Justiça Militar Estadual*. 2022. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/a-possibilidade-de-aplicar-o-acordo-de-nao-persecucao-penal-na-justica-militar>. Acesso em: 15mar. 2023.

Rodrigo Oliveira; Priscila Menezes; Antônio Souza Jr.;
Fernanda Pereira; Moacir Souza; Leandro Silva; Sheila
Rodrigues; Leonardo Moura; Silas Patriota

território pátrio, como no Estado de Paraná, Distrito Federal, Santa Catarina,
Mato Grosso, dentro outros:

Na Justiça Militar de Santa Catarina, encontramos alguns acordos realizados, inclusive na fase de instrução, devidamente homologado pelo Juiz de Direito, após as oitivas de testemunhas e no momento do interrogatório do acusado, que confessou a autoria do delito e aceitou a aplicação de prestação pecuniária de R\$ 2.000,00 em favor de instituição indicada pelo MP, sendo o valor, com sua autorização, descontado em folha de pagamento em 10 (dez) parcelas.

No estado de Mato Grosso, o Ministério Público junto à Auditoria Militar Estadual, comemorou o 1º acordo de não persecução penal, realizado nos termos da Resolução 181, do CNMP.¹⁸

Em Julgamento de Habeas Corpus por crime militar de falso testemunho, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina cita a promoção de acordo de não persecução penal realizada naquele estado:

HABEAS CORPUS - CRIME MILITAR - FALSO TESTEMUNHO - AGENTES POLICIAIS INQUIRIDOS ACERCA DA OCORRÊNCIA DE LESÃO CORPORAL GRAVE EM ATIVIDADE ACADÊMICA - PROMOVIDO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL, COM POSTERIOR HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL - INCONFORMISMO DA DEFESA - ALEGADA NULIDADE ANTE A AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA PARA FORMALIZAÇÃO DO ACORDO (CPP, ART. 28-A, §4) - PACTO REALIZADO ESPONTANEAMENTE E NA PRESENÇA DE SEUS DEFENSORES - SOLENIDADE QUE SERVE COMO PRESERVAÇÃO DA LEGITIMIDADE DO ACORDO, EVITANDO O IMODERADO USO DE MEDIDAS NEGOCIADAS PELO ÓRGÃO MINISTERIAL COMO CONDIÇÃO DE NÃO PROCESSAMENTO CRIMINAL - INADEQUAÇÃO DO ATO SOLENE COMO MEIO PARA DEBATES ENVOLVENDO O TRANCAMENTO DO FEITO CRIMINAL - AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA - MERA IRREGULARIDADE NO CASO - EIVA AFASTADA. PERGUNTAS REALIZADAS AOS PACIENTES NO DECORRER DO PROCEDIMENTO INVESTIGATIVO -

¹⁸ ASSIS, Jorge Cesar de. O acordo de não persecução penal e o Ministério Público Militar. *Jusbrasil*, 16 out. 2019. Disponível em: <https://j1c2a3.jusbrasil.com.br/artigos/769604349/o-acordo-de-nao-persecucao-penal-e-o-ministerio-publico-militar>. Acesso em: 15 mar. 2023.

ALEGADO TRATAMENTO DE INVESTIGADOS AO INVÉS DE TESTEMUNHAS - INOCORRÊNCIA - QUESTIONAMENTOS REALIZADOS PARA ELUCIDAR ATIVIDADE INVESTIGADA - PACIENTES INDICADOS COMO TESTEMUNHAS - AUSÊNCIA DE VÍCIOS NA CONDUÇÃO DO PROCEDIMENTO. PLEITO DE SOBRESTAMENTO DOS AJUSTES FINANCEIROS MENSAIS EFETIVADOS NOS VENCIMENTOS DOS PACIENTES - INVIABILIDADE - ACORDOS QUE NÃO SE MOSTRARAM DESARRAZADOS, TAMPOUCO DEIXARAM DE REFLETIR CORRELAÇÃO ENTRE OS GANHOS DOS AGENTES PÚBLICOS E AS PRESTAÇÕES ACORDADAS - CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE - ORDEM DENEGADA.

Apesar da dificuldade na busca por jurisprudência pela aplicabilidade dos Acordos de Não Persecução Penal, nas esferas das justiças militares estaduais, tendo em vista que esses acordos, quase que em sua totalidade, têm o sigilo decretado, é notório que a promoção desses acordos não se trata de casos isolados ou raros, tanto que, na Polícia Militar do Estado do Paraná, já existe, por meio da Orientação nº 008/2021, padronização nos procedimentos, com a finalidade de viabilizar os Acordos de Não Persecução Penal propostos pelas Promotorias de Justiça na Vara de Justiça Militar daquele estado.

É fato que, diferente do que ocorre na Justiça Militar da União, não está pacificada a aplicabilidade dos acordos de não persecução penal no âmbito das Justiças Militares Estaduais, ainda que decorram de tais acordos, sejam eles por delitos militares ou mesmo crimes comuns, por vezes obrigações ou mesmo a renúncia do poder-dever disciplinar nas apurações dos mesmos fatos nas esferas administrativa, criando assim uma mitigação da independência das esferas administrativa e penal.

Rodrigo Oliveira; Priscila Menezes; Antônio Souza Jr.;
Fernanda Pereira; Moacir Souza; Leandro Silva; Sheila
Rodrigues; Leonardo Moura; Silas Patriota

6 MITIGAÇÃO DA INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS NA ANPP

O poder disciplinar é uma das ferramentas que a administração pública utiliza para manter o controle de seus administrados em sua vida funcional. Tal poder confere ao administrador a possibilidade de aplicação de sanções administrativas aos seus agentes pela prática de infrações de caráter laboral.

A Constituição Federal de 1988 adotou a teoria da tripartição dos poderes, criada por Montesquieu e, com o objetivo de proteger as funções constitucionais de cada poder, determinou, de forma bem definida, a separação dos poderes, sendo excepcional o controle exercido por meio dos pesos e contrapesos entre os poderes.

Excepcionalmente, ocorre a comunicação entre as esferas penal e administrativa, quando há o reconhecimento pelo poder judiciário da inexistência do fato ou negativa de autoria. Percebe-se que neste caso a administração deverá renunciar ao poder-dever disciplinar porque ou o fato motivador se quer existiu, ou porque ficou provado que o servidor não foi o autor.

Diferentemente do que ocorre na comunicabilidade citada anteriormente, no caso do Acordo de Não Persecução Penal, o autor reconhece, obrigatoriamente, a autoria do delito criminal, que na grande maioria dos casos deixa resíduos de transgressões disciplinares a serem apuradas na esfera administrativo-disciplinar, que, a depender de como for formulado o acordo, restará um impedimento à administração para o exercício do poder disciplinar.

Por vezes, os ANPPs vêm com a determinação de que: “em razão da presente homologação, todos os atos de investigação, procedimentais, inclusive de veiculação referentes aos fatos objetos do acordo devem ser interrompidos”, logo inibindo qualquer meio de apuração na instância administrativa.

Ocorre que os valores defendidos pelo poder-dever disciplinar são muitos caros principalmente às instituições militares, que têm como princípios basilares a hierarquia e a disciplina, pois são fundamentos da própria existência de tais órgãos.

Os Acordos de Não Persecução Penal surgiram como uma inovação na comunicação entre as esferas, dessa forma mitigando a independência entre a instância penal e administrativa, não por uma obrigatoriedade legal, mas sim como parte do acordo formal. Desta feita, se constar na formulação do acordo que a administração deverá abster-se de qualquer apuração no âmbito administrativo-disciplinar, aplicar-se-á comunicabilidade entre as instâncias. Se a homologação do acordo se silenciar quanto à esfera administrativa, não é impedido o exercício do poder disciplinar.

7 CONCLUSÃO

O Pacote Anticrime, Lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019, trouxe modificações bastante relevantes ao Sistema Jurídico Pátrio, dentre as várias inovações pode-se citar: aumento de pena máxima no código penal, reconhecimento de novas excludentes de ilicitude, alterações nos requisitos para a concessão de liberdade condicional, alterações nas regras de prescrição, mudanças mais rigorosas na progressão de regime, mudanças na cadeia de custódia de provas, criação do juiz de garantias e a inovação jurídica do instituto do Acordo de Não Persecução Penal.

O Acordo de Não Persecução ganhou nova roupagem, com o advento da Lei 13.964 de 2019, mas teve sua origem na Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público n. 181, de 7 de agosto de 2017, só havendo cabimento na propositura, pelo Ministério Público, nos delitos em que não haja violência ou grave ameaça a pessoa, nos quais a pena mínima cominada seja inferior a 4 (quatro anos), sendo necessária também a confissão do investigado.

Rodrigo Oliveira; Priscila Menezes; Antônio Souza Jr.;
Fernanda Pereira; Moacir Souza; Leandro Silva; Sheila
Rodrigues; Leonardo Moura; Silas Patriota

Como a Lei silenciou-se quanto à aplicação do novo instituto aos delitos militares, coube a Justiça decidir sobre o alcance à justiça militar, que na esfera federal pacificou por meio de súmula, afastando assim a aplicabilidade àquela justiça castrense. Já nas justiças militares estaduais, apesar de várias decisões, também nesse sentido, não é rara a utilização de tal instituto aos delitos militares.

Boa parte desses acordos traz em seu esboço a comunicabilidade entre a formulação do ANPP e a renúncia por parte da administração pública do seu poder-dever disciplinar, desta forma não permitindo a apuração do fato sob a ótica disciplinar.

Assim sendo, surgindo a mitigação da independência entre as instâncias penal e administrativa, ocorre que, para as instituições militares, por terem suas bases na hierarquia e disciplina, a renúncia à apuração de transgressões disciplinares, mesmo que residuais de delitos penais, pode ser um preço muito alto a ser pago, que pode afetar os próprios fundamentos de tais instituições.

De toda sorte, a comunicabilidade entre o Acordo de Não Persecução Penal e a esfera administrativa não se deriva de dispositivo legal, sendo aspecto secundário no processo de formalização do Acordo. Desta maneira, se não houver previsão expressa, a administração poderá realizar a apuração no âmbito administrativo sem qualquer impedimento.

Não parece razoável que, sem qualquer autorização legal, por meio do Acordo de Não Persecução Penal, o Poder Judiciário possa interferir na competência para apuração administrativo-disciplinar de infrações cometidas por seus administrados, principalmente quando se trata de instituições militares, que têm seus preceitos e fundamentos com base na disciplina e hierarquia.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Eugênio Rosa de. Espaço ajurídico, lacunas legais e hermenêutica. *Revista da SJRJ*, Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.jfrj.jus.br/sites/default/files/revista-sjrj/arquivo/41-157-1-pb.pdf>. Acesso em: 14/ mar. 2023.

ASSIS, Jorge Cesar de. O acordo de não persecução penal e o Ministério Público Militar. *Jusbrasil*, 16 out. 2019. Disponível em: <https://j1c2a3.jusbrasil.com.br/artigos/769604349/o-acordo-de-nao-persecucao-penal-e-o-ministerio-publico-militar>. Acesso em: 15 mar. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. *Decreto-Lei 2848, de 7 de dezembro de 1940* - Código Penal Brasileiro, Brasília, DF, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 11 mar. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. *Lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019*. Pacote Anticrime. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/13964.htm. Acesso em: 11 mar. 2023.

CNMP. *Resolução nº 181, de 07 de agosto de 2017*. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Brasília, DF. 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2023.

NOVO, Benigno Núñez . Juiz de garantias: qual o problema? *Direitonet*, 2020. disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11454/Juiz-de-garantias-qual-o-problema?>. Acesso em: 13 mar. 2023.

SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei nº 6341, de 2019*, Brasília, DF. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140099>. Acesso em: 11 mar. 2023.

SÚMULA do STM Determina Não Aplicação Do “Acordo De Não Persecução Penal” Na Justiça Militar Da União. *LEX Editora Notícias*. 20

Rodrigo Oliveira; Priscila Menezes; Antônio Souza Jr.;
Fernanda Pereira; Moacir Souza; Leandro Silva; Sheila
Rodrigues; Leonardo Moura; Silas Patriota

ago. 2022. Disponível em: <https://www.lex.com.br/sumula-do-stm-determina-nao-aplicacao-do-acordo-de-nao-persecucao-penal-na-justica-militar-da-uniao/>. Acesso em: 15 mar. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Habeas Corpus nº 657165 - RJ* (2021/0097651-5). Paciente : Gerson Breno Viana Rosa, Relator : ministro Rogerio Schietti Cruz, 14/03/2023.

TEODORO, Luiza Eduarda Mendes. A possibilidade de aplicação do acordo de não persecução penal na Justiça Militar. *Observatório da Justiça Militar Estadual*. 2022. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/a-possibilidade-de-aplicar-o-acordo-de-nao-persecucao-penal-na-justica-militar>. Acesso em: 15mar. 2023.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS. *Recurso em Sentido Estrito nº (CÂMARA) Nº 2000272-35.2020.9.13.0002/JME*. Recorrido: Matheus Ferreira da Fonseca. Relator: desembargador Socrates Edgard dos Anjos. 14/03/2023.

Violência contra a mulher: o Poder Judiciário na prevenção e no enfrentamento

Bruno Gruppioni Passos

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto (UFOP). Pós-graduado lato sensu em Direito Civil e Processo Civil pelo Centro Universitário Newton Paiva. Analista Judiciário – Área Judiciária e Administrativa, do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá – TJAP.

ORCID: 0000-0002-1110-8469

E-mail: bgrupioni@yahoo.com.br

Viviane de Jesus e Jesus

Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá, Polo Gilberto Gil, Salvador/BA. Advogada, Conciliadora e Mediadora Judicial e Extrajudicial.

ORCID: 0000-0003-3168-0179

Júlia Gruppioni Passos

Graduada em Direito pela Universidade Federal de Viçosa (UFV). Procuradora do Estado de Rondônia – PGE/RO.

ORCID: 0000-0001-5256-0745

Revisores: Fernando Hugo Miranda Teles (e-mail:

fernando.teles@mpm.mp.br)

Antonio Carlos Gomes Facuri (ORCID: 0009-0006-8038-8288; e-mail:

antonio.facuri@mpm.mp.br)

Data de recebimento: 28/04/2023

Data de aceitação: 04/05/2023

Data da publicação: 30/05/2023

RESUMO: O presente estudo tem como temática a violência doméstica contra as mulheres. O objetivo central é analisar os direitos civis conquistados pelas mulheres ao longo dos anos e buscar uma possível

solução para a redução da violência doméstica contra as mulheres no Brasil, por meio da expansão das técnicas e práticas de Justiça Restaurativa. A metodologia utilizada foi de caráter bibliográfico, com artigos de diferentes autores e legislações correlatas. Ao final, propõe-se a criação de uma plataforma digital para divulgação e aplicação da Justiça Restaurativa junto aos Tribunais de Justiça Estaduais.

PALAVRAS-CHAVE: violência doméstica contra a mulher; Justiça Restaurativa; plataforma digital.

ENGLISH

TITLE: Violence against women: the Judiciary Power in preventing and confrontation.

ABSTRACT: The present study has as its theme domestic violence against women. The central objective is to analyze the civil rights won by women over the years and seek a possible solution to reduce domestic violence against women in Brazil, through the expansion of techniques and practices of Restorative Justice. The methodology used was bibliographic in nature, with articles by different authors and related legislation. In the end, it is proposed the creation of a digital platform for the dissemination and application of Restorative Justice within the State Courts of Justice.

KEYWORDS: domestic violence against women; Restorative Justice; digital platform.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Um breve histórico sobre os direitos civis das mulheres no Brasil e um panorama da violência doméstica atual – 3 A Justiça Restaurativa pode contribuir na prevenção e no enfrentamento da violência doméstica contra as mulheres – 4 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Busca este artigo realizar um breve histórico dos direitos civis conquistados pelas mulheres no Brasil e analisar a Justiça Restaurativa como um meio alternativo para a prevenção e o enfrentamento da violência doméstica contra as mulheres.

Inicialmente, serão examinados o Código Civil de 1916, o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62), a Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77), a Constituição Federal de 1988, o Código Civil de 2002, a Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres (CEDAW) de 1979, a Convenção de Belém do Pará de 1994 e a Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha).

Em um segundo momento, será desenvolvida uma análise da Justiça Restaurativa no âmbito da violência doméstica contra as mulheres, com base em diferentes pesquisadores sobre o tema.

Quanto ao problema da presente pesquisa, esta consiste na seguinte pergunta: de que modo o Poder Judiciário estadual poderia contribuir para a prevenção e o enfrentamento da violência doméstica contra a mulher?

Para responder a tal pergunta, formula-se a hipótese a seguir: o Judiciário estadual pode contribuir com a prevenção e o enfrentamento da violência contra a mulher por meio do fortalecimento e da ampliação das práticas de Justiça Restaurativa no Estado, com a criação de uma plataforma digital.

Portanto, o presente artigo se justifica, uma vez que o índice de violência doméstica contra a mulher continua bastante alto em todos os Estados da federação. Assim, o objetivo geral deste estudo é analisar a Justiça Restaurativa como uma ferramenta alternativa ou concorrente, em relação à Justiça Retributiva, de contribuição, ao lado desta, para a prevenção e o enfrentamento da violência doméstica contra as mulheres.

Quanto aos objetivos específicos, este artigo buscou analisar o desenvolvimento dos direitos civis das mulheres ao longo dos séculos XX e XXI, conceituar o que é a Justiça Restaurativa e relacionar a Justiça Restaurativa com a violência doméstica contra as mulheres, no intuito de chegar à hipótese do artigo.

Por fim, quanto à metodologia, a pesquisa foi desenvolvida com base no método hipotético-dedutivo, com abordagem qualitativa e procedimento voltado à pesquisa bibliográfica e documental.

2 UM BREVE HISTÓRICO SOBRE OS DIREITOS CIVIS DAS MULHERES NO BRASIL E UM PANORAMA DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA ATUAL

De início, cumpre assinalar que o Código Civil de 1916, fortemente influenciado pela Igreja Católica, descreveu a família como uma organização hierárquica, em que no topo tinha o homem como chefe e, embaixo, a mulher em situação de inferioridade legal.

O Código Civil de 1916, apesar de ser um grande avanço no ordenamento jurídico da época, pouco inovou em termos de direitos às mulheres, pois o instituto do casamento, reproduzido nessa lei, ainda concebia o papel da mulher de forma secundária.

A título de exemplo, o art. 233, do Código Civil de 1916, estabelecia que o marido era o chefe da sociedade conjugal, competindo-lhe a representação da família (CC/16, art. 233, I), a administração dos bens comuns (CC/16, art. 233, II), o direito de fixar o domicílio da família e a prover a manutenção desta (CC/16, art. 233, III e IV).

De acordo com Campopiano (2016), à mulher não se concedia a capacidade plena, ou seja, ela não podia realizar os atos da vida civil de forma independente, precisando ser assistida ou ter seus atos ratificados. Sendo relativamente incapaz, a mulher era equiparada aos menores, aos pródigos e aos silvícolas, conforme art. 6º, do diploma de 1916, *in verbis*:

Art. 6º. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer:

I. Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos (arts. 154 a 156).

II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.

III. Os pródigos.

IV. Os silvícolas.

(...)

(grifei)

Portanto, à mulher era imposta uma situação de extrema subordinação, sendo que, para praticar qualquer ato, dependia da anuência do pai e, quando casada, do marido.

Nesse contexto, as mulheres que pretendiam ingressar no mercado de trabalho só podiam exercer o labor se tivessem a autorização do cônjuge, nos termos do art. 242, VII, do CC/16, cujo teor é o seguinte: “Art. 242. A mulher não pode, sem autorização do marido: VII - Exercer profissão;”.

Conforme Campopiano (2016), é nesta sociedade, notadamente patriarcal e machista, tendo a figura do homem como centro, que foi elaborado o Código Civil de 1916, por Clóvis Beviláqua, legislação esta que estabelecia um tratamento absolutamente desigual entre homens e mulheres, sendo a eles atribuídos diferentes direitos e deveres.

Sobre o assunto, Venosa (2014, p. 16) pontuou o seguinte:

Os Códigos elaborados a partir do século XIX dedicaram normas sobre a família. Naquela época, a sociedade era eminentemente rural e patriarcal, guardando traços profundos da família da Antiguidade. A mulher dedicava-se aos afazeres domésticos e a lei não lhe conferia os mesmos direitos do homem. O marido era considerado o chefe, o administrador e o representante da sociedade conjugal. Nosso Código Civil de 1916 foi fruto direto dessa época.

Esse quadro começou a ser alterado com a chegada do Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121/62). Sobre esta Lei, Rodrigues (1993, p. 244) ressaltou que:

(...). Essa lei procurou, dentro do possível, equiparar a mulher ao homem dentro do casamento, reduzindo muitas das restrições que o legislador anterior lhe impunha. Assim, por exemplo, e entre outras vantagens, tirou-a do rol dos incapazes. Suprimiu várias limitações que eram impostas pelo art. 242 do C.C., deu-lhe a titularidade do pátrio poder que ela, até então, desfrutava supletivamente e a manteve nessa titularidade, quando, após a viuvez, se remaridava.

Referido Estatuto alterou o art. 233 do Código Civil de 1916, para estabelecer que a chefia da sociedade conjugal continuava sendo do marido, porém tal função deveria ser exercida com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos.

Em 1977, o divórcio foi instituído oficialmente pela Emenda Constitucional nº 09, de 28.06.1977, sendo tal emenda regulamentada pela Lei do Divórcio (Lei nº 6.515/77), de 26.12.1977. Essa Lei permitia extinguir por completo os vínculos de um casamento e autorizava que a pessoa casasse novamente com outra.

Até o ano de 1977, caso a convivência se tornasse insuportável, poderia ser pedido o desquite, que interrompia os deveres conjugais e extinguiu a sociedade conjugal, porém o vínculo matrimonial permanecia. Em outras palavras, as pessoas desquitadas não podiam casar novamente.

De acordo com Beltrão (2017), nessa época, quando os desquitados voltavam a se unir a outra pessoa, tal união não tinha respaldo legal e os filhos eram considerados ilegítimos, como se gerados em relacionamentos extraconjugais. Além de não terem amparo legal, esses casais – que viviam em regime de concubinato – sofriam preconceito, especialmente as mulheres.

Desse modo, a Lei do Divórcio possibilitou a realização de um novo casamento, mas somente por uma única vez. Esse quadro só se modificou com a chegada da Constituição Federal de 1988, que permitiu o divórcio e o recasamento de modo ilimitado.

Quanto à Constituição Federal de 1988, esta consagrou, pela primeira vez, no âmbito da Lei Maior, a igualdade formal entre homens e

mulheres como um direito fundamental. Em relação à CF/88, Piovesan (2008, p. 14) assinalou o seguinte:

Pela primeira vez na história constitucional brasileira, consagra-se a igualdade entre homens e mulheres como um direito fundamental, nos termos do artigo 5º, inciso I do texto. O princípio da igualdade entre os gêneros é endossado no âmbito da família, quando o texto vem a estabelecer que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelos homens e pelas mulheres, em conformidade com o artigo 226, §5º. A Carta de 1988 ainda reconhece a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, de acordo com o §3º do mesmo dispositivo constitucional. Acrescenta ainda que os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (art. 227, §6º).

Por sua vez, o Código Civil de 2002 rompeu, em definitivo, com o legado discriminatório em relação às mulheres, previsto no Código Civil anterior, que legalizava a hierarquia de gênero, mitigando os direitos civis delas. Dessa forma, o Código Civil de 2002 trouxe a capacidade plena da mulher; estabeleceu que a direção da sociedade conjugal será exercida, em colaboração, pelo marido e pela mulher, sempre no interesse do casal e dos filhos; e substituiu a expressão “pátrio poder” (poder exercido exclusivamente pelo homem), termo utilizado pelo Código Civil de 1916, pela expressão “poder familiar”, implementando, assim, a nível infraconstitucional, o princípio da igualdade da Constituição Federal de 1988.

No âmbito dos Tratados Internacionais, é importante citar a Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres (CEDAW), aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 18.12.1979, e aprovada e promulgada pelo Estado brasileiro mediante o Decreto Legislativo nº 93 de 14.11.1983 e o Decreto nº 89.460 de 20.03.1984, respectivamente.

Em relação à aludida Convenção, Piovesan (2015, p. 366) pontuou o seguinte:

No entanto, para o alcance da igualdade não basta a proibição da discriminação. No entender da Convenção, a eliminação da discriminação não é suficiente para assegurar a igualdade entre os gêneros. Prevê, assim, a possibilidade da adoção das medidas afirmativas – “ações afirmativas” – como importantes medidas a serem adotadas pelos Estados para acelerar o processo de obtenção da igualdade.

Noutro giro, pelo sistema interamericano, tem-se a Convenção de Belém do Pará – como ficou conhecida a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra Mulher – adotada pela Assembleia Geral da OEA (Organização dos Estados Americanos) em 09.06.1994, na cidade de Belém/PA, e aprovada pelo Estado brasileiro mediante o Decreto Legislativo nº 107, de 31.08.1995.

Referida Convenção é considerada um marco no enfrentamento à violência contra as mulheres, já que ela exige dos Estados um compromisso efetivo na erradicação da violência de gênero a partir da criação de uma legislação específica.

Nesse sentido, adveio a Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), com a finalidade de reduzir as violências físicas, psicológicas, morais e patrimoniais praticadas contra elas no âmbito doméstico.

Quanto à Lei Maria da Penha, cumpre mencionar que ela se originou de um Grupo de Trabalho Interministerial instituído pelo Decreto nº 5.030, de 31.03.2004, que contou com a participação da sociedade civil e do Governo, para elaboração de uma proposta de medida legislativa e de outros instrumentos para coibir a violência doméstica contra a mulher. O Grupo produziu uma proposta legislativa, encaminhada pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional, no final de 2004. Na exposição de motivos do projeto, há enfática referência ao caso Maria da Penha e sobre as recomendações formuladas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos neste caso.

Em relação a esta Lei, Piovesan (2015) destacou sete inovações extraordinárias, são elas: (a) Mudança de paradigma no enfrentamento da violência contra a mulher; (b) Incorporação da perspectiva de gênero para

tratar da violência contra a mulher; (c) Incorporação da ótica preventiva, integrada e multidisciplinar; (d) Fortalecimento da ótica repressiva; (e) Harmonização com a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher de Belém do Pará; (f) Consolidação de um conceito ampliado de família e visibilidade ao direito à livre orientação sexual; e (g) Estímulo à criação de bancos de dados e estatísticas.

Segundo Piovesan (2015), a violência contra a mulher era, até o advento da Lei Maria da Penha, tratada como uma infração penal de menor potencial ofensivo, nos termos da Lei nº 9.099/95. Com a nova Lei, a violência passou a ser concebida como uma violação a Direitos Humanos, sendo expressamente vedada a aplicação da Lei nº 9.099/95.

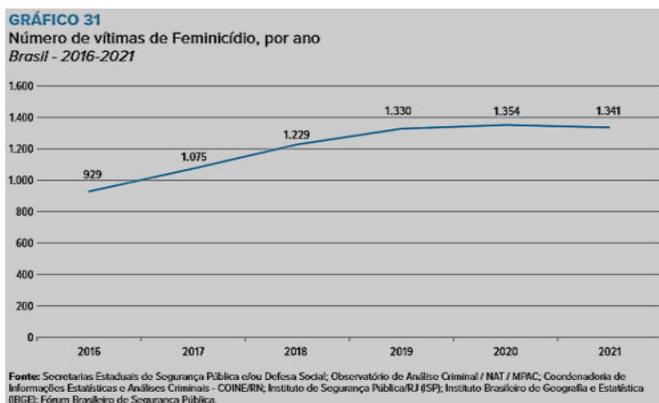
Ademais, de acordo com o art. 17 da aludida Lei, são proibidas, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa.

Conforme Oliveira e Possas (2021), os estudos no campo da violência contra as mulheres têm demonstrado que a resposta penal ainda é a resposta central se comparada com as medidas assistenciais e preventivas, como a criação de casas-abrigos para mulheres em situação de violência doméstica (Lei Maria da Penha, art. 35, II) e a Justiça Restaurativa.

De acordo com o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2022), entre os anos de 2020 e 2021, nos crimes de feminicídios, tipificação incluída pela Lei 13.104/2015 como qualificadora do crime de homicídio, houve uma queda de 1,7% na taxa entre os dois anos. Mesmo com a variação, os números ainda assustam: nos últimos dois anos, 2.695 mulheres foram mortas pela condição de serem mulheres – 1.354 em 2020 e 1.341 em 2021.

Sobre o tema, o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2022, p. 169) apresentou o seguinte gráfico ilustrativo:

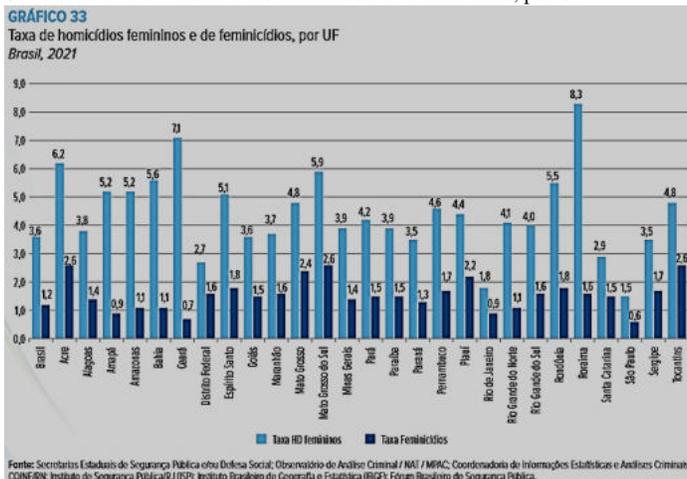
Gráfico 1 – Número de vítimas de feminicídio, por ano



Fonte: Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022, p. 169.

Ademais, mesmo com possíveis subnotificações, a taxa de feminicídios por 100 mil mulheres, em 2021, foi de 1,2 no Brasil, conforme gráfico do Anuário (2022, p. 171) a seguir:

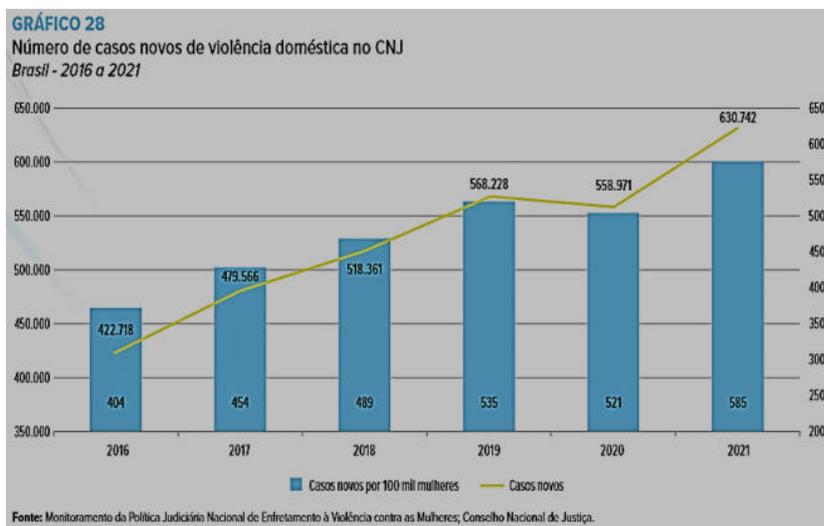
Gráfico 2 – Taxa de homicídios femininos e de feminicídios, por UF



Fonte: Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022, p. 171.

Por fim, e não menos importante, conforme o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2022), existem os dados do Conselho Nacional de Justiça, reunidos no Monitoramento da Política Judiciária Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres. Assim, de acordo com esses dados, entre 2016 e 2021, verificou-se um crescimento de quase 45% no número de novos casos de violência doméstica por 100 mil mulheres — saltando de 404, em 2016, para 587, em 2021. O gráfico do Anuário (2022, p. 155) a seguir demonstra o crescimento dos casos de violência doméstica nesse período:

Gráfico 3 – Número de casos novos de violência doméstica no CNJ



Fonte: Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022, p. 155.

Ante o exposto, conclui-se que os dados constantes dos gráficos acima revelam que, apesar dos avanços na legislação e nas políticas de proteção à mulher, ainda se faz necessário avançar mais, para reverter essa tendência de crescimento nos casos de violência doméstica.

No próximo tópico, apresentar-se-á a Justiça Restaurativa, para que se possa compreender seu conceito, princípios e procedimentos, bem como sua contribuição na redução do índice de violência doméstica contra as mulheres.

3 A JUSTIÇA RESTAURATIVA PODE CONTRIBUIR NA PREVENÇÃO E NO ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA AS MULHERES

Para adentrar nesse tema, é de suma importância definir primeiro o que seria a Justiça Restaurativa. Segundo Nascimento (2022), a Justiça Restaurativa é um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado.

Conforme Nascimento (2022), são princípios que orientam a Justiça Restaurativa: (a) Reparação dos Danos; (b) Corresponsabilidade; (c) Atendimentos às Necessidades de Todos os Envolvidos; (d) Informalidade; (e) Voluntariedade; (f) Imparcialidade; (g) Participação da Vítima, do Infrator e da Comunidade; (h) Empoderamento; (i) Consensualidade; (j) Confidencialidade; (l) Celeridade; e (m) Urbanidade.

Para Nascimento (2022), a Justiça Restaurativa surge como alternativa à tradicional Justiça Retributiva, visto que esta enxerga o crime como uma violação contra o Estado, definida pela desobediência à lei e pela culpa, na qual o papel do Judiciário é fixar a culpa do condenado e retribuir a dor por ele causada em razão da prática do crime; e aquela enxerga o crime como uma violação das pessoas e de seus relacionamentos, na qual um determinado autor pratica uma ação que gera danos a uma vítima e, conseqüentemente, tem o dever de repará-la, pois, como integrante da sociedade que é, tem o dever de assumir suas responsabilidades para com ela.

Em 2016, o Conselho Nacional de Justiça produziu a Resolução nº 225/2016, que regulamentou a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário. De acordo com essa Resolução, a Justiça Restaurativa objetiva a mudança do paradigma meramente punitivo e sancionador da Justiça tradicional, tendo como ponto de partida a ideia do diálogo seguro, respeitoso e empático.

Para Nascimento (2022), o Círculo Restaurativo é o processo mais comum de realização da Justiça Restaurativa, tratando-se de uma reunião de pessoas diretamente envolvidas na situação de conflito, incluindo a vítima, o infrator e a comunidade, encontro este mediado por um coordenador, também conhecido como Guardião do Círculo. Desse modo, as pessoas se reúnem em locais onde as cadeiras são organizadas em círculo, havendo um roteiro de conversas a ser seguido para promover o diálogo, mas sem apontar culpados, a fim de despertar nos envolvidos a percepção de que, na vida em sociedade, todas as ações individuais impactam na coletividade.

Assim, pode-se afirmar que, no âmbito do Poder Judiciário, o caráter transformador das práticas restaurativas é baseado no exercício da comunicação não violenta, da cultura para a paz e da resolução pacífica de conflitos, à medida que busca por intermédio do diálogo respeitoso ouvir as necessidades das pessoas afetadas pelos delitos e os motivos daqueles que o causaram, promovendo escuta empática entre ambos, suas famílias e comunidade em que vivem.

Segundo Pallamolla (2009), um dos valores norteadores da Justiça Restaurativa é o da não dominação, que se caracteriza como um dever o procedimento restaurativo estar organizado de forma a minimizar as diferenças e as desigualdades sociais, culturais e históricas, no momento do encontro entre atingidos pelo conflito penal. Assim, o facilitador tem o dever de atuar no sentido de garantir a redução dos sentimentos de vitimização da paciente, bem como no sentido de fomentar a responsabilização da conduta do agressor.

Conforme Pallamolla (2009), o empoderamento se propõe a oferecer, no curso do procedimento, voz aos envolvidos (vítima, ofensor, comunidade de próximos), implicando em compreensão e alteridade dos diferentes pontos de vista. O empoderamento geraria, assim, a participação ativa da vítima, do ofensor e da coletividade no processo de edificação da justiça.

Sobre o tema, Ribeiro (2015) indica a mediação como o mecanismo mais adequado para o refazimento do elo rompido com a prática do delito para que as partes possam, por meio do diálogo, superar a origem do delito. Todavia, existem outros autores que entendem necessário proibir a mediação para as situações de violência doméstica, como forma de inibir este tipo de violência, pois o agente agressor que percebe a vítima como subalterna, que não se arrepende, que não sabe pedir perdão, que anula a vontade da vítima, pode valer-se da solução restaurativa para perpetuar o ciclo de abusos e agressões.

Nesse ínterim, é imperioso ressaltar que a utilização das técnicas restaurativas não pode ser compreendida como um mecanismo de minimização da conduta enquanto crime, mas sim como um instrumento que privilegia a revitalização dos vínculos fragmentados, em atenção às singularidades de cada situação específica.

Para Gutierrez (2012), a técnica restaurativa viabiliza que a mulher encare o problema de frente e assuma a direção de sua vida como agente transformador, ao mesmo tempo conscientiza o homem de seus atos.

De acordo com Fonseca e Lucas (2006), as mulheres que decidem romper um relacionamento agressivo estão destruindo com várias aspirações e expectativas frustradas pelo delito. Essas pesquisadoras indicam que há ganhos e perdas com o fim do relacionamento que não podem ser ignorados pelos profissionais que se deparam com a violência doméstica, sendo necessário fortalecer a mulher para o alvorecer de um novo trajeto de vida.

Nesse contexto, a Justiça Restaurativa poderia ser utilizada como um mecanismo que prioriza as necessidades da vítima, por meio de seus princípios, valores e técnicas, assumindo como finalidade teleológica a pacificação social, por meio da reparação dos danos causados às mulheres.

Finalmente, para Oliveira e Santos (2017), a aplicação complementar, e não substitutiva, das propostas restaurativas ao processo penal tradicional, especialmente nos casos de violência doméstica e familiar, pode consistir em uma alternativa de resgaste do Processo Penal Democrático que atenda às necessidades das vítimas, dos réus e da sociedade, consistindo numa importante ferramenta de emancipação feminina.

4 CONCLUSÃO

Tendo em vista que o Brasil possui 5.568 Municípios, além do Distrito Federal, com uma população aproximada de 214 milhões e 300 mil pessoas, faz-se necessária a criação de uma plataforma digital de Justiça Restaurativa, para a expansão e consolidação desse importante método de solução de conflitos no âmbito de cada Estado.

A criação dessa plataforma digital seria de fundamental importância, em razão de o atual modelo de Justiça Restaurativa ser limitado geograficamente e muito arcaico, haja vista que o atendimento hoje é predominantemente presencial, não havendo divulgação dos benefícios para os jurisdicionados em relação a esse importante meio de pacificação social e de restauração de vínculos e indivíduos.

Portanto, no âmbito da Justiça estadual, há a necessidade de criação de uma plataforma digital voltada à divulgação, à capacitação, ao atendimento e à resolução de conflitos por meio dos métodos de Justiça Restaurativa, para que não se garanta apenas o acesso à Justiça tradicional, mas também à Justiça Restaurativa, com a finalidade de reduzir o índice de violência doméstica contra as mulheres em cada Estado.

Desse modo, a expansão da Justiça Restaurativa às Comarcas não contempladas ocorreria por meio dessa plataforma digital, que ofereceria, além do atendimento virtual, cursos de capacitação a servidores, que seriam realizados pelas Escolas de Magistratura dos Estados. No caso, tanto a plataforma quanto os cursos de Justiça Restaurativa seriam financiados pelos Tribunais de Justiça Estaduais.

Ademais, para a realização das práticas restaurativas no âmbito da violência doméstica contra as mulheres, a plataforma digital poderia criar 02 (dois) grupos de trabalho, sendo um grupo para o restabelecimento de mulheres vítimas e o outro de reflexão para homens autores de violência.

Destarte, com a criação da plataforma digital, os homens autores de violência doméstica participariam voluntariamente das práticas restaurativas com maior frequência, em razão da praticidade da modalidade remota, atendendo-se, assim, ao Princípio da Voluntariedade, que dispõe que as partes não sejam obrigadas, em hipótese alguma, a participar dos círculos e processos restaurativos.

Conclui-se, portanto, que a aplicação da Justiça Restaurativa, por meio desse portal, poderia efetivamente ajudar na diminuição do índice de violência doméstica contra as mulheres, uma vez que o método restaurativo objetiva revelar ao ofensor a gravidade de seus atos, responsabilizando-o por meio de uma punição com efeitos positivos, para que o mesmo mude suas atitudes futuras e repare integralmente o dano causado à vítima.

REFERÊNCIAS

BELTRÃO, Tatiana. Divórcio demorou a chegar no Brasil. *Senado Notícias*. Arquivos. 4 dez. 2017. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/arquivo-s/divorcio-demorou-a-chegar-no-brasil>. Acesso em: 20 nov. 2022.

BRASIL. *Código Civil de 1916*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acesso em: 20 nov. 2022.

CAMPOPIANO, Letícia. Tratamento da Mulher no Código Civil de 1916 e no de 2002. *Jusbrasil*. 18 maio 2016. Disponível em: <https://lecampopiano24.jusbrasil.com.br/artigos/339145700/tratamento-da-mulher-no-codigo-civil-de-1916-e-no-de-2002>. Acesso em: 20 nov. 2022.

CNJ (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA). *Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016*. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/compilado2111032022061062a3b36793e56.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2022.

FONSECA, Paula Martinez da; LUCAS, Taiane Nascimento Souza. *Violência doméstica contra a mulher e suas consequências psicológicas*. Trabalho apresentado ao Curso de Psicologia da Escola Bahiana de Medicina e Saúde Pública, Fundação Bahiana para o Desenvolvimento das Ciências, como parte dos requisitos para a conclusão do Curso de Graduação em Psicologia. 2006. Disponível em: <http://newpsi.bvs-psi.org.br/tcc/152.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2022.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022*. Ano 16 – 2022. ISSN 1983-7364. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=5>. Acesso em: 20 nov. 2022.

GUTIERRIZ, Thaize de Carvalho Correia. *Justiça restaurativa: método adequado de resolução dos conflitos jurídico-penais praticados contra a mulher em ambiente doméstico*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2012. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/8273/1/Thaize%20de%20Carvalho%200-%20Disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2022.

NASCIMENTO, Felipe Augusto dos Santos. *Manual de Humanística – Introdução às Ciências Humanas e à Teoria do Direito para Carreiras Jurídicas*. 1. ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2022.

Bruno Gruppioni Passos; Viviane de Jesus e Jesus; Júlia
Gruppioni Passos

OLIVEIRA, Anderson Eduardo Carvalho de; POSSAS, Mariana Thorstensen. Ambiguidades e Desafios da Decisão (Judicial) de Intervenção Junto aos Homens Autores de Violência Contra Mulheres. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 8, 2021.

OLIVEIRA, Tássia Louise de Moraes; SANTOS, Caio Vinícius de Jesus Ferreira dos. Violência Doméstica e Familiar: a Justiça Restaurativa como ferramenta na construção da cidadania de gênero e emancipação feminina. In: Seminário Internacional Fazendo Gênero 11 & 13th Women's Worlds Congress. *Anais Eletrônicos* [...], Florianópolis, 2017, ISSN 2179-510X Disponível em: http://www.en.www2017.eventos.dype.com.br/resources/anais/1498836014_ARQUIVO_Artigo_Fazendoogenero_TassiaeCaio1.pdf. Acesso em: 20 nov. 2022.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *A justiça restaurativa da teoria à prática*. 1. ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PIOVESAN, Flávia. *Igualdade de Gênero na Constituição Federal: os Direitos Cíveis e Políticos das Mulheres no Brasil*. Editora: Consultoria Legislativa do Senado Federal. Brasília, DF: Senado Federal, 2008. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos-fundamentais-igualdade-de-genero-na-constituicao-federal-os-direitos-civis-e-politicos-das-mulheres-do-brasil>. Acesso em: 20 nov. 2022.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 8. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

RIBEIRO, Andréa Tavares. Mediação penal como alternativa a processo penal em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. *Boletim Científico*, Brasília, DF, v. 14, n. 46, 2015. Disponível em: <file:///C:/Users/55339/Downloads/1.%20Mediacao%20penal%20como%20alternativa%20a%20processo%20penal%20em%20casos%20de%20violencia%20domestica.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2022.

RODRIGUES, Silvio (1993). Breve histórico sobre o direito de família nos últimos 100 anos. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade De São Paulo, v. 88, 1993, p. 239-254. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67221>. Acesso em: 20 nov. 2022.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Direito de Família*. 14. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

Reflexões sobre o Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero na Justiça Militar da União

Monick de Souza Quintas

Pós-graduada em Direito Público e Privado pelo UNIJUR (Instituto Savonitti). Pós-graduada em Direito Militar pelo CBEPJUR (Universidade Cândido Mendes). Ex-membro da Comissão de Direito Militar da OAB/DF (2016-2018) Ex-membro da Comissão Nacional de Direito Militar da ABA (2017-2019). Ex-presidente da Comissão Nacional de Direito Militar da ABA (2019). Advogada regularmente inscrita na OAB/DF.

Revisores: Luciano Moreira Gorrilhas (ORCID: 0009-0005-0678-471X; e-mail: luciano.gorrilhas@mpm.mp.br)
Fernando Hugo Miranda Teles (e-mail: fernando.teles@mpm.mp.br)

Data de recebimento: 30/04/2023

Data de aceitação: 04/05/2023

Data da publicação: 30/05/2023

RESUMO: O “Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero” foi lançado na sessão plenária de 19 de outubro de 2021, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), visando alcançar a igualdade de gênero e o Desenvolvimento Sustentável nº 5, da Agenda 2030, da Organização das Nações Unidas (ONU). Dele, adveio a Recomendação nº 128 do CNJ, recomendando a adoção do documento no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. Neste manuscrito, trataremos breves reflexões dos impactos do Protocolo na Justiça Militar da União.

PALAVRAS-CHAVE: gênero; igualdade; julgamento; justiça militar; perspectiva de gênero; protocolo.

ENGLISH

TITLE: Reflections on the Protocol for Trial with a Gender Perspective in the Military Justice of the Union.

ABSTRACT: The “Gender Perspective Trial Protocol” was launched during the plenary session of the National Council of Justice (CNJ) on October 19, 2021, aiming to achieve gender equality and Sustainable Development Goal 5 of the United Nations' 2030 Agenda. As a result, CNJ Recommendation No. 128 was issued, recommending the adoption of the document within the Brazilian Judiciary. In this manuscript, we will provide brief reflections on the impact of the Protocol on the Military Justice of the Union.

KEYWORDS: gender; equality; judgment; military justice; gender perspective; protocol.

SUMÁRIO

1 Introdução ao tema – 2 Hierarquia e disciplina como princípios constitucionais das forças armadas, não autorizadores para a prática de condutas discriminatórias e diferenciação de tratamento entre homens e mulheres nas Forças Armadas – 3 Necessidade de debates visando a alteração do Código Penal Militar – 4 Necessidade de inserção feminina na composição dos órgãos de julgamento (Conselhos Especiais ou Permanentes de Justiça), auditorias militares e Superior Tribunal Militar – 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO AO TEMA

Nos dias 06 e 07 de março do corrente ano, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em comemoração ao Dia Internacional da Mulher, promoveu o seminário “Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero: teoria e prática”, reafirmando o dever de os tribunais brasileiros levarem a efeito, nos

julgamentos, as especificidades das pessoas envolvidas, a fim de evitar preconceitos e discriminação por gênero dentre outras características.

De acordo com o ato normativo, as cortes deverão promover cursos de formação inicial e continuada que incluam, obrigatoriamente, conteúdos relativos a direitos humanos, gênero, raça e etnia, conforme as diretrizes do documento.

O “Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero” é um trabalho que foi instituído essencialmente pela Portaria nº 27, de 02 de fevereiro de 2021¹, complementada pela Portaria nº 116, de 12 de abril de 2021, e, foi oficialmente lançado na sessão plenária de 19 de outubro daquele mesmo ano. Dele, adveio a Recomendação nº 128, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Espera-se, inclusive, que a aludida recomendação seja convertida em resolução para que ganhe uma característica cogente, imprescindível para que o Protocolo produza os seus efeitos na totalidade.

Inicialmente, o Protocolo deve ser saudado, pois representa um significativo avanço na pauta de igualdade de gênero, mas, por outro lado, foi pensado e proposto com certo “atraso”. Isto porque, o Brasil, em 07 de setembro de 2022, foi condenado a elaborar esse documento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) – em razão do “caso Márcia Barbosa de Souza e outros vs. Brasil”².

O país tinha como dever dar cumprimento à implementação de políticas que visassem o combate à violência contra a mulher, diante de todas as desigualdades históricas que a população feminina vivencia.

¹ Instituiu Grupo de Trabalho para colaborar com a implementação das Políticas Nacionais estabelecidas pelas Resoluções CNJ nº 254/2020 e nº 255/2020, relativas, respectivamente, ao Enfrentamento à Violência contra as Mulheres pelo Poder Judiciário e ao Incentivo à Participação Feminina no Poder Judiciário.

² Para maiores informações, acessar a sentença proferida pela CIDH, disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_por.pdf.

No cenário no qual foi produzido, havia duas políticas nacionais já implementadas em relação a gênero, previstas nas Resoluções nº 254³ e 25⁴ do CNJ, sendo a primeira voltada ao enfrentamento à violência contra as mulheres pelo Poder Judiciário, ao passo que a segunda instituiu o fomento da participação feminina no Poder Judiciário pátrio.

Neste particular, há fortes críticas em relação às carreiras jurídicas existentes no ordenamento, pois, não obstante as mulheres sejam maioria nos órgãos como Defensoria Pública, Ministério Público, Magistratura, ainda há resistência na ocupação em cargos de direção e chefia liderados por elas. Exemplo disso é o fato de o Brasil ter tido uma Procuradora-Geral da República (PGR) até o presente momento, uma Ministra (e única mulher presidente) no Superior Tribunal Militar (STM), apenas 3 (três) Ministras no Supremo Tribunal Federal (STF).

No âmbito da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), muito embora a pauta de equidade de gênero esteja bastante em voga nos últimos tempos, e a mulheres também formarem maioria nos quadros da entidade *sui generis*, apenas 18% presidem seccionais⁵.

A esse propósito, o ano de 2021 foi um marco histórico na Advocacia, pois, pela primeira vez, 5 (cinco) das 27 (vinte e sete) seccionais elegeram mulheres para a presidência para o triênio 2022-2024, trazendo à tona a liderança feminina. Por sua vez, 22 (vinte e duas) seccionais têm mulheres na vice-presidência⁶.

Não é demais ressaltar que em 2020 o Conselho Federal da OAB (CFOAB) determinou que a composição das chapas considerasse paridade de

³ Instituiu a Política Judiciária Nacional de enfrentamento à violência contra as Mulheres pelo Poder Judiciário e dá outras providências.

⁴ Instituiu a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário.

⁵ Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/358653/mulheres-sao-maioria-na-oab-mas-so-18-presidem-seccionais>.

⁶ Idem.

gênero, imposição sensivelmente sentida nas eleições de 2021, a partir dos dados acima colacionados.

Entretanto, a presença maciça de homens nos cargos de chefia, sem dúvida, ainda é um desafio a ser superado pela comunidade como um todo.

Apesar de o CNJ já possuir políticas implementadas, era preciso impor ações mais concretas e enérgicas. Foi, então, que o Protocolo foi pensado como uma espécie de bússola em respeito às vulnerabilidades.

À época dos trabalhos, inclusive, das 15 (quinze) cadeiras no CNJ, 7 (sete) eram ocupadas por mulheres, o que acelerou a produção do documento com vistas a criar a cultura jurídica emancipatória e, que tem, como inspiração, o protocolo concebido no Estado do México, que também foi condenado pela CIDH a produzir um documento semelhante para erradicar a violência contra as mulheres⁷.

Em linhas gerais, o Protocolo é mais um instrumento para que alcancemos a igualdade de gênero. E essa igualdade é um compromisso que o STJ e o CNJ firmaram para que o país pudesse fazer cumprir a Agenda 2030 da ONU.

Destacam-se, por oportuno, dois Objetivos de Desenvolvimento Sustentável que fundamentaram a estrutura do protocolo, quais sejam ODS nº 5, que discorre sobre a igualdade de gênero e o “empoderamento de todas as meninas e mulheres”; e o ODS nº 16, que visa “promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável”.

O objetivo do Protocolo é justamente coibir a reprodução de padrões de discriminação e preconceito. Nota-se, por consequência, um amadurecimento institucional do Poder Judiciário, que, agora, (re)conhece a influência de todas as desigualdades históricas, sociais, culturais e políticas a que foram submetidas as mulheres ao longo da História.

⁷ Para maiores informações, acessar <https://www.oas.org/pt/cidh/jsForm/?File=/pt/cidh/prensa/notas/2022/097.asp>.

A título de curiosidade, duras críticas foram feitas em relação à edição do Protocolo, sobretudo por pessoas que possuem maior dificuldade em avançar na quebra de determinados paradigmas, afirmando que o documento subtrairia a neutralidade do Direito, ou, ainda, induziria a caminhos tortuosos na condução dos atos processuais.

Respeitado todo o entendimento contrário, tal assertiva não merece prosperar.

O Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero serve exatamente para identificar e desestruturar as desigualdades estruturais, uma vez que julgar com perspectiva de gênero não configura uma formatação tendenciosa, pelo contrário, julgar de forma abstrata e desconsiderando e perpetuando as assimetrias é que faz com que o direito emancipatório não ocorra. Nesse contexto exsurge a maior parcialidade tão temida por muitos. Na omissão, também há indícios de parcialidade, a qual não deve ser tolerada pelo Judiciário.

No processo judicial, um dos aspectos mais importantes para a garantia de decisões corretas e justas é a atuação de um magistrado isento, que não tenha relação questionável com as partes nem qualquer interesse na causa e que possa analisar o litígio com o distanciamento necessário. Para a preservação dessa garantia, o ordenamento jurídico brasileiro prevê os mecanismos da suspeição e do impedimento, disciplinados pelos diplomas processuais.

A elaboração desse documento, sem sombra de dúvida, avança no sentido de reconhecer a grande influência dos tratamentos não isonômicos e discriminatórios, que são transversais a todos os ramos do Direito, e que não mais comportam espaço nos dias atuais.

A propósito, protocolos semelhantes já foram produzidos em outros países da América Latina, como México (citado anteriormente), Chile, Bolívia, Colômbia e Uruguai – e todos elaborados por decisões firmadas por cortes regionais de Direitos Humanos.

Passando-se à breve análise da estrutura do Protocolo propriamente dita, o documento é essencialmente dividido em três partes:

- (a) conceitos básicos relacionados a sexo, gênero, identidade de gênero e sexualidade;
- (b) guia procedimental para magistrados integrantes de todos os ramos do Judiciário – que, aliás, serve como um norte para outras carreiras jurídicas implementarem a mesma política de enfrentamento ao combate de comportamentos e tratamentos discriminatórios;
- (c) e, por fim, trata de questões específicas para cada ramo de justiça, oportunidade na qual a Justiça Militar ganhou um pequeno espaço acerca de sua estrutura e funcionamento, bem como sugestões de melhorias.

No tocante à Justiça Militar, foco deste ensaio, o Protocolo se assenta em três principais observações:

- (a) (re)afirma que a hierarquia, a ordem e a disciplina militares são finalidades e a base constitucional das Forças Armadas, mas que não podem dar azo à prática de condutas discriminatórias, e que acarretem diferenciação de tratamento entre homens e mulheres dentro das forças, sejam elas Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica) ou Auxiliares de Segurança (Polícias Militares e Bombeiros Militares);
- (b) necessidade de debate acerca da alteração do Código Penal Militar, atinente aos crimes contra a dignidade sexual, especificamente dos artigos 70, 229, 232, 233, 234, e 236;
- (c) necessidade de inserção feminina cada vez maior na composição dos órgãos de julgamento.

Abordaremos cada uma dessas premissas em tópicos separados, senão vejamos.

2 HIERARQUIA E DISCIPLINA COMO PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DAS FORÇAS ARMADAS, NÃO AUTORIZADORES PARA A PRÁTICA DE CONDUTAS DISCRIMINATÓRIAS E DIFERENCIAÇÃO DE TRATAMENTO ENTRE HOMENS E MULHERES NAS FORÇAS ARMADAS

O primeiro caminho como guia específico da Justiça Militar do Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero refere-se à hierarquia e a disciplina. É cediço que ambas são a base constitucional e institucional das Forças Armadas, a teor do que dispõem o artigo 142, *caput*, da Constituição Federal de 1988⁸, e o artigo 14, da Lei nº 6.880/80⁹ (Estatuto dos Militares).

A inteligência do texto constitucional nos ensina a hierarquia e a disciplina como princípios basilares e sustentáculos das Forças Armadas, porquanto o *caput* do artigo 14 do Estatuto dos Militares, lastreado nesse, acabou por positivar as bases institucionais das FFAA, cujo reflexo imediato é que a autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico¹⁰.

⁸ **Art. 142.** As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

⁹ **Art. 14.** A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico.

§ 1º A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antiguidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à seqüência de autoridade.

§ 2º Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.

§ 3º A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformados.

¹⁰ ASSIS, Jorge Cesar de. *Estatuto dos militares comentado*: Lei 6.880, de 09 de dezembro de 1980 / coordenação Jorge César de Assis – Curitiba: Juruá, 2019, p. 77.

Ressalte-se que não são princípios inafastáveis e absolutos, podendo sofrer mitigação quando, no caso concreto, são confrontados com outros princípios e regras que valorizam a dignidade humana¹¹.

Os conceitos de hierarquia e disciplina, na visão do autor Fernando Hugo Miranda Teles, na obra coletiva *Estatuto dos Militares Comentado*¹², podem ser entendidos como, *ipsis litteris*:

A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antiguidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à sequência de autoridade.

Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.

Curioso destacar que, apesar de a expressão “hierarquia e disciplina” remeter à ordem militar, **não** são institutos exclusivos das forças militares, em pese serem a base principiológica destas, fazem parte, ainda que de forma menos exarcebada, da estrutura de toda administração pública (COSTA *et al.*, 2004 *apud* TELES), bem como das relações privadas.

No entanto, a hierarquia e a disciplina constituem a própria essência das forças armadas, e, por isso, são tão caras à existência das instituições, justificando porque a sua violação será sempre tutelada, seja pelos

¹¹ Idem

¹² Ibidem.

regulamentos disciplinares, de forma mais branda, seja na esfera penal, na modalidade mais gravosa¹³.

A estrita observância a esses princípios constitucionais em nada afeta a dignidade do militar. Há, na verdade, uma sujeição voluntária daquele que opta por seguir a carreira das armas em se manter firme aos pilares basilares da força que integra, como forma de manter hígida a instituição militar¹⁴.

Por óbvio, não podem ser utilizadas para mascarar práticas discriminatórias que acarretem em diferenciações de tratamento entre homens e mulheres, até porque a convivência entre militares tem por escopo desenvolver o espírito de camaradagem, em ambiente de estima e confiança, sem prejuízo do respeito mútuo¹⁵.

Nesse diapasão, a autora desta pesquisa acredita ser fundamental a reestruturação da grade disciplinar dos cursos de formação de praças e oficiais tanto das Forças Armadas quanto das Forças Auxiliares, com o intuito de se criar uma maior conscientização para que as políticas públicas, especialmente as de proteção à mulher, sejam, de fato, aplicadas, em respeito ao princípio constitucional da igualdade, bem como os primados do Direito da Personalidade, que preserva a dignidade do ser humano.

A título elucidativo, a Polícia Militar do Distrito Federal (PMDF), no ano de 2018, inseriu no Curso de Formação de Oficiais a disciplina voltada para a Lei Maria da Penha, objetivando otimizar o atendimento das mulheres vítimas de violência doméstica para não revitimizá-las¹⁶.

Temas outros – sensíveis e com índice de incidência alarmante nas instituições militares –, afetos aos crimes cibernéticos, assédio sexual e

¹³ ASSIS, Jorge Cesar de. *Estatuto dos militares comentado*: Lei 6.880, de 09 de dezembro de 1980 / coordenação Jorge César de Assis – Curitiba: Juruá, 2019, pág. 79.

¹⁴ Idem.

¹⁵ ASSIS, Jorge Cesar de. *Estatuto dos militares comentado*: Lei 6.880, de 09 de dezembro de 1980 / coordenação Jorge César de Assis – Curitiba: Juruá, 2019, pág. 81.

¹⁶ Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2018/agosto/paz-em-casa-lei-maria-da-penha-passa-a-ser-obrigatoria-no-curso-de-formacao-de-oficiais-da-pmdf>.

moral, crimes sexuais, precisam ser ministrados de forma a facilitar o acesso à informação, possibilitando, assim, o caráter pedagógico das legislações em vigor no país, e coibir o tratamento discriminatório, que pode causar danos irreparáveis à vítima.

É certo que a hierarquia e a disciplina não podem ser admitidas como fim em si mesmo, mas, antes, como meio de alcançar os objetivos institucionais, sendo ilícita a utilização desses elementos caracterizadores da vida castrense para atitudes contrárias à igualdade e paridade de tratamento entre os gêneros existentes na sociedade, como bem pontuou o Protocolo, neste ponto.

Portanto, a violação a qualquer direito e a perpetração de atos não condizentes com a dignidade humana merecem reprovação moral, social e penal, mormente por ferirem frontalmente os desígnios da profissão militar, que deve ser exercida com decoro, respeito e dignidade para com seu semelhante.

3 NECESSIDADE DE DEBATES VISANDO À ALTERAÇÃO DO CÓDIGO PENAL MILITAR

A segunda questão posta pelo guia específico da Justiça Militar diz respeito à necessidade de alteração da legislação penal militar, adequando os tipos penais às novas descrições e prescrições existentes para os mesmos crimes com amparo no Código Penal comum.

De fato, as legislações castrenses são antigas, a exemplo do Decreto-Lei nº 1.001, que instituiu o Código Penal Militar, e do Decreto-Lei nº 1.002, que instituiu o Código de Processo Penal Militar, ambos editados em 21 de outubro de 1969, em uma época em que não havia a presença de mulheres nas forças armadas.

Como já tratado pela autora deste artigo em outras publicações, não é de hoje que o legislador vem deixando de incluir o direito castrense nas

alterações sofridas pelo ordenamento jurídico. Nessa linha de raciocínio, Cícero Robson Coimbra Neves assevera:

De fato, boa parte da doutrina existente olvida do Direito Penal Militar e, quando dele lembram, apenas tecem comentários que tangenciam o cotidiano encontrado pelos militares dos Estados. Em razão disso, existe uma carência de apontamentos mais detidos e aprofundados sobre o Direito Castrense, o que vem a fomentar dúvidas homéricas¹⁷.

Diante de tal omissão, ou eventual falta de atenção de cunho doutrinário e legislativo sobre o tema, caberia ao Poder Judiciário *harmonizar* o ordenamento – percebam que não compete ao Judiciário a edição de normas, pois estaríamos diante de uma frontal violação ao processo legislativo –, de modo a garantir que as políticas públicas de proteção à mulher sejam, verdadeiramente, aplicadas.

Não podemos deixar de mencionar, todavia, que, com o advento da Lei nº 13.491/17, que alterou substancialmente o artigo 9º do Código Penal Militar, o conceito de crime militar foi ampliado para, além da tradicional divisão de crime militar próprio e impróprio, admitir uma nova categoria: a de crime militar por extensão ou crime militar extravagante (a doutrina admite ambos os termos), que são justamente aqueles que se encontram fora do Código Penal castrense, na legislação penal comum, e que adquirem a condição de militar por terem sido cometidos em uma das hipóteses retratadas no inciso II, do artigo 9º, do referido dispositivo. Esse seria o primeiro eixo da inovação legislativa, na lição de Coimbra Neves.

Na redação anterior, verifica-se, para que o crime fosse considerado militar pelo inciso II, a premissa era a de que o fato deveria estar tipificado no CPM e na legislação penal comum de forma idêntica¹⁸.

¹⁷ NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Apontamentos de Direito Penal Militar*. São Paulo: Saraiva, 2008.

¹⁸ NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar* / Volume Único. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021, p. 42.

Preenchido esse pressuposto, o próximo passo na constatação do crime militar era verificar se uma das hipóteses do inciso II estava presente nas alíneas constantes desse¹⁹.

Contudo, com a disposição trazida pela Lei nº 13.491/17, os crimes militares tipificados de maneira idêntica no CPM e na legislação penal comum continuam na mesma lógica de antes, mas houve o *acréscimo* dos tipos penais constantes da legislação penal comum que não possuem previsão idêntica no CPM, os quais, hoje, estão enquadrados em uma das alíneas do inciso II do artigo 9º do Código Castrense, o mesmo mencionado no parágrafo anterior²⁰.

Assim, diz a nova redação do inciso II que são crimes militares em tempo de paz aqueles “previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados: [...]”²¹.

O segundo eixo (ou vetor) disposto pela alteração legislativa de 2017, está na fixação da *competência* para processar e julgar o crime doloso contra a vida de civil, o que se processou mediante a inclusão dos §§ 1º e 2º no artigo 9º, em substituição ao parágrafo único da Lei nº 9.299/96 e já alterado pela Lei nº 12.432/11²².

Parece-nos estranho uma norma processual inserida em um manual de direito material.

Pois bem. Em uma linguagem direta, ainda de acordo com os ensinamentos de Coimbra Neves, a nova redação não poderia atribuir *competência* para a Justiça Militar da União para processar e julgar

¹⁹ Idem.

²⁰ NEVES, Cicero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar* / Volume Único. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021, p. 43.

²¹ Idem.

²² Ibidem.

determinado delito, não fosse ele um crime militar²³. Mas, para fins didáticos, o crime doloso contra a vida de civil é crime militar²⁴.

Nesses moldes, embora seja válida a preocupação do Documento Oficial concernente à atualização da legislação castrense, para fins de adequação aos novos tipos penais (comuns) relativos aos crimes contra a dignidade sexual, entende-se, com as devidas vênias, que a alteração trazida pela Lei nº 13.491/17 atende a necessidade diante da lacunas existentes no ordenamento jurídico militar, considerando que, com a nova redação do artigo 9º do CPM, repita-se, são crimes militares em tempo de paz aqueles “previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados: [...]”.

4 NECESSIDADE DE INSERÇÃO FEMININA NA COMPOSIÇÃO DOS ÓRGÃOS DE JULGAMENTO (CONSELHOS ESPECIAIS OU PERMANENTES DE JUSTIÇA), AUDITORIAS MILITARES E SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

Por fim, e não menos importante, o Protocolo nos faz refletir sobre a necessidade de (maior) inserção feminina na composição dos órgãos de julgamento (Conselhos de Justiça), auditorias militares, órgãos administrativos dos Tribunais Militares (que não são o ponto central deste trabalho), e no Superior Tribunal Militar, destacando, para tanto, a Resolução nº 255 do CNJ.

A presença da mulher nas instâncias de poder é muito significativa, levando-se em consideração que a elas geralmente são delegadas funções

²³ NEVES, Cicero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar / Volume Único*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021, p. 44.

²⁴ Curiosamente, apenas para fins acadêmicos, com o advento da Lei nº 13.774/18, que alterou a Lei de Organização da Justiça Militar da União, a inauguração da competência monocrática trouxe uma possibilidade no crime doloso contra a vida, embora não seja o foco do presente estudo: no caso de um civil praticar crime militar doloso contra a vida de um militar da ativa, será possível o julgamento de um crime doloso contra a vida por órgão monocrático. (NEVES, Cicero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar / Volume Único*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021, p. 47.)

coadjuvantes. Assim, reconhecer a mulher nesses espaços de poder é empreender a sensação de empoderamento.

O “atraso” do protocolo tratado no início deste artigo parece se reforçar na Justiça Militar, se for levada em consideração a falta de atualização da legislação castrense às constantes alterações provocadas pela sociedade, mas, conforme demonstrado no tópico anterior, o advento da Lei nº 13.491/17 acabou por “suprir” os vazios deixados pela falta de atualização das normas castrenses.

Contudo, é preciso ter cautela quanto à exigência de participação feminina nos Conselhos de Justiça e no Superior Tribunal Militar. Explicamos.

O artigo 123 da Constituição Federal dispõe que o STM compor-se-á de 15 (quinze) Ministros vitalícios, sendo 3 (três) dentre oficiais-generais da Marinha, 4 (quatro) dentre oficiais-generais do Exército, 3 (três) dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis (3 escolhidos dentre advogados de notório saber jurídico e reputação ilibada, com mais de dez anos de atividade profissional; 1 escolhido dentre os membros do Ministério Público Militar e 1 escolhido dentre os Juízes Federais da Justiça Militar da União).

A mencionada composição também está disciplinada no artigo 3º, da Lei nº 8.457/92 (Lei de Organização da Justiça Militar da União), e no artigo 6º da LC nº 35/79 (LOMAN).

O texto constitucional é autoexplicativo quando afirma que o militar designado a ocupar a vaga de ministro perante o STM será oficial da ativa e do posto mais elevado da carreira, isto é, oficial-general “quatro estrelas”. Neste ponto, merece destaque a informação de que somente poderá ser promovido a oficial-general ao mais elevado posto da carreira, o militar combatente pertencente a uma das forças, oriundo de uma das escolas de formação de oficiais, quais sejam Escola Naval (EN), Academia Militar das Agulhas Negras (AMAN) ou Academia da Força Aérea (AFA).

Não obstante a incorporação cada vez mais expressiva de mulheres nas fileiras das Forças Armadas, convém lembrar que o ingresso feminino nas carreiras militares se iniciou na década de 80, mais precisamente em:

Em 1980: com a criação do Corpo Auxiliar Feminino da Reserva da Marinha, para atuar nas áreas técnica, administrativa e de saúde, por meio da Lei nº 5.807/80;

Em 1982: com a primeira turma de Quadro Feminino de Oficiais (QFO) da Força Aérea Brasileira;

Em 1992, com a Escola de Administração do Exército, em Salvador (BA), que matriculou a primeira turma de 49 mulheres, mediante concurso público.

Apesar de as FFAA já terem mulheres oficiais-generais em seus quadros (desde o ano de 2012), a conquista ainda é recente, já que a promulgação das leis que permitiram o ingresso feminino nessas instituições são de órgãos constituídos no século 19. Além disso, a promoção a essas patentes leva de 30 a 40 anos, pois não são baseadas apenas em questões meritórias, mas também no tempo de serviço à instituição.

A par disso, impende esclarecer que oficiais dos quadros de apoio, como as oficiais-generais médicas no Brasil, e que não possuem formação em armas combatentes, não atingirão o mais elevado posto da carreira, obstando, portanto, o ingresso como Ministra do Superior Tribunal Militar, para a vaga de militar da ativa.

Além disso, no que tange aos Conselhos de Justiça, convém destacar que, nos moldes do artigo 18, da Lei nº 8.457/92, os juízes militares dos Conselhos Especial e Permanente são sorteados dentre oficiais de carreira, da sede da Auditoria, com vitaliciedade assegurada, recorrendo-se a oficiais no âmbito de jurisdição da Auditoria se insuficientes os da sede e, se persistir a necessidade, excepcionalmente a oficiais que sirvam nas demais localidades abrangidas pela respectiva Circunscrição Judiciária Militar (CJM).

Além disso, o artigo 19 da LOJMU disciplina que, *verbis*:

para efeito de composição dos conselhos de que trata o art. 18 desta Lei nas respectivas circunscrições judiciárias militares, os comandantes de Distrito Naval, Região Militar e Comando Aéreo Regional organizarão, trimestralmente, relação de todos os oficiais em serviço ativo, com os respectivos postos, antiguidade e local de serviço, que deverá ser publicada em boletim e remetida ao juiz competente.(grifamos)

Desta forma, o Juízo Federal da Justiça Militar, ao receber a lista enviada pelos comandantes das forças, procede, por meio eletrônico, ao sorteio dos militares lá elencados, os quais farão parte do Conselho de Justiça; trimestral, se Permanente; e um para cada processo, se Especial.

De toda sorte, é correto afirmar que os Conselhos de Justiça já possuem mulheres em sua composição, sorteadas nos termos da legislação. Entretanto, não há discussões acerca de percentuais ou de protocolo de composição permanente, mesmo porque a lei não prevê a reserva de vagas a mulheres militares para este desiderato.

Sob esta ótica, a autora sugere a competente alteração legislativa para que se assegure um percentual mínimo de indicação de mulheres militares que integrarão as listas enviadas pelos comandantes das respectivas forças (e, aqui, incluem-se as Forças Auxiliares de Segurança para os processos em trâmite perante os Tribunais de Justiça Militares nos estados da federação que os possuem, ou nas varas estaduais especializadas de Direito Militar nos demais estados), e que, então, poderão ser sorteadas a fim de integrarem os Conselhos de Justiça, sob pena de o Juiz Federal da Justiça Militar da União que não respeitar a regra do sorteio violar o princípio da legalidade, criando preceito de paridade de gênero sobre o qual o legislador não previu.

Feitas essas breves considerações, é certo que somente a edição do protocolo, por si só, não basta. É preciso que se trabalhe de forma comprometida e responsável à capacitação de magistrados e todos aqueles

que operam o Direito, com o único objetivo de diminuir, quiçá zerar as desigualdades existentes, possibilitando, desta forma, julgamentos imparciais e justos.

5 CONCLUSÃO

O texto apresenta uma breve reflexão sobre o “Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero”, lançado pelo CNJ na sessão plenária de 19 de outubro de 2021, que visa, precipuamente, garantir que os tribunais brasileiros levem em consideração as especificidades das pessoas envolvidas nos julgamentos, a fim de evitar preconceitos e discriminação por gênero, raça e etnia.

Dividido em três partes didáticas e de fácil compreensão, sem dúvida alguma o Protocolo é um significativo avanço na pauta de igualdade de gênero, apesar de ter sido pensado e proposto tardiamente, já que o Brasil foi condenado a elaborar esse documento pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em 2022, em razão do “caso Márcia Barbosa de Souza e outros vs. Brasil”, além de fazer o país cumprir o compromisso da Agenda 2030 da ONU.

Em verdade, na ocasião em que foi produzido, já havia duas políticas nacionais implementadas em relação a gênero, previstas nas Resoluções nº 254 e 255 do CNJ, voltadas ao enfrentamento da violência contra as mulheres no Poder Judiciário e ao fomento da participação feminina do Poder Judiciário, respectivamente.

Em que pese as mulheres serem maioria nas carreiras jurídicas constitucionalmente previstas, ainda há forte resistência na ocupação de cargos de liderança por elas. Defende-se, pois, a ideia de que o Protocolo seja uma espécie norteadora a fim de garantir maior respeito às vulnerabilidades, sem olvidarmos, contudo, que a presença sólida de homens nos cargos de chefia ainda é um desafio a ser superado pela comunidade como um todo.

No tocante à Justiça Militar, o Protocolo se assenta em três principais observações, quais sejam (a) a hierarquia, a ordem e a disciplina militares como finalidades e base constitucional das Forças Armadas, que não autorizam a diferenciação de tratamento entre homens e mulheres dentro das forças; (b) a necessidade de que se debata a atualização de artigos do Código Penal Militar atinentes aos crimes contra a dignidade sexual; e (c) a necessidade de inserção feminina cada vez maior na composição dos órgãos de julgamento.

Quanto à hierarquia e à disciplina, é cediço que ambas são a base constitucional e institucional das Forças Armadas, mas que, como todo princípio, podem sofrer mitigação quando confrontados com outros princípios ou regras que valorizam a dignidade humana.

A *hierarquia* militar é entendida como a ordenação da autoridade em diferentes níveis dentro da estrutura das Forças Armadas, enquanto a *disciplina* é a observância integral das leis e regulamentos que fundamentam o organismo militar. Embora não sejam exclusivos das forças militares, a estrita observância a esses princípios é fundamental para manter hígdas as instituições militares em si. No entanto, eles não devem ser utilizados para mascarar práticas discriminatórias que acarretem diferenciações de tratamento entre homens e mulheres.

Como sugestão de combate à discriminação, a autora entende que é de suma importância que os conteúdos programáticos ministrados nos cursos de formação de praças e oficiais sejam reestruturados para possibilitar uma maior conscientização e, por via de consequência, aplicação das políticas públicas, especialmente as de proteção à mulher, em respeito ao princípio constitucional da igualdade e aos primados do Direito da Personalidade, que preserva a dignidade do ser humano.

O Protocolo discute, ainda, a necessidade de atualização da legislação penal militar para garantir a proteção adequada às mulheres nas

forças armadas, especialmente no tocante aos crimes contra a dignidade sexual.

É incontestável que as legislações militares são antigas, visto que editadas no ano de 1969, e não foram/são atualizadas conforme as demandas advindas da sociedade contemporânea, principalmente no tocante à inclusão das questões de gênero, o que gera lacunas e dúvidas na aplicação das políticas de proteção às mulheres. Ao Poder Judiciário cabe tão somente *harmonizar*, dentro dos limites constitucionais, as questões oriundas das constantes evoluções da sociedade, adequando os fatos novos às normas já existentes, garantindo, desta forma, que as políticas públicas de proteção às mulheres sejam aplicadas sem violações ou supressões de um poder em detrimento de outro.

Isso porque, no âmbito da Justiça Militar, não se pode esquecer que a Lei nº 13.491/17, que alterou o artigo 9º do Código Penal Militar, ampliou o conceito de crime militar para incluir crimes previstos na legislação penal comum, e, de certa forma, ampliou a competência daquela justiça especializada para o processamento e julgamento desses crimes, suprimindo, de certa forma, os vazios deixados pela falta de atualização das leis castrenses.

Sobre a inserção feminina nos órgãos de julgamento, sobretudo nos Conselhos de Justiça, auditorias militares e no Superior Tribunal Militar, é certo que a presença feminina nas instâncias de poder é importante, pois geralmente são delegadas às mulheres funções secundárias.

No entanto, é preciso prudência quanto à exigência de participação feminina nos Conselhos de Justiça e no Superior Tribunal Militar.

O ingresso feminino nas carreiras militares, especialmente nas Forças Armadas, conforme demonstrado, se iniciou na década de 80 e, apesar de as FFAA já possuírem mulheres oficiais-generais em seus quadros, a conquista ainda é recente, já que a promulgação das leis que permitiram tal ingresso feminino são de órgãos constituídos no século 19. Além disso, a promoção a essas patentes leva, em média, de 30 a 40 anos, pois não são

baseadas apenas em questões meritórias, mas também no tempo de serviço à instituição.

Explicamos, ainda, que os oficiais dos quadros de apoio, como as oficiais-generais médicas no Brasil, e que não possuem formação combatente, não atingirão o mais elevado posto da carreira, obstando, portanto, o seu ingresso como Ministras do Superior Tribunal Militar, para a vaga destinada ao militar da ativa.

Já nos Conselhos de Justiça, convém destacar que, nos moldes do artigo 18 da LOJMU, os juízes militares dos Conselhos Especial e Permanente são sorteados dentre oficiais de carreira, da sede da Auditoria.

O artigo 19 disciplina ainda que para efeito de composição dos conselhos de que trata o art. 18 desta Lei nas respectivas circunscrições judiciárias militares, os comandantes de Distrito Naval, Região Militar e Comando Aéreo Regional organizarão, trimestralmente, relação de todos os oficiais em serviço ativo, com os respectivos postos, antiguidade e local de serviço, que deverá ser publicada em boletim e remetida ao juiz competente.

Nessa esteira, compete ao Juízo Federal da Justiça Militar, ao receber a lista enviada pelos comandantes das forças, proceder, por meio eletrônico, ao sorteio dos militares lá elencados, os quais integrarão o Conselho de Justiça; trimestral, se Permanente; e um para cada processo, se Especial.

De toda sorte, é correto afirmar que os Conselhos de Justiça já possuem mulheres em sua composição, sorteadas nos termos da legislação, todavia, a lei não prevê a reserva de vagas a mulheres militares para esse fim.

É nesse contexto que a autora deste trabalho, uma vez mais, sugere a competente alteração legislativa para que se assegure um percentual mínimo de indicação de mulheres militares que integrarão as listas enviadas pelos comandantes das respectivas forças e que, então, estarão aptas a serem sorteadas a fim de integrar os Conselhos de Justiça, sob pena de o Juiz Federal da Justiça Militar da União que não respeitar a regra do sorteio violar

o princípio da legalidade, criando preceito de paridade de gênero que o legislador não previu.

Por último, acredita-se que a edição por si só de um protocolo não é suficiente. É preciso que todos os Operadores do Direito se unam com o objetivo em comum, qual seja, de diminuir, senão zerar as desigualdades existentes, possibilitando, desta forma, julgamentos imparciais e justos e uma sociedade civil e militar livre de preconceitos e atitudes discriminatórias.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge Cesar de. *Estatuto dos militares comentado: Lei 6.880, de 09 de dezembro de 1980 / coordenação Jorge César de Assis – Curitiba: Juruá, 2019.*

BRASIL. *Constituição Federal de 1988.*

BRASIL. *Lei nº 6.880, de 09 de dezembro de 1980.* Institui o Estatuto dos Militares.

CNJ (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA). *Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero 2021.* Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/10/protocolo-18-10-2021-final.pdf>. Acesso em: 29 abr. 2023.

CNJ (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA). *Resolução nº 254, de 05 de setembro de 2018.* Institui a Política Judiciária Nacional de enfrentamento à violência contra as Mulheres pelo Poder Judiciário e dá outras providências.

CNJ (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA). *Resolução nº 255, de 05 de setembro de 2018.* Institui a Política Nacional de Incentivo à Participação Institucional Feminina no Poder Judiciário.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_por.pdf. Acesso em: 29 abr. 2023.

NEVES, Cicero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar / Volume Único*. São Paulo: Editora Juspodivm, 2021.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Apontamentos de Direito Penal Militar*. São Paulo: Saraiva, 2008.

O MÉXICO deve adotar medidas urgentes para erradicar a violência contra as mulheres. *Organização dos Estados Americanos*. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/jsForm/?File=/pt/cidh/prensa/notas/2022/097.asp>
Acesso em: 29 abr. 2023.

MULHERES são maioria na OAB, mas só 18% presidem seccionais. *Migalhas*, 26 de janeiro de 2022. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/358653/mulheres-sao-maioria-na-oab-mas-so-18-presidem-seccionais>. Acesso em: 12 maio 2023.

PAZ em Casa: Lei Maria da Penha passa a ser obrigatória no curso de formação de oficiais da PMDF. *Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2018/agosto/paz-em-casa-lei-maria-da-penha-passa-a-ser-obrigatoria-no-curso-de-formacao-de-oficiais-da-pmdf>. Acesso em: 29 abr. 2023.

A (in) aplicabilidade do perdão judicial na Justiça Militar da União

Ataliba Dias Ramos

Mestrando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Especialista em Direito Público pela Faculdade FORTIUM. Juiz federal da Justiça Militar, titular da Auditoria da 12ª Circunscrição Judiciária Militar (Av. São Jorge 2835 – São Jorge, Manaus – AM, 69030-680, Brasil).

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6756125396342870>

E-mail: atalibamos@stm.jus.br

Kleiler Farias

Pós Graduação em Direito Público pela Faculdade Legale. Analista judiciário, área judiciária, da 12ª Circunscrição Judiciária Militar (Av. São Jorge 2835 – São Jorge, Manaus – AM, 69030-680, Brasil).

E-mail: kleiler@gmail.com

Revisores: Fernando Hugo Miranda Teles (e-mail:

fernando.teles@mpm.mp.br)

Antonio Carlos Gomes Facuri (ORCID: 0009-0006-8038-8288; e-mail: antonio.facuri@mpm.mp.br)

Data de recebimento: 30/04/2023

Data de aceitação: 02/05/2023

Data da publicação: 30/05/2023

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo avaliar a possibilidade de aplicação do perdão judicial no âmbito da Justiça Militar da União, instituto expressamente previsto na Parte Geral do Código Penal comum, mas não na Parte Geral do Código Penal Militar. Para tanto, foram abordados, ainda que brevemente, seu conceito, seus fundamentos, bem como a discussão acerca de sua natureza jurídica, tomando por base a doutrina penalista brasileira, tanto comum quanto castrense. Como metodologia, investiga o instituto

através de análise da legislação pertinente ao tema, revisão bibliográfica e documental, com especial enfoque à jurisprudência do Superior Tribunal Militar, pela qual foi possível constatar uma recente evolução no entendimento daquela Corte Castrense acerca do tema. A partir dessa base teórica, buscou-se, através de um método dedutivo, apresentar um caso concreto julgado na 12ª Circunscrição Judiciária Militar, em que o Conselho Permanente de Justiça para o Exército decidiu, por unanimidade, pela aplicação do perdão judicial naquele juízo. O trabalho sustenta a possibilidade de aplicação do perdão judicial na Justiça Militar da União.

PALAVRAS-CHAVE: perdão judicial; Superior Tribunal Militar; Justiça Militar da União.

ENGLISH

TITLE: The (in) applicability of judicial forgiveness in the Federal Military Justice.

ABSTRACT: This article aims to evaluate the possibility of applying judicial forgiveness within the scope of the Federal Military Justice, an institute expressly provided for in the General Part of the Common Penal Code, but not in the General Part of the Military Penal Code. Therefore, its concept, its foundations, as well as the discussion about its legal nature were approached, albeit briefly, based on the Brazilian penal doctrine, both common and military. For that, it investigates the institute through analysis of the legislation pertinent to the subject, bibliographical and documental review, with special focus on the jurisprudence of the Superior Military Court, by which it was possible to verify a recent evolution in the understanding of that Military Court on the subject. From this theoretical basis, we sought, through a deductive method, to present a concrete case judged in the 12th Military Judicial District, in which the Permanent Council of Justice for the Army decided, unanimously, for the application of judicial forgiveness in that judgment. The work supports the possibility of applying the judicial forgiveness in the Federal Military Justice.

KEYWORDS: judicial forgiveness; Superior Military Court; Federal Military Justice.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Perdão judicial: conceito e discussões sobre a sua natureza jurídica – 2.1 Conceito – 2.2 Natureza jurídica – 3 A doutrina castrense e a (in) aplicabilidade do perdão judicial na Justiça Militar da União – 4 A jurisprudência do STM e a (in) aplicabilidade do perdão judicial na Justiça Militar da União – 5 Do recente caso analisado no âmbito da 12ª Circunscrição Judiciária Militar – 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O instituto do perdão judicial somente foi instituído em nosso ordenamento jurídico com o advento do Código Penal de 1940, sendo um ato privativo do julgador. O Código Penal de 1969, que foi revogado sem nunca ter entrado em vigor, repetia as hipóteses do Código de 1940 e estendia a aplicação do instituto também aos crimes de lesões leves, de dano, e de introdução ou abandono de animais em propriedade alheia (AGUIAR, 2004).

Dentre as hipóteses legais de ampliação na aplicação do instituto, e que entraram efetivamente em vigência, vale destacar a incidência em casos de homicídio culposo e lesões corporais culposas (Lei 6.416, de 1.977).

Com a grande reforma da Parte Geral do CP, em 1984, o instituto do perdão judicial, outrora versado apenas na Parte Especial do Código, passou a ter expressa previsão também na Parte Geral, em dois dispositivos, quais sejam: art. 107, IX e art. 120 do CP.

Todavia, quem atua na justiça militar sabe que esse instituto não tem o mesmo tratamento na legislação castrense, já que, até a presente data, não possui previsão expressa na Parte Geral do Código Penal Militar. É dizer: a ampla reforma de 1984 não alcançou o CPM nos mesmos moldes que o CP. Assim, como aponta Jorge Alberto Romeiro (1994, p. 325): “essa importante causa de extinção da punibilidade não foi enumerada no art. 123 do CPM”.

Apesar dessa realidade, boa parte da doutrina especializada castrense reconhece a existência do perdão judicial na hipótese do parágrafo único do artigo 255 do CPM:

Art. 255. Adquirir ou receber coisa que, por sua natureza ou pela manifesta desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso:

Pena - detenção, até um ano.

Parágrafo único. Se o agente é primário e o valor da coisa não é superior a um décimo do salário mínimo, **o juiz pode deixar de aplicar a pena.**

Essa é a posição, por exemplo, do próprio Jorge Alberto Romeiro (1994, p. 327), Rodrigo Foureaux (2021, p. 204), Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 56), Jorge Cesar de Assis (2018, p. 401). Para fins de ilustração do tema, cabe trazer à baila as lições Romeiro:

O CPM anterior, de 1944, não dispôs sobre o perdão judicial e o **vigente só o admite, no parágrafo único de seu art. 255**, para o crime de receptação culposa. Nenhum outro crime é passível de perdão judicial no direito penal militar.

(...)

O artigo e seu parágrafo são cópias do art. 197 e seu parágrafo único do CP comum de 1969, revogado antes mesmo de entrar em vigor. Não reproduzi, porém, o CPM a rubrica marginal "perdão judicial" existente no parágrafo único do artigo copiado. (ROMEIRO, 1994, p. 327) (grifo nosso)

Isso posto, vale ainda mencionar que o *nomen iuris* "perdão judicial" não é mencionado no CPM, nem em sua Exposição de Motivos. A propósito, a denominação perdão judicial só surgiu em nossa legislação com a Nova Parte Geral do CP comum (Lei n. 7.209, de 11-7-1984), rotulando causa extintiva da punibilidade (art. 107, IX e art. 120, ambos do CP).

É certo que o instituto em comento suscita diversas divergências entre os doutrinadores de Direito Penal comum e castrense, conforme veremos a seguir.

2 PERDÃO JUDICIAL: CONCEITO E DISCUSSÕES SOBRE A SUA NATUREZA JURÍDICA

2.1 Conceito

O perdão judicial pode ser definido como um instituto jurídico pelo qual o juiz, reconhecendo a existência de todos os elementos para condenar o acusado, não o faz, isentando-o da pena, atendendo a que, agindo por essa forma, evita um mal injusto, por desnecessário, e o acusado não tornará a delinquir (ROMEIRO, 1994). É um ato do Poder Judiciário, enquanto o indulto é ato do Poder Executivo e a anistia é ato do Poder Legislativo.

Desse modo, pela aplicação desse instituto, o Estado afasta o seu direito de punir, desde que estejam preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos relativos à infração penal. Sua natureza jurídica suscita debates na doutrina, como adiante se verá.

Ainda falando do seu conceito, cabe apontar que diversos doutrinadores buscam trazer sua definição. Para Damásio Jesus (1978, p. 677) “perdão judicial é o instituto pelo qual o juiz, não obstante comprovada a prática da infração penal pelo sujeito culpado, deixa de aplicar a pena em face de justificadas circunstâncias.”

Segundo Julio Fabrini Mirabete (1992, p. 376):

O perdão judicial é um instituto através do qual o juiz, embora reconhecendo a coexistência dos elementos subjetivos que constituem o delito, deixa de aplicar a pena desde que apresente determinadas circunstâncias excepcionais previstas em lei e que tornam desnecessária a imposição da sanção. Trata-se de uma faculdade do magistrado, que pode concedê-lo ou não, segundo seu critério, e não de direito do réu.

Já para Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 483):

É a clemência do Estado para determinadas situações expressamente previstas em lei, quando não se aplica a pena prevista para determinados crimes, ao serem preenchidos certos requisitos objetivos e subjetivos que envolvem a infração penal. Trata-se de uma autêntica escusa absolutória, que não pode ser recusada pelo réu.

Analisando a ocorrência do instituto na Parte Especial do Código Penal, percebe-se que o legislador admite o perdão judicial toda vez que as consequências do fato atingem o autor de forma que a pena se torne desnecessária.

Pela doutrina castrense, cabe trazer à baila as lições de Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streifinger (2014, p. 591) que, conceituando o perdão judicial, asseveram: “haverá o perdão judicial nos casos em que o fato, embora caracterizado como crime e sendo o agente culpado, o juiz deixe, por motivos especiais, de aplicar a sanção penal.”

Posto isso, passemos à discussão acerca da natureza jurídica do instituto.

2.2 Natureza Jurídica

A definição da natureza jurídica do perdão não é tarefa simples, pois existem correntes doutrinárias distintas, com consequências jurídicas distintas quanto aos efeitos secundários da sentença concessiva do instituto.

No ordenamento jurídico brasileiro, encontramos 04 (quatro) correntes doutrinárias acerca do assunto: a que entende como causa de exclusão do crime, a da escusa absolutória, a da indulgência judicial e a que defende a causa de extinção da punibilidade.

A primeira corrente, causa de exclusão do crime, defende que o perdão judicial anularia o caráter delituoso do fato, extinguindo o crime, e obviamente sem condenar o réu. De fato, não se torna a mais adequada,

considerando que o juiz declara a desnecessidade da pena e não a exclusão do crime. Assim, o perdão pressupõe a existência de crime.

Na escusa absolutória, entende-se que, ao aplicar o perdão judicial, o condenado está absolvido da pena. Novamente, percebe-se a inadequação da corrente, considerando que condenação e absolvição são institutos distintos e autônomos, com efeitos amplamente diversos.

Para a corrente da indulgência judicial, o perdão judicial não exclui o delito e não impede a punição, faculta ao juiz apenas deixar de aplicar a pena privativa de liberdade.

O perdão judicial como causa extintiva de punibilidade é a visão mais aceita pelos doutrinadores, pois o Estado deixará de punir o autor do crime, observadas as prescrições legais, desaparecendo o seu direito de punir (*jus puniendi*).

Nessa toada, Tourinho Filho (1995, p. 474) define o significado do termo extinção de punibilidade:

Com a prática da infração penal, o direito de punir sai do plano abstrato para o concreto. O *jus puniendi*, antes em estado potencial, torna-se efetivo. Já agora surge para o Estado a possibilidade de poder pedir ao juiz a aplicação da *sanctio juris* ao culpado.

Razões várias, entretanto fazem surgir uma renúncia, uma abdicação do direito de punir do Estado (...). Extingue-se a punibilidade em face de certas contingências ou motivos de conveniência ou oportunidade. Tais contingências ou motivos de conveniência ou oportunidade fazem desaparecer os próprios fundamentos da punibilidade, tornando, assim, impossível a concretização do *jus puniendi*. E quais são esses fundamentos? A necessidade e a utilidade da punição. Não falou o legislador em extinção do crime ou da pena, mas em extinção da punibilidade, correspondendo à exata significação dos efeitos jurídicos dela resultantes.

Outro ponto interessante a ser destacado é a natureza jurídica da sentença concessiva do perdão judicial. Temos três correntes de entendimento.

Para a primeira corrente, trata-se de decisão declaratória, capaz de gerar efeitos secundários, como o lançamento do nome do réu no rol dos culpados e a possibilidade de gerar maus antecedentes.

Para a segunda corrente, capitaneada pelos mestres Damásio e Mirabete, na verdade a sentença que concede o perdão judicial trata-se de decisão condenatória, subsistindo todos os efeitos secundários da condenação.

Para a terceira corrente, capitaneada por Luiz Flávio Gomes, a qual entendemos como a mais adequada, trata-se de decisão declaratória de extinção da punibilidade, sem qualquer ônus para o réu.

Este último posicionamento foi sedimentado pelo STJ, com a edição da Súmula 18, senão vejamos: “A sentença concessiva do perdão judicial é declaratória da extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório.”

Com efeito, percebe-se que a corrente defendida pelo “Tribunal da Cidadania” não apenas apresenta melhor interpretação ao acusado, mas se adequa perfeitamente ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF/88), pois não é justo punir o réu sendo que o fato, por si só, já lhe causou sequelas terríveis suficientes, tornando uma nova pena um extremo exagero.

Feitas essas breves considerações acerca do conceito e natureza jurídica do instituto, cabe agora adentrar no foco do presente trabalho, qual seja, avaliar, com base nas lições da doutrina e jurisprudência especializada, a possibilidade ou não de implementação na Justiça Militar da União.

3 A DOUTRINA CASTRENSE E A (IN) APLICABILIDADE DO PERDÃO JUDICIAL NA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO

A grande problemática do presente estudo é a possibilidade de aplicação do perdão judicial no âmbito da Justiça Militar da União, considerando que o Código Penal Militar, ao tratar das causas extintivas de punibilidade, se mostrou silente no que se refere ao instituto.

Como já mencionado, Rodrigo Foureaux (2021, p. 204), Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 56), Jorge Cesar de Assis (2018, p. 401), seguindo a mesma linha de Jorge Alberto Romeiro, entendem que a única hipótese expressa de perdão judicial prevista no Código Penal Militar encontra-se no art. 255, parágrafo único, do Código Penal Militar (receptação culposa).

Por sua vez, Guilherme de Souza Nucci (2014, p. 57), comentando o art. 19 do CPM, deixa transparecer seu posicionamento, ao afirmar que o perdão judicial deve *sempre* estar previsto expressamente em lei, pois se trata de obstáculo à punição do agente, por razões de política criminal, não podendo, em hipótese alguma, ser implícito.

Jorge Cesar de Assis também anota que o perdão judicial deve estar previsto em lei para sua devida aplicação pelo julgador. (2018, p. 401)

Cícero Coimbra traz uma posição mais branda, ao reconhecer que “Não há previsão expressa do perdão judicial no art. 123 do CPM, contudo, sua aplicação para os crimes militares é relativamente aceita.” Aponta que a possibilidade de perdão judicial para crimes militares pode ser construída a partir da analogia *in bonam partem*, trasladando o instituto contemplado no Código Penal comum, a exemplo dos arts. 121, § 5º, 129, § 8º, e 180, § 3º, para os casos similares do Código Penal Militar.

Ronaldo João Roth, por sua vez, vislumbra a possibilidade de aplicação de algumas causas de extinção de punibilidade do CP ao CPM. Aduz que as hipóteses de extinção da punibilidade não se esgotam no âmbito do CPM como, por exemplo, ocorre no caso do perdão judicial no Código Penal Comum (CP Comum) previsto para o homicídio culposo ou para a

lesão corporal culposa. Prossegue lecionando que a aplicação de causas de extinção da punibilidade, previstas na legislação penal comum aos casos previstos no CPM, são tecnicamente possíveis em face da analogia (ROTH, 2009)

Noutro giro, tratando agora da jurisprudência do STF, cabe trazer à baila o fato de que a Primeira Turma da Suprema Corte, no julgamento do Habeas Corpus n. 91.155/SP, em 21 de junho de 2007, sob relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, embora instada, não decidiu acerca do cabimento de perdão judicial em crimes militares, pela impossibilidade da via eleita. Entretanto, embora não tenha dado guarida a essa possibilidade, ao menos não a negou peremptoriamente, entendendo que merece estudo mais detido:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME MILITAR. PENA DE DETENÇÃO. SURSIS. PERDÃO JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE PELA VIA ELEITA. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. DESCABIMENTO EM CRIMES MILITARES. PRECEDENTE. ORDEM DENEGADA. I – O pedido de perdão judicial, não previsto na legislação castrense, demanda profundo exame de provas, sendo descabido em sede de habeas corpus; II – Não cabe substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em delitos militares, sendo inaplicável a analogia na espécie; III – Ordem denegada.

Parte da doutrina castrense esclarece que, no âmbito estadual, essa possibilidade tem sido mais bem aceita (COIMBRA, 2014). Todavia, como não é o foco do presente trabalho, não vamos colacionar os precedentes da JME, já que estamos debatendo a aplicação do perdão judicial no âmbito da JMU.

E Coimbra (2014, p. 967) ainda conclui:

Em suma, portanto, é perfeitamente possível a defesa do perdão judicial como causa de extinção da punibilidade nos crimes militares. E no crime de homicídio culposo ratifica

sua posição: A possibilidade de perdão judicial para o crime de homicídio culposo, no entanto, parece-nos evidente, podendo ser construída, como dito acima, a partir da analogia 'in bonam partem', trasladando o instituto trazido no Código Penal comum, no caso no § 5º do art. 121, para os crimes militares praticados nas mesmas condições.

Feitas essas breves considerações, daremos, agora, especial enfoque à jurisprudência do E. STM.

4 A JURISPRUDÊNCIA DO STM E A (IN) APLICABILIDADE DO PERDÃO JUDICIAL NA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO

Como ponto de partida, vale lembrar que o Supremo Tribunal Federal, tratando de crime militar de homicídio culposo, já entendeu ser inaplicável o perdão judicial previsto no Código Penal comum.

Na oportunidade, foi destacado que a analogia, ainda que *in bonam partem*, pressupõe lacuna, omissão na lei, o que não se verifica na hipótese, sendo evidente no Código Penal Militar a vontade do legislador de excluir o perdão judicial do rol de causas de extinção da punibilidade (STF. HC 116.254/SP. Relatora: Mina. Rosa Weber).

Posto isto, e voltando a nossa atenção ao E. STM, vale mencionar que, recentemente, a mais alta Corte Castrense enfrentou novamente a questão da aplicabilidade ou não do perdão judicial na JMU.

Nessa esteira, inicialmente houve entendimento pela não aplicação do perdão no âmbito da Justiça Especializada, conforme o precedente a seguir colacionado:

EMENTA: APELAÇÃO. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. HOMICÍDIO CULPOSO. ARTIGO 206, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL MILITAR(...) PERDÃO JUDICIAL.INAPLICABILIDADE. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. UNANIMIDADE. (...) O perdão judicial não encontra previsão legal na legislação penal militar para o delito descrito no art. 206 do Código Penal Militar, sendo contemplada essa hipótese somente nos termos do artigo 121, § 5º, do Código Penal comum,

caso em que o Julgador poderá deixar de aplicar a pena se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária, não sendo possível a sua aplicação no âmbito desta Justiça Especializada por não se tratar de omissão legislativa. Negado provimento ao Apelo defensivo. Decisão por unanimidade (grifei). STM - AP: 7000279-73.2020.7.00.0000, Relator: Carlos Vuyk de Aquino, Data de Julgamento: 17/09/2020, Data de Publicação: 09/10/2020.

Analisando o acórdão, podemos observar que a Corte Superior entendia que a falta de previsão do perdão judicial no Código Penal Militar não se dava em decorrência de omissão legislativa, mas se tratava de um **silêncio eloquente** do legislador castrense.

Entretanto, instado a se manifestar novamente acerca do tema, a mesma Corte mudou de posicionamento no ano de 2021, inclusive com decisão unânime. Vejamos:

EMENTA: APELAÇÃO. DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO (DPU). LESÃO CULPOSA. ART. 210 DO CPM. TESES DEFENSIVAS. ATIPICIDADE DA CONDUTA. RESULTADO. PREVISIBILIDADE OBJETIVA. AUSÊNCIA. CABIMENTO DO PERDÃO JUDICIAL. (...) 4. **O perdão judicial é medida de política criminal, com previsão apenas na Lei Penal comum, permitindo ao juiz deixar de aplicar a pena em situações excepcionais. No âmbito da JMU, também pode ser aplicado, mas somente se as consequências, advindas pelo cometimento do crime, atingirem o agente de forma tão grave, que tornem a sanção penal cruel e desnecessária.** Precedentes do STM. 5. A aplicação da pena-base no seu máximo legal é possível quando o resultado da lesão culposa atinge o extremo, deixando a vítima à beira da morte. A conduta totalmente incompatível com o ambiente militar e geradora de extremo sofrimento, em face dos danos perenes causados no ofendido(sujeito passivo em segundo grau), merece a resposta proporcional do Estado. 6. Recurso defensivo não provido. Manutenção da condenação. Decisão por unanimidade (grifei). STM - AP: 7000704-66.2021.7.00.0000, Relator: Marco Antônio de Farias, Data de Julgamento: 09/12/2021, Data de Publicação: 17/12/2021.

Destarte, esse novo precedente da Corte Castrense sinalizou para uma admissão da aplicação do instituto do perdão judicial, por entender se

tratar de questão de política criminal e cuja aplicação na seara castrense pode ser feita de maneira excepcional.

Cabe destacar que, na doutrina, Enio Luiz Rossetto (2014, p. 653) também admite a aplicação do instituto:

Pensamos ser possível a concessão do perdão judicial nos crimes militares por *analogia in bonam partem*. O fundamento legal reside no artigo 12 do CP, que autoriza a aplicação das regras da Parte Geral à legislação especial se esta não dispuser de modo diverso.

Como se vê, tem ganhado espaço, tanto na doutrina castrense (vejam as já citadas posições de Coimbra e de Rossetto), quanto na jurisprudência do E. STM, o entendimento de que o perdão judicial pode ser aplicado na justiça militar - e não somente no crime de receptação culposa (art. 255 pú do CPM) - em que pese a ausência de previsão expressa na Parte Geral do Código Penal Militar.

5 DO RECENTE CASO ANALISADO NO ÂMBITO DA 12ª CIRCUNSCRIÇÃO JUDICIÁRIA MILITAR

Diante de toda essa interessante discussão na doutrina e jurisprudência castrenses, recentemente tivemos, no âmbito da Auditoria da 12ª Circunscrição Judiciária Militar, com sede na cidade de Manaus/AM, um caso concreto que demandou avaliar a possibilidade de aplicação do perdão judicial na JMU.

A ação penal militar tratava de acidente de trânsito, que resultou em homicídio culposo e lesão corporal culposa, em razão da inobservância do dever de cuidado, envolvendo viatura do Exército Brasileiro conduzida por militar e uma motocicleta de um civil. O acusado (motorista da viatura) fora denunciado como incurso no artigo 206 §2º do Código Penal Militar (homicídio culposo com multiplicidade de vítimas) porque, no acidente, além da morte do civil, outro militar, o Chefe da Viatura, também ficou ferido.

A instrução probatória transcorreu normalmente com a oitiva do ofendido da lesão corporal, inquirição das testemunhas ministeriais e da defesa e, por fim, interrogatório, bem como a juntada dos documentos referentes ao estado de saúde do acusado.

Na visão do Ministério Público Militar ficou comprovada a materialidade e autoria do delito, pois estavam previstos os elementos do crime culposo, baseando-se em laudos periciais que indicavam que a viatura militar trafegava a uma velocidade entre 100 hm/h a 110km/h no momento da colisão, em uma via na qual a velocidade permitida era de 60km/h. Quanto a isso, as provas eram, de fato, robustas e a posição tecnicamente perfeita.

Diante das sequelas do acidente na vida do réu, O *Parquet* Militar, antecipando-se à discussão, filiou-se à corrente de entendimento que preza pela inaplicabilidade do perdão judicial em homenagem ao princípio da especialidade, diante da controvérsia de utilização na seara castrense, uma vez que possui previsão legislativa apenas no Direito Penal Comum, baseando-se em precedente do Superior Tribunal Militar.

Alegou, ainda, que o caso não preenchia os requisitos do instituto, pois, no seu entender, era imprescindível o vínculo familiar ou afetivo entre o autor e a vítima e que as sequelas experimentadas pelo réu teriam que ser gravíssimas e permanentes, o que não estaria caracterizado.

A Defesa, por sua vez, entendeu que o acusado deveria ser absolvido, pois era inexigível conduta diversa, uma vez que a vítima teria adentrado a via de forma abrupta, negou a autoria do delito, invocou a culpa exclusiva da vítima e destacou a ausência de provas para basear um decreto condenatório.

Assim, cumpridos os trâmites processuais, coube ao Conselho Permanente de Justiça para o Exército enfrentar a questão.

O órgão julgador entendeu que estava presente a materialidade delitativa, diante do conjunto probatório, colacionado no processo, fundamentada em laudos médicos e periciais. Da mesma forma, ficou

convencido da autoria do delito, embora o acusado, em virtude das sequelas do acidente, não tenha se recordado dos fatos, afastando a tese defensiva de negativa de autoria e materialidade.

Prosseguindo na análise, ficou comprovado que o acidente ocorreu por culpa concorrente entre a vítima e o acusado, este por não respeitar o limite de velocidade da via e aquela por adentrar abruptamente na mesma na via sem se assegurar de que poderia efetuar a manobra. Foi destacado que não se admite a compensação de culpas no Direito Penal, ao contrário do que ocorre no âmbito cível, razão pela qual a condenação seria medida aplicável.

Contudo, o Conselho Permanente de Justiça entendeu que o caso tinha peculiaridades que deviam ser sopesadas para o alcance da verdadeira justiça, especialmente diante das graves sequelas experimentadas pelo acusado em face do acidente, restringindo, inclusive, sua capacidade laborativa.

Foi assim que decidiu, por unanimidade, pela aplicação do instituto do perdão judicial, pois as consequências da infração atingiram o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal tornou-se desnecessária, sendo prolatada sentença declaratória de extinção da punibilidade, sem qualquer ônus para o réu, fundamentada na Súmula 18, do Superior Tribunal de Justiça e no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da CF/88).

Por óbvio que a decisão foi tomada com base em laudos médicos apresentados que definiram quais foram as sequelas, suas extensões, os procedimentos cirúrgicos adotados e os danos permanentes.

O fato demonstrou que os juízes, nos dias atuais, não podem e nem devem agir como meros “bocas da lei” ou ser reféns de omissões legislativas, mas sim analisar os casos concretos à luz das normas que regem o Direito Penal Militar, sendo certo que o perdão judicial foi aplicado ancorado na posição de parte da doutrina castrense, recente posicionamento do E. STM e também no princípio da dignidade da pessoa humana, concretizando um julgamento por equidade.

6 CONCLUSÃO

Diante dos argumentos apresentados, concluímos que, de acordo com parte da doutrina castrense e recente posicionamento do E. STM a aplicação do perdão judicial na Justiça Militar da União é possível, não só no caso do artigo 255 parágrafo único do CPM.

Tal interpretação é a que melhor se coaduna com a correta e justa prestação jurisdicional, desde que se observem as prescrições legais aplicáveis ao instituto.

A literalidade da legislação não pode obstar a efetividade da justiça, sendo certo que o ordenamento jurídico pátrio precisa ser interpretado sob a égide das normas que regem o Direito Penal Militar, quais sejam: regras e princípios (e para Humberto Ávila também os postulados).

Por derradeiro, vale mencionar que o presente trabalho não visou esgotar o tema, função que seria extremamente árdua, com extenso trabalho de pesquisa acadêmica, mas, tão somente, suscitar uma dúvida sobre a necessidade de revisão dos postulados contidos na legislação penal militar para que se alcance a verdadeira justiça nos casos concretos.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Leonardo Augusto de Almeida. *Da origem histórica do perdão judicial no Direito Penal brasileiro*. 2004. Disponível em: <https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/05/PDF-D5-08.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2023.

ASSIS, Jorge Cesar de. *Comentários ao código penal militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores, e jurisprudência em tempo de guerra* 10. ed. rev. e atual. Curitiba, Juruá, 2018.

FOUREAUX, Rodrigo. *Análise comparativa completa entre a Parte Geral do Código Penal Militar e do Código Penal comum*. E-book. 2021.

Revista do Ministério Público Militar – Ano XLVIII
Brasília – Edição n. 39 – maio 2023, CC BY 4.0, Qualis B4, pp.
183-200

JESUS, Damásio Evangelista de. *O Novo Sistema Penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 1978.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal - Parte Geral*. V. 1, 7. ed. São Paulo: Editora Atlas, 1992.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Militar Comentado*. 2. ed. São Paulo: Editora Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 10. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de Direito Penal Militar*. São Paulo: Editora Saraiva, 1994.

ROSSETTO, Enio Luiz. *Código Penal Militar Comentado*. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

ROTH, Ronaldo João. Crime de exercício de comércio por oficial: a perda do posto e da patente como causa inominada de extinção da punibilidade. *Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME*, n. 80, p. 35, nov./dez. 2009.

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. *Apelação nº 7000279-73.2020.7.00.0000*. Relator: Carlos Vuyk de Aquino. Data de Julgamento: 17 de setembro de 2020. Data de Publicação: 09 de outubro de 2020. Disponível em: https://eproc2g.stm.jus.br/eproc_2g_prod/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=722020100912581332736345742740&evento=722020100912581920501969823227&key=0ee9758c6d626449fa9cfd71e53d7e313b0bedbfc49004f50aee8daea20bb704&hash=9c27761488a267e2ced5ef9d6c46dc70. Acesso em: 25 abr. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. *Apelação nº 7000704-66.2021.7.00.0000*. Relator: Marco Antônio de Farias. Data de Julgamento: 09 de dezembro de 2021. Data de Publicação: 17 de dezembro de 2021. Disponível em: https://eproc2g.stm.jus.br/eproc_2g_prod/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=722021121710325314406144951593&evento=722021121710332529691330501244&key=c05e8ff5946327f2bfab5dbb7f05c0fed4b9c8e7faf600296e03c23d368296f3&hash=8285f7b3d503aafa897d5ca045a92352. Acesso em: 27 abr. 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus nº 91.155/SP*. 1ª Turma. Habeas Corpus. Penal. Processual Penal. Crime Militar. Pena de detenção. Sursis. Perdão Judicial. Impossibilidade pela via eleita. Substituição de Pena. Descabimento em crimes militares. Precedente. Ordem denegada. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Data de Julgamento: 21 de junho de 2007. Data de Publicação: 10 de agosto de 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=477058>. Acesso em: 2 maio 2023.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus nº 116.254/SP*. 1ª Turma. Habeas Corpus. Penal Militar. Homicídio Culposo. Perdão Judicial previsto no Código Penal. Analogia. Inaplicabilidade. Lacuna Legal Inexistente. Relatora: Min. Rosa Weber. Data de Julgamento: 25 de junho de 2013. Data de Publicação: 14 de junho de 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4317461>. Acesso em: 2 maio 2023.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. São Paulo: Editora Saraiva. 1995, v. 1-3.

Por detrás da farda feminina: uma análise da atuação das mulheres na Polícia Militar brasileira sob a perspectiva de gênero

Laura da Cunha Gomes Ribeiro

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário de Goiatuba –
Unicerrado, Goiatuba-GO.

CV Lattes: <https://lattes.cnpq.br/6144216706435571>

E-mail: lauracgribeiro01@alunos.unicerrado.edu.br

Maristela Medina Faria

Doutoranda em Sociologia e Direito pela Universidade Federal
Fluminense, Niterói/RJ.

Mestra em Direito Público pela Universidade Federal de
Uberlândia/MG.

CV Lattes: <https://lattes.cnpq.br/1398015757407834>

E-mail: maristelamf@id.uff.br

Vitória Marques e Silva

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário de Goiatuba –
Unicerrado, Goiatuba-GO.

CV Lattes: <https://lattes.cnpq.br/1610322377842761>

E-mail: vitoriamsilva21@alunos.unicerrado.edu.br

Revisores: Fernando Hugo Miranda Teles (e-mail:
fernando.teles@mpm.mp.br)

Luciano Moreira Gorrilhas (ORCID: 0009-0005-0678-471X; e-mail:
luciano.gorrilhas@mpm.mp.br)

Data de recebimento: 22/03/2023

Data de aceitação: 02/05/2023

Data da publicação: 30/05/2023

RESUMO: O artigo discute a trajetória e as dificuldades enfrentadas pelas mulheres para saírem do estágio de exclusão na Polícia Militar brasileira. O objetivo foi entender, a partir de relatos, o que realmente acontece dentro dessa instituição, bem como, por meio de pesquisa quali-quantitativa, analisar os dados para validar informações e, posteriormente, de maneira subjetiva, compreender o motivo da constante desigualdade enfrentada e a mora para resolvê-la. Para tanto, foram utilizados diversos artigos, dados e narrativas de pessoas que integram o meio. A busca foi realizada no ano de 2023, utilizando termos como “desigualdade de gênero”, “mulher na polícia militar” e “conquista feminina”. Dentre os resultados encontrados, aflora como destaque o fato de o poder de gênero ser camuflado pela sensação de igualdade proporcionada pela presença feminina no policiamento ostensivo, caso que, na verdade, é percebido como desvantagem e associado ao sinal de fraqueza. Neste sentido, é perceptível que as mulheres policiais militares se mantêm em uma busca incessante por reconhecimento de sua capacidade, o que torna imprescindível a abordagem da temática para identificação de soluções com o fito de corroborar com a promoção da isonomia entre os gêneros.

PALAVRAS-CHAVE: desigualdade; gênero; mulheres; polícia militar.

ENGLISH

TITLE: Behind the women’s uniform: an analysis of women’s performance in the Brazilian Military Police from a gender perspective.

ABSTRACT: The article discusses the trajectory and difficulties faced by women to leave the starting stage in the Brazilian Military Police. The objective was to understand, from reports, what really is inside this institution, as well as, through qualitative-quantitative research, analyzed the data happen to validate information and, later, in a subjective way, to understand the reason for the constant inequality faced and the delay to solve it. For that, several articles, data and narratives of people who integrate the environment were used. The was carried out in the year 2023, using the terms “gender inequality”, “woman in the military police” and “female search achievement”. Among the results found, the gender camouflaged by the

female gender identity found in the case of policing stands out, it is presented as it presents by the presence, and associated with the identity sign. In this sense, women in the military remain perceptible in an incessant search for recognition of their ability, which makes it essential to approach the ability to identify solutions in order to corroborate the promotion of gender equality.

KEYWORDS: inequality; gender; women; military police.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Distribuição de vagas entre homens e mulheres nos últimos editais da Polícia Militar no Brasil – 3 Dificuldades e estereótipos no cotidiano de trabalho: relato profissional – 4 Trajetória de mulheres inseridas na Polícia Militar brasileira – 5 Desigualdade de gênero no âmbito militar – 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A priori, a partir de estudos anteriores sobre o trabalho feminino e a inserção das mulheres no mercado de trabalho brasileiro (BRUSHINI, 1998, p. 29), vê-se, de maneira explícita, o monopólio masculino sobre aquelas carreiras de nível superior de prestígio, estando as mulheres em lugares tradicionais, como o trabalho doméstico, as atividades sem remuneração e as de produção para consumo próprio ou da família, além de nichos femininos tradicionais, como enfermagem e magistério (BRUSCHINI; LOMBARDI, 1999, p. 01). À vista disso, com o objetivo de reforçar a informação supracitada, é válido mencionar a distinção, estabelecida desde os primeiros teóricos do contrato social, entre justiça (público) e vida boa (ambiente doméstico), sendo que a primeira é considerada de domínio dos chefes de família com características de autonomia e racionalidade, enquanto a segunda se refere às mulheres, com atribuições de reprodução e amor, qualificadas pela emoção e dependência (CAMPOS, 2019, p. 47).

Nessa perspectiva, no tocante à divisão sexual do trabalho, importa focalizar que uma enorme massa de trabalho era desempenhada de forma gratuita pelas mulheres, sendo envolta pela invisibilidade, executada não para si, mas para outrem, e sempre em nome da natureza, do amor e do dever maternal. Posto isso, o trabalho doméstico, embora objeto de volumosos estudos, esporadicamente era alvo de análise, ou seja, em vez de ser aplicado no reexame da sociedade salarial, os termos empregados para o tema consistiam em “dupla jornada”, “acumulação” ou “conciliação de tarefas”, atribuindo-lhe o papel de apêndice do trabalho assalariado (HIRATA, *et al.*, 2009, p. 68), bem como culminado em sua descredibilização.

Em seguida, observa-se que, apenas nas últimas décadas do século XX, sucede, no Brasil, um aumento do trabalho feminino em profissões como engenharia, arquitetura e direito, fruto de diversas transformações demográficas, culturais e sociais (CHIES, 2010, p. 507). Tal inserção foi influenciada pelos movimentos sociais e políticos que impulsionaram as mulheres para as universidades, em busca de um projeto de vida profissional e não apenas doméstico, e, também, pela racionalização e as transformações pelas quais passaram essas profissões de alta estima, abrindo novas possibilidades de carreira (BRUSCHINI; LOMBARDI, 1999, p. 02).

É imprescindível ressaltar que o esforço feminino para conquistar a equidade de direitos não logrou atalhos, branduras ou gratuidades, o que pode ser verificado na própria legislação nacional, a qual, há pouco tempo, mais precisamente até sua revogação no ano de 2002, no artigo 233, inciso IV, do Código Civil de 1916, vedava às mulheres o direito de trabalhar, caso não fossem autorizadas pelos maridos, além de serem consideradas relativamente incapazes quando casadas, conforme artigo 6º, inciso II, do referido dispositivo. Nesse sentido, no campo da Polícia Militar não foi diferente, dado que, embora a criação da instituição brasileira seja datada de 1809, a inserção feminina é recente, acontece apenas em 1955, em São Paulo, com o ingresso de 13 mulheres, sendo-lhes reservadas as funções consideradas

menores, chegando no máximo ao policiamento ostensivo em escolas e garantindo a segurança em feiras livres (MATHIAS; ADAO, 2013, p. 143).

Consequentemente, de maneira clara, com a introdução feminina adveio o estranhamento dentro da corporação militar, uma vez que o aludido ambiente era, até então, de domínio masculino, conjuntura marcada pela ausência de acolhimento, resistência ou mesmo aversão às novas integrantes, ainda que de forma velada.

Com o fito de exemplificar tal afirmação, aflora a formação das primeiras mulheres selecionadas para a Polícia Militar do Paraná, na década de 1970, a qual aconteceu em local distinto daquele onde era realizada a preparação dos novos praças homens (COSTA, 2019, p. 117). De maneira similar, porém infausta, necessário se faz registrar que, ainda na hodiernidade, há a presença dessa lógica segregante, visto que, consoante a Pesquisa Perfil das Instituições de Segurança Pública, em seus dados de 2019, apenas cerca de 12% do efetivo da Polícia Militar de todos os estados eram formados por mulheres.

De mais a mais, é perceptível que a expectativa em relação às mulheres policiais era a de que atuassem de modo maternal e civilizador para contrastar com a virilidade e a truculência masculina (COSTA, 2019, p. 119), o que culminou na formação do conflito entre o corpo civil visto como feminino e o novo corpo militar que deveria preservar uma feminilidade controlada, pois, afinal, como manter as características de cuidado entendidas como próprias das mulheres e, ao mesmo tempo, militarizá-las? Assim sendo, como aspecto intensificador do cenário descrito, há o embate com o ideal militar – historicamente, viril e masculinizado –, o qual, em decorrência de sua longa e absoluta primazia, submeteu, não raras vezes, as policiais mulheres a posições de ajudantes dos policiais homens de forma a delimitar o espaço de atuação feminina (GOMES, 2017, p. 1504).

É cabível frisar que inúmeras foram as tentativas de conter e manter os corpos dessas mulheres na linha tênue entre feminilidade e militarismo

(GOMES, 2017, p. 1504). A título de exemplo, têm-se os variados documentos oficiais com o objetivo de estabelecer que os cabelos das praças mulheres deveriam ser presos e/ou mais curtos, estes não poderiam ser pintados, era vetado o uso de peruca e, além disso, o uso de adereços como brincos de argola, caso não fossem discretos, eram expressamente proibidos. Destarte, a inobservância dessas diretrizes era passível de punições (COSTA, 2019, p. 118).

Isto posto, tornam-se evidentes os obstáculos enfrentados pelas mulheres no decurso da busca por posições elevadas em carreiras de prestígio, de modo mais específico na Polícia Militar, dado que por um longo período estas foram reputadas com unicidade aos homens, dentre os quais eram palpáveis as segregações de cor/raça, orientação sexual, religião e situação econômica, isto é, nem mesmo havia abrangência da totalidade masculina, o que sequer possibilitava a cogitação da incorporação feminina. Entretanto, desde as intituladas “as 13 mais corajosas de 1955”, as quais tiveram como sua primeira comandante a Sra. Hilda Macedo, até a conquista, em 2022, do cargo de tenente-coronel pela primeira mulher transexual, Maria Antônia, sobrevieram inúmeras transformações.

Considerando tais pressupostos, na intenção de contribuir para a discussão sobre o assunto, propõe-se uma revisão bibliográfica, que é desenvolvida a partir de material já trabalhado e registrado por outros pesquisadores, constituída principalmente de artigos científicos, dissertações, teses e livros (GIL, 2002, p. 44; SEVERINO, 2014, p. 106), fundamentada na pergunta norteadora “Como as mulheres estão inseridas na Polícia Militar brasileira?” Em suma, o objetivo é analisar a distribuição de vagas destinadas aos sexos feminino e masculino nos editais da Polícia Militar, as dificuldades e os estereótipos encontrados pelas policiais militares em seu cotidiano de trabalho e em sua trajetória profissional, bem como observar como se dá a desigualdade de gênero na esfera militar.

2 DISTRIBUIÇÃO DE VAGAS ENTRE HOMENS E MULHERES NOS ÚLTIMOS EDITAIS DA POLÍCIA MILITAR NO BRASIL

Os concursos públicos, em especial aqueles destinados a ocupações na Polícia Militar, dispõem, na atualidade, como público-alvo, ambos os sexos, isto é, são abertas vagas tanto para os homens quanto para as mulheres. No entanto, percebe-se que há uma quantidade ínfima passível de ser ocupada pelas segundas, dado que, na maioria dos estados brasileiros, tal percentual permanece, de maneira profusa, distante da metade.

A título de exemplo, o último edital da Polícia Militar de Goiás, em 2022, conferiu apenas 10,06% das vagas à categoria feminina. Nesse sentido, torna-se claro que o referido quadro garante a hegemonia masculina, o que rompe com a lógica da introdução de soldados mediante sua capacidade intelectual e, posteriormente, mediante as suas aprovações nos testes de aptidão física e psicológica.

Sob tal ângulo, verifica-se que o sistema de cotas detém a finalidade de resguardar, em competições, um percentual mínimo de vagas para determinado grupo vulnerabilizado, sendo possível a aprovação de número superior de tais indivíduos, caso seja atingida a nota necessária na ampla concorrência. Não obstante, em contraste com seu verdadeiro propósito, o sistema utilizado pelos concursos da Polícia Militar caracteriza um mecanismo reverso. Desse modo, em vez de garantir a satisfatória admissão da minoria em pauta – mulheres – na organização policial, tal sistema opera como uma ferramenta limitante, visto que, após alcançada a quantia de vagas reservadas ao sexo feminino, mesmo na hipótese de gozarem de notas suscetíveis de classificação fora dele, não haverá possibilidade de seleção dessas concorrentes.

Em vista disso, é lastimável observar que, apesar de decorridos tantos anos desde a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, ainda haja editais de concursos policiais que obstaculizem a participação de

mulheres. Além disso, é notório que tais comportamentos são validados pelos próprios Poderes constitucionais, os quais deveriam, em regra, segundo o artigo 3º, inciso IV, da CF/88, promover o bem de todos sem preconceitos de sexo. Como forma de ratificar o anteriormente alegado, vê-se a posição exarada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), que se autodenomina “O Tribunal da Cidadania”, no Recurso Especial nº 173312/MS, ao defender a existência de certos trabalhos para homens e outros para mulheres (DIAS; ROSA, 2015, p. 162).

Ante o narrado, a adversidade tende a se tornar mais palpável ao pormenorizar um conglomerado de dados esparsos em materiais elucidativos, motivo pelo qual proveitoso é colacionar a tabela com a distribuição objetiva de vagas destinadas às mulheres nos últimos editais da Polícia Militar de cada estado brasileiro, incluindo o Distrito Federal, conforme vê-se a seguir:

Tabela 1 – Quantidade de vagas em editais da Polícia Militar para mulheres por Estado/DF

Estado/ DF	Ano do último edital	Total de vagas	Vagas passíveis de ocupação por mulheres (numeral)	Vagas passíveis de ocupação por mulheres (porcentagem)
AC	2017	250	66	26,40%
AL	2021	1.060	1.060	100%
AP	2022	2.500	2.500	100%
AM	2021	1.350	162	12%
BA	2022	2.500	377	15,08%
CE	2022	1.500	225	15%
DF	2023	2.100	210	10%
ES	2022	1.000	1.000	100%
GO	2022	1.520	153	10,06%
MA	2017	3.667	377	10,28%
MT	2022	-	-	20%
MS	2022	520	520	100%
MG	2022	3.001	301	10,02%
PA	2020	2.310	231	10%

Estado/ DF	Ano do último edital	Total de vagas	Vagas passíveis de ocupação por mulheres (numeral)	Vagas passíveis de ocupação por mulheres (porcentagem)
PB	2018	1.000	60	6%
PR	2020	2.400	1.200	50%
PE	2018	580	580	100%
PI	2021	650	65	10%
RJ	2014	6.000	600	10%
RN	2023	1.158	1.158	100%
RS	2021	4.000	4.000	100%
RO	2022	40	4	10%
RR	2018	400	60	15%
SC	2019	1.000	200	20%
SP	2021	2.700	2.700	100%
SE	2018	300	60	20%
TO	2020	950	95	10%

Fonte: elaborada pelas autoras em 18/02/2023.

Portanto, a partir da análise do material acima, verifica-se que apenas 8 estados, dos 26 que compõem a República Federativa do Brasil mais o Distrito Federal, não estabeleceram distinção entre homens e mulheres quando da disposição de vagas nos últimos editais da Polícia Militar, fato que, por óbvio, enfatiza a sub-representação feminina nesse ambiente, uma vez que as barreiras a elas impostas não se localizam tão somente no exercício da profissão, mas sim na fase de ingresso.

3 DIFICULDADES E ESTEREÓTIPOS NO COTIDIANO DE TRABALHO: RELATO PROFISSIONAL

Com o intento de melhor conhecer a conjuntura experienciada pelas mulheres integrantes da Polícia Militar na cidade de Pontalina/GO, elaborou-se um questionário qualitativo contendo 6 indagações subjetivas a serem

respondidas por todas elas, de forma remota. Dito isso, convém realçar que os questionamentos foram respondidos apenas por uma mulher em razão de esta ser a única atuante na aludida localidade.

Ante tal quadro, a ocupante do cargo de Auxiliar do Comandante da 2ª Cia do 36º Batalhão de Polícia Militar, graduada como 2º Sargento PMGO, Márcia Alves Correia Moura, com 51 anos de idade e se identificando com o sexo feminino, contribuiu sobremaneira para o presente artigo científico ao compartilhar sua história na carreira.

Passa-se a reproduzir e enumerar as perguntas e as respostas, respectivamente:

1 – Como o preconceito de gênero influenciou em sua entrada no âmbito da Polícia Militar?

Passsei em um concurso público muito concorrido para a Polícia Militar do Estado de Goiás, no qual 10% das vagas foram destinadas para as pessoas do sexo feminino, de igual forma, até os dias atuais em todo certame de concurso para a PMGO, somente 10% das vagas são propostas para mulheres. Tornando o concurso muito mais concorrido para as pessoas do sexo feminino e desleal quanta à concorrência em se tratando de direitos iguais, contudo me fez capaz de enfrentar e sobressair com êxito em todas as provas.

2 – Você se recorda de algum episódio no qual foi vítima do preconceito de gênero? Se sim, qual? (Exemplo: atribuíram sua inteligência e sucesso a um homem ou utilizaram o seu modo de vestir para diminuir seu potencial).

Sim. Eu estava compondo viatura e fomos acionados para atender uma ocorrência e ocorreu por parte do superior do serviço determinar para eu ficasse no Copom para atendimento ao 190, com a alegação de que estava me protegendo, e levar o policial masculino para compor a viatura no atendimento da solicitação. Subestimando minha inteligência e capacidade de sanar conflitos e até mesmo enfrentar um confronto. Sobretudo é nítido que uma mulher não possui a mesma força física de um homem, no entanto em se tratando de raciocínio e tirocínio não há em que se questionar no profissional em ser um homem ou ser uma mulher, ali está uma profissional com o mesmo treinamento, capacidade e habilidade, independente de sexo. Já

conquistamos muito desde o primeiro Concurso para policiais femininas, precisamos conquistar mais, sempre mais! A primeira turma de policiais femininas em Goiás ingressou em 20 de fevereiro de 1986, essa turma usava unicamente o fardamento composto por saias e, executavam trabalhos exclusivamente administrativos e em orientação ao público. Sendo que a partir da segunda e terceira turma o fardamento tornou-se igualitário para homens e mulheres, assim tornou muito melhor o desempenho, agilidade e conforto em atendimento de diversificadas ocorrências.

3 – Você já se policiou em situações como tomar decisões, exprimir opiniões, usar traje de roupa e escolher o tom de voz para que não houvesse nenhum possível pretexto machista que te descredibilizasse intelectualmente? Se sim, exemplifique.

Sim. Diuturnamente me policiou, sempre procurei me vestir com cautela para não me expor independente da minha profissão, não só no ambiente de trabalho, mas no dia a dia, por opção. Já me contive em situação de tomada de decisão, mas também já dei a cara a tapa, tomei decisão e resolvi crise e, logo em seguida o policial militar que estava comigo disse que ele que tinha tomado a decisão e sanado o problema por isso que tudo tinha dado certo, e por questão de hierarquia e disciplina eu fiquei calada e não questionei, naquela situação me senti totalmente descredibilizada.

4 – Você sente que precisou se esforçar muito mais que os homens para ocupar o seu atual cargo dentro da Polícia Militar? Se sim, o que você considera como o motivo de tal ocorrência?

Sim. Quando falamos em concurso que destina 10% das vagas para mulheres, logo se vê que as mulheres precisam estudar, preparar fisicamente, psicologicamente e se esforçar muito mais para alcançar os objetivos. Essa concorrência tem por justificativa que as policiais femininas são direcionadas muito mais para atendimento ao telefone 190 (Copom) e ao serviço administrativo da corporação, enquanto a maior demanda de homens é para compor viaturas e fazer o serviço preventivo e ostensivo, nessa observação o efetivo masculino é muito maior que o feminino.

5 – Qual é a mudança, no que tange à problemática em foco, que você mais deseja ver dentro do seu ambiente de trabalho? Por que isso é tão essencial?

A quantidade de vagas nos Concursos sejam mais justas, aumentando a quantidade de vagas para as mulheres dará mais oportunidade de fazer o concurso e passar, que valorize mais a profissional feminina, se há pouco mais de 30 anos que as primeiras mulheres se ingressaram na PMGO, desempenhavam funções restritas e sofriam discriminação, hoje elas Comandam tropas, batalhões e estão em todas as frentes de serviços e nas grandes Companhias Especializadas, chegando ao posto mais alto na corporação que é a graduação de Coronel. O essencial é poder concorrer em um concurso ou área de atuação da profissão de igual forma.

6 – Como você analisa a seguinte afirmativa: as mulheres possuem uma existência restrita, com lugares específicos a serem ocupados por elas, devendo seguir um comportamento intermediário, isto é, não podem ser assertivas demais, porque isso é ser histérica, nem dóceis demais, porque com isso querem enganar alguém, o cabelo não pode ser muito curto, porque é masculino, nem muito longo, porque é vulgar, você deve estar com uma roupa feminina, mas não pode ter decote, porque, se mostrar a forma do seu corpo, significa que você está provocando alguém.

Infelizmente ainda existem pessoas com esses pensamentos e sem sensibilidade, esse assunto precisa demais ser discutido, orientado, esclarecido e nossa sociedade necessita de uma política direcionada às escolas, inclusive desde os anos iniciais, para que esses filhos de geração que acham que mulher é inferior, incapaz e que mulher nasceu para ser submissa ao homem, não ter voz ativa e não ter direito de escolher a profissão que desejar, para que essas crianças cresçam sabendo valorizar o ser humano independente de gênero. Que a missão nunca tenha fim, que tenhamos força e sabedoria necessárias para lidar e vencer os desafios diuturnamente.

Diante do relato susodito, conquanto haja progressos, são inegáveis os desafios e os estereótipos que ainda permeiam o cotidiano feminino no ambiente de trabalho policial militar. Nesse sentido, constata-se a necessidade de enfatizar que, além de existirem diversos obstáculos para o sexo feminino na prática de atividades de força, quando são elas as responsáveis pelo sucesso da operação, um homem se autointitula como autor do feito, descredibilizando as mulheres sem receio de futuras consequências,

visto que este está consciente de seu lugar de privilégio em uma sociedade moldada pelo patriarcado.

4 TRAJETÓRIA DE MULHERES INSERIDAS NA POLÍCIA MILITAR BRASILEIRA

A análise da trajetória de mulheres pioneiras na conquista do espaço feminino dentro da carreira policial militar nacional engrandece, de modo acentuado, a discussão da problemática em foco. Verifica-se que a invisibilidade do tema auxiliou, e muito, na perpetuação do quadro opressor em desfavor do sexo feminino, sendo que um dos marcos para o início do debate se deu no ano de 1953, quando Hilda Macedo, no I Congresso Brasileiro de Medicina Legal e Criminologia, externou o assunto com o pretexto de que a atuação da mulher na Polícia Militar traria um olhar de bondade na manutenção da ordem.

Outrossim, ao observar a realidade de outros países em que a inserção das mulheres já era uma realidade, o Governador do Estado de São Paulo, Jânio Quadros, instituiu, no dia 12 de maio de 1955, com o Decreto nº 24.548, o Corpo de Policiamento Especial Feminino, primeira polícia feminina da América Latina, tendo como comandante uma das instauradoras do debate, Hilda Macedo. Além dela, foram escolhidas mais 12 mulheres, as quais ficaram popularmente conhecidas como “as 13 mais corajosas de 1955”, e detinham a missão de proteger outras mulheres e jovens. Entretanto, passada mais de uma década, somente em 1970, a corporação militar brasileira efetivamente possibilitou a entrada de mulheres e, ainda mais tarde, em 1977, concretizou-se a participação feminina no policiamento ostensivo. Nesse contexto, fica evidente que, inicialmente, conquanto houvesse ingresso de mulheres no âmbito policial militar, este se dava tão somente em uma área restrita.

À vista dos dados supracitados, convém discorrer sobre as primeiras mulheres que assumiram uma função de alto escalão. Primeiramente, na

Brigada Militar, a coronel Cristine Rasbold, em 2019, tomou posse do cargo de chefe do Estado-Maior, após 33 anos na aludida instituição. Ao ser entrevistada, ela revelou que ao longo da sua trajetória, juntamente de suas companheiras, lutou para obter espaço e impor respeito, principalmente perante a sociedade. Como outro exemplo, tem-se que, no ano seguinte, a coronel PM Alaídes Pereira Machado se tornou subchefe do Estado-Maior da Polícia Militar do Tocantins. Esta, por sua vez, ingressou na Polícia Militar em 1995, sendo a primeira mulher a entrar na tríade do estado. Logo, o exposto reflete quão vagarosa e árdua é a ascensão feminina nessa profissão.

Para mais, em entrevista ao Jornal NEXO (2021), Tatiana Lima, capitã da Polícia Militar do Rio de Janeiro, enunciou que a igualdade é mascarada, uma vez que só funciona no campo externo. Em contrapartida, internamente o preconceito é o mesmo, as mulheres continuam sendo vistas como mais fracas, bem como são questionadas sobre suas capacidades, principalmente em missões operacionais na quais há necessidade de emprego de armas longas e força física.

À face do narrado, a famosa expressão “teto de vidro”, a qual faz referência às barreiras invisíveis enfrentadas pelas mulheres no mercado de trabalho, que funcionam de maneira impeditiva para a conquista feminina dos cargos de comando, em virtude do aspecto de gênero (STEIL, 1997, p. 62), encaixa perfeitamente na presente contenda, dado que elucida a realidade vivenciada por elas dentro da Polícia Militar. Assim sendo, por certo, é lastimoso reconhecer que há um longo caminho a ser percorrido para o alcance da paridade entre os gêneros nesta carreira, todavia os sentimentos de desânimo e fracasso não devem prevalecer em detrimento da determinação e da esperança, ainda mais diante de todos os avanços significativos sobreditos.

5 DESIGUALDADE DE GÊNERO NO ÂMBITO MILITAR

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em combinação dos seus artigos 5º, *caput*, e 144, § 5º, estabelece que a Polícia Militar é responsável por garantir e manter a ordem pública, além de certificar o cumprimento do princípio da isonomia, ou seja, que todos são iguais perante a lei. Contudo, tal previsão legal é violada, de forma constante, ao constatar a persistência de tratamentos díspares entre os indivíduos exclusivamente em razão do gênero. Assim sendo, a tentativa de fantasiar um cenário de plenitude no tocante à igualdade entre os seres de sexos opostos corrobora para agravar a adversidade em pauta, visto que, ao evitar o debate, sobretudo por se tratar de minoria, os grupos privilegiados são fortificados.

Nesse contexto, com o intuito de acrescer a discussão, urge mencionar o raciocínio de Capelle *et al.* (2002, p. 267):

O mito da igualdade funciona, então, como um artefato cultural que visa a continuar alimentando as representações sociais, os valores e os pressupostos de que todos são tratados da mesma forma, facilitando a coesão e integração interna e mediando a existência de possíveis conflitos.

Outra riquíssima obra acerca da temática é o livro “Sejamos todos feministas”, da nigeriana Chimamanda Ngozi Adichie, no qual, ao admitir a dificuldade de debater sobre a questão de gênero, salienta a imprescindibilidade de usar a nomenclatura feminista e, não somente, declarar-se favorável aos direitos humanos, o que, evidentemente, seria injusto. Nessa perspectiva, a escritora expõe a vagueza da segunda expressão citada ante o contexto em análise, dado que funcionaria como uma ocultação da verdade, uma tentativa de simular a inexistência de exclusão das mulheres durante os séculos, de negá-las como o alvo da questão de gênero, bem como rejeitar que o cerne da problemática não está no fato de ser humano, mas sim de ser humano do sexo feminino. Por consequência, enfatiza que “é no mínimo justo que a solução para esse problema esteja no reconhecimento

desse fato” (ADICHIE, 2014, p. 50), isto é, o silêncio aqui potencializa a perpetuação dos moldes consolidados na sociedade, os quais veem as mulheres como objetos desprovidos de capacidade para diversas funções, inclusive, os cargos da Polícia Militar que requerem o uso da força física.

Diante do explicitado, os apontamentos supramencionados vão ao encontro do pensamento de CALAZANS (2004, p. 143), uma vez que, ao abordar a incorporação de mulheres nos quadros das polícias, exhibe como características desse processo a forma limitada e a perceptibilidade exígua, devido à concepção enraizada de ser o policiamento executado, de maneira privativa, por homens.

Nessa direção, uma pesquisa empreendida por Sierdovski *et al.* (2019, p. 38), na qual se traçou o perfil dos policiais militares, ficou evidente que as funções administrativas são, em sua maioria, ocupadas por mulheres, ou seja, nas localidades onde a força física não representa o centro da atividade, a representatividade feminina expande. Na sequência, frisa-se a fala de uma das entrevistadas do predito estudo, a qual afirmou pela recusa dos policiais em executar o trabalho externo, acompanhados pelo sexo feminino, reiterando a visão robustecida de serem frágeis, indefesas e vulneráveis, de modo que, como “é preciso correr atrás de bandido” (SOARES; MUSUMECI, 2005, p.12), há a presunção da inaptidão delas.

Assim sendo, nota-se que a idealização obsoleta de ser a mulher um corpo frágil, delicado e paciente, em conjunto com a compreensão dos homens como detentores de postura autoritária, acrescida da objeção em exteriorizarem suas emoções e trabalharem em equipe, obstruem o crescimento feminino dentro da profissão militar e avigoram a convicção de que as mulheres devem ser submissas, além de carecerem de proteção. Por consequência, é patente que, ao longo da busca pela adaptação ao ambiente totalmente direcionado ao sexo masculino, uma volumosa parcela das mulheres não encontra outra opção, senão a de se sujeitar a certas condutas. Dessa forma, elas resistem às críticas, em razão da demanda de provarem sua

idoneidade para a organização pública, bem como reafirmarem sua aptidão aos colegas homens e ao público em geral.

6 CONCLUSÃO

Alicerçada ao tema da pesquisa, foi manifesta a escassez de material, sendo que a ausência de debates assíduos sobre a atuação das mulheres na Polícia Militar brasileira corrobora, de modo reprovável, para a manutenção da lógica ultrapassada que restringe os horizontes femininos às áreas relacionadas ao cuidado e à educação.

Os objetivos elencados exerceram papel significativo ao trazerem para a discussão a disparidade de oportunidades entre os sexos ainda tão vívida na sociedade hodierna, os obstáculos e os estereótipos encontrados pelas policiais militares tanto para o ingresso na carreira quanto para seu exercício, o trajeto percorrido por aquelas que representaram marcos na conquista militar feminina, bem como a desigualdade de gênero nesta esfera.

Diante disso, haja vista que os modelos sociais foram construídos por homens e para homens, ou seja, homens admiram, contratam, votam, escutam e remuneram melhor, predominantemente, outros homens, há muito pelo que lutar para que as mulheres possam estar, um dia, em equidade para com o sexo oposto, de modo especial no campo militar, no qual a força, constantemente presente, é vista como propriedade exclusiva dos homens e nem sequer pensada como atributo feminino.

Assim sendo, um dos aspectos que carecem de melhora urgente está na parte inicial da questão, nos editais, dado que, a disposição igualitária de vagas entre homens e mulheres contribuirá em muito para a promoção da isonomia versada pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso I, pois, se em uma guerra, a uma das partes é permitido levar 1000 soldados e a outra apenas 10, resta claro que não haverá uma competição justa entre elas, o que,

Laura da Cunha Gomes Ribeiro; Maristela Medina Faria;
Vitória Marques e Silva

no presente caso, inviabilizará a construção de uma estrutura proporcional no tocante ao gênero.

Por último, é cabível registrar que para as autoras desta revisão, discentes e docente do curso de Direito do Centro Universitário de Goiatuba – Unicerrado, o contato com esse tipo de estudo contribuiu no processo formativo de cada uma, especialmente com benefícios teórico-metodológicos.

REFERÊNCIAS

ADICHIE, Chimamanda Ngozi. *Sejamos todos feministas*. São Paulo, Companhia das Letras, 2014. Disponível em: <http://professor.pucgoias.edu.br/sitedocente/admin/arquivosUpload/7771/material/LIVRO%20Sejamos-Todos-Feministas.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2023.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *54 anos da Polícia Feminina do Estado de São Paulo*, 12 de maio de 2009. Disponível em: <https://www.al.sp.gov.br/noticia/?id=269194>. Acesso em: 03 jan. 2023.

BARROS, Luana. Polícia Militar tem primeira mulher a assumir função de alto comando na instituição. *Governo de Estado de Tocantins – Notícias*, 2020. Disponível em: <https://www.to.gov.br/noticias/policia-militar-tem-primeira-mulher-a-assumir-funcao-de-alto-comando-na-instituicao/7au2de38h5do>. Acesso em: 04 jan. 2023.

BECKER, Clara. O preconceito contra a mulher dentro da PM continua a existir. *Nexo Jornal Ltda*, Rio de Janeiro, 16 de abr. de 2021. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/profissoes/2021/04/16/%E2%80%98O-preconceito-contr-a-mulher-dentro-da-PM-continua-a-existir%E2%80%99>. Acesso em: 11 de jan. de 2023.

BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF. 5 out. 1988.

Revista do Ministério Público Militar – Ano XLVIII
Brasília – Edição n. 39 – maio 2023, CC BY 4.0, Qualis B4, pp.
201-222

BRUSCHINI, Maria Cristina Aranha. Trabalho das Mulheres no Brasil: continuidades e mudanças no período 1985-1995. *Textos FCC*, n. 17. São Paulo: Fundação Carlos Chagas, 1998. Disponível em: <https://publicacoes.fcc.org.br/textosfcc/article/view/2435/2390>. Acesso em: 03 jan. 2023.

BRUSCHINI, Maria Cristina Aranha.; LOMBARDI, Maria Rosa. Médicas, arquitetas, advogadas e engenheiras: mulheres em carreiras, profissionais de prestígio. In: *Congresso Brasileiro de Sociologia*, 10, 1999, Porto Alegre. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/11950>. Acesso em: 02 fev. 2023.

CALAZANS, Márcia Esteves. de. Mulheres no policiamento ostensivo e a perspectiva de uma segurança cidadã. *São Paulo em Perspectiva*, n. 18(1), 2004. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/spp/a/NYCnT3yvSTqTwmSVwNPRRbD/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 03 jan. 2023.

CAMPOS, Carmen Hein de. *et al.* Críticas Feministas ao Direito: uma análise sobre a produção acadêmica no Brasil. In: *Tecendo Fios das Críticas Feministas ao Direito no Brasil*. Ribeirão Preto: 2019. Disponível em: <http://www.direitorp.usp.br/wp-content/uploads/2019/09/tecendo-fios-das-criticas-feministas-ao-direito-no-brasil.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2023.

CAPELLE, Mônica Carvalho Alves.; SILVA, Áurea Lúcia; VILLAS BOAS, Luiz Henrique de Barros.; BRITO, Mozar José de. Representações das relações de gênero no espaço organizacional público. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, RJ, v. 36, n. 2, 2002, p. 253-275. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/6437>. Acesso em: 10 jan. 2023.

CHIES, Paula Viviane. Identidade de gênero e identidade profissional no campo de trabalho. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 18, n. 2, set. 2010, p. 507-528. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ref/a/vNpYg8vTqCJ5vxqCz9KfKVR/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 12 jan. 2023.

COSTA, Lourenço Resende da. Mulheres na polícia militar paranaense a partir da década de 1970. *Revista Eletrônica Discente História.com*,

Laura da Cunha Gomes Ribeiro; Maristela Medina Faria;
Vitória Marques e Silva

Cachoeira, v. 6, n. 12, 2019, p. 106-110. Disponível em:
<https://www3.ufrb.edu.br/seer/index.php/historiacom/article/view/1034>.
Acesso em: 02 fev. 2023.

DIAS, Luciana de Oliveira; ROSA, Fabrício Silva. Polícia tem gênero?
Algumas reflexões sobre mulheres e feminino na segurança pública
brasileira. *Revista Ártemis*, [S. l.], v. 18, n. 1, 2015. Disponível em:
<https://periodicos.ufpb.br/index.php/artemis/article/view/22543>. Acesso em:
04 jan. 2023.

FONSECA, Caue. Conheça a história da primeira mulher no alto escalão da
Brigada Militar. *Jornal Digital DHZ*, Rio Grande do Sul, 17 de nov. de 2019.
Disponível em:
<https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2019/11/conheca-a-historia-da-primeira-mulher-no-alto-escalao-da-brigada-militar-ck33kf71s00ww01mqdmel2fo7.html#:~:text=Cristine>. Acesso em: 03 jan. 2023.

GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*. São Paulo,
SP: Atlas, 2002. Disponível em:
https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/150/o/Anexo_C1_como_elaborar_projeto_de_pesquisa_-_antonio_carlos_gil.pdf. Acesso em: 24 jan. 2023.

GOMES, Gilvana de Fátima Figueiredo. *Mulheres, policiais, militares: uma análise histórica das primeiras PMs paranaenses*. *Revista Estudos Feministas* [online], v. 25, n. 3, pp. 1503-1505, 2017. Disponível em:
<https://doi.org/10.1590/1806-9584.2017v25n3p1503>. Acesso em: 10 de jan. de 2023.

HIRATA, Helena *et al.* (Org.). *Dicionário Crítico do Feminismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2009. Disponível em:
https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4098403/mod_resource/content/1/Kergoat%20p.67-75%20in%20Dicionario_critico_do_feminismo%202009.pdf. Acesso em: 08 mar. 2023.

LIMA, Ari; JAIME, Pedro. Interview with Professor José Jorge de Carvalho. *Cadernos de Campo* (São Paulo - 1991), [S. l.], v. 19, n. 19, 2010, p. 207-227. DOI: 10.11606/issn.2316-9133.v19i19p207-227. Disponível em:
<https://www.revistas.usp.br/cadernosdecampo/article/view/44985>. Acesso em: 03 jan. 2023.

MATHIAS, Suzeley Kalil.; ADÃO, Maria Cecília Oliveira. Mulheres e Vida Militar. *Cadernos Adenauer*. n. 13. 2013. Disponível em: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=53597158-3c06-e238-0375-48db8c7e8b1d&groupId=252038. Acesso em: 11 jan. 2023.

ORTIZ, Brenda. Primeira mulher trans a se tornar coronel da Polícia Militar fala da importância de abrir portas na corporação. *G1*, 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2022/02/16/primeira-mulher-trans-a-se-tornar-coronel-da-policia-militar-fala-da-importancia-de-abrir-portas-na-corporacao.ghtml>. Acesso em: 15 jan. 2023.

SEVERINO, Antônio Joaquim. *Metodologia do trabalho científico*. 23. ed. rev. e atual. São Paulo: Cortez, 2014. Disponível em: https://www.ufrb.edu.br/ccaab/images/AEPE/Divulgacao%20A7%20A3o/LIVROS/Metodologia_do_Trabalho_Cientifico_ADFico_-_1%20AA_Edi%20A7%20A3o_-_Antonio_Joaquim_Severino_-_2014.pdf. Acesso em: 11 jan. 2023.

SIERDOVSKI, Marcia; ANDRADE, Sandra Mara; STEFANO, Silvio Roberto. As relações de gênero e poder na polícia militar: um estudo sobre as nuances que permeiam a carreira profissional da mulher policial. *Revista Competitividade e Sustentabilidade*, [S. l.], v. 6, n. 1, 2019, p. 33-46. DOI: 10.48075/comsus.v6i1.20913. Disponível em: <https://saber.unioeste.br/index.php/comsus/article/view/20913>. Acesso em: 16 jan. 2023.

SOARES, Barbara M.; MUSUMECI, Leonarda. *Mulheres Policiais: presença feminina na Polícia Militar do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

STEIL, Andrea Valéria. Organizações, gênero e posição hierárquica: compreendendo o fenômeno do teto de vidro. *Revista de Administração da USP*, São Paulo, v. 32, n. 3, 1997, p. 62-69. Disponível em: <http://www.spell.org.br/documentos/ver/18443/organizacaoes--genero-e-posicao-hierarquica---compreendendo-o-fenomeno-do-teto-de-vidro/i/pt-br>. Acesso em: 04 jan. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. (1998). *Recurso Especial no 173312/MS*. Brasília: 23/11/1998.

O papel do Tribunal Penal Internacional no Conflito Armado Internacional entre Rússia e Ucrânia: A expedição do mandado de prisão contra Vladimir Putin e Maria Alekseyevna

João Carlos de Figueiredo Rocha

Especialização em Pós Graduação lato sensu em Direito Militar. Universidade Candido Mendes, UCAM. Graduação em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (2007). Diretor de Secretaria da 3ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar. CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3176559674969340>
E-mail: cauufrij@gmail.com

Revisores: Luciano Moreira Gorrihas (ORCID: 0009-0005-0678-471X; e-mail: luciano.gorrihas@mpm.mp.br)
Fernando Hugo Miranda Teles (e-mail: fernando.teles@mpm.mp.br)

Data de recebimento: 30/04/2023

Data de aceitação: 02/05/2023

Data da publicação: 30/05/2023

RESUMO: A expedição de mandado de prisão contra o líder de uma das maiores potências de mundo e que é membro do Conselho de Segurança da ONU apresenta-se como um divisor de águas no Direito Penal Internacional e na atuação do Tribunal Penal Internacional, que até então era criticado por limitar-se a agentes de Estados com pouca relevância no cenário mundial. A medida, ainda que de cumprimento não factível no momento, pune e restringe a locomoção de Vladimir Putin e Maria Alekseyevna em quase todo o globo,

passando uma relevante – e necessária – mensagem inibitória à prática de crimes internacionais.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal Penal Internacional; competência; mandado de prisão; conflito armado internacional; Direito Internacional Penal.

ENGLISH

TITLE: The role of the International Criminal Court in the International Armed Conflict between Russia and Ukraine: The issuance of the arrest warrant against Vladimir Putin and Maria Alekseyevna.

ABSTRACT: The issuance of an arrest warrant against the leader of one of the world's greatest powers and who is a member of the UN Security Council represents a turning point in International Criminal Law and in the performance of the International Criminal Court, which until then was criticized for being limited to agents of states with little relevance on the world stage. The measure, although not feasible at the moment, punishes and restricts the movement of Vladimir Putin and Maria Alekseyevna across almost the entire globe, sending a relevant – and necessary – message to inhibit the practice of international crimes.

KEYWORDS: International Criminal Court; competence; arrest warrant; international armed conflict; International Criminal Law.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 O Tribunal Penal Internacional – 2.1 Antecedentes históricos – 2.2 Criação – 2.3 Competência – 2.4 Crimes previstos no Estatuto de Roma – 2.5 Jurisdição – 2.6 Da necessária entrega para julgamento – 3 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A Comunidade Internacional fora surpreendida quando, em 17 de março de 2023, no contexto do Conflito Armado Internacional envolvendo Ucrânia e Rússia, a Câmara de Instrução II do Tribunal Penal Internacional emitiu mandados de prisão contra Vladimir Vladimirovich Putin, Presidente da Federação Russa, e a Maria Alekseyevna Lvova-Belova, Comissária para os Direitos da Criança no Gabinete do Presidente da Federação Russa.

A decisão fundamentou-se no fato de existirem, segundo a citada Câmara, motivos razoáveis para acreditar que os agentes são responsáveis pelo crime de guerra de deportação e transferência ilegal de população (ambos envolvendo crianças) de áreas ocupadas da Ucrânia para a Federação Russa, em prejuízo das crianças ucranianas.

Segundo a Procuradoria, o governo russo tem promovido transferências forçadas de crianças do leste da Ucrânia para o território russo, sendo que tal prática, além de ser expressamente vedada pela 4ª Convenção de Genebra de 1949, é prevista no Estatuto de Roma como crime de competência do Tribunal Penal Internacional.

Para uma melhor compreensão acerca do tema, bem como dos possíveis efeitos desta medida, é necessário uma breve análise do Tribunal Penal Internacional, órgão relativamente novo, com pouco – ou nenhum – conhecimento pela população em geral.

2 O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL

2.1 Antecedentes históricos

Após as atrocidades cometidas durante a II Guerra Mundial, o Direito Penal Internacional ingressou em uma nova fase, afastando-se das jurisdições estatais por meio da atuação direta dos organismos internacionais.

Ainda, considerando-se que quem de fato comete o crime é a pessoa física, buscou-se, pela primeira vez, a responsabilidade individual do agente e não mais dos Estados.

O marco histórico desse novo modelo foi a criação, em 1945, do Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, por intermédio do Acordo de Londres firmado pelas potências vencedoras França, EUA, Reino Unido e URSS, para julgar os grandes criminosos alemães da Segunda Grande Guerra.

No mesmo sentido, para julgar os crimes cometidos pelos militares japoneses, em 1946 foi criado o Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente sediado em Tóquio.

Após um longo período sem avanços significativos no desenvolvimento do direito internacional, o conflito na antiga Iugoslávia impulsionou a ideia de uma justiça penal internacional, mediante Criação, pelo Conselho de Segurança da ONU, de um Tribunal Penal ad hoc.

Assim, criado em 1993 com fundamento no capítulo VII da Carta das Nações, já que a situação constituía uma ameaça à paz e à segurança internacionais, o Tribunal possuía competência para julgar os responsáveis pelas graves violações ao Direito Internacional Humanitário ocorridas na região desde o ano de 1991.

Com o mesmo fundamento, em 1994, o Conselho de Segurança da ONU criou outro tribunal *ad hoc* para julgar os responsáveis pelos atos de genocídio e outras graves violações do Direito Internacional Humanitário cometidas no território de Ruanda e os cidadãos ruandeses presumidamente responsáveis por tais atos ou violações cometidas no território de Estados vizinhos, entre 1º de janeiro e 31 de dezembro daquele ano.

2.2 Criação

Afastando-se das principais críticas aos citados tribunais *ad hoc*, no sentido de que foram criados por ato do Conselho de Segurança da ONU e com competência para julgar fatos praticados antes de sua criação, o Tribunal Penal Internacional, que tem sede em Haia, nos Países Baixos, foi criado por um tratado internacional e concebido com competência prospectiva, ou seja, somente pode processar e julgar fatos ocorridos após a sua implementação, sendo uma Corte permanente. Trata-se, assim, de Tribunal independente e não de órgãos da ONU como os tribunais *ad hoc*.

Mediante Conferência Diplomática dos Plenipotenciários das Nações Unidas realizada em Roma, em 17 de julho de 1998, por meio do Estatuto de Roma, representantes de 120 países aprovaram o projeto de criação de um Tribunal Penal Internacional Permanente, também com sede na Haia.

Conforme previsto no próprio instrumento, o Estatuto de Roma do TPI entrou em vigor no dia 01 de julho de 2002, quando atingiu o número de sessenta Estados como partes do Tratado.

2.3 Competência

Como não busca, em hipótese alguma, violar a soberania dos Estados, o Tribunal Penal Internacional somente possui competência para atuar diante da ocorrência dos crimes mais graves em âmbito internacional, os denominados “core crimes”, previstos de forma expressa art. 5º do no Estatuto de Roma, quais sejam, o crime de genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e crime de agressão.

Também decorre da soberania dos Estados o princípio da complementariedade do TPI em respeito à jurisdição nacional, pelo qual é responsabilidade primária dos Estados processar e julgar os crimes previstos

no Estatuto de Roma segundo seu direito penal interno. Somente caso não o faça, ou não o faça da forma apropriada, que, de forma complementar, o TPI avocará o caso.

Nesse sentido, merecem destaque os seguintes trechos do preâmbulo do Estatuto de Roma, já demonstrado o caráter complementar de sua atuação:

(...) Tribunal Penal Internacional com caráter permanente e independente, no âmbito do sistema das Nações Unidas, e com jurisdição sobre os crimes de maior gravidade que afetem a comunidade internacional no seu conjunto

(...) Relembrando que é dever de cada Estado exercer a respectiva jurisdição penal sobre os responsáveis por crimes internacionais” e “Sublinhando que o Tribunal Penal Internacional, criado pelo presente Estatuto, será complementar às jurisdições peais nacionais.

2.4 Crimes previstos no estatuto de Roma

Disposto no art. 6º do ER, o crime de genocídio constitui a morte, a destruição ou a exterminação intencional de um grupo, ou de membros de um grupo como tal:

Artigo 6º. Crime de Genocídio:

Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "genocídio", qualquer um dos atos que a seguir se enumeram, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal:

- a) Homicídio de membros do grupo;
- b) Ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo; (ex. mutilações)
- c) Sujeição intencional do grupo a condições de vida com vista a provocar a sua destruição física, total ou parcial; (ex. impedir a chegada de alimentos)
- d) Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo; (mutilações, esterilização forçada, estupro)
- e) Transferência, à força, de crianças do grupo para outro grupo.

Com relação ao elemento subjetivo do tipo, importante destacar que o crime em questão exige dolo específico, qual seja, a intenção deliberada de destruir um grupo, no todo ou em parte. Sem esse especial fim de agir, a

conduta praticada poderá até configurar outro crime internacional, como Crimes contra a Humanidade ou Crimes de Guerra, mas não poderá ser subsumida ao tipo do genocídio.

Já o art. 7º trata dos Crimes Contra a Humanidade, que, em termos gerais, podem ser definidos como graves violações aos direitos humanos:

Artigo 7º. Crimes contra a Humanidade:

1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade", qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

- a) Homicídio;
- b) Extermínio;
- c) Escravidão;
- d) Deportação ou transferência forçada de uma população;
- e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional;
- f) Tortura;
- g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;
- h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3o, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal;
- i) Desaparecimento forçado de pessoas;
- j) Crime de apartheid;
- k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.

Os crimes de Guerra, previstos no art. 8º do ER, configuram graves violações ao Direito Internacional Humanitário (em especial os previstos nas Convenções de Genebra) e constituem a mais antiga das categorias de crimes internacionais inscritas no Estatuto de Roma. Foi justamente sob esta imputação que se deram os primeiros julgamentos penais internacionais:

Artigo 8º Crimes de Guerra

1. O Tribunal terá competência para julgar os crimes de guerra, em particular quando cometidos como parte integrante de um plano ou de uma política ou como parte de uma prática em larga escala desse tipo de crimes.

2. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crimes de guerra":

a) As violações graves às Convenções de Genebra, de 12 de Agosto de 1949, a saber, qualquer um dos seguintes atos, dirigidos contra pessoas ou bens protegidos nos termos da Convenção de Genebra que for pertinente:

i) Homicídio doloso;

ii) Tortura ou outros tratamentos desumanos, incluindo as experiências biológicas;

iii) O ato de causar intencionalmente grande sofrimento ou ofensas graves à integridade física ou à saúde;

iv) Destruição ou a apropriação de bens em larga escala, quando não justificadas por quaisquer necessidades militares e executadas de forma ilegal e arbitrária;

v) O ato de compelir um prisioneiro de guerra ou outra pessoa sob proteção a servir nas forças armadas de uma potência inimiga;

vi) Privação intencional de um prisioneiro de guerra ou de outra pessoa sob proteção do seu direito a um julgamento justo e imparcial;

vii) Deportação ou transferência ilegais, ou a privação ilegal de liberdade;

viii) Tomada de reféns;

b) Outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no âmbito do direito internacional, a saber, qualquer um dos seguintes atos:

(...)

viii) A transferência, direta ou indireta, por uma potência ocupante de parte da sua população civil para o território que ocupa ou a deportação ou transferência da totalidade ou de parte da população do território ocupado, dentro ou para fora desse território;

Com relação aos Crimes de Guerra, merece destaque o disposto no item 1 do art. 8º do ER, que possui a seguinte redação: “o Tribunal terá competência para julgar os crimes de guerra, em particular quando cometidos como parte integrante de um plano ou de uma política ou como parte de uma prática em larga escala desse tipo de crimes.”

Foi justamente no artigo 8º, 2.a.7 e 2.b.8 do ER, que tipificam como crimes de guerra a deportação e a transferência forçadas de pessoas protegidas, que a Câmara de Instrução II do Tribunal Penal Internacional fundamentou a ordem de prisão contra o presidente da Federação russa Vladimir Putin e de sua Comissária para os Direitos da Criança, Maria Alekseyevna.

Por fim, o Crime de Agressão somente foi definido 2010, por ocasião da revisão do ER acontecida na cidade de Kampala, em Uganda, sendo definido como o “planejamento, preparação, início ou execução de um ato de usar a força armada por parte de um Estado contra a soberania, a integridade territorial ou a independência política de outro Estado”.

2.5 Jurisdição

Em razão de ser um tratado internacional, o Estatuto de Roma somente vincula os Estados que, no exercício de sua soberania, voluntariamente se tornaram parte dele, o que significa dizer que, em regra, o Tribunal Penal Internacional apenas poderá investigar, processar e julgar crimes de sua competência cometidos no território de um Estado Parte ou por nacional de um Estado Parte.

Todavia, há duas hipóteses nas quais a competência do Tribunal pode ser estendida à um Estado que não faça parte do Estatuto de Roma, sendo uma facultativa e outra impositiva.

A facultativa ocorre quando um Estado não-Parte do ER depositar uma declaração perante o Secretário do Tribunal aceitando a competência do TPI com relação a determinado crime em determinada situação.

Já a segunda hipótese, esta impositiva, acontece quando o Conselho de Segurança da ONU, qualificando uma situação como ameaça, perturbação ou quebra da paz, nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas,

refere um caso ao TPI que poderá investigar, processar e julgar fato ocorrido em território ou por nacional de Estado não-Parte ao ER.

Neste caso a jurisdição do TPI será obrigatória ainda que o Estado não seja parte do ER. Tal possibilidade decorre do poder dado voluntariamente pelos Estados ao Conselho de Segurança da ONU por ocasião da criação dessa Organização Internacional.

Nesse sentido, os arts. 12 e 13, do ER:

Artigo 12 - Condições Prévias ao Exercício da Jurisdição

1. O Estado que se torne Parte no presente Estatuto, aceitará a jurisdição do Tribunal relativamente aos crimes a que se refere o artigo 5o.

2. Nos casos referidos nos parágrafos a) ou c) do artigo 13, o Tribunal poderá exercer a sua jurisdição se um ou mais Estados a seguir identificados forem Partes no presente Estatuto ou aceitarem a competência do Tribunal de acordo com o disposto no parágrafo 3o:

a) Estado em cujo território tenha tido lugar a conduta em causa, ou, se o crime tiver sido cometido a bordo de um navio ou de uma aeronave, o Estado de matrícula do navio ou aeronave;

b) Estado de que seja nacional a pessoa a quem é imputado um crime.

3. Se a aceitação da competência do Tribunal por um Estado que não seja Parte no presente Estatuto for necessária nos termos do parágrafo 2o, pode o referido Estado, mediante declaração depositada junto do Secretário, consentir em que o Tribunal exerça a sua competência em relação ao crime em questão. O Estado que tiver aceite a competência do Tribunal colaborará com este, sem qualquer demora ou exceção, de acordo com o disposto no Capítulo IX.

Artigo 13 - Exercício da Jurisdição

O Tribunal poderá exercer a sua jurisdição em relação a qualquer um dos crimes a que se refere o artigo 5o, de acordo com o disposto no presente Estatuto, se:

a) Um Estado Parte denunciar ao Procurador, nos termos do artigo 14, qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes;

b) O Conselho de Segurança, agindo nos termos do Capítulo VII da Carta das Nações Unidas, denunciar ao Procurador qualquer situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários desses crimes; ou

c) O Procurador tiver dado início a um inquérito sobre tal crime, nos termos do disposto no artigo 15.

Artigo 14 - Denúncia por um Estado Parte

1. Qualquer Estado Parte poderá denunciar ao Procurador uma situação em que haja indícios de ter ocorrido a prática de um ou vários crimes da competência do Tribunal e solicitar ao Procurador que a investigue, com vista a determinar se uma ou mais pessoas identificadas deverão ser acusadas da prática desses crimes.

Observa-se, assim, que, dos três mecanismos disponíveis para acionar o Tribunal, apenas o encaminhamento de situação pelo Conselho de Segurança possibilita a investigação e julgamento de crimes sem vínculo territorial ou de nacionalidade ativa com Estado que tenha aceitado a jurisdição do TPI, de forma que na hipótese do caso ser referido pelo CS da ONU, como já exposto, a jurisdição será obrigatória para todos os Estados soberanos, independentemente de serem partes ou não do ER.

Tais previsões são de extrema relevância para a análise do caso, eis que ambos os Estados envolvidos no conflito, Rússia e Ucrânia, não são partes do Estatuto de Roma de 1998.

A Ucrânia reconheceu voluntariamente em 2014 e 2015 a jurisdição do TPI, com fundamento no art. 12. 2 e 3 do ER, para os eventos que se iniciaram em 2013 em Lugansk, Donestk e na Crimeia, que culminaram com a invasão mais ampla, por Moscou, em 2022.

Tal medida permitiu que a Procuradoria do TPI iniciasse uma investigação preliminar, sobre crimes de genocídio, crimes contra a humanidade e crimes de guerra, apuração esta que dependeria de aval de uma das câmaras de questões preliminares.

Ainda, diversos Estados Partes do ER, valendo-se do artigo 14 fizeram representações à Procuradoria para que a jurisdição do TPI pudesse ser afirmada no caso “Situação na Ucrânia”, impulsionando o procedimento preliminar a cargo da Procuradoria que resultou na medida cautelar de prisão. Destaca-se ter sido a República da Lituânia quem abriu a lista de Estados noticiantes.

2.6 Da necessária entrega para julgamento

Como já narrado, assim como os Estados Unidos, A Rússia não é um estado-membro do Estatuto de Roma, instrumento fundador do TPI, e não reconhece sua jurisdição, de forma que não procederá a entrega de seus nacionais.

Neste ponto, imperiosa a necessária distinção entre entrega e extradição de nacionais, esta última vedada na imensa maioria dos ordenamentos jurídicos.

A fim de não gerar dúvidas, o art. 102 do ER, expressamente dispõe acerca da diferença entre entrega e extradição. Segundo o dispositivo, entende-se por “entrega” a entrega de uma pessoa por um Estado ao TPI e por “extradição” a entrega de uma pessoa por um Estado a outro Estado.

Portanto, a primeira caracteriza uma relação vertical entre um Estado e uma Organização internacional que representa a comunidade dos Estados e a segunda caracteriza uma relação horizontal interestatal.

Trata-se de questão extremamente sensível à atuação do TPI, eis que o Estatuto de Roma exige a presença do acusado durante o julgamento, não sendo prevista a hipótese de julgamento *in absentia*, ou seja, à revelia.

Desta forma, para ser julgado pela TPI, o presidente russo teria que ser entregue ao Tribunal pelo governo russo ou preso fora do país, dentro das fronteiras de um estado que não reconheça a jurisdição da corte.

3 CONCLUSÃO

Embora não seja crível a prisão de Putin enquanto ocupar o governo russo, a medida adotada pelo TPI tem um importante efeito dissuasório sobre as práticas criminosas adotadas por Moscou em território ucraniano, possuindo ainda efeito inibitório nas ações criminosas de agentes de outros Estados.

Determinar a prisão do líder de uma das maiores potências do planeta e que integra o Conselho de Segurança das Nações Unidas envia uma séria mensagem à toda comunidade internacional, no necessário sentido de que o Tribunal Penal Internacional não se limita a crimes cometidos em solo Africano ou em países considerados por muitos como de menor importância no cenário mundial, crítica até então constante no Direito Penal Internacional.

Ressalta-se, ainda, que com essa medida Putin e Maria Lvova-Belova tiveram uma extrema limitação em sua locomoção no cenário mundial, eis que, em tese, somente poderão deixar a Rússia para poucos países que não fazem parte do ER ou aliados que desrespeitariam o dever de cooperação com o TPI imposto pelo Estatuto de Roma.

Desta forma, embora não possua eficácia no momento para deter o presidente russo, a expedição da ordem de prisão oficialmente marginalizou Putin na comunidade internacional, tornando inviável sua participação em foros externos, como os Brics ou a ONU.

Em que pese tratar-se a expedição do mandado de prisão contra o presidente da Rússia de medida de cunho mais simbólico do que de efetivo cumprimento, o inédito enfrentamento pelo TPI contra uma potência abre uma nova e relevante porta no Direito Penal Internacional, com real eficácia inibitória de condutas semelhantes em outras partes do planeta.

REFERÊNCIAS

BYERS, M. *A lei da guerra: direito internacional e conflito armado*. Rio de Janeiro: Record, 2007.

BRASIL. *Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002*. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

ICRC. *Geneva Conventions of 1949 and Additional Protocols, and their Commentaries*. International Committee of Red Cross, 2016.

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.

PALMA, Najla Nassif. *Direito Internacional Humanitário e Direito Penal Internacional*. Rio de Janeiro: Fundação Trompowsky, 2008.

SWINARSKI, C. *Introdução ao Direito Internacional Humanitário*. Brasília: Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 1996.

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

Polícia Judiciária Militar: prospecção e projeção. Uma proposta: é preciso profissionalizar a polícia judiciária militar das Forças Armadas

Alexandre José de Barros Leal Saraiva

Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pelo IDP.
Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do
Ceará. Procurador de Justiça Militar.

CV Lattes: lattes.cnpq.br/0762586589282103

E-mail: alexandre.saraiva@mpm.mp.br

Revisores: Antonio Carlos Gomes Facuri (ORCID: 0009-0006-8038-
8288; e-mail: antonio.facuri@mpm.mp.br)

Karollyne Dias Gondim Neo (ORCID: 0009-0008-2277-0512; e-mail:
karollyne.neo@mpm.mp.br)

Data de recebimento: 22/04/2023

Data de aceitação: 24/04/2023

Data da publicação: 04/05/2023

RESUMO: O presente artigo parte da premissa de que a polícia judiciária militar (PJM), cujas atividades são desenvolvidas por militares sem formação específica (técnica ou científica), possui um déficit estrutural significativo e atuação não condizente com as exigências do processo penal militar contemporâneo. Argumenta que deve ser criado um Sistema de Polícia Judiciária Militar e, para reforçar tal compreensão, busca uma comparação com as mudanças do perfil institucional do Ministério Público Militar – Instituição que exerce o controle externo da atividade policial e é destinatária das investigações por ela produzidas. Após apontar que a organização da

polícia judiciária militar permanece praticamente inalterada desde 1920, ano tomado como referência, o estudo indica que as Forças Armadas devem refletir sobre a questão e dialogar quanto à necessidade de institucionalização ou, ao menos, de profissionalização desta atividade específica.

PALAVRAS-CHAVE: polícia judiciária militar; forças armadas; Ministério Público Militar.

ENGLISH

TITLE: Military Judiciary Police: prospecting and projection. A proposal: it is necessary to professionalize the military judicial police of the Armed Forces.

ABSTRACT: This article is based on the premise that the activities of the military judicial police (MJP), as they are carried out by military personnel without specific training (technical or scientific), have a significant structural deficit and performance that is not consistent with the demands of contemporary military criminal proceedings. It argues that a Military Judiciary Police System should be created and, to reinforce this understanding, it seeks a comparison with the changes in the institutional profile of the Military Public Ministry – Institution that exercises the external control of police activity and is the recipient of investigations by she produced. After pointing out that the organization of the military judicial police has remained practically unchanged since 1920, the year taken as a reference, the study indicates that the Armed Forces should reflect on the issue and dialogue about the need for institutionalization or, at least, professionalization of this specific activity.

KEYWORDS: military judicial police; armed forces; Military Public Ministry.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 A Polícia Judiciária Militar (PJM) no tempo. De 1920 aos dias de hoje. Breve panorama histórico – 3 O Ministério Público Militar. Instituição centenária, renovada pós-88 – 4 A necessidade de profissionalização da PJM – 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Assumindo um risco, inicio este trabalho partindo da premissa de que a ausência de uma Polícia Judiciária Militar institucionalizada, constituída por militares sem, necessariamente, formação jurídica (encarregados) e técnica (escrivães e peritos), gera um ambiente de investigação flutuante; dificulta o exercício do controle externo; favorece as violações aos direitos de vítimas, testemunhas e indiciados; vai de encontro aos princípios insculpidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal; e, amiúde, retarda a persecução criminal, tendo em vista a habitual necessidade de devolução dos inquéritos policiais militares à origem, para que vícios sejam sanados, diligências imprescindíveis realizadas e a forma procedimental respeitada.

Estas foram algumas das conclusões que nortearam a elaboração de um Projeto de Lei, apresentado como trabalho de conclusão de curso do programa de Pós-Graduação *lato sensu* do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), na qual se propôs a criação do Sistema de Polícia Judiciária nas Forças Armadas Brasileiras (SARAIVA, 2022).

A questão já tem sido enfrentada por diversos estudiosos, não apenas em razão de inquietação acadêmica, mas também como resultante da observação cotidiana de que, em todo o ciclo de investigação, esclarecimento, judicialização e punição de um crime militar, o elo mais fraco, *data vênia*, tem sido a atuação da polícia judiciária militar.

A toda evidência o atual modelo de polícia judiciária militar – fundado em delegações e designações aleatórias do poder de polícia “originário” entre os oficiais das Forças Armadas – reclama ser revisto, com a finalidade de, por meio da profissionalização e institucionalização, evoluir para que a técnica substitua o empirismo e, com isto, se prestigie o princípio constitucional da eficiência (BRASIL, 1988, art. 37, *caput*, da CF).

Pesquisa realizada no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu – Mestrado em Direito da Escola Superior do Ministério Público da União em convênio com a Universidade Católica de Brasília (DUARTE, 2017) – ocupou-se da reflexão sobre a atual modelagem da polícia judiciária militar no Brasil e sua adequação aos paradigmas constitucionais, em face de uma crescente especialização das polícias, dos ministérios públicos e dos juízos criminais. Pontuou, particularmente, a questão atinente ao controle externo da atividade policial, pelo Ministério Público Militar, tendo “como finalidade precípua a garantia da atuação hígida, eficiente e contínua das instituições militares, que exercem atribuições intransferíveis, inadiáveis e vitais para o País” (DUARTE, 2017, p. 28)

A dissertação procurou demonstrar:

I – Que a ausência de uma Polícia Judiciária Militar institucionalizada, tecnicamente preparada e bem estruturada, conduz à apuração das infrações penais militares de forma incompleta e sem lastro científico, necessitando constantemente de complementação, em desprezo à própria regra da economicidade.

II – Que o Ministério Público Militar há de exercer um controle externo da atividade de polícia judiciária militar de forma abrangente e contínua, como quer o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), de modo a ensejar um resultado mais eficiente na atividade de polícia judiciária militar.

III – Que o Ministério Público Militar, ao exercer o poder de direção da investigação criminal militar, deve evitar as omissões e sanar as deficiências, realizando diretamente, quando indispensável, a própria investigação.

Em suas conclusões, Duarte assevera que a inexistência de uma polícia judiciária militar institucionalizada provoca diversas e nocivas consequências quanto ao desfecho de uma investigação criminal, especialmente no que tange à eficiência. Vai além e indica as principais vulnerabilidades do modelo, quais sejam: (a) deficiência técnica na formação investigativa; (b) deficiência técnica na formação jurídica; (c) deficiência na estrutura orgânico-funcional.

Ao final, o pesquisador oferece algumas possibilidades e estratégias para enfrentar o problema: (a) a institucionalização da polícia judiciária militar; (b) o deslocamento das atribuições de polícia judiciária militar da União para a Polícia Federal; (c) a reestruturação de escritórios de investigação pelo Ministério Público Militar.

O objetivo deste artigo, portanto, é analisar a primeira destas possibilidades apresentadas pelo eminente pesquisador, sob a perspectiva comparativa entre a linha histórica da polícia judiciária militar em face da Instituição que exerce sobre ela o controle externo e, ao fim e ao cabo, é a destinatária de seu trabalho: o Ministério Público Militar. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica.

2 A POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR (PJM) NO TEMPO. DE 1920 AOS DIAS DE HOJE. BREVE PANORAMA HISTÓRICO

No Código de Organização Judiciária e Processo Penal Militar, publicado em 30/10/1920 (Decreto nº 14.450), a PJM é citada pela primeira vez no art. 76, que trata do exercício do poder de polícia (foi utilizado o termo *polícia militar*) e a possibilidade de sua delegação (parágrafo único). No artigo seguinte, permitia-se à autoridade militar que presidisse o IPM designar *militar idôneo e de sua confiança para escrever os termos necessários*.

Dois anos depois, no dia 31 de agosto, foi publicado o Decreto nº 15.635 – novo Código de Organização Judiciária Militar e Processo Militar –

que repetiu a receita anterior. A *Polícia Militar* somente é referida quando o art. 89 dispôs sobre quem detinha o poder originário de investigação, com idêntica possibilidade de delegação. Nada de novo!

Em 03 de março de 1926, o Código de Justiça Militar de Washington Luís trouxe alguns pequenos avanços: conceituou o IPM, regulou as diligências e limitou a busca domiciliar, mas manteve o absenteísmo de conteúdo quanto à polícia judiciária militar, citada apenas quando se tratou da atribuição originária, da possibilidade de delegação e das generalidades da investigação (art. 117). Outra breve novidade foi a previsão de que o IPM fosse conduzido por auditor ou membro do Ministério Público, em casos excepcionais (art. 118, § 2º).

No primeiro governo Vargas, o processo penal militar continuava sendo tratado no Código de Justiça Militar (Decreto-Lei nº 925, de 2/12/1938), mas a PJM, ainda denominada de *polícia militar*, permaneceu sendo matéria de passagem. Aparece pela primeira vez no art. 115, que disciplinava o poder de polícia propriamente dito e sua possível delegação. De vanguarda, a possibilidade de acompanhamento das diligências por membro do Ministério Público, a pedido da autoridade instauradora da investigação (art. 115, § 3º); a regulamentação de várias diligências; e a previsão de requisição, pela autoridade militar, de diligências à polícia civil.

Passa-se a 1969 e ao Decreto-Lei nº 1.002 (21/10/1969), que rompeu com a tradição de se consolidar em um único diploma (Código de Justiça Militar) a organização da justiça militar com as normas de processo penal. Aliás, de uma só vez, e na mesma data, foram publicados o Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001), o Código de Processo Penal Militar e a Lei de Organização Judiciária Militar – LOJM (Decreto-Lei nº 1.003). Este é o CPPM vigente e, se foi revolucionário na separação com a LOJM, continuou devendo autonomia à Polícia Judiciária Militar, cujo conceito jamais foi normatizado. Continua a PJM sendo mencionada de forma incidental, quando a lei quer regular o exercício do poder de polícia e normatizar a

operacionalização do IPM (formas de conduzir as diligências, respeito aos prazos etc.). Todavia, não se lhe pode negar o mérito de aprofundar as circunstancialidades do exercício do poder de polícia durante as atividades do IPM.

Na atualidade, o poder de polícia judiciária militar (PPJM) é regulado pelo Código de Processo Penal Militar (CPPM) e, por ele atribuído, de forma originária, aos comandantes militares de maior posição hierárquica, que podem, observados certos requisitos, delegá-lo aos oficiais subordinados, para fins específicos e tempo determinado.

Com efeito, assim dispõe o CPPM:

Exercício da polícia judiciária militar

Art. 7º A polícia judiciária militar é exercida nos termos do art. 8º, pelas seguintes autoridades, conforme as respectivas jurisdições:

- a) pelos ministros da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, em todo o território nacional e fora d'ele, em relação às forças e órgãos que constituem seus Ministérios, bem como a militares que, neste caráter, desempenhem missão oficial, permanente ou transitória, em país estrangeiro;
- b) pelo chefe do Estado-Maior das Forças Armadas, em relação a entidades que, por disposição legal, estejam sob sua jurisdição;
- c) pelos chefes de Estado-Maior e pelo secretário-geral da Marinha, nos órgãos, forças e unidades que lhes são subordinados;
- d) pelos comandantes de Exército e pelo comandante-chefe da Esquadra, nos órgãos, forças e unidades compreendidos no âmbito da respectiva ação de comando;
- e) pelos comandantes de Região Militar, Distrito Naval ou Zona Aérea, nos órgãos e unidades dos respectivos territórios;
- f) pelo secretário do Ministério do Exército e pelo chefe de Gabinete do Ministério da Aeronáutica, nos órgãos e serviços que lhes são subordinados;
- g) pelos diretores e chefes de órgãos, repartições, estabelecimentos ou serviços previstos nas leis de organização básica da Marinha, do Exército e da Aeronáutica;
- h) pelos comandantes de forças, unidades ou navios;

Delegação do exercício

§ 1º Obedecidas as normas regulamentares de jurisdição, hierarquia e comando, as atribuições enumeradas neste artigo

poderão ser delegadas a oficiais da ativa, para fins especificados e por tempo limitado.

§ 2º Em se tratando de delegação para instauração de inquérito policial militar, deverá aquela recair em oficial de posto superior ao do indiciado, seja este oficial da ativa, da reserva, remunerada ou não, ou reformado.

§ 3º Não sendo possível a designação de oficial de posto superior ao do indiciado, poderá ser feita a de oficial do mesmo posto, desde que mais antigo.

§ 4º Se o indiciado é oficial da reserva ou reformado, não prevalece, para a delegação, a antiguidade de posto.

Designação de delegado e avocamento de inquérito pelo ministro

§ 5º Se o posto e a antiguidade de oficial da ativa excluírem, de modo absoluto, a existência de outro oficial da ativa nas condições do § 3º, caberá ao ministro competente a designação de oficial da reserva de posto mais elevado para a instauração do inquérito policial militar; e, se este estiver iniciado, avocá-lo, para tomar essa providência.

Verifica-se que a opção legislativa privilegiou de forma muito intensa as questões atinentes à hierarquia e à disciplina militares, olvidando aspectos afetos ao preparo técnico e à organização funcional eficiente do sistema de polícia judiciária militar. Todavia, como destaca Neves (2020, 253), a hierarquia e a disciplina não são princípios inafastáveis e absolutos.

Neste ponto, compartilho comentários ao art. 7º (SARAIVA, 2017, pp. 27-31):

Inicialmente, uma rápida passagem na matéria concernente ao exercício do poder de polícia judiciária militar, isto devido ao conjunto de singularidades desta importante atribuição que é conferida aos oficiais das Forças Armadas, que não a têm como atividade-fim, muito diferente do que ocorre com policiais civis e federais.

De comprovação fácil dita nuance, considerando-se que “às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração das infrações penais, exceto as militares” (art. 144, § 4º, CF). A Polícia Federal, por sua vez, tem, dentre outras, a atribuição de exercer a polícia judiciária da União e apurar as infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão

interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei (art. 144, § 1º incs. I e IV, CF).

Portanto, fica claro que policiais civis e federais integram instituições criadas e voltadas à investigação criminal e, em consequência, possuem eles: formação, treinamento e preparos específicos para o mister!

Enquanto isto, aos integrantes das Forças Armadas o poder de polícia é atribuído para atuação ocasional, sem que haja uma preparação – individual e organizacional – voltada especialmente à apuração de crimes e respectivas autoridades.

Gorilhas e Britto (2016, pp. 27-28) convergem com esse entendimento:

(...) ressalte-se que tal atividade se constitui em um verdadeiro desafio para a PJM, uma vez que, diferentemente de outras polícias judiciárias (Polícia Federal e Polícia Civil), os oficiais militares supracitados nem sempre possuem formação jurídica – requisito importante e fundamental para compreender e interpretar normas jurídicas constantes da Constituição Federal, nas leis infraconstitucionais, sobretudo no Código Penal Militar (CPM) e no CPPM.

Nesse sentido, as dificuldades já se iniciam com a identificação e a tipificação adequada das condutas, isto é, se elas são de natureza militar ou se são crimes comuns, para, posteriormente, enfrentar os desafios e as peculiaridades da coleta dos elementos de investigação, compreender e aplicar em seus ulteriores termos todos os direitos e as garantias constitucionais do indiciado, qualquer que seja o investigado (civil ou militar), bem como os direitos que também são assegurados às vítimas e testemunhas.

Portanto, é possível se chegar a uma primeira conclusão: desde 1920 até os dias atuais, a polícia judiciária militar tem sido órfã de qualquer atenção legislativa, sendo tratada de maneira genérica, ocasional e tímida, apenas e tão somente quando os Códigos de Organização Judiciária Militar ou de Processo Penal Militar tratavam e tratam do Inquérito Policial Militar (IPM) e, em pequena escala, do Auto de Prisão em Flagrante e das Instruções Provisórias de Deserção (IPD) e de Insubmissão (IPI). Não houve, e não há,

nenhum incremento significativo sobre a profissionalização da PJM, que busque a aplicação de melhores técnicas de investigação e o respeito das garantias que testemunhas, vítimas e investigados possuem no curso de um procedimento criminal.

3 O MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. INSTITUIÇÃO CENTENÁRIA, RENOVADA PÓS-88

Provavelmente, de todas as Instituições que são protagonistas do sistema de Justiça, seja o Ministério Público aquela que mais foi beneficiada, ao longo dos últimos anos, com uma profunda alteração de performance, atribuições, garantias e prerrogativas, sempre alinhadas às suas nobres funções de “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127, *caput*, da CF-88).

Não há dúvidas de que, em sua evolução histórica, o Ministério Público brasileiro transformou-se em:

(...) uma instituição constitucionalmente vocacionada à defesa da Constituição e de seus valores, mesmo contra eventuais tendências do governo ou de maiorias ocasionais. Uma instituição tendente à concretização da promessa dos direitos sociais enunciados na Constituição, à emancipação das classes sociais historicamente negligenciadas (...) assim, o Ministério Público é a instituição pública encarregada de fiscalizar o respeito ao sistema de direitos fundamentais, e de levar de forma ativa as demandas de interesse social ao conhecimento do Poder Judiciário, e de atuar de forma ativa na fiscalização do projeto constitucional. Para além da tradicional função ‘demandista’, há uma consolidação da função ‘resolutiva’ do Ministério Público... (ÁVILA: 2016, p. 502).

A citação de Ávila revela claramente que o Ministério Público, após a Constituição de 1998, experimentou verdadeiro renascimento, ultrapassando a antiga percepção de perseguidor penal prioritário (*dominus litis*) para garantidor preferencial dos direitos e garantias de todos, dentre os quais os dos próprios investigados de crimes. E essa transformação

institucional, por óbvio também alcançou o Ministério Público Militar, “seja exercendo suas funções criminais, seja com as modernas atribuições relativas à tutela dos direitos transindividuais”. (SOUZA, 2020, p. 36)

Em obra que discute a legitimidade do Ministério Público Militar para interpor ações civis públicas, é dito que:

Em rápida passagem pelo texto constitucional, denota-se que o legislador assegurou à Instituição plena independência e significativa autonomia frente aos Poderes do Estado (...) Antes da Constituição de 1988, seu papel limitava-se à persecução penal e a esporádicas atribuições na seara civil, na figura de mero fiscal da lei (...) tendo como norte a atual Constituição, o novo perfil da Instituição a incumbe da tutela dos valores mais significativos da Sociedade, transformando-a em pilar imprescindível à manutenção do Estado Democrático de Direito. (ASSIS *et al*: 2011, p. 44)

Nascido institucionalmente em 1920¹ – o que o torna o mais antigo ramo do Ministério Público da União –, o Ministério Público Militar era integrado por membros livremente nomeados pelo Presidente da República e *tinha por função auxiliar as autoridades judiciárias militares*. Demissíveis *ad nutum*, os colegas d’outrora conviviam com a possibilidade de nomeação de promotores interinos e *ad hoc*, nomeados pelos auditores ou pelos presidentes dos conselhos de justiça. Outra curiosidade que soa estranha aos dias atuais, era a previsão legal de que o Procurador-Geral seria escolhido dentre os auditores de 2ª entrância.

A situação continuou praticamente a mesma, com a edição do Código de Organização Judiciária Militar e Processo Militar (Decreto nº 15.635/1922), com a singela mudança de que a nomeação de promotor interino somente poderia ocorrer em tempo de guerra. Permaneceu, no entanto, a hipótese de nomeação de promotor *ad hoc*.

¹ “Saliente-se que, embora deva sua gênese ao Código de Organização Judiciária e Processo Militar de 1920, o Ministério Público Militar brasileiro somente adquiriu assento constitucional com a Carta de 16 de julho de 1934” (DUARTE: 2017, p. 47).

No ano de 1926, os promotores de justiça militar ainda eram considerados *auxiliares da justiça*, nomeados pelo Presidente da República e demissíveis *ad nutum*. Porém, houve novidades, “já que o procurador-geral passou a ser escolhido entre profissionais com, pelo menos, seis anos de prática forense” (MPM, 2023, p. 12). Destaque-se que o Decreto também criou um cargo de Subprocurador-geral, que era nomeado entre os promotores de 2ª entrância.

O critério de nomeação dos promotores começa a mudar no ano de 1934 com o Decreto nº 24.803, de 14 de julho, com a criação de um sistema em que bacharéis em direito prestavam concurso perante o Superior Tribunal Militar (à época, Supremo Tribunal Militar), após o que seriam nomeados pelo Presidente da República.

Em 1938, o Decreto-Lei nº 8.758, de 21 de janeiro, estipulou que a nomeação dos promotores no cargo inicial (primeira entrância) se daria de forma mista: 2/3 dentre advogados da 2ª entrância e 1/3 mediante concurso de provas. A partir daí foi se consolidando a perspectiva de exigência de concurso público para o provimento dos cargos, com algumas derivações nas normas que se seguiram, até o ano de 1951, com a publicação da Lei nº 1.341, de 30 de janeiro, diploma que conferiu autonomia institucional ao Ministério Público Militar (art. 1º) e que previu, taxativamente, que:

(...) o ingresso nos cargos iniciais das carreiras [do MP da União] far-se-á mediante concurso de provas e títulos, entre bacharéis em Direito de comprovada idoneidade moral que tenham mais de quatro anos de prática forense e idade máxima de trinta e cinco anos.

Finalmente, no dia 10 de novembro de 1959, na cidade do Rio de Janeiro, foi realizada a primeira prova (prova escrita) do inédito concurso para o provimento do cargo de Promotor da Justiça Militar, ao final do qual, superadas todas as fases, vinte candidatos homens e duas mulheres lograram aprovação.

Desde então concursos difíceis são a porta de entrada no Ministério Público Militar. O último, recentemente encerrado (posse ocorrida em 30/01/2023)², é o décimo segundo desta mais que centenária Instituição.

Este breve retrospecto da história do Ministério Público Militar, que aborda apenas alguns dos aspectos de interesse, é necessário para destacar que, ao longo dos anos, a sociedade brasileira decidiu, e os políticos compreenderam e aderiram ao chamamento, que uma instituição que detém a titularidade da lide penal e o dever de ser o fiel garantidor dos direitos mais caros à cidadania, precisa ser integrada por profissionais muito bem preparados e em contínuo aperfeiçoamento.

Além disso, a própria estrutura organizacional e operacional do Ministério Público Militar sofreu profundas e profícuas modificações nos últimos 50 anos.

² O edital previu cinco etapas de provas: “Segundo o novo regramento, a seleção para o cargo terá cinco etapas: 1ª etapa – com uma prova escrita objetiva, de caráter eliminatório e classificatório, com 125 questões de múltipla escolha; 2ª etapa – com quatro provas escritas subjetivas, uma para cada grupo de matérias, todas de caráter eliminatório e classificatório; 3ª etapa – com quatro provas orais, uma para cada grupo de matérias, todas de caráter eliminatório e classificatório; 4ª etapa – com uma prova prática, de caráter classificatório; e 5ª etapa – de avaliação de títulos, de caráter classificatório. As provas abrangerão 4 grupos de matérias, a saber: GRUPO I: Direitos Penal e Penal Militar; GRUPO II: Direito Processual Penal Militar, Organização Judiciária Militar e Ministério Público da União; GRUPO III: Direito Constitucional, Direitos Humanos, Direito Internacional Penal e Direito Internacional dos Conflitos Armados; e GRUPO IV: Direito Administrativo, Direito Administrativo Militar, Direito Civil e Direito Processual Civil. Estipulou-se uma nota mínima de 55 (cinquenta e cinco) pontos, em escala de 0 a 100, na totalidade da prova escrita objetiva, além do acerto mínimo de 50% (cinquenta por cento) das questões de cada um dos quatro grupos de disciplinas daquela prova. Nas provas subjetivas e orais, a nota mínima é de 50 pontos, em uma escala de 0 a 100. A nota da prova prática será de até 50 pontos, assim como a nota dos títulos. Para o cálculo da nota final de classificação considerar-se-á a média das provas escritas, com peso 5; média das provas orais, com peso 4; e soma da nota da prova prática e da nota de títulos, com peso 1. O art. 45 da resolução estabeleceu uma linha de corte para a realização das provas subjetivas, determinando que seguirão no certame os candidatos que obtiverem as maiores notas, nos seguintes limites: os 100 primeiros candidatos, considerados todos os concorrentes; os 20 primeiros candidatos concorrentes às vagas reservadas às pessoas negras, estejam, ou não, no universo dos 100 primeiros colocados; e os 10 primeiros candidatos concorrentes às vagas reservadas às pessoas portadoras de deficiência, estejam, ou não, no universo dos 100 primeiros colocados” (MPM, 2023, p. 73).

À independência funcional e à autonomia dos membros do MPM aliou-se um significativo incremento de instrumentos de exercício dos poderes que lhe são conferidos, como, por exemplo, o de requisição, o controle externo da atividade policial e a atividade extrajudicial (investigação direta, *v.g.*).

Proteção às vítimas, combate ao assédio, à criminalidade organizada, ao cyber crime, ao narcotráfico e à corrupção fazem parte do cotidiano da tarefa ministerial, mas sem olvido da busca pela resolutividade em litígios estruturais, da aplicação de medidas que evitem a excessiva judicialização (ANPP, por exemplo), ou o encarceramento inútil, tudo isso a exigir contínua revisitação de seu papel institucional.

Na investigação criminal, propriamente dita, o Ministério Público Militar possui protagonismo absolutamente significativo. Despe-se de qualquer tentação de poder, e, amiúde, é o grande colaborador da autoridade de polícia judiciária militar: tirando-lhe dúvidas, auxiliando nas escolhas de diligências, corrigindo falhas e se fazendo presente em várias situações sensíveis.

Também é o responsável pelo desenvolvimento e pela utilização de tecnologia investigativa de vanguarda, com diversos sistemas de apoio à decisão e pesquisas integradas, análises de compras e contratações da Administração Pública (militar), uso de ferramentas de *analytics* e aprendizagem de máquina etc., pois:

(...) a questão que surge na tutela do patrimônio público e que precisa ser respondida é que se as ações no intuito de coibir as práticas fraudulentas têm sido produzidas e planejadas com a máxima eficiência dentro do escopo de tão importante linha de atuação. Isso é vital, pois minimiza os impactos causados pela corrupção, bem como aumenta a responsabilidade no desenvolvimento de instrumentos eficazes de combate e controle de tais práticas. (SILVA, 2022, p. 13)

E todo esse arsenal de tecnologia – que hoje é realidade no MPM – tem como objetivo conferir efetividade, eficiência e excelência à investigação dos crimes militares, principalmente nas hipóteses de criminalidade mais grave, organizada, disruptiva, violenta ou que causa prejuízo relevante ao patrimônio público.

Por outro viés, alterações recentes na legislação brasileira igualmente exigiram – e exigem – elevada capacidade de adaptação aos novos modelos de atuação por parte das instituições³. Destaque-se, como paradigma, o ocorrido com a publicação do “Pacote Anticrime”:

Em janeiro de 2022, a entrada em vigor da Lei nº 13.964/19 entregou um imediato desafio aos organismos oficiais responsáveis pelo manejo com os elementos periciais. A vinda de um detalhado marco normativo, cuja implantação deveria ocorrer em curtíssimo prazo de *vacatio legis* de trinta dias, expôs crônicos problemas estruturais, materiais e humanos (...) com impacto imediato em todas as persecuções penais em curso, o detalhamento trazido pelos artigos 158-A a 158-F do Código de Processo Penal trouxe, como corolário, igual desafio ao Ministério Público brasileiro, em especial, diante do seu protagonismo em relação à gestão probatória. (CARUNCHO *et al.*, 2020, p. 15).

Também não são poucas as questões levadas à interpretação da Suprema Corte e que dizem respeito diretamente à fase de investigação criminal, como se dá agora, por exemplo, com a previsão de arquivamento direto do inquérito policial pelo Ministério Público, norma que permanece com sua vigência suspensa desde 22/01/2020, tudo isso a cobrar dos *operadores do direito* incansável zelo no acompanhamento dessas discussões e apurado discernimento para superar entaves na aplicação cotidiana do direito.

³ Renato Brasileiro de Lima, por exemplo, diz que: “Se o ideal de todo e qualquer diploma normativo é, em tese, a criação de dispositivos legais que sejam ao menos harmônicos e coerentes entre si, fato é que o embate entre forças antagônicas existentes dentro e fora do Congresso Nacional durante a tramitação do Projeto de Lei n. 6.342, de 2019 (n. 10.372/18 na Câmara dos Deputados) resultou na **aprovação de uma Lei cujos preceitos são absolutamente contraditórios entre si**” (LIMA, 2020, p. 21).

É possível concluir este tópico com a afirmação de que o Ministério Público Militar é uma Instituição absolutamente renovada, herdeira da formação inicial de 1920, mas hóspede atenta do presente, sempre com o olhar dirigido aos novos desafios que a persecução penal, eficiente e resolutiva, está a exigir no futuro próximo que, célere, se anuncia.

4 A NECESSIDADE DE PROFISSIONALIZAÇÃO DA PJM

O processo penal contemporâneo, que possui como eixos transversais importantes princípios garantistas e precursores da eficiência da Administração Pública, impõe uma nova roupagem à investigação criminal, bem como às atividades decorrentes das demais atribuições de polícia judiciária – que não exaure sua atuação nos autos de inquéritos policiais, diga-se!

Pereira e Anselmo (2020, 26) destacam que a investigação criminal como fenômeno processual possui duas faces, apesar de aparentemente opostas, se afiguram indispensáveis no Estado Democrático: tutelar os bens jurídicos mais importantes e ameaçados pela conduta humana, sem, contudo, deixar de proteger o próprio investigado dos excessos e arbítrios outrora cometidos pelo Estado, em total desrespeito à sua condição de pessoa humana e, como titular de garantias e direitos inatos e de caráter inalienável.

Os autores defendem uma ideia mais abrangente e complexa, a do reconhecimento do direito processual de polícia judiciária, o que não interfere na perspectiva que ombreamos de que a investigação criminal há de ser realizada por corpo técnico organizado e eficiente.

Na dimensão do processo penal militar, nada é diferente, ainda mais porque civis – e não apenas militares – também estão sujeitos ao poder de polícia judiciária militar, quer como intervenientes ocasionais (testemunhas, peritos etc.), quer como sujeitos protagonistas (vítimas e indiciados). Negar-lhes, portanto, que a direção das investigações esteja a cargo de profissionais

habilitados, especializados e acostumados com o exercício das atividades policiais investigativas é, em derradeira análise, uma *capitis diminutio* da cidadania. Até mesmo porque o apuro técnico serve de barreira à subjetividade, aos *a priori*, aos estigmas e aos preconceitos.

Afinal, não se pode reduzir a investigação criminal a apenas uma de suas características: a instrumentalidade, direcionada à formação da *opinio delicti*. Antes mesmo disto, marca-se sua posição qualificada de garantidora, ou seja:

(...) a investigação preliminar também é chamada a atender finalidades metajurídicas. Nesse sentido, apontamos as consequências metajurídicas da decisão de acusar, principalmente quando se leva a cabo um processo com base em acusações que não podem ser provadas no curso do processo penal. Em sentido contrário, o fato de evitar que prospere uma imputação e a futura ação penal infundada evita a estigmatização social, reforça a confiança do povo na justiça e evita os elevados custos econômicos de colocar em funcionamento toda a estrutura estatal sem o suficiente *fumus comissi delicti* (LOPES JR.; GLOECKNER, 2013, p. 99).

Neste panorama propõe-se criar um Sistema de Polícia Judiciária Militar no âmbito das Forças Armadas que esteja em perfeita harmonia com a Constituição Federal, privilegiando a formação técnica dos investigadores e, assim, dando maior ênfase ao perfil garantista da atuação estatal que deve permear toda a persecução criminal.

Desta forma, além de garantir o respeito às garantias e aos princípios constitucionais, tem-se como objetivo estimular a eficiência e a resolutividade das Forças Armadas na apuração dos crimes militares, afetando assim todo o sistema de aplicação do Direito Penal e Processual Penal castrense, até mesmo porque são vários os estudos que atestam a relação causal identitária de tropas disciplinadas e sua operacionalidade (SARAIVA, 2020, p. 72).

Além disso, a iniciativa não importa em gastos adicionais aos orçamentos das Forças, tendo em vista que a estrutura já existente permite a

implementação do Sistema, quer quanto à especialização dos quadros profissionais já existentes, quer no que se refere à utilização das instalações que já fazem parte da estrutura operacional, administrativa e de ensino e aperfeiçoamento da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.

Exemplos ocasionais já demonstraram o êxito de proposição e sua justificada necessidade, além da possibilidade fática de implementação. Na Marinha, por exemplo:

(...) nos últimos anos, foram criados núcleos de PJM, em cada um dos 9 (nove) Distritos Navais, compostos por oficiais bacharéis em Direito e praças com formações específicas, na realização de perícias forenses, com o propósito de otimização e aperfeiçoamento das atividades de PJM, o oferecer melhores elementos de informação ao Ministério Público Militar. (CARVALHO; COSTA, 2020, p. 41).

Duarte cita e elogia outra iniciativa digna de registro, a criação de mecanismos de correição e controle dos inquéritos policiais militares pela Corregedoria-Geral da Polícia Militar do Distrito Federal e Territórios:

Este controle e correição dos Inquéritos, dentro dos prazos e antes mesmo do envio ao Ministério Público, se mostra salutar, podendo evitar omissões, equívocos ou repetições desnecessárias, em claro prejuízo ao regular e bom andamento das investigações. Evita-se, deste modo, que o órgão do MP se veja compelido a solicitar baixas infundáveis do Inquérito (...) Em tal cenário, a celeridade unida à eficiência da apuração se torna de grande valia para o trabalho desenvolvido pelo *Parquet* (2017, p. 90).

E, destaque-se, a preocupação maior já deixou de ser a suposta instrumentalidade do inquérito⁴ – principal e mais comum *produto*

⁴ “O Estado Democrático de Direito impõe a ruptura com o paradigma excessivamente inquisitivo da investigação policial, impondo o paradigma garantista, havendo uma diferença central entre ambos: no primeiro, a investigação policial é focada no interesse do Estado, por isso, afirmações no sentido de que a principal finalidade do inquérito policial seria fornecer provas para o Ministério Público, parte acusatória que representa o Estado. No segundo, a investigação policial embora represente interesses do Estado na apuração da verdade, jamais de distancia e zela intensamente pelos direitos fundamentais de todos os envolvidos (...)” (XAVIER, 2020, p. 103).

documental da PJM entregue ao MPM –, mas a atuação harmônica com as exigências deste novo modelo de processo penal (militar), bem distante daquele anterior (1920, por exemplo). Não precisamos apenas de nova codificação processual, “precisamos de uma nova cultura processual penal” (HOFFMAN *et al.*, 2017, p. 283), na qual a eficiência e o respeito à dignidade das pessoas envolvidas na apuração sejam mantras de atuação, ou, no linguajar militar, estejam na *massa do sangue* dos investigadores profissionais de polícia judiciária militar.

5 CONCLUSÃO

Corrompendo a metodologia estritamente científica, conclui-se reafirmando o primeiro parágrafo deste artigo, pois é insofismável e claro que os modelos de designação e de atuação da polícia judiciária militar, inalterados desde a década de 1920, não correspondem mais às exigências do processo penal militar contemporâneo.

Também ficou evidente que o Ministério Público Militar – Instituição recipiendária preferencial dos resultados da atividade de polícia judiciária militar e que, sobre ela, detém a atribuição de controle externo – foi essencialmente remodelado por sucessivos movimentos legislativos, assumindo papel essencial à função jurisdicional do Estado, nos moldes preconizados pela Constituição de 1988.

Há, portanto, significativo hiato entre a evolução institucional dessas duas importantíssimas forças matrizes da persecução criminal, que merece e deve ser superada em nome dos princípios da dignidade da pessoa humana (vítimas e suas famílias, testemunhas e investigados), da eficiência, da moralidade e de todas as garantias que são asseguradas pela Carta Federal.

A criação de um Sistema de Polícia Judiciária Militar pode contribuir para a solução deste grave problema. Soluções existem e têm sido apresentadas em trabalhos científicos, notas técnicas, projetos de lei, palestras

etc. Falta, ainda, que as próprias Forças Armadas, principais beneficiadas com a existência da Justiça Militar, superem alguns *pré-conceitos* e reflitam sobre o valor de se transformar a apuração inicial de um crime militar em um trabalho permeado pelo estado da arte, realizado por profissionais com expertise, experiência e continuada formação técnica, tal como é feito em outras de suas atribuições (atividades-meio e finalísticas).

REFERÊNCIAS

ALVES-MARREIROS, Adriano. *Hierarquia e Disciplina são garantias constitucionais, fundamentos para a diferenciação do direito militar*. Londrina: EDA, 2020.

ASSIS, Jorge César de; ARPINI, Soel; ZANCHET, Dalila Maria. *A legitimidade do Ministério Público Militar para a interposição da ação civil pública*. Curitiba: Juruá, 2011.

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Fundamentos do controle externo da atividade policial*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 21 abr. 2023.

CARUNCHO, Alex Choi; GORDIANO, Donizete de Arruda; BETTIO, Kenny Robert Lui. Cadeia de custódia: diretrizes para a atuação do Ministério Público em prol da sua implantação. In: *Pacote Anticrimes*. CAMBI, Eduardo; SILVA, Danni Sales; MARINELA, Fernanda (Orgs.). Curitiba: ESMPPR, 2020.

CARVALHO, Alexandre Reis; COSTA, Amauri da Fonseca. *Resumo de Direito Processual Penal Militar*. São Paulo: JH Mizuno, 2020.

DAHER, Lenna Luciana Nunes. *Ministério Público resolutivo e tratamento adequado*. Dos Litígios Estruturais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.

DUARTE, Antônio Pereira. *O Ministério Público e o controle externo da atividade de polícia judiciária militar: em busca de uma desejável efetividade*. Brasília: ESMPU, 2017.

GORRILHAS, Luciano Moreira; BRITTO, Cláudia Aguiar. *A polícia judiciária militar e seus desafios*. Aspectos teóricos e práticos. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2016.

HOFFMAN, Henrique; MACHADO, Leonardo Marcondes; ANSELMO, Márcio Adriano; BARBOSA, Ruchester Marreiros. *Polícia Judiciária no Estado de Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote Anticrime*. Comentários à Lei 13.946/2019 artigo por artigo. Salvador: Jus Podium, 2020.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. *O Ministério Público Militar e os concursos para ingresso na carreira: retrospectiva*. Brasília: Ministério Público Militar, 2023.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de Direito Processual Penal Militar*. 6. ed. São Paulo: Jus Podium, 2022.

PEREIRA, Eliomar da Silva; ANSELMO, Márcio Adriano. *Direito Processual de Polícia Judiciária*. O procedimento de inquérito policial. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

PINTO, José Osmar Coelho Pereira. *Processo Penal Militar Acusatório*. Santa Catarina: Habitus, 2021.

SARAIVA, Alexandre José de Barros Leal. A índole do processo penal e seu encontro necessário com os princípios constitucionais da hierarquia e da disciplina. *Revista do Ministério Público Militar – Ano 45, nº 33, Tomo II*. Brasília: MPM, 2020.

SARAIVA, Alexandre José de Barros Leal. *Projeto de Lei de cria o Sistema de Polícia Judiciária no âmbito da Marinha, Exército e Aeronáutica*.

Alexandre José de Barros Leal Saraiva

Trabalho de Conclusão do Curso de Pós-Graduação em Direito Penal e Processual Penal. Brasília: IDP, 2022.

SARAIVA, Alexandre José de Barros Leal. *Manual básico de polícia judiciária militar*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2022.

SILVA, Luiz Felipe Carvalho. *O uso de red flags no enfrentamento à corrupção. Data analytics e tutela do patrimônio público*. São Paulo: Jus Podium, 2022.

SOUZA, Alexander Araújo de. *O Ministério Público como instituição de garantia*. As funções essenciais do *Parquet* nas modernas democracias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

SOUSA, Marllon. *Crime organizado e infiltração policial*. São Paulo: Atlas, 2015.

TRINDADE, Daniel Messias da. *O garantismo penal e a atividade de polícia judiciária*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012.

XAVIER, Luiz Marcelo da Fontoura. *Constitucionalização da investigação policial*. Rio de Janeiro: Freitas Basto, 2020.

Entre senzalas e porões: a responsabilidade civil do Estado pelo dano ao projeto de vida da população preta à luz da súmula 647 do STJ

David Philippe Santiago Correia Silva

Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6122068545496088>

E-mail: david_santiago01@hotmail.com

Revisores: Antonio Carlos Gomes Facuri (ORCID: 0009-0006-8038-8288; e-mail: antonio.facuri@mpm.mp.br)

Fernando Hugo Miranda Teles (e-mail: fernando.teles@mpm.mp.br)

Data de recebimento: 16/04/2023

Data de aceitação: 04/05/2023

Data da publicação: 30/05/2023

RESUMO: Este artigo visa analisar a responsabilidade civil do Estado Brasileiro pelos atos de tortura praticados durante o período da escravidão à luz da Súmula 647 do Superior Tribunal de Justiça e do dano ao projeto de vida causado na população preta, que tem dificuldade no acesso a direitos fundamentais atualmente. Realizou-se um levantamento bibliográfico sobre o tema, bem como análise de decisões judiciais proferidas no âmbito do Tribunal da Cidadania. Deste ponto, escolheram-se as decisões judiciais que compõem a construção dos fundamentos do entendimento sumulado: imprescritibilidade do dano, tutela à dignidade da pessoa humana e existência de violação aos direitos fundamentais. Foram abordadas as circunstâncias históricas que explicam a violência à condição humana durante o período escravista brasileiro. Desde então, as práticas discriminatórias do passado fazem com que a violência continue posta no tecido social brasileiro e consubstancie um dano ao projeto de vida diante das estatísticas no acesso

aos direitos humanos dos pretos no país. A partir desse levantamento teórico e empírico obtido, revelou-se que os efeitos decorrentes da escravidão também são passíveis de tutela reparatória, seja por meio do: direito à memória, direito à reparação, direito à justiça e direito à indenização. A pesquisa também revelou a necessidade de construção de uma Comissão Nacional da Escravidão, uma vez que os crimes cometidos durante esse período histórico nunca foram efetivamente reparados ao longo do processo histórico nacional.

PALAVRAS-CHAVE: escravidão; regime civil-militar; súmula 647; dano ao projeto de vida.

ENGLISH

TITLE: Between senzalas and basements: the civil liability of the state for damage to the life project of the black population in the light of Superior Justice Tribunal' court docket 647.

ABSTRACT: This article aims to analyze the civil liability of the Brazilian State for the acts of torture practiced during the period of slavery in the light of court docket 647 of the Superior Court of Justice and the damage to the life project caused in the black population, which has difficulty in accessing fundamental rights at the moment. A bibliographic survey was carried out on the subject, as well as an analysis of judicial decisions issued within the scope of the Citizenship Court. From this point, the judicial decisions that make up the construction of the foundations of the summed up understanding were chosen: the imprescriptibility of the damage, protection of the dignity of the human person and the existence of violation of fundamental rights. The historical circumstances that explain the violence to the human condition during the Brazilian slave period were addressed. Since then, the discriminatory practices of the past have meant that violence continues to be part of the Brazilian social fabric and constitutes damage to the life project in the face of statistics on access to human rights for blacks in the country. From this theoretical and empirical survey obtained, it was revealed that the effects resulting from slavery are also subject to reparatory protection, either through: right to memory, right to reparation, right to justice and right to compensation. The research also revealed the need to build a National

Slavery Commission, since the crimes committed during this historical period were never effectively repaired throughout the national historical process.

KEYWORDS: slavery; civil-military regime; court docket 647; damage to the life project.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Estabelecendo pressupostos e fundamentos da discussão por meio da súmula 647 do STJ: a reparação decorrente do regime civil-militar – 2.1 Reconhecimento Legal da existência de crimes durante o Regime Civil-Militar – 2.2 Imprescritibilidade da pretensão reparatória – 2.3 Tutela à dignidade da pessoa humana – 3 A escravidão sob a ótica da Súmula 647 do STJ – 4 Dano ao projeto de vida da população preta na atualidade – 5. Comissão Nacional da Verdade da escravidão negra: reparação à luz do direito à memória, à justiça e à verdade – 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A juridicização e a responsabilização de fatos ocorridos no passado não são assuntos exatamente novos na Ciência do Direito ocidental. Um dos grandes marcos acerca dessa temática é o julgamento realizado no Tribunal de Nuremberg, responsável pela apreciação das ações que versavam acerca dos crimes de guerra praticados durante o período nazista. Contudo, essa discussão juscientífica não se restringe à tribunalização do passado ocorrida no continente europeu.

No ordenamento jurídico brasileiro, o Direito já disciplinou questões semelhantes ocorridas durante a trajetória histórica do país. São vários os dispositivos legais que disciplinam situações ocorridas em um passado longínquo (enfiteuse, terras devolutas, lei de anistia, etc.). Ocorre que, no âmbito da responsabilidade civil, a Súmula 647 do STJ, em consonância com a legislação infralegal, representou o marco brasileiro de

grande relevância a respeito da responsabilidade civil de um dano historicamente injusto.

Dito isso, temos que a violência e a exclusão sistêmica da população negra nos anos pós-escravidão tiveram consequências estruturantes no tecido social brasileiro. A desigualdade social e o racismo, ainda existentes, são apenas algumas das marcas da demonstração de uma população preta marcada por processo histórico de exclusão social e uma abolição que aparenta ser, por vezes, meramente simbólica.

E nesse contexto histórico é que o Estado Brasileiro figurou como um dos principais propulsores de torturas e mortes de civis nos diferentes contextos históricos: ora sob justificativa de que a segurança nacional estava ameaçada pelo avanço comunismo, ora sob justificativa ideológica de salvação do ser humano escravizado diante dos ditames do cristianismo.

Com isso, a partir da análise e interpretação de obras literárias e decisões judiciais que discorrem acerca do processo de violência e traumas sofridos por vítimas da escravidão e ditadura, pretende-se estabelecer um diálogo com estudos acadêmicos sobre os temas.

Busca-se neste artigo analisar a responsabilidade civil do Estado em face dos atos de tortura ocorridos durante a escravidão a partir dos fundamentos da Súmula 647 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que ensejaram a responsabilidade civil diante das torturas cometidas durante o regime civil-militar, bem como as consequências ao dano do projeto de vida da população preta na atualidade.

Com o presente trabalho, não se tem a pretensão de buscar o esgotamento do assunto, uma vez que o tema se afigura complexo e ainda passível de maiores investigações científicas. Visa-se a breve abordagem da relação causa e efeito do regime civil-militar e da escravidão no Brasil, bem como a análise da responsabilidade civil do Estado, em ambas as situações de tortura e violações à dignidade humana, durante períodos autoritários no processo histórico brasileiro.

A hipótese levantada nesta obra diz respeito ao fato de que, se é imprescritível o direito à reparação diante da violação à dignidade da pessoa humana ocorrida no período de exceção civil-militar, há de se reconhecer também a existência da necessidade de igual tutela estatal diante dos acontecimentos gerados durante o período da escravidão, pois, neste período, milhares de pessoas também sofreram torturas e restrições às suas liberdades públicas passíveis de reparação.

Assim sendo, o estudo da escravidão é um tema atual com indiscutível relevância e reflexos práticos, sendo este trabalho um esforço para a compreensão e uma contribuição na historiografia e responsabilização civil do direito brasileiro.

2 ESTABELECENDO PRESSUPOSTOS E FUNDAMENTOS DA DISCUSSÃO POR MEIO DA SÚMULA 647 DO STJ: A REPARAÇÃO DECORRENTE DO REGIME CIVIL-MILITAR

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), por meio da Súmula n. 647, publicada em 15 de março de 2021, após serem proferidas decisões judiciais no mesmo sentido, consignou que “São imprescritíveis as ações indenizatórias por danos morais e materiais decorrentes de atos de perseguição política com violação de direitos fundamentais ocorridos durante o regime militar” (BRASIL, 2021).

Ao todo, 10 (dez) decisões judiciais foram referenciadas na estrutura que compõe o instrumento textual sumulado. Contudo, para evitar repetições desnecessárias, abordar-se-ão somente os fundamentos centrais que regem a elaboração do precedente por meio das seguintes decisões judiciais: Embargos de Divergência em Recurso Especial (EREsp) nº 845.228-RJ; Recurso especial (REsp) nº 816.209/RJ (STJ, 2009); Recurso Especial nº 379.414/PR; e Agravo Regimental no Agravo em Recurso especial (AgRg no AREsp) 244.012/RS.

Sendo assim, a partir da análise do EREsp 845.228-RJ, depreende-se que a corte superior partiu de 3 (três) razões fundamentais para o julgamento da matéria: (a) reconhecimento legal da existência de violações a direitos fundamentais ocorridos durante o regime civil-militar, que tem como consectário o direito à indenização; (b) inaplicabilidade da prescrição quinquenal em face do Estado; e (c) a tutela do princípio da dignidade da pessoa humana em face de tais casos.

2.1 Reconhecimento Legal da existência de crimes durante o Regime Civil-Militar

O primeiro fundamento da Súmula 647 do STJ diz respeito à previsão contida no art. 1º, *caput*, da Lei n. 9.140/95 (alterada pela Lei nº 10.875, de 2004), cujo dispositivo dispõe acerca da existência de atos de tortura e desaparecimentos praticados em face dos opositores do regime civil-militar, durante o período de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988, por agentes do Poder Público brasileiro:

Art. 1º São reconhecidos como mortos, para todos os efeitos legais, as pessoas que tenham participado, ou tenham sido acusadas de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988, e que, por este motivo, tenham sido detidas por agentes públicos, achando-se, deste então, desaparecidas, sem que delas haja notícias.

A criação desse instituto jurídico foi possível devido à, dentre vários fatores¹, criação da Comissão Nacional da Verdade (CNV), entre os anos de

¹ De acordo com Gasparotto, Vechia e Silveira (2012, p. 2), a criação da Comissão Nacional da Verdade adveio dos esforços de vítimas sobreviventes e familiares de mortos, sobreviventes e desaparecidos políticos, das pressões de entidades de direitos humanos, das ações de entidades como a Ordem dos Advogados do Brasil, que em 2008 ingressou junto ao STF com uma Arguição de Descumprimento de Preceito Constitucional 153, com o objetivo de questionar o projeto da Lei de Anistia de 1979 e restou julgada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal em 2010, por sete votos a dois; os projetos desenvolvidos pelo Poder Executivo Federal; e a pesquisa acadêmica sobre o assunto.

2011 e 2014, que, seguindo o modelo de outras comissões que denunciaram violações aos direitos humanos cometidos por regimes autoritários, realizou pesquisas e audiências de vítimas e algozes do regime civil-militar a fim de investigar os casos de torturas e de mortes cometidas pelos agentes do Estado.

O referido diploma infralegal, em seu art. 4º, inciso I, alíneas *b a d*, estabeleceu a criação de uma Comissão Especial para proceder ao reconhecimento de pessoas que se enquadrem nas seguintes hipóteses: (a) pessoas desaparecidas durante o período; (b) que tenham sido assassinadas em estabelecimentos policiais ou semelhantes diante de oposição política ao regime civil-militar; (c) que tenham falecidos por causa de repressão às manifestações públicas; e (d) diante de suicídio ocorrido na iminência de uma prisão ou resultante de sequelas psicológicas ocasionadas pelas torturas de agentes do poder público².

Dessa maneira, reconhecida alguma das hipóteses acima descritas pela Comissão Especial ou pelo Poder Judiciário, o art. 10, §3º, da supracitada lei infraconstitucional, bem como os incisos I, II, III e IV do mesmo artigo, dispõem que os familiares do falecido têm direito à indenização mediante seguinte ordem estabelecida: primeiro, o cônjuge ou companheira; depois, os descendentes, os ascendentes; e, por fim, os colaterais até quarto grau:

Art. 10. A indenização prevista nesta Lei é deferida às pessoas abaixo indicadas, na seguinte ordem: I - ao cônjuge; II - ao companheiro ou companheira, definidos pela Lei nº

² Art. 4º Fica criada Comissão Especial que, face às circunstâncias descritas no art. 1º desta Lei, assim como diante da situação política nacional compreendida no período de 2 de setembro de 1961 a 5 de outubro de 1988, tem as seguintes atribuições: I - proceder ao reconhecimento de pessoas: a) desaparecidas, não relacionadas no Anexo I desta Lei; b) que, por terem participado, ou por terem sido acusadas de participação, em atividades políticas, tenham falecido por causas não-naturais, em dependências policiais ou assemelhadas; c) que tenham falecido em virtude de repressão policial sofrida em manifestações públicas ou em conflitos armados com agentes do poder público; d) que tenham falecido em decorrência de suicídio praticado na iminência de serem presas ou em decorrência de sequelas psicológicas resultantes de atos de tortura praticados por agentes do poder público; [...].

8.971, de 29 de dezembro de 1994; III - aos descendentes; IV - aos ascendentes; V - aos colaterais, até o quarto grau. § 3º Reconhecida a morte nas situações previstas nas alíneas b a d do inciso I do art. 4º desta Lei, as pessoas mencionadas no caput poderão, na mesma ordem e condições, requerer indenização à Comissão Especial.

Cumprе destacar também que o direito à indenização como consectário das violações a direitos fundamentais e à prática profissional específica restou previsto também, no art. 8º, §3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), para os opositores sobreviventes do autoritarismo civil-militar³.

Assim sendo, o STJ fixou a súmula vigente partindo do fundamento de que a legislação brasileira reconheceu juridicamente a existência de atos atentatórios a direitos fundamentais durante o regime civil-militar, bem como a responsabilidade civil do Estado decorrente do dever de reparar danos causados por agentes públicos.

A título de exemplo, cabe destacar que o Estado brasileiro foi responsabilizado pelo desaparecimento dos corpos dos guerrilheiros do Araguaia (CAMPOS FILHO, 2012, p. 275), bem como por outros casos de torturas, desaparecimentos de corpos, prisões ilegais, perseguições políticas e aposentadorias compulsórias ocorridos durante o regime civil-militar. As vítimas e os familiares receberam indenizações do Estado. Em certos casos, tiveram o acesso aos restos mortais de desaparecidos e o parecer desvendando como ocorreram as torturas e mortes.

³ Art. 8º [...] § 3º Aos cidadãos que foram impedidos de exercer, na vida civil, atividade profissional específica, em decorrência das Portarias Reservadas do Ministério da Aeronáutica n.º S-50-GM5, de 19 de junho de 1964, e n.º S-285-GM5, será concedida reparação de natureza econômica, na forma que dispuser lei de iniciativa do Congresso Nacional e a entrar em vigor no prazo de doze meses a contar da promulgação da Constituição.

2.2 Imprescritibilidade da pretensão reparatória

A segunda razão que justifica a fixação da Súmula 647 diz respeito à inaplicabilidade da prescrição quinquenal, prevista no art. 1º do Decreto n. 20.910/1932, aos casos de violação a direitos fundamentais durante o regime civil-militar de exceção. Segundo o artigo, quaisquer dívidas dos entes federativos brasileiros (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) prescrevem em cinco anos a contar da data do ato ou fato do qual se originarem⁴.

Segundo o Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial nº 816.209), se a Constituição Federal (CF) não definiu um lapso temporal que enseje prescrição e restringia a faculdade de agir dos interessados, não há razão para que tal restrição ocorra mediante legislação infraconstitucional. Assim sendo, a ação indenizatória para fins de reparação do direito inalienável à dignidade da pessoa humana é considerada imprescritível:

Como se observa, a Constituição Federal não estipulou lapso prescricional à faculdade de agir, correspondente ao direito inalienável à dignidade; assim, eventual violação dos direitos humanos ou direitos fundamentais da pessoa humana, enseja ação de reparação *ex delicto* imprescritível, que ostenta amparo constitucional no art. 8º, § 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Com isso, a Corte Cidadã estabeleceu que a passagem do tempo – que atinge a faculdade de agir do lesado mediante o reconhecimento da prescrição – não é aplicável em diante de violações que lesaram o direito inalienável à dignidade da pessoa humana. O reflexo patrimonial decorrente da violação ao referido direito material protegido não perece diante do transcurso do tempo segundo o fundamento sumulado. Até porque não há

⁴ Art. 1º As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

estipulação de prazo prescricional ao direito de agir decorrente do direito inalienável à dignidade.

Na decisão proferida nos autos do Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.590.332/RS (STJ, 2016), o tribunal expôs que a imprescritibilidade decorrente de violação de direitos fundamentais ocorridas durante o regime civil-militar deriva do fato de que, na época, “os jurisdicionados não podiam deduzir a contento suas pretensões”.

O STJ ainda assenta que, nos casos em que há pretensão indenizatória por danos morais “decorrentes de atos de tortura por motivo político ou de qualquer outra espécie, não há que prevalecer a imposição quinquenal prescritiva” (REsp nº 379.414/PR). Afirma ainda, na mesma decisão, que o delito de tortura, por ser hediondo, deve sujeitar-se à regra da imprescritibilidade na pretensão indenizatória por danos morais consequentes da prática delituosa.

Outrossim, uma das razões que ainda reforçam o entendimento anteriormente exposto, diz respeito à Lei 9.140/95, criadora das ações reparatórias às violações perpetradas em período de supressão das liberdades públicas, que não culminou prazo prescricional, devendo, por isso a lei especial prevalecer em detrimento da lei geral (REsp nº 816.209).

A Corte Cidadã estabelece as razões que fundamentam o fato de que a pretensão indenizatória das vítimas do regime civil-militar não perece com o transcurso do tempo. Em outras palavras, cabe dizer que não há prescrição da pretensão visando pagamento de quantia por danos (materiais ou morais) causados pelo terrorismo de Estado e caracterizados pela prática de prisão ilegal e tortura durante o regime civil-militar:

É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que as ações de indenização por danos morais em face de tortura praticada por agentes do Estado durante o regime militar são imprescritíveis (AgRg no REsp 1406907/SP).

Não é possível aplicar o prazo prescricional de cinco anos porque tanto a Carta Magna quanto a legislação infraconstitucional não estabeleceram prazos prescricionais; os jurisdicionados não poderiam deduzir suas pretensões perante o Poder Judiciário; e o delito de tortura possui caráter imprescritível por violar a dignidade da pessoa humana.

Portanto, para o STJ, a ação apta a tutelar o dano ocorrido nesse período não prescreve no tempo, uma vez que a legislação e o Estado brasileiro reconhecem a violação a direitos fundamentais, assim como a necessidade de tutelar a dignidade da pessoa humana enquanto valor basilar do ordenamento jurídico brasileiro.

2.3 Tutela à dignidade da pessoa humana

Por derradeiro, o STJ ainda estabeleceu que, à luz das cláusulas pétreas constitucionais, a proteção à dignidade da pessoa humana perdura enquanto subsiste a República Federativa, visto que é seu fundamento (REsp n.º 816.209/RJ). Assim, a tutela da dignidade da pessoa humana pode ser perseguida a qualquer tempo, porque esse direito material também lastreia três pilares da Declaração Universal dos Direitos Humanos: da liberdade, da justiça e da paz.

Para a Corte criada na Constituição Cidadã, a mera violação aos direitos humanos diante de crimes de opinião, em regime autoritário de exceção civil-militar, é razão suficiente para que a reparação ocorra mediante ação de natureza imprescritível com amparo legal no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

Ressalte-se que a afronta aos direitos básicos da pessoa humana, como a proteção da sua dignidade lesada pela tortura e prisão por delito de opinião durante o Regime Militar de exceção, enseja ação de reparação ex delicto imprescritível, e ostenta amparo constitucional no art. 8.º, § 3.º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (AgRg no AREsp 244.012/RS).

O STJ estabelece que o princípio da dignidade da pessoa humana, como fundamento da liberdade, da justiça e da paz, permite que os efeitos patrimoniais decorrentes de sua violação sejam, a qualquer tempo, tutelados pelo Poder Judiciário. Nos casos de danos a direitos fundamentais, caso seja provado, atinge-se o mais consagrado direito da cidadania: o de respeito pelo Estado à vida e de respeito à dignidade humana (REsp n.º 379.414/PR).

Para o referido tribunal superior, a tortura e morte são os mais expressivos atentados à dignidade da pessoa humana, valor erigido como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (REsp n.º 379.414/PR). A dignidade humana violentada, no caso dos crimes praticados pelos militares, resultante de perseguição política imposta, prisão e submissão a atos de tortura durante o regime civil-militar de exceção, revela-se na condição de flagrantes atentados aos mais elementares dos direitos humanos. Estes, por sua vez, são caracterizados por serem inatos, universais, absolutos, inalienáveis e imprescritíveis (REsp n.º 816.209/RJ).

Destaca-se assim uma ideia de que a dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca e que deve ser inseparável de todo e qualquer ser humano. É característica que o define como tal. Portanto, dentro desta concepção, em virtude da mera condição humana, o indivíduo é titular de direitos que devem ser respeitados pelo Estado e pelos outros particulares.

Por outro lado, Comparato (2004) compreende que o cenário de relacionamento entre o estado totalitário e a dignidade da pessoa humana se amolda de forma diversa daquela posta em uma república democrática porque:

[...] num Estado de Direito republicano, a segurança da sociedade e do Estado não pode se sobrepor ao princípio da dignidade da pessoa humana (Constituição, art. 1º). Um Estado totalitário é capaz de se manter em condições de segurança absoluta durante certo tempo; mas ninguém ousará sustentar que ele defende, com isso, a dignidade humana. Em segundo lugar, mesmo nas hipóteses em que, longe de todo acobertamento de crimes, as autoridades públicas são admitidas a manter segredo sobre certos fatos para a

preservação da segurança do Estado e da sociedade, compete a elas provar, caso por caso, a legitimidade do sigilo, pois que se trata de uma exceção ao princípio da publicidade de todos os atos oficiais (Constituição, art. 37, caput), e o ônus da prova incumbe, sempre, àquele que invoca a exceção contra o princípio de direito.

Todavia, o que se observa é que, ao longo do processo histórico, dentro de um sistema racista e hegemonicamente branco, a noção de diferença significou e ainda é evidenciada como inferioridade social e racial. No caso da mulher negra, soma-se o interdito moral. Trata-se de um espectro que vê a igualdade social experimentada apenas entre iguais (de mesma classe e raça).

A narrativa da igualdade, por vezes, contém um reflexo que pode ser constatado no cotidiano como uma tentativa de amenizar a hegemonia do poder branco, o que nem sempre interessa. Com isso, a branquitude gera uma lacuna afetiva e moral dentro da sua própria lógica das relações intersubjetivas (PIZA, 2000, p.118-119).

Diante desse panorama, conseqüentemente, é que urge como grande desafio o cumprimento aos elementos componentes do Estado Democrático de Direito a partir daqueles que talvez sejam os dois períodos históricos mais autoritários da História do Brasil.

3 A ESCRAVIDÃO SOB A ÓTICA DA SÚMULA 647 DO STJ

De acordo com o primeiro e único censo nacional a recensar a população escravizada⁵ no Brasil, elaborado em 1872, em torno de 10.000.000 (dez milhões) de habitantes viviam em território nacional. 84,8% (oitenta e quatro vírgula oito por cento) eram livres e 15,2% (quinze vírgula

⁵ Convém ressaltar que, de acordo com Kátiuscia Ribeiro (2019), a ancestralidade preta não parte das correntes e das violências físicas. Estudar a história do preto não pode partir e se resumir da história escravocrata. Os escravizados vieram de um continente tradicionalmente desenvolvido e precursor de diversas tecnologias e saberes, se reduzir a escravidão é reafirmar a lógica racista, escravocrata e eurocêntrica da sociedade contemporânea.

dois por cento), escravizados (IBGE, não paginado, 1874). Diante apenas desses dados censitários, nota-se que cerca de 1.530.000 (um milhão quinhentos e trinta mil) pessoas foram escravizadas durante o período imperial.

Contudo, Reis e Gomes (1996, p. 46) indicam que a escravidão no Brasil pode até mesmo ter atingido patamares quantitativamente maiores. Estima-se a chegada de 15.000.000 (quinze milhões) de escravizados da África às Américas. Destes, 40% (quarenta por cento) vieram ao Brasil. Algo que totaliza cerca de 6.000.000 (seis milhões) de escravizados vivendo em território brasileiro. Quase quatro vezes o número contabilizado pelo censo nacional.

Muito embora os números estimados variem conforme a fonte consultada, Alencastro (2000, p. 69), por exemplo, afirma que, entre 1551 a 1575, em média, 10 (dez) africanos desembarcavam no Brasil a cada 1.000 (mil) habitantes. É a menor proporção registrada entre 1526 até 1850. Em comparação, durante 1811 a 1830, 759,1 (setecentos e cinquenta e nove vírgula um) escravizados chegavam ao país a cada 1.000 (mil) habitantes. Isso demonstra que a proporção de escravizados pode ser muito maior que a contabilizada pelo censo demográfico.

Há de se ressaltar que 40% (quarenta por cento) dos povos pretos morriam, após o apresamento, nos primeiros seis meses subsequentes. Isso ocorria ainda no interior da África e a caminho do litoral. 12% (doze por cento) dos sobreviventes morriam durante o tempo em que ficavam nos portos aguardando serem transportados. Durante a travessia, morriam 9% (nove por cento) dos que embarcavam. Metade dos que chegavam morriam durante os quatro primeiros anos no Brasil (ALENCASTRO, 2000).

Independentemente dos números exatos, fato é que o escravismo brasileiro estabeleceu uma condição humana degradante para milhares de

seres humanos que foram forçados a deixar o continente africano⁶. Sem desconsiderar que a escravidão foi um processo histórico muito duradouro cujas dinâmicas sociais variavam de um local para outro, a tortura, o açoite, os assassinatos, os estupros e inúmeras formas de violência se faziam recorrentes durante esse período.

Para Alencastro (2000), assim que o povo trazido da África chegava à fazenda de produção, logo após serem comprados, eram açoitados rigorosamente sob a justificativa de se demonstrar que os escravocratas haviam nascido para dominar e ser temido; o escravizado, para obedecer. Esse ritual fazia parte de mecanismo de “ressocialização” que demonstrava a atuação de cada indivíduo nos contornos sociais do período (ALENCASTRO, 2000).

Antonil (1982, p. 91), jesuíta italiano que viveu no Brasil, a partir dos seus escritos, demonstrou a mentalidade dos escravistas brasileiros, “[...] costumava dizer que para os escravos são necessários três *Pês*: pau, pão e pano. Posto que comecem mal, principiando pelo castigo que é o pau, contudo, prouvera a Deus que tão abundante fosse o comer e o vestir como muitas vezes é o castigo”.

A violência realizada ocorria, na maioria das vezes, com o intuito de demonstrar a exemplificação dos castigos aos outros escravizados, até mesmo torturando os idosos que não detinham expressivo valor econômico. Os senhores julgavam necessária a aplicação da justiça privada nos limites das fazendas, como espetáculos exemplares, visíveis a todos, buscando prevenir atos de resistência à escravidão (MACHADO, 1987, p. 196).

Exemplo disso foi a palmatória criada como instrumento de torturas e castigos utilizadas nas fazendas, senzalas e espaços públicos, em

⁶ Pode-se dizer que, de acordo com uma parcela da historiografia moderna, a condição de escravizado ainda era muito presente no Brasil até o período do Estado Novo. A lógica da legislação fundiária no país alinhada ao desamparo socioeconômico, fazia com em houvesse muitas pessoas em condições de escravidão em cidades como Rio das Mortes/MG e Carrancas/MG (MATTOS, 2005).

escravizadas e escravizados, suas filhas e filhos, tornando um método pedagógico para moldar comportamentos e hábitos. Outro modo de coação aplicado na ordem escravista foi o açoite, um chicote com cabo de madeira e com cinco tiras de couro retorcidos ou com *nós* (ALENCASTRO, 2000).

Retângulos de madeira eram divididos em duas partes entre as quais havia buracos para prender a cabeça, os pulsos e os tornozelos dos apenados. Aprisionados e imobilizados, ficavam sujeitos à infecção de doenças por meio da transmissão de insetos e ratos. Havia também o contato com as próprias urinas e fezes. Isoladas e isolados em barracões, o escravocrata decidia o momento de soltá-los.

O uso de máscara de flandres para punição de furto de alimentos, alcoolismo, ingestão de terra (forma de tentativa de suicídio) e na mineração de diamantes (para impedir o extravio das pedras engolindo-as) também era comum durante o período. Cobrindo todo o rosto ou apenas a boca, as máscaras podiam ser fechadas por cadeados atrás da cabeça (BARBOSA, 2015, p.190).

Para Geraldo Filho (2008, p. 118-119), eram remotas as chances de um escravizado sobreviver às consequências das práticas de castigos aplicadas. A hemorragia provocada, a intensidade da dor sentida ou as prováveis infecções surgidas nas chagas abertas – já que as condições higiênicas das senzalas urbanas e cadeias públicas eram muito precárias – são apenas alguns dos fatores que contribuiriam para as mortes do período.

Santos (2018, p. 20) afirma que o castigo imposto ao povo preto escravizado se apresentava como parte do “governo econômico dos senhores”. Isso significa dizer que, operando mediante trabalho excessivo e da alimentação insuficiente, o poder do senhor de engenho visava otimizar a produção econômica e diminuir a força de reação contra o sistema dominante.

Desse modo, reconhecidas as violações praticadas à condição humana, destaca-se que, nessa esteira, o transcurso do tempo não pode ser um

elemento que enseja a prescrição na responsabilidade civil do Estado pelos atos de tortura na escravidão. Por analogia, o reflexo patrimonial decorrente da violação à natureza humana também não está sujeito à prescrição quinquenal do art. 1º do Decreto n. 20.910/1932, uma vez que o pressuposto fático de ambas as situações é a conduta de tortura e violência praticadas.

A partir dos três pilares da Declaração Universal dos Direitos Humanos: da liberdade, da justiça e da paz, pode-se afirmar que a tutela da dignidade da pessoa humana é apta a ser perseguida a qualquer tempo por aqueles (descendentes e familiares) que sofreram danos *in ricochete* diante da tortura escravocrata, uma vez que descenderam da população escravizada e até mesmo remanescem vivendo em comunidades quilombolas reconhecidos por lei.

O Tribunal da Cidadania, ao conferir uma das poucas exceções à regra da prescritibilidade das ações condenatórias no ordenamento jurídico brasileiro, reconhecendo direito à indenização decorrente dos atos de tortura realizados durante o período do Regime Civil-Militar (de 1 de abril de 1964 até 15 de março de 1985), deu um passo significativo em direção à tutela de proteção da dignidade da pessoa humana.

Se é imprescritível o direito à indenização decorrente da violação à dignidade da pessoa humana ocorrida no período militar, há de se reconhecer também a existência do direito indenizatório ocorrido durante o período da escravidão, pois, neste período, milhares de crianças, mulheres, homens e idosos também sofreram maus tratos, sobretudo nas senzalas instituídas no Brasil.

Afinal, para o STJ, “em casos em que se postula a defesa de direitos fundamentais, indenização por danos morais decorrentes de atos de tortura por motivo político ou de qualquer outra espécie, não há que prevalecer a imposição quinquenal prescritiva” (REsp n.º 379.414/PR). O referido tribunal superior ainda assenta que não é possível conferir interpretação restritiva às situações de tutela reparatória dos atos de tortura durante períodos de exceção

democrática que atentam contra a dignidade da pessoa humana (REsp n.º 379.414/PR).

Sendo assim, se subsiste no direito brasileiro o direito à reparação indenizatória decorrente da violação de direitos fundamentais no período ditatorial (em parte de pessoas brancas e elitizadas), razão não há para que pessoas negras, descendentes da subjugação de durante mais de trezentos anos de escravidão, não tenham o direito à reparação indenizatória.

Diante do fenômeno de exclusão da população preta ao longo do trajeto histórico brasileiro, sem qualquer medida reparatória por mais de um século com vistas a garantir o direito à cidadania plena dos pretos no país, o ordenamento jurídico brasileiro atual confere reconhecimento legal à opressão histórica sofrida por meio do art. 2º, caput, do Decreto n.º 4.887/2003, que regulamenta o procedimento de identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes dos quilombos:

Art. 2º Consideram-se remanescentes das comunidades dos quilombos, para os fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de auto-atribuição, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida.

Tanto sob o ponto de vista do reconhecimento teórico quanto legal, as condutas violentas durante a escravidão é um marco no panorama teórico-jurídico brasileiro. Seja pela legislação, seja pela historiografia contemporânea, evidencia-se que houve inúmeras lesões às condições humanas dos escravizados entre 1550 à 1888. Podem-se observar essas práticas até mesmo pós-abolição.

Albuquerque (2009) pondera que, durante as décadas finais do século XIX, com o desmonte do escravismo, a racialização da sociedade brasileira reservou “lugares” para determinados grupos sociais. Para os integrantes do sistema dominante, por exemplo, o ambiente do botequim

representava um local de degeneração associado à população negra. A classe social elitista não só fazia juízo de valor de botecos, mas também excluía os pretos dos “lugares de direitos constitucionais”.

No processo de constituição das relações raciais brasileiras (preto-branco), a falta de acesso a direitos fundamentais e à cidadania sempre foram fatores marcantes do povo preto no Brasil à égide do capitalismo. As suas manifestações étnicas, raciais, econômicas, culturais, sociais e políticas foram construídas sobre as bases de uma herança escravista. De acordo com Barbosa (2015, p. 187), de cada dez dias da nossa história, sete foram vividos sob o escravismo.

Nesse sentido, Fanon (2008, p. 108) indica que para ele foi necessário apropriar-se do termo “*negro*” porque a sociedade, mesmo após a escravidão, hesitava em reconhecê-lo como sujeito. É dizer que o indivíduo, detestado e rejeitado pela sociedade, precisa se autoafirmar como preto para reivindicar seu reconhecimento.

Pensando sobre as consequências do regime escravista para o Brasil, mesmo após a abolição formal da escravidão, Fernandes (1995, p.74) assevera que a escravatura estabeleceu a imposição de uma condição de desigualdade histórica racista e estrutural para pretos no país:

[...] na desigualdade existem os mais desiguais; e as desigualdades que afetam o negro o afetam em termos de classe, mas também de raça. Por isso, no meu trabalho Além da pobreza, saliento que, depois de vencer o limiar da pobreza, o negro tem outros problemas que os brancos não têm. A desigualdade racial é uma das desigualdades estruturais da sociedade brasileira.

Para Amaral (2007, p. 14), atualmente, a frágil cidadania brasileira⁷, a distribuição de renda racista⁸ e a cultura da violência⁹ são apenas alguns

⁷ O Tribunal Superior Eleitoral (TSE, 2022), a partir dos dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), identificou que 54% da população brasileira se declara negra. Contudo, nas eleições gerais de 2018, para cargos legislativos no Congresso Nacional, Assembleias Estaduais e Câmara Legislativa do Distrito Federal, apenas 27,8% dos eleitos eram pretos ou pardos, sendo 4,28% pretos.

dos exemplos de questões sociais cujos contornos foram definidos pelo passado escravocrata brasileiro. Tudo isso defluiu para que se possa compreender que a escravidão, longe de ser um mero fato do passado, contribui para a realização de um dano ao projeto de vida da população preta no país.

4 DANO AO PROJETO DE VIDA DA POPULAÇÃO PRETA NA ATUALIDADE

As raízes estruturais e ideológicas construídas durante mais de três séculos de escravidão se mantêm traçadas até os dias atuais. A diferença entre a população branca e a população preta continua sendo vista na atualidade, sendo o segmento social preto tratado como submisso e inferior aos brancos pelas estruturas sociais e instituições políticas.

Além disso, posteriormente à abolição formal da escravidão, a população passou a ser vista como um fator de concorrência ao mercado de trabalho capitalista e uma ameaça às condições econômicas da população branca hegemônica:

Sou um homem negro e isso significa que minha identidade pessoal precisa ser compreendida dentro da experiência dos membros do grupo racial ao qual pertença. Estereótipos raciais afetam todos os membros de minorias raciais. Eles criam disparidades de status cultural e de status material entre esses cidadãos e cidadãs. Isso significa que minha vida pessoal está necessariamente relacionada com a experiência histórica das pessoas negras desta nação. Meus antepassados foram trazidos para este país contra a vontade deles e foram escravizados por centenas de anos. Somos vítimas de diversos tipos de discriminação, todas elas responsáveis pela preservação de uma clivagem estrutural entre negros e brancos. As transformações dos regimes políticos pelas quais

⁸ Segundo Almeida (2018, p. 144), o racismo pode ser uma excelente tecnologia de controle social, porque “naturaliza” o pagamento de salários mais baixos para trabalhadores e trabalhadoras pertencentes a grupos minoritários.

⁹ Entre 2002 e 2012 o número de homicídios de jovens brancos caiu 32,3%, enquanto o dos jovens negros aumentou 32,4% (WAISELFISZ, 2014).

passamos afetaram positivamente uma porcentagem considerável de pessoas brancas, mas elas não modificaram o status cultural e material da vasta maioria das pessoas negras no Brasil. (MOREIRA, 2017, P. 397).

Visando conter um cenário emancipatório, o preconceito racial, o racismo, a discriminação racial, a xenofobia e todas as formas de discriminação correlatas passaram a ser manifestadas em todas as dimensões sociais. A abolição formal da escravatura não impediu que o racismo, a discriminação e a segregação geográfica dos grupos raciais bloqueassem os principais canais de mobilidade social ascendente e prejudicassem o projeto de vida de grupos sociais vulnerabilizados, uma vez que as graves desigualdades raciais e a concentração de pretos e pardos continuam a existir no extremo inferior da hierarquia social (HASENBALG, 2005, p.233).

A respeito do racismo, compreende-se que o maior problema não decorre apenas do fato de que ele desvirtua os princípios de uma sociedade liberal. Na verdade, o problema com o racismo é que ele nunca permitiu que essa sociedade existisse (FITZPATRIC, 1987). Parafrazeando essa assertiva, o maior problema da escravidão é que ele nunca permitiu que a população preta fosse efetivamente liberta e cidadã¹⁰.

Para que o Estado reconhecesse formalmente a existência do racismo e os crimes violentos cometidos durante a escravidão brasileira, muitas lutas e reivindicações do Movimento Negro Brasileiro precisaram ser construídas. Segundo Alves (2002, p. 214), há um movimento¹¹ de caráter inovador reivindicando a condenação “semi-jurídica” em função do colonialismo e da escravidão no cenário internacional:

Sem dúvida menos incisiva e menos propícios à abertura de processos indenizatórios do que desejavam países e

¹⁰ De acordo com o Penha (2019), negros são 82% dos resgatados do trabalho análogo à escravidão no país.

¹¹ Também nesse sentido, Duarte (2020) aponta para existência e ação de movimentos sociais nos EUA, em 2020, defensores da ideia que os descendentes de pessoas escravizadas deveriam receber compensação financeira pelos danos que se estenderam por gerações cujas vidas foram diretamente afetadas pelo trabalho forçado.

movimentos sociais, eles são, ainda assim, o que de mais avançado existe na esfera internacional como condenação semi-jurídica ao colonialismo, à escravidão e ao tráfico de escravos, incriminados, inclusive, como origem de muitos dos sofrimentos presentes, de índios e afrodescendentes.

Contudo, o que se nota é que dados estatísticos nos revelam que a violência e a intolerância contra a população negra ainda se manifesta em várias ordens sociais. Atualmente, a visibilidade e espaço nos debates políticos acerca do racismo estrutural, tanto na esfera pública como privada, faz com que o Estado se veja obrigado a implementar ações de políticas públicas de promoção da igualdade racial, muito embora essas ações ainda não sejam suficientes para tirar a população preta e pobre de sua condição histórica de vítima da violência.

O resultado catastrófico para parcela considerável da sociedade é combatido por meio de pequenos avanços de direitos sociais mediante formulação e implementação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, que incluiu no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática História e Cultura Afro-Brasileira, do Estatuto da Igualdade Racial, das Cotas Raciais nas Universidades e das Cotas Raciais no Serviço Público.

Ocorre que, mesmo com essas ações afirmativas públicas e positivas, ainda é possível observar a continuidade do genocídio da população negra nas zonas urbanas e rurais das cidades. Nunca houve o declínio pleno do período escravocrata. A situação da população negra vulnerabilizada, por vezes, em sua essência, não mudou de forma significativa ao longo de anos desde o decreto de extinção da escravatura:

O relógio marcava 14h37min. A temperatura ambiente era de 38°C, mas aparentava ser muito maior. No chão, lascas de cana queimadas eram cortadas por três trabalhadores. Eles estavam cortando cana desde as 5 horas da manhã. “Não param para o almoço?”, pergunto. “Ganhamos por produção, então é melhor seguir trabalhando direto até as 16h. Depois descansamos e amanhã começamos novamente.” O período de trabalho varia de 8 a 12 horas diárias. No sistema de ganho

por produção, têm que cortar cerca de 15 toneladas por dia para ganhar R\$ 80,00 de diária. As mortes por exaustão são comuns. Os que trabalham no processo de fumigação são expostos ao glifosato, uma molécula química altamente tóxica presente nos herbicidas já associada ao surgimento de câncer, redução de fertilidade e alterações no feto. São muitos os que adoecem de problemas respiratórios, musculares, lesões nas articulações. O Recôncavo parou no tempo. Para o bem e para o mal. Se, por um lado, estão preservadas as casas históricas, por outro a metodologia de trabalho é similar à do período em que milhares de negros eram trazidos da África para trabalhos forçados nas terras da nova colônia portuguesa. Os trabalhadores que acabo de conhecer são descendentes desses escravos. Na região há muitas comunidades quilombolas – escravos que fugiram do engenho da cana-de-açúcar. E as oportunidades de trabalho que encontram continuam sendo as mesmas daquele tempo (PIMENTA, 2015).

O cenário da sociedade atual precisa ser visto e considerado à luz do passado, pois a escravidão ainda está presente entre nós e precisa ser enfrentada pra que seja destruída; e se construa de fato e de verdade uma república democrática no Brasil, na qual pretos, que durante o escravismo não tinham *status* de cidadão, possam ter seus direitos efetivamente garantidos¹².

De acordo com Nunes (2021), a taxa de extrema pobreza entre pretos e pardos representa mais do que o dobro se comparado com os brancos, segundo a Síntese de Indicadores Sociais do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). O levantamento mostra que, em 2020, a extrema pobreza atingiu 7,4% (sete vírgula quatro por cento) dos pretos e pardos, enquanto a pobreza foi presente na vida de 31% (trinta e um por cento) desta população; já entre os brancos, o indicador marcou 3,5% (três vírgula cinco por cento) e 15,1% (quinze vírgula um por cento), respectivamente.

¹² No campo econômico, por exemplo, em 2010, ao passo em que a média salarial das pessoas brancas chegava a R\$1.538,00 (mil quinhentos e trinta e oito reais), a de um preto não passava de R\$834,00 (oitocentos e trinta e quatro reais). As mulheres pretas recebiam a metade disso. Pretos são a maioria absoluta nos trabalhos domésticos, enquanto os brancos ocupam as profissões mais remuneradas e qualificadas em razão do ensino superior (BARBOSA, 2015, p. 192).

O Poder Judiciário por sua vez, composto em sua grande maioria pela parcela da população branca¹³, compactua com o elitismo hegemônico e corruto enquanto os presídios¹⁴ estão amontoados por pessoas pretas.

Para Moreira (2017, p. 409), inexistente no contexto racial brasileiro a ideia de inocência branca, pois, além da falta de consciência de que práticas de exclusão racial beneficiam pessoas brancas indiretamente, juristas brancos que negam a relevância do racismo, criam um mundo social imaginário em que as práticas sociais do período escravocrata não guardam relação com a realidade presente.

Bento argumenta que (2002, p. 164,) quando pessoas brancas observam o racismo, tendem a vê-lo como um problema de negros e não como um problema que envolve e implica a todos. Isso explica o porquê de o Poder Judiciário embranquecido não deliberar, por iniciativa própria, uma resposta aos danos causados pela escravidão.

A democracia se torna efetivamente autêntica quando os brasileiros destituídos e deserdados tiverem acesso à reparação do dano causado pela transformação radical das estruturas vigentes. Não interessa aqui a simples restauração de formas caducas de instituições políticas, sociais e econômicas as quais serviriam unicamente para procrastinar emancipação total e definitiva da população preta lesada (NASCIMENTO, 2002, p. 288).

Por consequência desses processos, a violência e intolerância contra a população preta só se intensifica no Brasil e prejudica a expectativa do projeto de vida a ser construído, motivo pelo qual a reparação aos danos causados parece ter como fundamento a necessidade de reduzir as

¹³ Segundo o Censo do Poder Judiciário (2018), 80,3%, (oitenta vírgula três por cento) dos magistrados declaram-se brancos, apenas 18,1% (dezoito vírgula um por cento) declaram-se negros e 1,6% (um vírgula seis por cento) de origem asiática. Somente 11 magistrados declaram-se indígenas no país.

¹⁴ O Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2022), em 2011, mostrou que 60,3% (sessenta vírgula três) da população encarcerada era negra e 36,6% (trinta e seis por cento) branca. Em 2021, a proporção foi de 67,5% (sessenta e sete vírgula cinco por cento) de presos negros para 29,0% (vinte e nove por cento) de brancos.

desigualdades estatísticas apresentadas à luz das consequências danosas geradas no período histórico escravista nacional.

5 COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE DA ESCRAVIDÃO NEGRA: REPARAÇÃO À LUZ DO DIREITO À MEMÓRIA, À JUSTIÇA E À VERDADE

Ao considerar os dados estatísticos das pesquisas expostas sobre desigualdade racial e de gênero, violência contra as pessoas pretas, os números do encarceramento em massa, os homicídios de jovens negros e a permanência do trabalho análogo à escravidão contemporâneo no Brasil, demonstra-se que, desde o período colonial, ainda faltam ser construídos muitos avanços.

O racismo que vitima os negros brasileiros não resulta de uma característica exclusiva das polícias, mas é consequência de um espectro social, institucional e histórico, que reservou ao negro o lugar de problema a ser eliminado na transição pós-abolicionista (FERNANDES, 1995; TEODORO, 2008).

Diante disso, mesmo com o passar do tempo, iniciativas e propostas de reparação ainda são necessárias para que os cidadãos pretos tenham acesso a direitos fundamentais e não tenham o seu projeto de vida prejudicado diante do cenário racial vigente no Brasil.

Ressalvado aquilo que for incompatível, é necessária a construção de uma Comissão Nacional da Verdade da Escravidão Negra no Brasil nos moldes semelhantes à Comissão Nacional da Verdade, criada para reparar os crimes ocorridos durante o regime civil-militar.

Convém destacar que, se por um lado existem consolidados trabalhos acadêmicos¹⁵ sobre escravidão no Brasil e, portanto, parte dos

¹⁵ Para Moura (2014, p.34), o problema dos escravos negros era considerado antigamente um tema esporádico, secundário e, quando muito, manifestações de movimentos antiaculturativos. Não havia o conteúdo que produzia o dinamismo interno desses movimentos, elidia-se a contradição da luta de classes no sistema escravista e, conseqüentemente, reduzia-se a um mero

registros necessários já estão realizados, bastaria reuni-los e consultar os registros públicos, fontes orais e processos judiciais do período. É preciso resgatar memórias pretas individuais, uma vez que integram memórias coletivas. Nem sempre essa memória e contextualização histórica serão encontradas na historiografia tradicional sobre escravidão de modo genérico, mas nas pesquisas locais, em fontes tradicionais e na tradição oral das comunidades.

Considera-se aqui que as formas mais ricas de saber também são aprendidas a viva-voz, pelos gestos, pelos olhares e em sutilezas não formalizáveis. Nascem da experiência e da concretude da experiência compartilhada a partir dos testemunhos orais (LE GOFF, 2003).

A fim de compreender as consequências sociais e jurídicas da abolição, do advento da sociedade de classes e a “lenta ascensão econômico-profissional e social dos negros, que se vêm realizando a par do começo do século [XX]”, Florestan Fernandes (1995, p. 145) julgou necessária a utilização de histórias de vida de pessoas que viveram os anos da escravidão e os primeiros anos da República.

Além disso, o sociólogo utilizou fontes documentais tais como memórias, relatos de viajantes, imprensa (inclusive a escrita por negros) e bibliografia de “interpretação histórica”, todas elas foram consideradas como fundamentais para o “estudo dos fatores sociais que modificaram as condições de ajustamento inter-racial entre brancos e pretos, do período da escravidão aos dias mais atuais”.

Não se quer dizer com isso que a passagem do oral ao escrito não seja importante, quer para a memória, quer para a história. Mas não se deve

jogo de choques entre padrões, traços e complexos culturais que haviam chegado da África e da Europa. Essa posição teórica levava a que sempre se procurasse uma interpretação culturalista para o conflito social que se desenvolvia em consequência do sistema escravista brasileiro. Esse modo de produção, gerador de contradições, era substituído pela visão harmônica dessa estrutura e os movimentos antiaculturativos representavam apenas uma rejeição por parte do negro dos padrões culturais do senhor e não uma decorrência da sua situação de escravizado, desumanizado e coisificado.

esquecer que: “1) oralidade e escrita coexistem em geral nas sociedades e esta coexistência é muito importante para a história; 2) a história, se tem como etapa decisiva a escrita, não é anulada por ela, pois não há sociedades sem história” (LE GOFF, 2003. p.26).

A ideia é justamente desbravar a história do Brasil, registrando as memórias históricas, os lugares de memórias, os sítios arqueológicos, as comunidades quilombolas do campo e da cidade e também as práticas remanescentes da cultura escravista que ainda persistem. Desse modo, poder-se-á propor medidas de reparação efetivas, que busquem não somente combater a discriminação racial ou preveni-la, mas, sobretudo, contribuir para a desconstrução do racismo no cenário brasileiro (SANTOS, 2018, p. 17).

A Comissão precisa aprofundar as investigações acerca dos fatos, registros e posturas da escravidão que ainda persistem na contemporaneidade. Isso inclui a busca pelo direito à memória, à verdade e à justiça mediante reforma das instituições públicas e privadas vigentes no Brasil (NUNES; SANTOS, 2015, p. 50). Para além disso, objetiva-se promover uma restauração histórica, até mesmo de cunho indenizatório, tendo como fundamentos os danos ao projeto de vida e a aplicação análoga dos efeitos da Súmula 647 do Superior Tribunal de Justiça.

Para tanto, é preciso imputar a responsabilidade civil do Estado¹⁶, como herdeiro de um passado escravocrata, construído em todo o território

¹⁶ Convém ressaltar que, muito embora não seja objeto deste trabalho acadêmico por não ter correspondência no polo passivo da Súmula 647 do STJ, não exclui-se a possibilidade também de: 1) identificar os senhores/donos de escravizados em dívida com a com a população preta, como culpados por crime contra a humanidade, crime imprescritível cometido contra seres humanos subjugados à escravidão; 2) identificar membros de famílias que sejam herdeiras de fortunas com origem escravocrata, e, portanto, produto de crime em face da condição humana; 3) imputar a responsabilidade civil dos herdeiros desses agentes como fruto da reparação pela tortura e violência praticada. A título de exemplo, Santos (2018) indica que a origem da família do ex-governador de São Paulo, João Dória, é ligada a Antônio de Sá Doria, um dos homens mais ricos de Salvador em 1625 e que mantinha quarenta escravizados na cidade de Itaparica/BA e contabilizava centenas de outros escravizados em diversas regiões.

brasileiro, e exigir reparação pela tortura e violência praticada ao longo do processo histórico. Permite-se assim o resgate da dívida histórica deixada como herança de uma dívida moral e patrimonial.

Essas propostas, a princípio, buscam evitar que a sociedade brasileira não encare o tema da escravidão e suas consequências, sobretudo com racismo estrutural vigente na sociedade. Tal projeto de reparação funda-se sob o ponto de vista de que é público e notório, e também confirmado pelas pesquisas sobre escravidão, que, além do Estado brasileiro, todas as instituições sociais, públicas e privadas, assim como as elites agrárias e urbanas, lucraram ou se favoreceram com o sistema escravista (SANTOS, 2018, p.18).

O direito à memória e ao não esquecimento busca estabelecer um sentimento coletivo de reprovação aos atos de violações escravistas, reconhecendo-os como crimes contra humanidade e servindo de lastro na realização da justiça reparatória. Lembrar ou esquecer, individual e/ou coletivamente, implica, portanto, em modificar os elementos que dão significado e sentido ao futuro, uma vez que o que lembrarmos do passado é fundamental para que se reflita sobre a própria condição humana e onde o sujeito se encontra no tempo (ARENDDT, 2013).

Mais do que isso: as lembranças que cada indivíduo possui, ao configurarem percepções sobre o universo, são determinantes para a orientação do agir humano, pois a memória e esquecimento seletivo contribuem para a formação de juízos que são formulados, ainda que nos planos não conscientes (ARENDDT, 2013). Portelli (2004, pp. 296) discorre acerca da importância da memória como ferramenta de controle da ameaça do esquecimento com a passagem do tempo, bem como a memória como elemento determinante na construção da identidade do indivíduo:

Contar uma estória é tomar as armas contra a ameaça do tempo, resistir ao tempo ou controlar o tempo. O contar uma estória preserva o narrador do esquecimento; a estória preserva o narrador do esquecimento; a estória constrói a identidade do narrador e o legado.

Fenelon (2004, pp. 4-6) pondera a respeito do importante papel das memórias sociais, constituídas por indivíduos por meio da cultura, capaz de nos demonstrar uma gama de possibilidades histórico-cultural:

O fato de avançarmos mais na discussão sobre a memória social, ou seja, quando sinalizamos para ‘muitas memórias’ assumimos lidar com memória no plural. O problema relaciona-se às ‘outras histórias’ (...) em outro ponto do projeto, buscávamos enfatizar o caráter ativo da memória na construção histórica (...) em seguida, na mesma linha de argumentação, explicitávamos a compreensão de que a memória histórica constitui uma das formas mais poderosas e sutis de dominação e de legitimação.

Nesse contexto, o resgate da memória como elemento balizador da disputa de uma narrativa histórica impõe ao Estado brasileiro o necessário e devido constrangimento ao forçar-se à reflexão sobre a permanência dos danos ocasionados pelos crimes do tráfico transatlântico e da escravidão preta no Brasil.

Esse constrangimento desvela o silenciamento que sempre imperou nos debates sobre racialização da sociedade brasileira. Seja por intermédio do extermínio da juventude negra, seja pela desqualificação e despolitização das práticas e agendas de tradições culturais que definem a resistência desse povo, prevalece hoje, ainda, a marginalização e a desumanização dos corpos pretos no país. E a mudança desse cenário atravessa diretamente a prática da memória e da verdade histórica, visando promover a reparação (moral e material) e a justiça histórica.

Existe no Brasil um número expressivo de referências públicas em lugares públicos que exaltam figuras autoritárias, sobretudo, militares e escravocratas, que cometeram ou foram complacentes com graves violações à condição humana (TORELLY, 2010, p. 261).

Por meio do silenciamento e da banalização da questão racial no país, do mito da democracia racial, desqualifica-se a luta do povo preto pela

igualdade racial necessária diante das mazelas construídas na escravidão. Nesse sentido explica Almeida (2018, p. 111):

O Estado brasileiro não é diferente de outros Estados capitalistas neste aspecto, pois o racismo é elemento constituinte da política e da economia sem o qual não é possível compreender as suas estruturas. Nessa vereda, a ideologia da democracia racial produz um discurso racista e legitimador da violência e da desigualdade racial diante das especificidades do capitalismo brasileiro.

Assim sendo, é possível afirmar que as práticas escravocratas mediante atos racistas de tortura criaram efeitos que afetam o projeto de vida de pessoas pretas no Brasil. Houve durante o império um discurso racista e uma violência legitimadora que definiram e vêm definindo os espaços sociais no Brasil.

Nascimento (2002, p. 286) observa com isso que “O negro trouxe até a última gota os venenos da submissão imposta pelo escravismo, perpetuada pela estrutura do racismo psicossócio-cultural que mantém atuando até os dias de hoje”.

Para reverter ou reduzir essas consequências, é preciso criar uma Comissão da Verdade da Escravidão, que, reparando os delitos ocorridos no passado, buscará romper com a lógica que desenhou o passado a partir da ideologia escravocrata brasileira por meio do direito à memória, à verdade, à justiça, à reforma das instituições públicas e privadas e à reparação:

[...] contribuir para que o Brasil avance na consolidação do respeito aos Direitos Humanos, sem medo de conhecer sua história recente uma vez que ‘A violência, que ainda hoje assusta o país como ameaça ao impulso de crescimento e inclusão social em curso deita raízes em nosso passado escravista e paga tributo às duas ditaduras do século 20’ (VANNUCHI; BARBOSA, 2007, p.06).

Atualmente, temos esse assunto ainda de modo muito incipiente no cenário nacional. Diante da ausência de iniciativa do Poder Executivo e de legislação específica, a Ordem dos Advogados do Brasil Nacional (OAB), no

ano de 2015, criou uma Comissão da Verdade da Escravidão Negra no Brasil com a tarefa de promover o resgate histórico desse período, buscar a aferição de responsabilidades e a demonstração da importância das ações de afirmação como meio de reparação à população preta (OAB, 2015).

Nascimento (2002, p. 286) enfatiza que, estando consciente da extensão e profundidade dos problemas que enfrenta, no âmbito da dominante sociedade capitalista-burguesa e sua decorrente classe média organizada, o povo preto sabe que sua oposição à estrutura social racista não se esgota na obtenção de pontuais reivindicações de caráter empregatício ou de direitos civis.

É necessário alterar todos os componentes do sistema estrutural racista vigente, inclusive o “conjunto de intelectuais” responsáveis pela cobertura ideológica da opressão por meio da teorização “científica” seja de sua inferioridade biossocial, da miscigenação sutilmente compulsiva ou do mito da democracia racial. Não interessa a proposta de uma adaptação aos moldes da sociedade capitalista e de classes (NASCIMENTO, 2002).

Muito embora tratem-se de períodos históricos distintos no tempo, a ditadura e a escravidão têm pontos de contato quando o assunto é a necessidade de reparação. Ambas foram construídas sob a égide do autoritarismo, da superioridade, do domínio, da subjugação da condição humana, da tortura, da violência e da violação à dignidade da pessoa humana.

6 CONCLUSÃO

A escravidão da população preta, embora tenha sido encerrada formalmente, enquanto regime político e jurídico, não parece ter terminado. Os rituais sociais desse período, que tinham como propósito específico afirmar a inferioridade social escravizado, continuam vivos dentro do imaginário e das relações sociais pós-abolição.

As disparidades de *status* cultural e de *status* material entre esses cidadãos brancos e pretos continuam. Isso significa que a vida contemporânea de pessoas pretas está necessariamente relacionada com a experiência histórica das escravizadas do Brasil. Diversos tipos de discriminação são responsáveis pela preservação de uma clivagem estrutural entre pretos e brancos.

As transformações dos regimes políticos ao longo da história não modificaram o *status* cultural e material da vasta maioria das pessoas negras no Brasil. Ao contrário, afetaram positivamente uma porcentagem considerável de pessoas brancas. Isso se deve pela ausência de uma política de reparação e responsabilização que, a partir de um conjunto de esforços, visasse superar a escravidão ligada às violações degradantes da condição humana e consolidasse um futuro distinto àqueles que sofreram com o período traumático passado.

Nesse sentido, a abolição formal da escravatura não impediu que o racismo, a discriminação e a segregação geográfica dos grupos raciais bloqueassem os principais canais de mobilidade social ascendente e prejudicassem o projeto de vida da população afro-brasileira, uma vez que as desigualdades raciais e a concentração de pretos e pardos continuam a existir no extremo inferior da hierarquia social.

Mesmo após significativas conquistas, o que se tem observado, em verdade, é que as consequências da escravidão têm causado um dano ao projeto de vida das pessoas pretas, porque o racismo tem dificultado a ascensão social e afetado a liberdade dos indivíduos. O dano, que já possui existência reconhecida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, tem sido contínuo ao longo do processo histórico pós-abolição, e o prejuízo dificilmente está sendo superado com o mero transcurso do tempo.

Ao lado dessa conjuntura, o Superior Tribunal de Justiça fixou a Súmula 647, que preconiza o direito à reparação indenizatória às vítimas de tortura durante o Regime Civil-Militar. O suporte fático que lastreia a

deliberação da norma emerge, em suma, do dano causado durante um determinado período histórico autoritário de violação a direitos humanos.

As vítimas do Regime Civil-Militar têm direito à indenização imprescritível em razão da violação aos direitos humanos, porque a tutela à dignidade da pessoa humana, que é um valor fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, não poderia ser efetivada durante o período autoritário. Observa-se assim que o direito à reparação decorrente de acontecimentos passados não é de desconhecimento total da jurisprudência brasileira.

Com isso, é possível depreender que a escravidão não foge aos moldes estabelecidos pelo tribunal superior: (a) trata-se de um período autoritário; (b) houve torturas e violações à condição humana; e (c) os escravizados, que sequer possuíam meios de buscar reparação pelos danos causados.

Além do mais, as consequências da escravatura brasileira, com a construção do racismo e da discriminação racial, vêm causando um dano ao projeto de vida de toda população afro-brasileira que possui sua ancestralidade marcada pela violência e desigualdade social.

Para que essa realidade mude e os efeitos dos danos possam se dissipar com o tempo, é preciso que haja o direito à indenização imprescritível, o direito à memória e o direito à justiça de todos aqueles que possuem ligação ancestral com a africanidade. Convém deliberar a construção de uma Comissão Nacional da Verdade que responsabilize civilmente o Estado brasileiro pela tortura causada como ferramenta de manutenção do regime escravista.

À luz da igualdade de tratamento diante danos causados, da necessidade de deliberação de uma legislação específica e da irradiação dos efeitos do entendimento sumulado, há responsabilidade civil do Estado pelos atos cometidos durante a escravidão no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Wlamyra R. *O jogo da dissimulação: abolição e cidadania negra no Brasil*. São Paulo: companhia das letras, 2009.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. *O que é racismo estrutural?* Belo Horizonte: Letramento, 2018.

ALENCASTRO, Luiz Felipe. *O trato dos viventes: formação do Brasil no Atlântico Sul*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

ALVES, José Augusto Lindgren. A Conferência de Durban contra o racismo e a responsabilidade de todos. *Revista Brasileira política internacional*, v. 45, n. 2, p. 198-223, 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbpi/v45n2/a09v45n2.pdf>. Acesso em: 03 dez. 2022.

AMARAL, Sharyse Piroupo do. *Escravidão, Liberdade e Resistência em Sergipe: Cotinguiba, 1860-1888*. Tese (Doutorado em História) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2007.

ANTONIL, A.J. *Cultura e opulência do Brasil*. 3.d. Belo Horizonte: Itatiaia, 1982.

ARENDT, Hannah. *Origens do Totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2013.

BARBOSA, Pedro. A violência contra a população de negros/as pobres no Brasil e algumas reflexões sobre o problema. *Cadernos de Campo*, n. 19, v. 1, p. 1-230, 2015. Disponível em: <https://periodicos.fclar.unesp.br/cadernos/issue/view/536/118>. Acesso em: 07 nov. 2022.

BASTIDE, Roger; FERNANDES, Florestan. *Branços e negros em São Paulo*. São Paulo, COMPANHIA EDITORA NACIONAL, 1959.

BENTO, Maria Aparecida Silva. *Pactos narcísicos no racismo: branquitude e poder nas organizações empresárias e no poder público*. Tese (Doutorado

em Psicologia) – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2002.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República*. Programa Nacional de Direitos Humanos-PNDH-3. Brasília, 2009. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/index.php/outrosdestaques/574-conheca-e-acesse-o-relatorio-final-da-cnv>. Acesso em: 21 set. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei n. 3.353, de 13 de maio de 1888. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 mai. de 1888. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim3353.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%203.353%2C%20DE%2013,Art. Acesso em: 15 out. 2022.

CAMPOS FILHO, Romualdo Pessoa. *Guerrilha do Araguaia: a esquerda em armas*. São Paulo: Editora Anita Garibaldi, 2012.

CENSO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros 2018*. São Paulo: Conselho Nacional de Justiça, 2018. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a18da313c6fdcb6f364789672b64fcef_c948e694435a52768cbc00bda11979a3.pdf. Acesso em: 20 out. 2022.

COMPARATO, Fábio Konder. O Direito à verdade no regime republicano. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 26 dez. 2004. Opinião. Disponível em <http://www.oab.org.br/noticia.asp?id=3475>. Acesso em: 8 nov. 2022.

DUARTE, Fernando. O movimento que defende indenização a descendentes de escravos pelo mundo. *BBB News Brasil*, São Paulo, 15 dez. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-55164842>. Acesso em: 3 dez. 2022.

FANON, Frantz. *Pele Negra, Máscaras Brancas*. Trad. Renato da Silveira. Salvador: EDUFBA, 2008.

FENELON, Déa Ribeiro *et al.* *Muitas Memórias, Outras Histórias*. São Paulo: Olho D'água, 2004.

FERNANDES, Florestan. *A integração do negro na sociedade de classes*. São Paulo: Dominus, 1995.

_____. *O significado do protesto negro*. São Paulo: Expressão Popular, 2017.

FITZPATRICK, Peter. Racism and the innocence of law. *Journal of Law and Society*. v. 14, n. 1, 119-132, 1987.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2022. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=5>. Acesso em: 11 nov. 2022.

FRAGA FILHO, Walter. *Encruzilhadas da liberdade*. História de escravos e libertos na Bahia (1870-1910). Campinas: Editora da Unicamp, 2006.

GASPAROTTO, Alessandra; VECHIA, Renato Della; SILVEIRA, Marília Brandão Amaro da Silveira. A criação da comissão nacional da verdade e a luta por verdade, memória e justiça no brasil artigo. *Espaço Plural*, Cidade, volume único, n. 27, p. 84-95, agosto, 2012. Disponível em: file:///C:/Users/David/Downloads/ep_editor,+Gerente+da+revista,+TEXTO+5+-+84-95.pdf. Acesso em: 1 dez. 2022.

HASENBALG, Carlos. *Discriminação e desigualdades raciais no Brasil*. 2.ed. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2005.

IBGE. *Recenseamento do Brasil em 1874*. v.1. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv25477_v1_br.pdf. Acesso em: 11 nov. 2022. Não paginado.

LE GOFF, Jacques. *História e Memória*. Trad. Bernardo Leitão. Campinas: Editora da Unicamp, 2003.

MACHADO, Maria Helena Pereira Toledo. *Crime e escravidão: trabalho, luta e resistência nas lavouras paulistas (1830-1888)*. São Paulo: Brasiliense, 1987.

MATTOS, Ana Maria Lugão; MATTOS, Hebe Maria. *Memória do cativo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

MOREIRA, Adilson José. Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica. *Revista de Direito Brasileira – RDB*. São Paulo, v. 18, n. 7, p. 393-421, set., 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3182/2837>. Acesso em: 1 dez. 2022.

NASCIMENTO, Abdias. *O Quilombismo: Documentos de uma Militância Pan-africanista*. Rio de Janeiro: OR Editor Produtor, 2002.

NUNES, Caroline. Em 2020, taxa de pobreza entre negros é mais que o dobro do que entre brancos. *ALMA PRETA*, São Paulo, 6 dez. 2021. Disponível em: <https://almapreta.com/sessao/cotidiano/em-2020-taxa-de-pobreza-entre-negros-e-mais-que-o-dobro-do-que-entre-brancos>. Acesso em: 4 nov. 2022.

NUNES, Diego; SANTOS, Vanilda Honória dos. A Comissão Nacional da Verdade da Escravidão Negra no Brasil: Considerações sobre a Reparação. Coordenadores: Gustavo Siqueira Silveira, Antônio Carlos Wolkmer, Zelia Luiza Pierdoná. In: *História do Direito*. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 46-66. Disponível em: https://www.copene2018.eventos.dype.com.br/resources/anais/8/1535423915_ARQUIVO_TrabalhocompletoVanilda.pdf. Acesso em: 02 nov. 2022.

OAB: Comissão da Verdade da Escravidão Negra toma posse na OAB Nacional. *Ordem dos Advogados do Brasil*, Brasília, fev. 2015. Disponível em: www.oab.org.br/noticia/28065/comissao-da-verdade-da-escravidao-negra-toma-posse-na-oab-nacional. Acesso em: 20 nov. 2022.

PENHA, Daniela. Negros são 82% dos resgatados do trabalho escravo no Brasil. *Repórter Brasil*, São Paulo, 20 nov. 2019. Disponível em <https://reporterbrasil.org.br/2019/11/negros-sao-82-dos-resgatados-do-trabalho-escravo-no-brasil/>. Acesso em: 28 nov. 2022.

PIMENTA, Marcio. Ainda escravidão. *Agência Pública*. São Paulo, 26 mar. 2015. Disponível em: <https://apublica.org/ensaio/2015/03/ainda-a-escravidao/>. Acesso em: 31 out. 2022.

PIZA, Edith. Branco no Brasil? Ninguém sabe, Ninguém viu... *In*: Huntley, Lynn / Guimarães, Antonio Sergio Alfredo (Orgs.), *Tirando a máscara*: ensaio sobre o racismo no Brasil, São Paulo: Paz e Terra, 2000.

PORTELLI, Alessandro. O momento da minha vida. FENELON, Déa Ribeiro. Et al. *Muitas Memórias, Outras Histórias*. São Paulo: Olho D'água, 2004.

REIS, João José; GOMES, Flávio dos Santos. Uma História de Liberdade *In*: REIS, João José; GOMES, Flávio dos Santos (orgs.). *Liberdade por um fio*: história dos quilombos no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

RIBEIRO, Katiuscia. *(RE)ancestralizar as vozes através das filosofias africanas*. Entrevista concedida ao TEDx Unisinos. Publicado pela TEDx Talks, 1 vídeo (16 min), 07 out. 2019. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=7rsIUDAMJl4&t=774s&ab_channel=TEDxTalks. Acesso em: 15 out. 2022.

SANTOS, Alan. O passado escravocrata da família Doria. *Vice*, São Paulo, 26 dez. 2018. Disponível em: <https://www.vice.com/pt/article/7x3n4d/o-passado-escravocrata-da-familia-doria>. Acesso em: 1 dez. 2022.

SANTOS, Vilson Pereira dos. Técnicas da tortura: punições e castigos de escravos no Brasil escravista. *Rev. do Centro Científico Conhecer*, v.9, n.16, p. 2393-2408, 2013. Disponível em: <https://www.conhecer.org.br/enciclop/2013a/humanas/Tecnicas%20da%20Tortura.pdf>. Acesso em: 20 out. 2022.

SILVA FILHO, Geraldo. *Oficialato mecânico e escravidão urbana em Minas Gerais no século XVIII*. São Paulo: Scortecci, 2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgInt no Recurso Especial nº 1.590.332 - RS (2016/0081001-7). Relator: ministro Sérgio Kukina. Brasília (DF), 21 de junho de 2016 (Data do Julgamento). Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?cod_doc_jurisp=1547214. Acesso em: 13 maio 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Súmula nº 647*, 15 de março de 2021. 647. São imprescritíveis as ações indenizatórias por danos morais e

materiais decorrentes de atos de perseguição política com violação de direitos fundamentais ocorridos durante o regime militar. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/sumstj/article/download/12308/12413.html>. Acesso em: 29 out. 2022.

TEODORO, Mário. A formação do mercado de trabalho e a questão racial no Brasil. In: Theodoro, Márcio (org.). *As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil 120 anos após a abolição*. Brasília: IPEA, pp. 15-44, 2008.

TORELLY, Marcelo Dalmas. *Justiça Transicional e o Estado Constitucional de Direito: perspectiva teórico-comparativa e análise do caso brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) – Faculdade de Direito. Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. SNE elaborou propostas para aumentar participação de negros na política. *TSE Notícias*. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2021/Setembro/sne-elaborou-propostas-para-aumentar-participacao-de-negros-na-politica>. Acesso em: 15 abr. 2023.

VANNUCHI, Paulo; BARBOSA, Marco Antônio Rodrigues. Apresentação. In: BRASIL. *Direito à Memória e à Verdade*. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República, 2007.

WAISELFISZ, J. J. *Os jovens do Brasil: mapa da violência 2014*. Brasília: Flasco, 2014. Disponível em: https://flasco.org.br/files/2020/03/Mapa2014_JovensBrasil.pdf. Acesso em: 07 nov. 2022.

Preparação do Exército Brasileiro em matéria de Direitos Humanos e em Operações de Garantia da Lei e da Ordem

Alexandre Pacheco de Souza

Mestre em Direito Internacional Humanitário, Direitos Humanos e Direito Operacional pela Universidade de Nebrija/Espanha (2020). Graduado em Direito pela UFMS (2010). Curso de Comando e Estado-Maior pela ECEME (2016). Formação de Oficiais pela AMAN (1998). Coronel de Infantaria do Exército Brasileiro.

ORCID: 0000-0003-1673-8555

CV Lattes: <https://lattes.cnpq.br/1719914108268416>

E-mail: pacheco.master.dih@gmail.com

Revisores: Luciano Moreira Gorrilhas (ORCID: 0009-0005-0678-471X; e-mail: luciano.gorrilhas@mpm.mp.br)

Karollyne Dias Gondim Neo (ORCID: 0009-0008-2277-0512; e-mail: karollyne.neo@mpm.mp.br)

Data de recebimento: 15/04/2023

Data de aceitação: 25/04/2023

Data da publicação: 04/05/2023

RESUMO: O presente artigo, por intermédio da pesquisa bibliográfica, aborda a questão da violência urbana no Brasil e o contexto das Operações de Garantia da Lei e da Ordem (Op GLO) sob uma perspectiva histórica de sua realização e de participação das Forças Armadas, sobretudo o Exército Brasileiro, assim como as características e as normas que regulam esse tipo de operação. Apresenta, também, um breve histórico e evolução das normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos, seus conceitos e fundamentos, bem como essas normas são amplamente internalizadas por nosso ordenamento jurídico e como influenciam a preparação e o emprego do Exército Brasileiro nas Operações de Garantia da Lei e da Ordem. Conclui-se

que as regras de engajamento implementadas, as normas de conduta e a modificação de técnicas, táticas e procedimentos empregados em Operações de Garantia da Lei e da Ordem, como a criação de cartórios militares, a ampla utilização de assessores jurídicos, emprego de pessoal especializado para o trato com elementos presos e a presença de médicos militares para atestar a higidez física dos elementos sob custódia, que foram adotados pelo Exército Brasileiro, permitiram assegurar a observação dos princípios norteadores do Direito Internacional dos Direitos Humanos e influenciar a preparação, o planejamento das ações e o emprego operativo em Operações de Garantia da Lei e da Ordem.

PALAVRAS-CHAVE: Operações de Garantia da Lei e da Ordem; Direito Internacional dos Direitos Humanos; Direitos Humanos.

ENGLISH

TITLE: Preparation of the Brazilian Army in matter of Human Rights and Operations to Guarantee Law and Order.

ABSTRACT: This article, through bibliographical research, addresses the issue of urban violence in Brazil and the context of Operations to Guarantee Law and Order (Op GLO) from a historical perspective of its realization and the participation of the Armed Forces, especially the Brazilian Army, as well as the characteristics and norms that regulate this type of operation. It also presents a brief history and evolution of the norms of International Human Rights Law, its concepts and foundations, as well as these norms are widely internalized by our legal system and how they influence the preparation and use of the Brazilian Army in Operations to Guarantee Law and Order. It is concluded that the implemented rules of engagement, the norms of conduct and the modification of techniques, tactics and procedures employed in Law and Order Assurance Operations, such as the creation of military registry offices, the wide use of legal advisors, employment of specialized personnel for dealing with prisoners and the presence of military doctors to certify the physical health of the elements in custody, which were adopted by the Brazilian Army, allowed to ensure the observance of the guiding principles of International Human Rights Law and influence the preparation, the action planning and operational use in Law and Order Assurance Operations.

KEYWORDS: Law and Order Guarantee Operations; International Human Rights Law; Human rights.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 As Operações de Garantia da Lei e da Ordem – 2.1 Breve histórico das Operações de Garantia da Lei e da Ordem – 2.2 Considerações Gerais sobre as Op GLO – 2.3 O amparo para as Operações de Garantia da Lei e da Ordem – 3 Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) – 3.1 História e evolução do DIDH – 3.2 Conceito atual de Direito Internacional dos Direitos Humanos – 3.3 Fundamentos do Direito Internacional dos Direitos Humanos – 4 A preparação do Exército Brasileiro em matéria de Direitos Humanos para as Operações de Garantia da Lei e da Ordem – 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A crescente violência urbana no Brasil causada pelo crime organizado, movimentos sociais extremistas, dentre outros atores, traz instabilidade política e social. A reação infrutífera das Forças de Segurança Pública devido à insuficiência, incapacidade ou até mesmo a sua inexistência em alguns locais, dadas as dimensões continentais do país, levou à necessidade de recorrer à atuação das Forças Armadas, sobretudo ao Exército Brasileiro, para agir na Segurança Pública, por intermédio das Operações de Garantia da Lei e da Ordem (Op GLO).

A ausência do Estado em imensas áreas do território brasileiro cria as condições ideais para o fortalecimento de grupos criminosos, tornando cada vez mais difícil o confronto devido aos efeitos colaterais possíveis, o que resulta em uma espécie de área liberada no contexto das grandes cidades brasileiras. Essas áreas, em sua maioria comunidades carentes, se enquadram no conceito de *Black Spot*.

Souza (2012) nos ensina que:

“*Black spots*” (ou “buracos-negros”) são áreas localizadas dentro de um Estado, sobre as quais o governo formal não exerce governança alguma. O tipo de ordem vigente nesses territórios é, quase sempre, desconhecido tanto por parte das autoridades governamentais como pela comunidade internacional. Desse modo, as agências de segurança nacionais têm pouca supervisão sobre os “*black spots*”, que se tornam terrenos propícios para que grupos terroristas e criminosos desenvolvam livremente suas atividades ilícitas.

A debilidade do Estado não o torna frágil apenas para atores internacionais, tendo em vista que as máfias estruturadas, o narcotráfico e o crime organizado em geral aproveitam-se dessa fragilidade para penetrar na estrutura social, econômica e política do país, levando a violência a atingir níveis exorbitantes. Esse fato torna a tarefa de combate ao crime quase impossível com o uso dos órgãos de Segurança Pública isoladamente, em especial nas áreas conhecidas como *black spots*.

As Operações de Garantia da Lei e da Ordem se desenvolvem, geralmente, em áreas densamente povoadas e com intensa presença da população civil que se encontra em meio aos agentes perturbadores da ordem pública e criminosos, exigindo da tropa empregada treinamento mais intenso e específico, sobretudo no tocante ao uso escalonado e seletivo da força, por intermédio de normas de conduta e regras de engajamento adaptadas aos parâmetros jurídicos da condição de normalidade constitucional, diferentemente daqueles que regem as situações de conflitos internacionais¹.

Nesse contexto, o estudo e a preparação sistematizada das tropas do Exército Brasileiro em assuntos ligados aos Direitos Humanos se mostrou fundamental para o sucesso obtido ao longo do histórico de emprego desse tipo de operação. Nosso trabalho pretende, por meio da pesquisa bibliográfica, apresentar a preparação do Exército Brasileiro em

¹ Os conflitos internacionais estão submetidos às normas do Direito Internacional Humanitário (DIH/DICA), que busca a limitação dos meios e métodos de combate e a proteção às vítimas das hostilidades.

matéria de Direitos Humanos e sua influência nas operações de Garantia da Lei e da Ordem.

2 AS OPERAÇÕES DE GARANTIA DA LEI E DA ORDEM

2.1 Breve histórico das Operações de Garantia da Lei e da Ordem

A crescente violência urbana no Brasil causada pelo crime organizado, movimentos sociais extremistas, dentre outros atores, traz instabilidade política e social. A reação infrutífera das Forças de Segurança Pública devido à insuficiência, incapacidade ou até mesmo a sua inexistência em alguns locais, dadas as dimensões continentais do país, levou à necessidade de recorrer à atuação das Forças Armadas para agir na Segurança Pública, por intermédio das Operações de Garantia da Lei e da Ordem.

Os Órgãos de Segurança Pública encarregados da prevenção e combate ao crime são costumeiramente acusados de violar normas internacionais de Direitos Humanos, especialmente nas atividades ligadas à repressão aos ilícitos.

A história das Operações de Garantia da Lei e da Ordem se confunde com a história do Brasil, desde o período em que o país esteve na situação de colônia de Portugal e fez uso de suas forças armadas, sobretudo do Exército, para a manutenção da lei e da ordem interna.

Durante o período colonial (1500 a 1822), podemos assinalar a ocorrência de 06 eventos de grande perturbação da ordem interna no Brasil, alguns com características separatistas em relação a Portugal: Revolta de Beckman (1684), Guerra dos Emboabas (1707-1709), Guerra dos Mascates (1710-1711), Revolta de Vila Rica (1720), Inconfidência Mineira (1789) e a Revolução Pernambucana (1817). Embora ainda não existisse um Exército Nacional, os militares presentes à época foram largamente empregados na contenção e restabelecimento da ordem pública.

A partir de 1808, com a chegada da família real portuguesa, com a elevação do Brasil à categoria de Reino Unido de Portugal e Algarves, em 1815, por D. João VI, houve o deslocamento, para o país, da Academia Real dos Guardas Marinhas, que era a escola de formação dos oficiais da Marinha de Guerra Portuguesa, e foi criada a Academia Real Militar em 4 de dezembro de 1810, responsável pela formação dos oficiais do Exército em território brasileiro.

O Exército nacional passou a atuar já por ocasião das Guerras de Independência, eliminando a resistência portuguesa ao movimento de separação definitiva do Brasil em relação a Portugal e impedindo a fragmentação nacional, tendo como comandante supremo D. Pedro I, filho do Rei de Portugal.

A primeira Constituição brasileira, de 1824, já previa a possibilidade de emprego das Forças Armadas para a manutenção da Ordem interna em seus artigos 145² e 148³.

Com a nova situação política brasileira se seguiram uma série de revoltas internas no período chamado de Brasil Império que vai desde 1822 a 1899. O Exército Brasileiro teve participação ativa no enfrentamento a esses movimentos, permitindo a manutenção da integridade territorial brasileira diante das instabilidades internas.

Os principais movimentos internos de grave perturbação da lei e da ordem que contaram com a participação do Exército no período Imperial foram: Confederação do Equador (1824), Cabanagem (1833-1839), Revolução Farroupilha (1835-1845), Sabinada (1837-1838), Balaiada (1838-1841) e Revolução Praieira (1848-1849).

Em 1889 o Brasil transformou-se em uma República. Dessa forma passou a adotar uma divisão política com estados, municípios e distrito

² Artigo 145 – Todos os brasileiros são obrigados a pegar em armas para sustentar a independência e a integridade do Império e defendê-lo de seus inimigos internos e externos.

³ Artigo 148 - Ao Poder Executivo compete privativamente empregar a Força Armada de Mar e Terra, como bem lhe parecer conveniente à segurança e defesa do Império.

federal. Nesse modelo os estados possuem diversas incumbências administrativas, sendo uma delas a segurança pública.

A primeira Constituição Republicana brasileira, de 1891, também continha em seu texto a possibilidade de emprego das Forças Armadas para a manutenção da ordem, mas já acrescenta a ressalva da necessidade de solicitação por parte dos governadores, conforme seu artigo 6⁴. Aqui já fica clara a limitação de poderes do governo central diante das prerrogativas dos presidentes dos estados durante as situações de normalidade jurídica, porém, existindo a possibilidade legal de emprego.

Em casos de exceção, a constituição de 1891 permitia que fossem adotadas medidas especiais para a defesa da integridade nacional, como a decretação do Estado de Sítio, que suspende as garantias constitucionais, para garantir a segurança da república, em caso de agressão estrangeira ou de comoção interna⁵.

No período republicano o Exército Brasileiro continuou se fazendo presente na garantia dos poderes constituídos e da ordem no território nacional, mesmo com a organização de corpos de polícia no âmbito dos estados. Muitas vezes foi necessária a atuação das Forças Armadas, especialmente das Forças de Terra, para a manutenção da paz interna.

O Exército Brasileiro foi empregado operacionalmente para a manutenção da ordem interna na Primeira República nas seguintes revoltas: Guerra de Canudos (1893-1897), Revolução Federalista (1893-1895), Revolta do Contestado (1912-1916) e Revolta da Vacina (1904).

⁴ Art. 6º - O governo federal não poderá intervir em negócios peculiares aos Estados, salvo:

1.º Para repelir invasão estrangeira, ou de um Estado em outro:

2.º Para manter a forma republicana federativa;

3.º Para estabelecer a ordem e a tranquilidade nos Estados, à requisição dos respectivos governos;

4.º Para assegurar a execução das leis e sentenças federais.

⁵ Art. 80. Poder-se-á declarar em estado de sítio qualquer parte do território da União, suspendendo-se aí as garantias constitucionais por tempo determinado, quando a segurança da República o exigir, em caso de agressão estrangeira, ou comoção intestina.

Passada a Revolução de 30, o Exército Brasileiro novamente teve relevante participação na manutenção da ordem interna do país, debelando a Revolução Constitucionalista de 1932.

A Constituição de 1934, conforme os artigos 12⁶ e 162⁷, manteve as atribuições das Forças Armadas de Defesa da Pátria e das suas instituições, possibilitando seu emprego interno em caso de necessidade.

Fruto da ameaça comunista que se abateu sobre o país culminando com o evento conhecido como Intentona Comunista em 1935, foi elaborada uma nova Constituição outorgada pelo Presidente em 10 de novembro de 1937, marcando a implantação do período do Estado Novo. Ela seguiu a mesma linha das antecessoras, com a possibilidade de utilização das Forças Armadas tanto para a defesa externa quanto para a manutenção da ordem interna do país, conforme seus artigos 9⁸, 161⁹ e 166¹⁰.

⁶ Art. 12 - A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo:

I - para manter a integridade nacional;

II - para repelir invasão estrangeira, ou de um Estado em outro;

III - para pôr termo à guerra civil;

IV - para garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes Públicos estaduais; [...]

⁷ Art. 162 - As forças armadas são instituições nacionais permanentes, e, dentro da lei, essencialmente obedientes aos seus superiores hierárquicos. Destinam-se a defender a Pátria e garantir os Poderes constitucionais, e, ordem e a lei.

⁸ Art. 9º - O Governo federal intervirá nos Estados, mediante a nomeação pelo Presidente da República de um interventor, que assumirá no Estado às funções que, pela sua Constituição, competirem ao Poder Executivo, ou as que, de acordo com as conveniências e necessidades de cada caso, lhe forem atribuídas pelo Presidente da República:

a) para impedir invasão iminente de um país estrangeiro no território nacional, ou de um Estado em outro, bem como para repelir uma ou outra invasão;

b) para restabelecer a ordem gravemente alterada, nos casos em que o Estado não queira ou não possa fazê-lo;

c) para administrar o Estado, quando, por qualquer motivo, um dos seus Poderes estiver impedido de funcionar; [...]

⁹ Art. 161 - As forças armadas são instituições nacionais permanentes, organizadas sobre a base da disciplina hierárquica e da fiel obediência à autoridade do Presidente da República.

¹⁰ Art. 166 - Em caso de ameaça externa ou iminência de perturbações internas ou existências de concerto, plano ou conspiração, tendente a perturbar a paz pública ou pôr em perigo a estrutura das instituições, a segurança do Estado ou dos cidadãos, poderá o Presidente da República declarar em todo o território do País, ou na porção do território particularmente ameaçado, o estado de emergência.

A partir de 1945, com o término da II Guerra Mundial e com isso as mudanças políticas ocorridas no Brasil, foi promulgada uma nova Constituição em 18 de setembro de 1946, garantindo a convocação do Exército Brasileiro para a defesa da pátria e para a manutenção da ordem interna do país. No período compreendido entre 1945 a 1985, o Brasil teve mais duas constituições, em 1946 e 1967, esta durante os governos militares que comandaram o país entre 1964 e 1985.

Marcado pelo combate ao comunismo, que tentou implantar no Brasil uma ditadura do proletariado utilizando-se de técnicas de guerrilha urbana e rural, assim como de ações terroristas, houve o período em que as Forças Armadas foram largamente empregadas junto às Forças Policiais para a manutenção da lei e da ordem no país.

Com o fim dos governos militares em 1985, foi promulgada, em 05 de outubro de 1988, a atual Constituição, que, a despeito do período anterior vivido, positivou, mais uma vez, as possibilidades de emprego das Forças Armadas, além de sua vocação natural de defesa externa, nas situações de intervenção para a manutenção da lei e da ordem. No *Caput* do artigo 142¹¹, que trata das Forças Armadas, existe a positivação da possibilidade de seu emprego na garantia da lei e da ordem.

Após a Constituição de 1988, o emprego do Exército Brasileiro em atividades voltadas à garantia da lei e da ordem cresceu consideravelmente, porém sob um arcabouço jurídico e realidade social em contexto diferente do que ocorrera nos últimos 100 anos.

Desde que se torne necessário o emprego das forças armadas para a defesa do Estado, o Presidente da República declarará em todo o território nacional ou em parte dele, o estado de guerra.

¹¹ Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

Desde 1992 as Forças Armadas já participaram de 183¹² Operações de Garantia da Lei e da Ordem, não computadas as Operações de apoio logístico, interagências, operações na faixa de fronteira, dentre outras. O ápice foi a Intervenção Federal no Estado do Rio de Janeiro no ano de 2018, na qual um general do último posto do Exército Brasileiro assumiu o controle da segurança pública do estado para combater a criminalidade e reestruturar a Polícia Militar local.

Com isso ressalta-se a importância desse tipo de operação no âmbito das Forças Armadas Brasileiras, sobretudo a Força Terrestre, devido a suas características que serão abordadas neste estudo; e pela sua complexidade de planejamento e execução especialmente pelos aspectos operativos e legais envolvidos.

2.2 Considerações gerais sobre as Op GLO

O termo Operações de Garantia da Lei e da Ordem foi adotado pelo Exército Brasileiro, no início da década de 1990, para designar as operações que realizava em atendimento ao previsto na Carta Magna brasileira em seu artigo 142, que trata das Forças Armadas:

As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à **garantia** dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, **da lei e da ordem**.” (grifo nosso)¹³

¹² MINISTÉRIO DA DEFESA. Histórico de Operações de GLO 1992-2020. BRASIL: 2020. Disponível em: https://www.defesa.gov.br/arquivos/exercicios_e_operacoes/glo/1.metodologia_de_estudo.pdf. Acesso em: 23 abr. 2020.

¹³ Constituição da República Federativa do Brasil. Imprensa Nacional, 05 de outubro de 1988.

Com o passar do tempo e o aumento do emprego das Forças Armadas, esse termo se difundiu, nomeando a legislação que regula essa atividade, assim como os manuais no âmbito do Ministério da Defesa e do Exército Brasileiro.

2.3 O amparo para as Operações de Garantia da Lei e da Ordem

Como já abordado anteriormente, as Forças Armadas brasileiras participaram de operações dessa natureza ao longo do tempo, misturando-se à própria construção histórica da nacionalidade brasileira. Essas participações se deram dentro da realidade jurídico-administrativa de cada período, com as devidas características e *modus operandi* relacionados a essa realidade.

O Exército Brasileiro, focado em sua missão constitucional de defesa da pátria, no início da década de 1990, estava organizado em pessoal e material, bem como instruído e adestrado, para combater um inimigo externo. Também havia acumulado grande experiência com o sucesso no combate às forças de guerrilha comunistas urbanas e rurais que se fizeram presentes no país nas décadas de 60 e 70 do século passado.

O preparo da Força Terrestre brasileira estava, quase que exclusivamente, voltado para as operações de guerra regular e irregular, que possuem características bem diferentes das ameaças representadas pelos agentes perturbadores da ordem pública.¹⁴

Ao final do século XX, o mundo experimentava diversas mudanças em todos os campos, sobretudo no jurídico, com a intensificação da participação dos órgãos ligados ao poder judiciário na fiscalização e questionamento das atividades realizadas pelo poder público.

¹⁴ Segundo o manual de Garantia da Lei e da Ordem do Ministério da Defesa brasileiro: são pessoas ou grupos de pessoas cuja atuação momentaneamente comprometa a preservação da ordem pública ou ameace a incolumidade das pessoas e do patrimônio.

O texto constitucional de 1988, em seu artigo 144, define quem são os órgãos responsáveis pela segurança pública; e define, em seu artigo 142, a possibilidade de atuação das Forças Armadas em situações desde que solicitadas.

Porém, até 1999, a Lei Complementar nº 69 de 23 de julho de 1991 regulava, de maneira muito incipiente, o citado no parágrafo 1º da Carta Magna, que regulamentasse as condições de emprego dos militares federais na segurança pública, fato esse que não impediu que o Exército Brasileiro fosse empregado em operações dessa natureza no período considerado entre outubro de 1988 e junho de 1999.

Tal situação levou os integrantes das corporações envolvidas no emprego operacional a uma situação de desamparo jurídico, devido à carência de uma legislação reguladora das atividades desenvolvidas, o que ocasionou uma busca incessante dos Comandos Militares brasileiros pela correta normatização das atividades relacionadas ao emprego das Forças Armadas em território nacional em situações de normalidade jurídica, ou seja, sem a decretação dos estados de exceção¹⁵ previstos na Constituição Brasileira.

Essa lacuna a ser preenchida já estava positivada na nova Constituição de 1988, no parágrafo 1º do artigo 142, que coloca a necessidade de edição de uma lei complementar com a finalidade de estabelecer as normas gerais de organização, preparo e emprego das Forças Armadas brasileiras.

A edição da Lei Complementar nº 97, em 09 de junho de 1999¹⁶, foi o marco inicial para a regulamentação do preparo e emprego das Forças Armadas brasileiras no contexto jurídico-normativo da nova Constituição. A

¹⁵ Estado de Defesa e Estado de Sítio, previstos na Constituição Brasileira nos artigos 136 e 137, respectivamente, casos em que alguns direitos individuais são relativizados para a proteção da Nação.

¹⁶ A Lei complementar 97/99 foi alterada pelas leis Complementares: nº 117, de 2004 e nº 136, de 2010.

LC 97/99 positiva a execução das chamadas atribuições subsidiárias, que são todas as atividades que podem ser executadas pelas Forças Armadas diferentes das de Defesa da Pátria.

Essa lei definiu como competência do Presidente da República o emprego das Forças Armadas na defesa da Pátria e na garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem, e na participação em operações de paz. No caso das operações de garantia da lei e da ordem, estabeleceu quem, como e quando as Forças Armadas poderiam ter seu emprego solicitado, bem como quais atividades cada uma das Forças Singulares poderia executar durante esse emprego.

Ficou estabelecido que a solicitação pudesse ser feita por qualquer um dos poderes da república (Executivo, Legislativo e o Judiciário) desde que esgotados¹⁷ os demais instrumentos destinados à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, assim como o que significa esse esgotamento¹⁸.

A normatização prevê que o processo para o acionamento de uma operação de Garantia da Lei e da Ordem se inicia a partir do pedido de um dos poderes da União e das Unidades da Federação endereçado ao Presidente da República, que ao tomar a decisão de emprego das tropas federais emite um Decreto Presidencial autorizando o emprego e estabelecendo as condições da Operação como a área geográfica a ser abrangida e o tempo de duração.

Cabe ressaltar que esse tipo de operação é adotado por um tempo definido e em uma área geográfica limitada, que deverá ser explicitado no

¹⁷ Inicialmente as hipóteses de esgotamento foram reguladas pelo Decreto nº 3897 de 24 de agosto de 2001.

¹⁸ Art. 15

§2º A atuação das Forças Armadas, na garantia da lei e da ordem, por iniciativa de quaisquer dos poderes constitucionais, ocorrerá de acordo com as diretrizes baixadas em ato do Presidente da República, após esgotados os instrumentos destinados à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, relacionados no art. 144 da Constituição Federal.

§3º Consideram-se esgotados os instrumentos relacionados no art. 144 da Constituição Federal quando, em determinado momento, forem eles formalmente reconhecidos pelo respectivo Chefe do Poder Executivo Federal ou Estadual como indisponíveis, inexistentes ou insuficientes ao desempenho regular de sua missão constitucional.

Decreto Presidencial que autoriza o emprego das Forças Armadas, podendo, no entanto, o prazo ser prorrogado e a área de abrangência ser modificada, mas sempre por intermédio de um novo Decreto Presidencial.

Após a publicação do Decreto Presidencial, o Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República emite um Aviso Ministerial ao Ministério da Defesa comunicando o acionamento.

O Ministério da Defesa emite uma Diretriz Ministerial ao Comandante da Força correspondente, no caso de emprego de uma das Forças Singulares de forma independente ou via constituição de um Comando Conjunto. No caso do presente trabalho, abordar-se-ão os procedimentos adotados pelo Exército Brasileiro conforme a delimitação do estudo. Essa diretriz contém as instruções de emprego e as regras de engajamento a serem adotadas.

O Comandante do Exército, ao tomar conhecimento da Diretriz Ministerial irá, via Comando de Operações Terrestres¹⁹, emitir uma Diretriz de Planejamento Operacional Militar (DPOM) aos Comandos Subordinados que, baseados nessa Diretriz irão estabelecer as Ordens de Operações e as regras de engajamento específicas a serem adotadas pela tropa.

A figura 1, a seguir, nos permite visualizar o processo estabelecido para o acionamento do Exército Brasileiro para participar de uma Operação de Garantia da Lei e da Ordem.

¹⁹ Órgão de Direção Operacional do Exército Brasileiro cuja missão é orientar e coordenar o preparo e o emprego da Força Terrestre, em conformidade com as políticas e diretrizes estratégicas do Exército e do Estado-Maior do Exército.

Figura 1 – Sequência de ativação de uma Op GLO



Fonte: Elaboração própria

É importante destacar que o Exército Brasileiro está autorizado pela LC 97/99, quando empregado em Operações de Garantia da Lei e da Ordem, a executar ações de caráter preventivo e repressivo necessárias para assegurar o resultado das operações, assim como receber em controle operacional os órgãos de segurança pública dos Estados necessários para o desenvolvimento das operações.²⁰

Para executar as tarefas em Operações de GLO, a legislação brasileira concede o “poder de polícia” aos militares das Forças Armadas em operações. Inicialmente conferido pelo Decreto 3897, de 24 de agosto de

²⁰ Parágrafos 4º e 5º do artigo 15, da Lei Complementar 97 de 09 de junho de 1999.

2001²¹. Em 10 de dezembro de 2004, o Parecer nº AC-033 defendeu que “as FA, quando destacadas para cumprir missão de garantia da lei e da ordem, podem exercer as competências, prerrogativas e garantias inerentes ao órgão cujas atribuições tenham sido por elas assumidas, além das que lhe são próprias”, utilizando a teoria dos poderes implícitos para o exercício da atividade-fim de GLO. Sendo pacificada a questão por intermédio da edição da Lei Complementar 117 de 2 de setembro de 2004.

3 DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS (DIDH)

3.1 História e evolução do DIDH

Desde os primórdios da organização dos seres humanos em sociedades sedentarizadas, a Lei é o grande fator nivelador das relações entre indivíduos, haja vista o Código de Hamurabi, datado do século XVIII a.C., na Babilônia, por exemplo, um dos primeiros códigos legais escritos. Ademais, ela limita, em alguma medida, o poder do Estado sobre o indivíduo.

Como nos ensina Gavazzoni (2002):

Em 621 A.C. [...]. As primeiras leis escritas em Atenas foram feitas pelo Arconte Dracón, no ano citado. Foram produzidas no intuito de abafar uma revolta popular contra o governo *absolutista* dos eupátridas.

Dracón codificou leis que antes eram postas em prática de forma discricionária pela classe dominante, os eupátridas, basicamente apenas redigindo antigos costumes sem alterá-los, sem se distanciar da tradição religiosa. A rigidez de Dracón em seus escritos se converte, até os dias de hoje, em sinônimo de rigor excessivo como nos mostra Gavazzoni (2002)

²¹ Com base no Parecer da Advocacia-Geral da União (AGU) nº GM-025, citado na sua ementa, que afirma “ao serem deslocadas para a responsabilidade de guardiãs da segurança pública, as FA assumem a competência de Polícia Militar do estado em que atuarão, com suas prerrogativas e as limitações previstas em lei para a força estadual”.

“[...] Dracón impõe leis tão severas na Grécia que o termo “*draconismo*” é usado até hoje como sinônimo de ‘abuso de poder’”. Mesmo diante desse cenário, o Código de Dracón representou um avanço, pois até então Atenas era exclusivamente regida pelo direito consuetudinário, e este impediu que a aristocracia, detentora do poder de julgamento, deformasse a interpretação dos costumes, permitindo que todos conhecessem as leis estabelecidas.

Dracón não se afastou das tradições, porém trouxe certa inovação, sua substituição por Sólon (594 a.C.), próximo legislador ateniense, poucas décadas depois, deveu-se a uma revolução de cunho popular ocorrida no século IV. Sólon não divide mais a sociedade de acordo com nascimento, mas estabelece quatro classes políticas censitárias, sendo criticado por permitir o estabelecimento de uma plutocracia, mais tarde corrigida por Clístenes, outro legislador ateniense que é base para a criação da democracia, estabelecendo o ideal da Lei ocidental, que estabelece valores ponderativos de equilíbrio de forças na tensão dialética do poder, como nos revela Gavazzoni (2002):

[...] a ascensão ao poder de Clístenes, é que foi reformada a legislação de Sólon. Com a divisão da cidade de Atenas em dez (10) distritos, ricos, pobres estrangeiros e camponeses foram obrigados a habitar em *número igual* cada distrito. Cada DEMO (distrito) transforma-se na base da organização administrativa e jurídica da cidade. Com essa reforma todos podiam alcançar cargos políticos, inclusive os mais importantes. O Bulé ficou constituído por 500 membros, divididos em 10 comissões, uma para cada distrito, composto, cada um dos 10, de 50 membros e assim, superando o próprio Senado (Areópago), transformou-se no órgão principal do novo governo. A este governo foi dado o nome de Democracia, a qual atingiu seu ponto culminante com Péricles (461-429 a.C.).

Os povos gregos também debateram o justo e a justiça para além das normas, desenvolvendo o conceito de liberdade, expressão máxima da dignidade humana, tendo como fundamento a igualdade. Naquela época ainda era impensável um conjunto de normas que se colocasse acima do

próprio Estado, destarte os direitos humanos não tinham respaldo legal e, por isso, eram precários e assim permanecem ainda por alguns séculos. A grande contribuição do povo grego à questão dos direitos humanos se dá mais no âmbito das ideias: de liberdade política, racionalidade, princípios de moralidade universal e de dignidade humana (LEAL, 1997).

Os romanos, por sua vez, consolidam a lei como ferramenta para a regulação social por meio da Lei das Doze Tábuas, escrita durante o turbilhão provocado por transformações sociais, feita por patrícios, mas a pedido da plebe e pensada para o seu uso, considerada como o primeiro conjunto de leis consagradoras da liberdade, da propriedade e da proteção aos direitos do cidadão. Neste contexto, a questão dos direitos humanos passa pela premissa dos direitos naturais do ser humano, já que Roma tem ferramentas jurídicas bastantes e suficientes para formar e informar uma organização social. Apesar disso, a aplicação do direito romano possui sempre um forte elemento de desigualdade.

Segundo Taiar (2009):

[...] especificamente sobre os direitos humanos e seu reconhecimento público pela sociedade, o mundo jurídico greco-romano apresenta dois aspectos peculiares: a) não reconheceu os direitos humanos de forma expressa, em decorrência da sua concepção do Estado; e b) traçou os fundamentos do moderno reconhecimento desses direitos por meio da sua doutrina clássica sobre o direito natural. Significa dizer que, ao menos na teoria, os povos greco-romanos aceitaram a existência de direitos primários e até mesmo secundários dos seres humanos, embora não chegaram a positivá-los em textos legais.

A irrupção do cristianismo, a seu turno, trouxe dois aspectos fundamentais para a evolução dos direitos humanos: a dignidade da pessoa humana, criada à imagem e semelhança de Deus; e a fraternidade universal, já que toda a humanidade é filha do mesmo Pai celeste. Tal ideário influenciou a visão de toda a sociedade ocidental sobre o reconhecimento dos direitos do indivíduo. Ainda assim não havia uma regulação que tratasse das

relações entre povos e nações, estando à norma circunscrita praticamente somente às portas das cidades da antiguidade.

Na Idade Média há uma forte inter-relação entre Estado e Igreja, tendo o cristianismo já sido transformado em religião hegemônica. Dois componentes do cristianismo medieval levam ao questionamento da existência prática dos direitos humanos: reconhecimento da escravidão e a ausência de liberdade religiosa. Quanto à primeira, apenas eram malvistas os abusos, já a última, eram aplicados métodos brutais de repressão aos hereges, como o movimento da Inquisição, por exemplo, demonstra.

Por outro lado, foi construída, ao longo desse período, a ideia de direito de resistência ao poder público. Ademais, o soberano estava limitado ao direito natural e ao direito consuetudinário. Daí emerge a necessidade de elaboração de um documento escrito – e assinado pelo rei – que impusesse certas obrigações ao chefe de Estado e garantisse certos direitos e liberdades aos súditos. Esse processo levará à moderna tutela constitucional dos direitos humanos, sendo a *Magna Charta Libertatum* o documento de maior destaque no que concerne aos direitos humanos, tendo influenciado o direito constitucional moderno e o reconhecimento dos direitos humanos. Outorgada pelo rei João Sem-Terra, em 1215, trata-se de um pacto entre o rei e seus vinte e cinco barões, primeiro passo em direção do surgimento do constitucionalismo.

A Magna Carta previu: liberdade para a Igreja na Inglaterra, restrições tributárias, proporcionalidade entre delito e punição, princípios da justiça pública, previsão do devido processo legal, livre acesso à Justiça, liberdade de locomoção e livre entrada e saída do país. Para Soder (2008), ela “garantia as liberdades da nobreza e da Igreja, direito de resistência ao abuso da autoridade régia, o direito individual à liberdade e à posse”, trazendo ainda a novidade de haver uma autoridade que controlasse o cumprimento dessas obrigações pelo rei, um governo provisório, que posteriormente deu origem ao Parlamento. Havia documentos similares, tais como a *Bula Aurea*, de

André II da Hungria; e os *Privilégios Gerais*, de Pedro III de Aragão. Tais documentos representam também um primeiro passo na direção do reconhecimento dos direitos intangíveis do indivíduo.

Depois dos mencionados documentos, diversos outros foram sendo elaborados ao longo dos séculos. Paralelamente houve a transição do modo de produção feudal para o modo de produção capitalista e a reforma religiosa, inaugurando e permeando a Idade Moderna. Esse período trouxe as duas condições necessárias para o surgimento de um Direito Internacional antes não existentes: a existência de um conjunto de países; e respeito mútuo entre eles gerado pela cultura em comum. Foi somente no século XVIII, entretanto que houve o real reconhecimento da existência de direitos inerentes à pessoa humana. A preocupação com a construção de ferramentas para a efetivação dos direitos humanos também surgiu com as revoluções liberais: Revolução Inglesa, Revolução Americana e Revolução Francesa, que geraram, por sua vez, respectivamente, a *Bill of Rights*; a *Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia* (primeira declaração de direitos), a *Declaração de Independência dos Estados Unidos da América*; e a *Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão*. Cada um a seu modo contribuiu sobremaneira para a paulatina construção e efetivação dos direitos humanos.

Após o estabelecimento das bases discutidas até aqui, cada nação deu sua contribuição para a moderna acepção dos direitos humanos, às vezes por motivos de reorganização social pacífica, porém a maior parte do tempo no caudal de revoluções e tomadas de poder. As duas Grandes Guerras, entretanto, não só puíram a visão de civilização presente no mundo ocidental como também trouxeram os horrores de uma guerra total e com uma tecnologia muito mais avançada, voltada para o fabrico de armas e outros aparatos bélicos e, ainda, o mundo pôde testemunhar o Holocausto do povo judeu. Isso motivou a criação de uma instituição supranacional de modelo kantiano, resultado da soma de forças de todas as nações para o estabelecimento de regras internacionais de garantia dos direitos humanos: a

Organização das Nações Unidas. Essa instituição promulgou a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948.

3.2 Conceito atual de Direito Internacional dos Direitos Humanos

Conforme ensinou Garcia (2005), durante as últimas décadas do século passado, logo após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945), o mundo se tornou um palco propício para transformações no Direito Internacional, tendo em vista que as atrocidades ocorridas naquele conflito serviram de subsídios para mudanças nos princípios tradicionais, que outrora se viam como dogmas absolutos e incontestáveis. Viu-se emergir uma tensão dialética entre o que se entendia como princípios clássicos, que visavam garantir principalmente a soberania dos Estados, e os princípios recentes, que são o que hoje entendemos como a proteção internacional dos direitos humanos.

Vemos que o tema, mesmo com o passar dos anos e com a evolução da sociedade, continua bastante atual, tendo em vista que os direitos humanos passam por bastantes dúvidas no que tange à universalidade do direito em si e a cultura dos Estados. Por vezes, um Estado é dotado de costumes que vão de encontro à dignidade humana, e o que se questiona nesses casos é até onde o Direito Internacional dos Direitos Humanos vai de encontro ao Princípio da Soberania dos Estados, como menciona Taiar (2009).

Refletindo o que fora dito por Pureza (2004) sobre o ideário da proteção do Direito Internacional dos Direitos Humanos, podemos inferir sobre uma nova perspectiva formada que se rompe com o paradigma tradicional que outrora era observado, cuja norma baseava-se apenas como reguladora das relações entre os Estados Nacionais. O novo entendimento nos remete ao fato de que o analista do Direito deve adentrar na relação entre os Estados, pautada na reciprocidade, e penetrar ainda mais no cerne dos *sanctus sanctorum*, ou seja, no relacionamento entre o Estado e seus cidadãos.

Taiar (2009) afirma que a compreensão de Direitos Humanos vem de muitos anos (desde a Antiguidade Clássica), porém ganhou força após a Segunda Guerra Mundial. A necessidade de proteger e dar efetividade aos Direitos Humanos fez com que surgisse a disciplina que se vincula ao Direito Internacional Público, cuja finalidade é tutelar os bens fundamentais à vida, sejam eles: a própria vida humana, a liberdade, a dignidade, a honra e a segurança.

Com o fim da Segunda Grande Guerra, foi promulgada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, visando à proteção do ser humano em todo o mundo. Pela primeira vez na história, tais direitos foram observados com expresse cunho de universalidade.

Conforme menciona Miguel (2016), a proteção aqui referida visava à conversão dos interesses da comunidade do mundo inteiro e as necessidades, que antes eram matérias exclusivas dos Estados, em um sistema de proteção aos Direitos Humanos, por meio de um *corpus juris* robusto e capaz de representar todo um ordenamento jurídico internacional, denominado “Direito Internacional dos Direitos Humanos”.

De acordo com Piovesan (1999), a aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos trouxe com ela a concepção do desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos e, em decorrência disto, a adoção de inúmeros tratados que visam à proteção de direitos individuais fundamentais, que por muito tempo ficaram negligenciados. Esse mecanismo passou a normatizar o que hoje chamamos de Sistema Global de Proteção dos Direitos Humanos das Nações Unidas, que se constituem em um instrumento de alcance geral constituído por pactos internacionais de direitos civis e políticos e direitos sociais, econômicos e culturais, instituídos em 1966. Isso abrange um sistema que visa atender demandas do combate às violações dos direitos humanos (tortura, discriminação racial, violação dos direitos das crianças, discriminação contra mulheres, dentre outras).

3.3 Fundamentos do Direito Internacional dos Direitos Humanos

Segundo Taiar (2009):

A dignidade da pessoa humana é elemento principal no que diz respeito ao desenvolvimento do direito internacional. Como já enfatizado em outra oportunidade: “[...] a dignidade da pessoa humana é tanto o fundamento quanto o fim dos direitos fundamentais, para os quais atua como paradigma e por meio dos quais aflora corretamente”.

Ainda nos esclarece Sarlete (2006, p. 84 *apud* TAIAR, 2009, p. 223):

[...] verifica-se ser de tal forma indissociável a relação entre a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais que mesmo nas ordens normativas, onde a dignidade ainda não mereceu referência expressa, não se poderá – apenas a partir deste dado – concluir que não se faça presente, na condição de valor informador de toda a ordem jurídica, desde que nesta estejam reconhecidos e assegurados os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Com efeito, sendo correta a premissa de que os direitos fundamentais constituem – ainda que com intensidade variável – explicitações da dignidade da pessoa, por via de consequência e, ao menos em princípio (já que exceções são admissíveis, consoante já frisado), em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa.

Guerra (2007) nos ensina que o totalitarismo Hitleriano arrancou da humanidade valores que deveriam ser inerentes a ela, fazendo com que as pessoas fossem vistas como objetos, tratando-as como coisas descartáveis e levando milhões à morte. Viu-se no Estado o grande violador dos direitos humanos, e isso rompeu com a evolução histórica que vinha se construindo, notadamente pelos princípios pregados pelo cristianismo e, por isto, houve a necessidade de uma reconstrução do que se entendia por direitos humanos individuais. Se a Segunda Guerra mundial representa a ruptura com os paradigmas humanitários, pode-se dizer que o seu término traz a reconstrução e idealização deles.

Ressalte-se que a dignidade humana se traduz da designação dos “direitos fundamentais da pessoa humana” ou apenas “direitos fundamentais” (TAIAR, 2009 *apud* BONAVIDES, 1997).

Conforme Taiar (2009, p. 228 *apud* SILVA, 2000, p. 182):

“No qualitativo ‘fundamentais’ encontra-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive”. O qualitativo da “pessoa humana” implica que tais situações “a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados”. Portanto, “direitos humanos” significa dizer direitos fundamentais da pessoa humana.

Taiar (2009) ainda nos ensina que, sob a égide até aqui apresentada, chegamos ao cerne de que o fundamento dos direitos humanos reside no próprio ser humano e em sua dignidade, que, no que lhe diz respeito, possui em si características próprias, sejam elas: liberdade; autoconsciência; historicidade; sociabilidade; e unidade existencial. São esses parâmetros que formam o complexo conjunto dos direitos humanos.

Segundo o entendimento de Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues Guerra, temos que:

[...] liberdade consiste na “fonte da consciência moral, da faculdade de julgar as ações humanas segundo a polaridade entre o bem e o mal”, portanto, tratando-se de uma característica inerente e única do ser humano, pessoa capaz de agir segundo sua própria vontade, livre, empreendedor, transformador, que impede a sobreposição de instintos naturais à razão. A autoconsciência consiste na capacidade de refletir que o ser humano goza em seu estado de liberdade e que faz da pessoa capaz de se ver inserida no mundo e ter “a consciência de sua própria subjetividade no tempo e no espaço, sobretudo consciência de sua condição de ser vivente e mortal”. A sociabilidade caracteriza o indivíduo, que é capaz e dotado de uma vida social, “terreno fértil para o desenvolvimento das potencialidades e capacidades humanas”. A historicidade é “a substância da natureza humana [...], isto é, vive em perpétua transformação, pela memória do passado e o projeto do futuro”, o ser humano em si está em constante transformação. Por fim, ressalta o autor que “cada um de nós, cada indivíduo, cada ser humano é

único no mundo, detentor de especificidades e singularidades, que o tornam insubstituível". (GUERRA, 2006)

Tudo que impregnou o ser humano e o tornou único, ou seja, seu meio, sua família, sua história, cultura e idioma, faz parte de suas raízes e, portanto, faz parte de sua dignidade. Os ataques à dignidade humana não se restringem à utilização de técnicas sofisticadas, tais como, a difamação, discriminação de qualquer cunho ou escárnio social. Quando o homem é privado de dispor de seu corpo, quando ele é humilhado, física ou moralmente, sua dignidade é ferida no âmago existencial e isto é irreparável. A integridade física consiste no último reduto existente em que o homem é ele mesmo. Quando esse espaço de existência é infringido, nada mais resta de ser humano, conforme menciona Fleiner (2003).

4 A PREPARAÇÃO DO EXÉRCITO BRASILEIRO EM MATÉRIA DE DIREITOS HUMANOS PARA AS OPERAÇÕES DE GARANTIA DA LEI E DA ORDEM

A difusão na tropa de noções de Direito Constitucional Brasileiro, uma vez que com a adoção do novo texto outorgado em 1988, uma série de direitos e garantias fundamentais tornaram-se cláusulas pétreas no ordenamento jurídico brasileiro. O título II da Carta Magna é dedicado aos direitos e garantias fundamentais, e seu artigo 5º engloba setenta e oito incisos que descrevem os direitos e garantias fundamentais individuais e coletivas, inspirados, sobretudo, na legislação internacional que tratam sobre os direitos humanos.

Essa preparação dos militares, sobretudo do Exército Brasileiro, forneceu os subsídios necessários para a execução das tarefas necessárias as Operações de Garantia da Lei e da Ordem, que são basicamente as mesmas

executadas pelas Polícias Militares Estaduais, conforme o artigo 16-A²² da Lei Complementar 97 de 9 de junho de 1999. Com isso, buscou-se garantir que, durante as ações operativas, direitos como o de liberdade, à vida e segurança pessoal fossem respeitados.²³

Em Operações de Garantia da Lei e da Ordem como as ocorridas no Complexo da Maré²⁴ no Rio de Janeiro, houve a utilização de requisição administrativa para adentrar as residências e ocupar as lajes superiores, a despeito das demandas operacionais. O Comandante de Pelotão conduzia a requisição em duas vias, numeradas e assinadas pelo Comandante da Força Tarefa, preenchia-a com o nome da rua e o número da casa. Uma via era deixada com o morador, que evitava represálias dos criminosos locais. A outra via era anexada ao relatório do Pelotão com todas as circunstâncias e justificativas, baseando-se no artigo 5º, XXV, da Constituição Brasileira: “[...] no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano”.

Esse procedimento imprimiu mais transparência e legalidade às ações das tropas em Op GLO, assegurando o direito fundamental previsto na Constituição brasileira de 1988, de inviolabilidade de domicílio conforme seu inciso XI:

[...] a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

²² Artigo incluído pela Lei Complementar nº 136, de 25 de agosto 2010.

²³ Artigo III da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 - Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

²⁴ Conjunto de favelas localizado na Zona Norte da cidade do Rio de Janeiro, com uma extensão de cerca de 800 mil metros quadrados e com aproximadamente 129 mil habitantes.

Alinhado com o artigo XII da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em que se lê:

Ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, **em seu lar** ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques. (grifo nosso)

Além disso, houve um trabalho integrado e de interações, que promoveu o acesso a serviços públicos essenciais como as concessionárias de água, energia elétrica, atendimento médico-hospitalar, assistência social e psicológica, regularização e emissão de documentos básicos, dentre outros. Tudo isso levou dignidade às populações mais carentes. Essas ações, inseridas no contexto das Operações de Garantia da Lei e da Ordem, buscam recuperar a confiança e apoio da população e garantir direitos fundamentais contidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos, como em seu artigo XXI, 2: “Todo ser humano tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país”; e no artigo XXII – “Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à (...) direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade”.

A adoção dos Cartórios Militares nas Operações de Garantia da Lei e da Ordem permite um acompanhamento jurídico especializado mais próximo à área onde se desenrolam as ações operativas; confere maior segurança aos militares; e assegura que sejam observados os direitos descritos tanto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, sobretudo o contido em seu artigo IX – “Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado”, como na Constituição Federal Brasileira em seu artigo 5º, LXI:

(...) ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

A presença de militares especialistas da Polícia do Exército, sobretudo à disposição dos Cartórios Militares, que possuem qualificação e adestramento diferenciados, sendo especialistas em atividades que exigem maior proximidade de civis, como: policiamento de pessoal e de trânsito, controle de deslocados civis, processamento, escolta e guarda de Prisioneiros de Guerra e desertores, assim como trato com refugiados, propiciam uma atenção especial aos direitos dos presos e detidos colocados sob sua custódia, assim como um eficaz assessoramento às tropas não especializadas e com pouca familiaridade com essas ações. Com isso é possível zelar pelos direitos assegurados pela DUDH, em seu artigo V: “Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”. E pela Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 5º, XLIX: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

A transmissão de noções sobre os Códigos de Processo Penal Militar e sobre o Código Penal Militar fornece subsídios para que os militares cumpram corretamente as normas jurídicas, principalmente referentes aos procedimentos ao prender, procedimentos de coleta de provas e preservação de locais de crime para perícias, normatização referente ao ato de lavratura de autos de prisão, dentre outros. Com isso atendendo a Constituição Brasileira em garantias, como o artigo 5º, LVI – “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”; e a DUDH, em seu artigo XI, 1:

Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido **asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa**. (Grifo nosso).

O Brasil é um país de tradições pacíficas, conforme demonstrado pela sua postura ao longo de sua história, sempre se posicionou a favor da garantia dos direitos humanos, fato este refletido nas bases que compõem sua Constituição Federal de 1988, que traz em seu texto diversos mandamentos

presentes na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e os trata como Cláusulas Pétreas.

Dessa forma não poderia ser diferente no que concerne às Operações de Garantia da Lei e da Ordem, na qual as bases para esse tipo de operações repousam em alicerces estruturados pela legalidade, legitimidade e o respeito aos direitos humanos.

5 CONCLUSÃO

As Operações de Garantia da Lei e da Ordem, amplamente utilizadas pelo governo brasileiro no combate à criminalidade, estão reguladas por uma ampla gama de leis, decretos, regulamentos e normas, civis e militares. Essas operações são muito semelhantes aos modernos conflitos assimétricos que vem ganhando espaço no cenário internacional.

Da necessidade de conferir legalidade e segurança jurídica para os militares envolvidos nas Operações de Garantia da Lei e da Ordem, foram adotadas uma série de modificações jurídicas e doutrinárias, sobretudo para adequar as operações aos novos parâmetros legais que entraram em vigor com a outorga da Constituição brasileira, em 1988.

A Constituição Federal de 1988 é a base de todas as normativas jurídicas brasileiras, dela emanam todos os princípios, garantias e diretrizes que guiam os diplomas legais nacionais. A Carta Magna brasileira é conhecida como Constituição Cidadã devido à profunda importância que os constituintes deram aos direitos e garantias fundamentais, buscando em diversas fontes internacionais, como tratados e outros diplomas legais, inspiração para elaboração de seu texto.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos tem em sua aplicabilidade um caráter universal, e suas garantias são irrenunciáveis por parte do indivíduo, não estando, desta forma, limitado a situações de exceção

como, por exemplo, durante conflitos armados, pautando-se, primordialmente na dignidade do ser humano.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi um dos grandes marcos internacionais sobre os direitos humanos, que ganhou força com o apoio da Organização das Nações Unidas e todo o sistema de segurança internacional, impulsionado pelas atrocidades cometidas durante a II Guerra Mundial, abrindo caminho para a criação e adoção internacional de uma série de normas a respeito do assunto.

A Carta Magna brasileira de 1988, normativa originária de todo o arcabouço jurídico brasileiro, é fortemente influenciada pelos princípios dos direitos humanos, inclusive nela constantes como cláusulas pétreas, “contaminando” toda a legislação nacional no sentido de proteção e respeito aos direitos humanos em todas as suas vertentes.

Ressalta-se a ampla adesão do direito brasileiro às normas internacionais de respeito aos direitos humanos, como podemos observar, por exemplo, no artigo 5º da Constituição e seus setenta e oito incisos que apontam os direitos e garantias que são adotados pelo Brasil na proteção da pessoa humana.

As Forças Armadas, sobretudo o Exército Brasileiro, já no alvorecer da década de 1990, adotaram diversas medidas para interiorizar a recém-outorgada norma constitucional e promover a adequação de suas atividades operativas aos preceitos nela contidos.

As regras de engajamento implementadas, as normas de conduta e a modificação de técnicas, táticas e procedimentos empregados em Operações de Garantia da Lei e da Ordem, como a criação de cartórios militares, a ampla utilização de assessores jurídicos, emprego de pessoal especializado para o trato com elementos presos e a presença de médicos militares para atestar a higidez física dos elementos sob custódia, que foram adotados pelo Exército Brasileiro, permitiram assegurar a observação dos princípios norteadores do Direito Internacional dos Direitos Humanos e influenciar a

preparação, o planejamento das ações e o emprego operativo em Operações de Garantia da Lei e da Ordem.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 514.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824*. Governo Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 02 mar. 2023.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988*. Senado Federal. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_E_C91_2016.pdf. Acesso em: 02 mar. 2023.

_____. Decreto Nº 3897, de 24 de agosto de 2001. Estabelece as diretrizes para o emprego das Forças Armadas para garantir a lei e a ordem, e dá outras providências. *Imprensa Nacional*, 24 de agosto de 2001.

_____. *Decreto-Lei N º 1.002, de 21 de outubro de 1969*, Código de Processo Penal Militar.

_____. *Lei Complementar nº 136, de 25 de agosto 2010*.

BRASIL. Lei Complementar 97/99, de 9 de junho, estabelece regras gerais para a organização, preparação e uso das Forças Armadas. *Diário Oficial da União*. Imprensa Nacional, 9 de junho de 1999.

_____. Lei Complementar 117, de 2 setembro de 2004, modifica a Lei Complementar 97, de 9 de junho de 1999, que estabelece regras gerais para a organização, preparação e emprego das Forças Armadas, para estabelecer novas atribuições subsidiárias. Imprensa Nacional, *Diário Oficial da União* de setembro de 2004.

EXÉRCITO BRASILEIRO. *Manual de Campanha Operação de Garantia da Lei e da Ordem*. EB70-MC-10.242. Brasil. 1. ed., 2018.

FLEINER, Thomas. *O que são os direitos humanos?* São Paulo: Max Limonad, 2003.

GARCIA, Emerson. *Proteção internacional dos direitos humanos: breves reflexões sobre os sistemas convencional e não-convencional*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

GAVAZZONI, Aluisio. *História do Direito: dos sumérios até a nossa era*. 2 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.

GUERRA, Bernardo Pereira de Lucena Rodrigues. *Direito Internacional dos direitos humanos: nova mentalidade emergente pós-1945*. Apresentação de Flávia Piovesan. 1. ed., 2006, 2. tir. Cuiabá: Juruá, 2007.

LEAL, Rogério Gesta. *Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; Santa Cruz do Sul; EDUNISC, 1997.

MINISTÉRIO DA DEFESA. *Histórico de Operações de GLO 1992-2020*. BRASIL: 2020. Disponível em: https://www.defesa.gov.br/arquivos/exercicios_e_operacoes/glo/1.metodologia_de_estudo.pdf. Acesso em: 20 mar. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Carta das Nações Unidas*. ONU. Disponível em: <https://www.un.org/es/charter-united-nations/>. Acesso em: 02 mar. 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948*. ONU. Disponível em: https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf. Acesso em: 03 mar. 2023.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos globais, justiça internacional e o Brasil. *Revista Fundação da Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Território*, Brasília, v. 8, 1999, p. 93-110.

PUREZA, José Manuel. *Direito internacional e comunidade de pessoas: da indiferença aos direitos humanos. Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 73-100.

SILVA, Jose Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SODER, José. *Direitos do homem*. São Paulo: SRS Editora, 2008, p. 51.

SOUZA, Marília Carolina Barbosa de. *O conceito de áreas não-governadas ou black spots e os desafios políticos e teóricos para a agenda de segurança do pós-Guerra Fria*. Instituto de Estudos Econômicos e Internacionais: UNESP, 2012, p.11.

TAIAR, Rogério. *Direito internacional dos direitos humanos: uma discussão sobre a relativização da soberania face à efetivação da proteção internacional dos direitos humanos*. 2009. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

O crime de deserção nas Polícias Militares: a subsunção ao crime de abandono de cargo¹

Andréia Oliveira Matos Tavares

Especialista em Gestão da Ordem Pública pela Faculdade da PMSC – FAPOM. Especialista em Direito Processo Civil pela Faculdade CEUT.

Bacharel em Direito pela UESPI. Capitão da PMPI.

ORCID: 0009-0005-8672-8565

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6119749053295047>

E-mail: andrea_mtv@hotmail.com

Revisores: Luciano Moreira Gorrilhas (ORCID: 0009-0005-0678-471X; e-mail: Luciano.gorrilhas@mpm.mp.br)

Antonio Carlos Gomes Facuri (ORCID: 0009-0006-8038-8288; e-mail: antonio.facuri@mpm.mp.br)

Data de recebimento: 30/03/2023

Data de aceitação: 31/03/2023

Data de publicação: 30/05/2023

RESUMO: O objetivo deste trabalho é fomentar uma releitura do crime de deserção no âmbito das polícias militares, direcionando os aplicadores do direito penal militar à interpretação pautada nos princípios da legalidade e da taxatividade da norma penal. Nesta esteira, será realizada a contextualização histórica de como ocorria o recrutamento militar no Brasil, correlacionando tal prática às causas da deserção no âmbito das Forças Militares e com as razões de política criminal de positivação desse crime no Código Penal Militar na atual redação, refutando-se a subsunção das condutas de deixar de comparecer ou faltar ao serviço, comumente embasadoras das partes de ausência, e consequentes Instruções Provisórias de Deserção. Com caráter

¹ Artigo científico apresentado como trabalho de conclusão do curso de pós-graduação em Gestão da Ordem Pública pela Faculdade da PMSC – FAPOM, 2022, sob orientação de Clóvis Lopes Colpani, Coronel da Reserva Remunerada da PMSC, Mestre em Direito pela UFSC, e-mail: cloviscolpani@gmail.com.

bibliográfico, a pesquisa foi construída a partir de consultas à legislação militar, arquivos históricos do Brasil, normas constitucionais vigentes e revogadas, normas do direito comparado, doutrina, artigos publicados em periódicos eletrônicos e jurisprudências. Empregou-se, quanto ao método da pesquisa, a dialética, sendo apresentado o tema da deserção sob diferentes teses, tendo como problemática a subsunção da conduta de deixar o policial militar de comparecer ao serviço. Ao final, restará demonstrado que as condutas ora refutadas como deserção amoldam-se ao crime de abandono de cargo, do Código Penal Militar, se causarem prejuízos à Administração Militar e ao dever funcional, não se exigindo, para a configuração do tipo, a existência de qualquer lapso temporal, em total obediência aos preceitos constitucionais emanados do princípio da legalidade, dialogando com enquadramento à transgressão disciplinar militar, acaso prevista, na hipótese de ausência dos danos supracitados.

PALAVRAS-CHAVE: deserção; legalidade; polícias militares; subsunção; abandono de cargo.

ENGLISH

TITLE: The crime of desertion in Military Police: the subsumption to the crime of leaving office.

ABSTRACT: The objective of this work is to promote a rereading of the crime of desertion within the military police, directing the applicators of military criminal law to the interpretation based on the principles of legality and the taxability of the criminal norm. In this wake, the historical contextualization of how military recruitment occurred in Brazil, correlating this practice to the causes of desertion within the military forces, and with the reasons of criminal policy of positive of this crime in the Military Penal Code with the wording that is found, refuting the subsuming the conducts of not attending or missing the service, commonly basing the absence parties, and subsequent Provisional Desertion Instructions. With a bibliographic character, the research was constructed from consultations with military legislation, historical archives of Brazil, constitutional norms in force and revoked, norms of comparative law, doctrine, articles published in electronic journals and jurisprudence. Dialectics were used in terms of the research

method, presenting the theme of desertion under different theses, having as problematic the subsumption of the conduct of letting the military police officer attend the service. In the end, it will be demonstrated that the conducts now refuted as desertion are molded to the crime of abandonment of office, the Military Penal Code, if they cause damage to the Military Administration and functional duty, not requiring, for the configuration of the type, the existence of any time lapse, in total obedience to the constitutional precepts emanating from the principle of legality, dialoguing with the framework for military disciplinary transgression, in the event of absence of the above-mentioned damages.

KEYWORDS: defection; legality; criminal; military police; subsumption; abandonment of office.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Contextualização histórica e jurídica da deserção – 2.1 Aspectos históricos das causas da deserção nas forças militares – 2.2 Aspectos legais do crime de deserção e do crime militar de abandono de cargo – 3 Os princípios da legalidade e da taxatividade da norma penal e o crime de deserção – 4 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A deserção é o crime militar próprio que mais abala as instituições militares. Alguns doutrinadores apontam ser ele um crime de mera conduta, formal e instantâneo, visto que a sua consumação ocorre quando se completam os oito dias de ausência estabelecidos pela lei. Previsto no artigo 187 do Código Penal Militar, possui ainda os casos assimilados descritos no artigo 188, a deserção especial no artigo 190; e ainda a deserção por evasão ou fuga prevista no artigo 192.

Por ser um tema bastante complexo, buscou-se, por meio do desenvolvimento de uma pesquisa bibliográfica, subsidiar uma releitura ao

delito, conduzindo a interpretação dessa norma jurídica a partir de uma digressão histórica, a fim de extrair o conteúdo normativo da lei e permitir um entendimento mais progressivo e evolutivo dentro do contexto em que ela é aplicada.

É cediço que cabe à Política Criminal os estudos necessários para a definição de condutas típicas no campo penal. Por essa razão, fez-se necessária a proposição da submissão do crime de deserção à releitura no âmbito das instituições policiais militares, a partir do questionamento se a conduta de deixar de comparecer ao serviço deve ser considerada deserção, quando a conduta descrita no tipo penal é a de ausentar-se o militar, sem licença, da unidade em que serve ou do lugar em que deve permanecer, por mais de oito dias.

Nesta rota, ao promover os questionamentos sobre a conduta no crime de deserção, asseverou-se que ela exige um elemento subjetivo voltado para atingir o dever militar e o serviço militar, bens jurídicos tutelados pela norma penal, sendo o dever militar o previsto no artigo 142 da Constituição Federal, e o serviço militar o estabelecido no artigo 143 da norma constitucional.

Não obstante, tem-se considerado desertor todo aquele que deixa de comparecer ao serviço e permanece nessa condição por oito dias, em razão de os estatutos militares estaduais conceituarem juridicamente o ausente a que se refere o Código de Processo Penal Militar, ampliando o alcance da norma penal do indigitado artigo para amoldar ao crime de deserção a conduta daquele que deixar de comparecer à sua organização militar sem comunicar qualquer motivo de impedimento.

O trabalho procurou, em arquivos históricos e pesquisas científicas publicadas na *internet*, as razões da deserção, encontrando sua principal causa no recrutamento forçado durante o Brasil império, no qual homens que possuíam entre dezoito e quarenta anos de idade eram capturados para servirem nas Forças Militares. Acrescentem-se os castigos corporais, as

precárias condições de permanência nos destacamentos, o afastamento de seus familiares por longos períodos, dentre outras situações que reforçavam o desejo de fuga e a repugnância ao serviço militar.

Neste sentido, longe de fomentar a impunidade à ausência irregular do policial militar, procurou-se com a pesquisa fundamentar juridicamente que a conduta de deixar de comparecer ao serviço amolda-se ao crime de abandono de cargo, previsto no artigo 330, do Código Penal Militar, cujo bem jurídico tutelado é a Administração Militar e o dever funcional, deixando de enquadrar tal ato ao crime de deserção.

Assim, como o assunto engloba um amplo espectro, com o objetivo de delimitá-lo, o trabalho concentrou-se na seguinte questão: a descrição típica normativa do crime de deserção permite a subsunção da conduta do policial militar de deixar de comparecer ao serviço ou de faltar ao serviço?

Demonstrar-se-á ao longo da pesquisa que, para se atingir os bens jurídicos tutelados pelo crime de deserção, é condição impreterível que o policial militar já se encontre no serviço policial militar, no local objeto do crime de deserção, do qual poderá se extrair, por ser um crime doloso, o elemento volitivo próprio desse crime: a vontade de retirar-se, de ausentar-se, de fugir do serviço militar e do dever militar.

Para comprovar ou refutar as hipóteses aqui compreendidas, a pesquisa teve por objetivo geral averiguar se a subsunção do crime de deserção engloba a conduta de “deixar de comparecer” ou “faltar ao serviço” em razão do princípio da estrita legalidade da norma penal.

Atrelando-se ao objetivo principal os objetivos específicos deste trabalho, buscou-se analisar historicamente as causas de deserção para demonstrar que o seu contexto de aplicação difere da situação atual, em que são voluntários o ingresso e a permanência nas Polícias Militares; comparar os aspectos legais que distinguem o crime de deserção do crime de abandono de cargo. Ao final será apresentada uma interpretação do crime de deserção à luz dos princípios da legalidade e da taxatividade da norma penal.

Por se cuidar de tema estritamente teórico, a pesquisa teve caráter bibliográfico, sendo construída a partir de consultas na legislação militar, arquivos históricos do Brasil, decisões e documentos com conteúdos relacionados ao tema discutido, normas constitucionais vigentes e revogadas, normas do direito comparado, doutrina, artigos publicados em periódicos eletrônicos e jurisprudências.

Ademais, empregou-se o método bibliográfico no procedimento, visto ter sido elaborada a fundamentação teórica a partir desses conteúdos colacionados, aplicando-se uma observação assistemática quanto à coleta de dados, por ser a mais adequada aos estudos exploratórios e responder aos objetivos dos trabalhos.

Por essa razão, quanto ao método da pesquisa, utilizou-se a Dialética, sendo apresentado o tema da deserção sob diferentes teses, tendo como problemática a subsunção da conduta de deixar o policial militar de comparecer ao serviço. Assim, procurou-se realizar inicialmente um levantamento da posição dos principais juristas e doutrinadores, contrapondo a citada posição com os princípios da legalidade, propondo-se uma releitura e readequação ao crime de abandono de cargo, na hipótese de reconhecimento de lesão à Administração Militar e ao dever funcional.

Quanto aos objetivos da pesquisa, empregou-se o método exploratório por envolver levantamento bibliográfico em sua construção. A abordagem do problema realizou-se por meio de uma pesquisa qualitativa, e a análise das informações coletadas se deu sob uma perspectiva jurídica, atribuindo significados mais aproximados do texto legal e dos termos técnicos utilizados no meio militar.

O trabalho se desenvolveu em três capítulos, sendo o primeiro voltado para uma abordagem de amplo espectro histórico, a fim de contextualizar as causas da prática do crime de deserção no Brasil e as razões da redação que lhe era empregada, desde o Regulamento do Conde de Lippe até o Código Penal Militar de 1969. Gizados os contornos iniciais, o segundo

capítulo apresentou os aspectos legais da norma penal militar, cotejando os critérios adotados pelo legislador quando do agrupamento dos crimes em capítulos, analisando os bens jurídicos tutelados pelo crime de deserção e pelo crime de abandono de cargo.

Em última análise, o terceiro capítulo consolidou as refutações ao crime de deserção da forma como é aplicado, propondo uma releitura, a fim de que possa ser interpretado à luz do princípio constitucional, amoldando a conduta de “deixar de comparecer” ao crime de abandono de cargo do Código Penal Militar, dialogando com a possibilidade de enquadramento à transgressão disciplinar, quando ausentes danos potenciais à Administração Militar e ao dever funcional.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA E JURÍDICA DA DESERÇÃO

O crime de deserção insere-se no contexto dos crimes militares de alta relevância para as Forças Armadas. A ausência do militar prejudica a interoperacionalidade da tropa, cujo emprego é antecedido por criterioso planejamento e preparo logísticos, com previsão detalhada de efetivo e recursos bélicos para a execução de estratégias e incursões militares. Pode-se considerar essa a causa pela qual a sua criminalização ser um dos instrumentos mais utilizado pelas Forças Armadas para manutenção da regularidade na prestação de suas missões institucionais.

Por esta razão, analisar historicamente as causas da prática de deserção das forças militares brasileiras, torna-se crucial para demonstrar que o contexto de aplicação difere da situação atual, da qual, dentre os principais aspectos destaca-se a voluntariedade no ingresso e permanência nas Polícias Militares.

Cotejar a maneira como ocorriam os recrutamentos para o serviço militar, e ainda, comparar os aspectos legais que distinguem o crime de deserção, como crime contra o dever militar e o serviço militar, do crime de

abandono de cargo, como crime contra a Administração Militar, será essencial para se trilhar até a conclusão do trabalho, destacando a importância da alocação topográfica dos crimes no Código Penal Militar por agrupamento de bens jurídicos protegidos.

2.1 Aspectos históricos das causas da deserção nas forças militares

A deserção era um problema crônico dos exércitos setecentistas (BRITO, 2018). Por diversas razões os incorporados fugiam dos seus destacamentos, podendo-se atribuir a evasão à covardia, ao medo da guerra, ao afastamento da família, aos maus tratos, à rudeza da disciplina militar, à violência dos castigos corporais infligidos e aos baixos soldos.

Compreender as razões de política criminal da tipificação dessa conduta é essencial e necessária, tornando-se primordial a incursão histórica dos comportamentos recorrentes de verdadeira luta entre a população de jovens pobres do Brasil desde tempos remotos e o Estado, enquanto capturador desses jovens.

O problema da deserção não se restringiu apenas ao período setecentista, pois, desde a implantação dos exércitos permanentes como exigência para manutenção da defesa dos territórios dos países, obrigou-se a permanência das formações militares em tempo integral. As fugas dos grupamentos formados sempre ocorriam, e, para coibir a prática, a responsabilização aplicada aos que eram capturados era rigorosa.

Desde o tempo da antiguidade, ao desertor era atribuído um tratamento rigoroso para sua responsabilização. Roth (2004, p. 144) afirmou que em Roma havia a distinção entre o desertor e o emansor, na qual este desejava retornar à sua Unidade e aquele abandonava a Unidade militar a que pertencia com ânimo definitivo. Ao desertor reconduzido ao serviço militar depois de capturado eram impostas as mais severas penas, desde ter cortados os pés e as mãos até ser queimado vivo.

A criminalização da deserção e a imposição de suas penas com rigor ocorreram como medida para coibir os trãnsfugas e persuadir a covardia dos que temiam o enfrentamento de uma guerra. No Brasil Império até o final do século XIX, quando foi promulgado o Código Penal da Armada, aplicavam-se os Artigos de Guerra do Regulamento para o Exercício e Disciplina dos Regimentos de Infantaria dos Exércitos de S. M. Fidelíssima, também conhecido por “Regulamento de 1763”, cujo Capítulo XI estabelecia os castigos aplicados aos delitos militares (PORTUGAL, 1763, p. 156).

Aos recrutas que eram incorporados a qualquer regimento era imposto o juramento de fidelidade às bandeiras, sob a solenidade disposta no Capítulo XII, do Regulamento de 1763 (PORTUGAL, 1763, p. 160), o qual determinava que fosse explicado aos Batalhões que quem se ausentasse do seu Regimento sem licença era considerado infiel e culpado por perjúrio, portanto, recairiam sobre o infrator as duras penas.

Durante o Brasil imperial, o recrutamento era forçado e executado mediante captura de quem estava apto a servir ao Exército e à Armada. As prisões dos aptos ao recrutamento eram amparadas, inclusive, por norma constitucional, com previsão no Art. 179, inciso X, da Constituição do Brasil de 1824, a qual estabelecia uma exceção à prisão para os casos de recrutamento do Exército (BRASIL, 1824):

X. A exceção de flagrante delito, a prisão não pode ser executada, senão por ordem escrita da Autoridade legítima. Se esta for arbitrária, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar. O que fica disposto acerca da prisão antes de culpa formada, não compreende as Ordenanças Militares, estabelecidas como necessárias á disciplina, e recrutamento do Exército; nem os casos, que não são puramente criminaes, e em que a Lei determina todavia a prisão de alguma pessoa, por desobedecer aos mandados da justiça, ou não cumprir alguma obrigação dentro do determinado prazo.

Santos (2020) em importante estudo afirma que o recrutamento militar para o Exército e à Armada foi denominado de Tributo de Sangue², em razão do emprego de violência e arbitrariedade, sendo usado como mecanismo de controle social. Por essa razão, a população brasileira formada por homens livres e pobres considerava degradante o recrutamento para o Exército, pois além de ser uma instituição de caráter punitivo, devido aos inúmeros castigos recebidos pelos recrutas, o soldo era ínfimo, o que impossibilitava o acesso ao mínimo necessário para o sustento de suas famílias.

Como resultado das capturas, não seria outro o desejo alimentado pelos jovens obrigados a servirem ao Exército ou à Armada Brasileira senão o de fugir. O risco de fuga nos destacamentos era reconhecido pelas Forças Militares, tanto que, na expedição de instruções do Imperador datadas de 10 de julho de 1822, determinou-se o modo pelo qual era realizado o recrutamento³ (BRASIL, 1822, p. 58), estabelecendo-se escolta para guardar os recrutas, “sem que jamais empreguem correntes, algemas, ou manilhas”.

A preocupação do império era com a quantidade de recrutas em número suficiente para o funcionamento dos serviços militares nos quartéis e nos navios da Armada. As competências individuais dos militares não eram avaliadas, não sendo encontrados esforços no sentido de proporcionar perspectivas de dias melhores para a profissão militar.

Na mesma instrução datada de 10 de julho de 1822 (BRASIL, 1822, p. 56), as recomendações do império evidenciam o controle social executado por meio do recrutamento, determinando que sejam recrutados os indivíduos que não possuíam ocupação pública ou lícita e os ociosos, por serem delitos a

² Tributo de Sangue era como os cidadãos do Império faziam referência às levas do recrutamento militar durante o século XIX. Essa expressão serve para justificar as práticas sangrentas muito comuns na operação de recrutar pessoas em via pública (SANTOS, 2020).

³ XV. Os Comandantes dos Distritos irão remetendo ao Quartel General sucessivamente os recrutas que se forem apurando, acompanhados de competente escolta para sua guarda, sem que jamais empreguem correntes, algemas, ou manilhas.

ociosidade, a mendicância, a vadiagem, a capoeiragem, conforme identificado por Santos (2020):

[...] e Reconhecendo por tanto o Príncipe Regente a necessidade de um mais ativo Recrutamento, que [...] compreenda os indivíduos, que por nenhuma publica ocupação, ou legal indústria, viveiros de criminosa ociosidade, só lhes servem de impedimento; Manda, [...] para procederem ao Recrutamento, [...] por cuja literal execução lhes incumbe a mais estrita responsabilidade; mandando primeiro nesta Côte fazer constar, [...] afim de que seja manifesto, que S. A. Real. prefere os meios de brandura e suavidade às necessárias medidas de rigor.

Esse permanente conflito entre o Estado e a população pobre se caracterizava pela maneira bruta com que o recrutamento era executado, em razão da forma violenta para capturar os jovens em via pública e sujeitá-los a uma vida dura de muito trabalho rude sob intensa disciplina, que chegava a durar nove anos, para os que se apresentavam voluntariamente, e quinze anos serviço para os que eram recrutados à força (NASCIMENTO, 2001, p. 69).

Em 1858, o Presidente da Província do Ceará associou a carestia dos gêneros alimentícios ao recrutamento que tirava da província um quantitativo de jovens aptos a trabalhar na agricultura e nas indústrias, e uma parcela maior desses jovens viviam foragidos, ocultos, inclusive de suas famílias, com medo de serem submetidos ao serviço militar obrigatório (BRASIL, 1858), uma vez que o serviço nas forças militares no Brasil era visto com repugnância.

Nessa toada, para balizar as razões pelas quais os jovens fugiam de suas províncias e, após o recrutamento, de seus destacamentos, é importante trazer a lume as locuções dos deputados da Câmara Federal, em sessão do parlamento datada de 11 de maio de 1826, na qual fora denunciada a forma com a qual a província do Ceará tratava os recrutados, para o exército e à armada, e os conduziam para o Rio de Janeiro, oportunidade em que descreveram como desumano o tratamento, que ocasionou a morte de 553 pessoas (BRASIL, 1826, p. 43):

Sr. Deputado Albuquerque – O governo do Ceará ofereceu 3,000 homens para o serviço militar tanto do exército como da marinha do império, e oficiou ao mesmo tempo ao governo de Sua Majestade que mandasse as embarcações, precisas. Não obstante isto fretou duas embarcações, um brigue, em que fez embarcar 232 pessoas, e uma sumaca dentro da qual meteu 150. Não sei quantos destes infelizes morreram no brigue, mas na sumaca morreram 68. Eu sou testemunha ocular, porque vim nela.

Na citada sessão, o Deputado Cunha Mattos afirmou que cidadãos brasileiros preferiam a morte a ser transportados para o Rio de Janeiro, uma vez que não eram enviados como homens e sim como “bestas de carga; manda-os para o Rio de Janeiro carregados de algemas e gargalheiras ao pescoço! E são estes os defensores da pátria?” (CUNHA MATTOS, 1826, p. 44).

Muitas razões nutriam o desinteresse dos jovens brasileiros no século XIX de se tornarem soldados: o temor de permanecer bem mais do tempo de serviço obrigatório; o afastamento de sua família; o soldo ínfimo; além da sujeição aos castigos corporais existentes e a rudeza da vida na caserna. Acrescente-se a perspectiva de guerra durante o século XIX que estava sempre presente.

Em continuada análise, importante é a pesquisa conduzida por Mendes (2004, p. 124), o qual leciona que a deserção constituía um componente estrutural do Exército e que não tinha o conteúdo moral da “traição da pátria” para a população, em razão da banalidade como ocorria; e que as razões que tornavam difícil e ineficaz o recrutamento eram as mesmas que favoreciam as altas taxas de deserção.

Nesse período, é importante compreender o crime de deserção como instrumento de política criminal para se assegurar o mínimo de incorporados aptos a substituírem as baixas nos exércitos do império e manter a tropa em condições de operabilidade.

Os militares permaneciam por longos períodos nos regimentos, de onde, somente mediante licença e por apenas alguns meses do ano, poderiam se afastar e em número de até quarenta homens por Companhia (PORTUGAL, 1763, p. 164). Mendes (2004, p. 124) afirmou que não era raro encontrar soldados servindo 10 anos ou mais, após o fim de seu engajamento. Para ele, “a evasão do recrutamento e a deserção partilhavam, fundamentalmente, das mesmas causas, reforçando-se mutuamente”.

Destaque-se que o termo licença era utilizado não apenas como permissão, mas como instituto jurídico próprio das forças militares, cuja concessão competia ao Comandante aos que servissem sob suas ordens, e, ainda, gerando consequências jurídicas aos militares, que passavam a estar na condição de licenciados do serviço militar a fim de que pudessem visitar suas cidades de nascimento, seus familiares e se ausentarem do local onde serviam. Todavia, os licenciados deveriam incorporar-se infalivelmente em suas Companhias antes do dia primeiro de março e antes do dia primeiro de outubro, sob pena de serem considerados desertores.

Quanto aos Artigos de Guerra do “Regulamento de 1763”, neles se encontrava prevista a conduta de “faltar a entrar de guarda”, como crime no Artigo XI⁴. Para a conduta de faltar ou de comparecer em estado de embriaguez era cominada a mesma pena corporal (pancadas de espada de prancha), enquanto a deserção era prevista como crime diverso.

A deserção estava capitulada no Artigo XIV⁵ dos Artigos de Guerra do Regulamento de 1763, a qual era descrita como a ação de “desertar” ou ainda de “deixar a sua companhia ou o seu regimento sem licença para ir ao lugar de seu nascimento, ou outra qualquer parte que seja”, atribuindo ao

⁴ XI - Aquele, que faltar a entrar de guarda, ou que for à Parada tão bêbado, que já não possa montar, será castigado no dia sucessivo com cinquenta pancadas de espada de prancha.

⁵ XIV - Todo aquele que desertar ou entrar em conspiração de deserção, ou que sendo informado dela a não delatar, se for em tempo de guerra será enforcado, e aquele que deixar a sua companhia ou o seu regimento sem licença para ir ao lugar de seu nascimento, ou outra qualquer parte que seja, será castigado com pena de morte como se desertasse para fora do reino, e sendo em tempo de paz, será condenado por seis anos a trabalhar nas fortificações.

desertor punições severas, desde a pena de morte, pelo enforcamento, até o trabalho forçado nas fortificações.

Na lição apresentada por Univaldo Corrêa (1991) ao tratar sobre os Artigos de Guerra do regulamento em testilha, as disposições penais criticáveis na atualidade tinham razão de ser para época em que foram implementadas, dada a circunstância de formação e recrutamento da tropa, mormente no que tange à necessidade de manter a ordem e a disciplina nas lutas internas e externas que o Brasil enfrentou.

Trilhando idêntico apontamento acerca da obrigatoriedade do recrutamento militar, expõe com maestria Costa (1995) *apud* Santos (2019, p. 19), fazendo destaque à alteração importante que ocorreu em 1796, quando o recrutamento passou ao domínio da Intendência Geral da Polícia, sendo realizado como um sistema de capturas, considerado:

[...] uma verdadeira caçada, o recrutamento estava extremamente ligado a assuntos policiais e a ação regular da polícia com o mesmo foi relacionada ao fenômeno de deserção. A fuga ocorria a uma simples suspeita de ações recrutadoras.

De tal importância para o presente repertório a contextualização temporal do crime de deserção, em que pese não ter sofrido copiosas mudanças, a sua aplicação tem sido alterada ao longo dos séculos, desvirtuando as razões de política criminal das épocas remotas, nas quais os militares não poderiam se afastar de seus destacamentos ou regimentos, exceto quando recebiam licenças com afastamento total do serviço ativo e por tempo determinado.

Vencida esta breve digressão histórica acerca dos antecedentes do crime de deserção no Brasil e a vinculação de sua causa com o recrutamento forçado ao serviço militar, passa-se, para a devida compreensão do tema, aos conceitos técnicos jurídicos dos crimes de deserção e de abandono de cargo.

2.2 Aspectos legais do crime de deserção e do crime militar de abandono de cargo

No campo do direito penal, a extensão da aplicação das normas se torna mais restritiva, visto que esse ramo do direito é regido por princípios ímpares, sendo o princípio da legalidade penal a espinha dorsal da qual se estruturam outros princípios, motivo que o elevou à categoria de direito fundamental e humano pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948⁶.

Conforme preceitua Nucci (2019, p. 4), “o direito penal é o corpo de normas jurídicas voltado à fixação dos limites do poder punitivo do Estado”, sendo o princípio da legalidade o fixador desses limites, para garantir aos cidadãos a previsibilidade das condutas permitidas e proibidas para uma convivência pacífica em sociedade. Prescrito no inciso XXXIX do Art. 5º da Constituição Federal e ainda no Art. 1º do Código Penal Militar, impõe que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, obrigando uma descrição típica, por meio de lei, e determinando que sejam evitadas interpretações extensivas e analogias para criar condutas ou prejudicar o réu.

Não obstante ressaltado anteriormente, destaque-se que a finalidade desse princípio é garantir o prévio conhecimento aos cidadãos das condutas consideradas crimes e das penas que lhes são cominadas. A previsibilidade das condutas permitidas e proibidas decorrentes da aplicação do princípio da legalidade garante a liberdade aos indivíduos em um Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, o Código de Processo Penal Militar estabelece, no art. 2º, que a lei deve ser interpretada no sentido literal de suas expressões e que os termos técnicos devem ser entendidos em sua acepção especial, salvo se

⁶ O artigo 11.2., da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que: Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte de que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

evidentemente empregados com outra significação, não sendo admissível, no âmbito do processo penal, a interpretação não literal, quando cercear a defesa pessoal do acusado, prejudicar ou alterar o curso normal do processo, ou lhe desvirtuar a natureza e desfigurar de plano os fundamentos da acusação que deram origem ao processo (BRASIL, 1969).

Ora, se para a lei adjetiva o legislador preocupou-se em exigir a interpretação literal de suas expressões e termos técnicos com a acepção própria das legislações militares, maior rigor dar-se-á aos textos, expressões e termos técnicos compreendidos no Código Penal Militar, motivo pelo qual se separam silabicamente. Podem-se assim afirmar os termos encontrados no Art. 187, do CPM, que descreve o crime de deserção:

Art. 187. Ausentar-se o militar, sem licença, da unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, por mais de oito dias: Pena - detenção, de seis meses a dois anos; se oficial, a pena é agravada.

Os crimes militares descritos no Código Penal Militar, e na legislação penal, quando cometidos sob a incidência de uma das circunstâncias previstas no art. 9º, do citado Codex, seguem uma estrutura topográfica, dividindo-se em Parte Geral, a qual versa sobre conceitos e preceitos normativos de ordem geral; e em Parte Especial, encontrando-se esta última subdivida em dois Livros, sendo o primeiro para tratar dos crimes militares em tempo de paz e o segundo para tratar dos crimes militares em tempo de guerra.

Observando-se a estrutura formal do Código Penal Militar, constata-se que os bens jurídicos tutelados pela norma penal estão agrupados por capítulos, conforme a afinidade temática das condutas típicas. Por esta razão, o crime de deserção se encontra em capítulo próprio, agrupando oito artigos que buscam tutelar o serviço militar e o dever militar, juntamente com os demais artigos do título, quais sejam: os crimes de insubmissão, do exercício de comércio, do abandono de posto e de outros crimes em serviço.

Petersen (2008, p. 159), ao tratar sobre deserção, afirma “que as obrigações jurídicas relacionadas ao dever militar e ao serviço militar se encontram previstas nos artigos 142, caput, e 143, da Constituição Federal brasileira vigente”, dos quais se destacam a defesa da Pátria, a garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem, bem como o serviço militar obrigatório nos termos da lei.

O Código Penal da Armada (BRASIL, 1891), aplicado aos militares até a promulgação do Código Penal Militar em 1944, previa a deserção em seu art. 117, considerando desertor todo indivíduo a serviço da Marinha de Guerra que, excedendo o tempo de licença, deixar de apresentar-se, sem causa justificada, a bordo, no quartel, ou estabelecimento de marinha onde servir, dentro de oito dias contados daquele em que terminar a licença, ou em que ela foi revogada ou cassada, nos moldes do Decreto-lei nº 1001, de 1969, atual Código Penal Militar.

Sob o aspecto que interessa ao Código Penal Militar, a deserção pode ser considerada como sendo o ato de ausentar-se o militar, sem licença, da unidade em que serve, antes de concluído o tempo em que é obrigado a permanecer, sendo o crime militar próprio mais comum. Neste sentido, o Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, em levantamento de seu acervo histórico, contabilizou que, entre os anos de 1939 a 1963, tramitaram 2.065 feitos, sendo que 48% dos processos tratavam do crime de deserção e os outros 52%, de 42 outros tipos de crimes (TJMMG, 2021).

Retomando o texto do artigo 187 do CPM, importante pormenorizar a licença constante na descrição do crime, considerada elemento normativo do tipo. A medida se faz imperativa por força do artigo 2º, do CPPM, o qual, conforme anteriormente apresentado, determina que os termos técnicos devem ser entendidos em sua acepção especial; e, por ser um instituto jurídico previsto no estatuto dos militares, com significação própria, é inarredável para se compreender os limites impostos ao crime de deserção.

A licença é a autorização para afastamento total do serviço, em caráter temporário, concedida ao militar, obedecendo as disposições legais e regulamentares (BRASIL, 1980). No âmbito militar o termo licença não é empregado como dispensa do serviço, por se tratar de institutos diversos: esta última é tratada como recompensa, e as licenças são consideradas como o afastamento temporário do serviço em razão de situações previamente estabelecidas em lei e regulamentos.

Atualmente, as licenças legais compreendem várias espécies, dentre as quais se destaca a licença especial, a licença para tratamento de saúde própria ou de pessoa da família, para tratar de interesse particular, para acompanhar cônjuge ou companheiro, para maternidade, paternidade ou adoção (BRASIL, 1980). Retomando a discussão da contextualização histórica, pode-se constatar que as licenças se referiam à autorização para se ausentar dos destacamentos e regimentos, a fim de que o militar pudesse visitar seus familiares.

A redação do artigo 187 do CPM, ao estabelecer que a conduta típica do crime de deserção é ação de ausentar-se, sem licença, da unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, por mais de oito dias, definiu os limites do comando da norma jurídica.

O mandamento da norma com a descrição da conduta não carece de interpretação heterônoma, não se tratando, portanto, de uma norma penal em branco, que careça de outras normas para completá-la ou lhe dar sentido. A conduta descrita no *caput* do indigitado artigo não possui incriminação vaga ou indeterminada: descreve com clareza o fato proibido.

Todavia, o elemento normativo “sem licença” exige uma valoração jurídica a ser buscada na legislação especial para definir o alcance do termo “licença”. Esse elemento normativo, por possuir acepção específica no âmbito das forças militares, deve ser avaliado à luz das legislações da caserna, a fim de se evitar arbitrariedades na tomada de decisões e comprometer a orientação da conduta do militar.

Ausentar-se, para os fins ali capitulados e a fim de que possa se adequar os fatos ao modelo legal estabelecido no artigo 187 do CPM, deve ser considerada a ação de retirar-se de determinado local, sendo o seu objeto o local onde o militar deve permanecer por força de sua atividade e designação (NUCCI, 2019, p. 295). Ser outro o entendimento confrontaria o legislador castrense, porque no artigo subsequente (Art. 188, CPM) considera desertor, após o escoamento do mesmo prazo de graça, aquele que não se apresenta no lugar designado, findo o prazo de trânsito ou férias, ou deixa de se apresentar à autoridade competente após o término ou cassação da licença ou da agregação, ou depois de declarado o estado de sítio ou de guerra, ou ainda deixa de se apresentar após o término de cumprimento de pena.

No mesmo sentido, o legislador ao descrever a deserção especial no artigo 190, do CPM, empregou a expressão “deixar o militar de apresentar-se” no momento da partida do navio ou aeronave de que é tripulante, ou do deslocamento da unidade ou força em que serve (BRASIL, 1969).

Ora, o legislador castrense de 1969 não se equivocou ao empregar o verbo ausentar-se, seguido do elemento normativo sem licença, no artigo 187 do CPM, visto que a conduta de “deixar de se apresentar” foi prevista nos casos assimilados à deserção, os quais, conforme vistos, alcançavam afastamentos do serviço diversos das licenças (férias, trânsito, cumprimento de pena), reportando-se, quanto às licenças, o fato de não se apresentar após seu término ou cassação.

Cumprir consignar que no direito comparado, o Código de Justiça Militar de Portugal considera cometido o crime de deserção quando o militar se ausentar, sem licença ou autorização, do seu posto ou local de serviço e se mantiver na situação de ausência ilegítima por 10 dias consecutivos ou não se apresentar onde lhe for determinado dentro do prazo de 10 dias a contar da data fixada no passaporte ou guia de licença ou dispensa, ou em qualquer outra forma de intimação, encontrando-se na situação de licença ou dispensa

de qualquer natureza ou ausente por outra causa legítima (PORTUGAL, 2003).

O diploma legal em testilha descreve pormenorizadamente as condutas consideradas deserção afirmando ainda ser deserção quando o militar deixa de se apresentar no seu destino no prazo de 10 dias, a contar da data indicada para esse fim, sem motivo legítimo; foge à escolta que o acompanhe ou se evade do local em que estiver preso ou detido, não se apresentando no prazo de 10 dias a contar da data da fuga; estar na situação de reserva ou de reforma e ter sido convocado ou mobilizado para a prestação do serviço militar efetivo, não se apresentando onde lhe for determinado dentro do prazo de 10 dias a contar da data fixada no aviso convocatório, no edital de chamada ou em qualquer outra forma de intimação (PORTUGAL, 2003).

Como se depreende, o Código de Justiça Militar de Portugal, ao contrário do nosso Código Penal Militar, descreve como fato típico de deserção a conduta em que militar deixa de se apresentar no local de destino, ou no local onde lhe for determinado, estabelecendo o prazo de graça em dez dias, enquanto a norma penal militar brasileira, em seu Art. 187, define como deserção a ação de “Ausentar-se o militar, sem licença, da unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, por mais de oito dias” (BRASIL, 1969), utilizando as expressões “não se apresenta”, “deixa de se apresentar” ou “deixar o militar de apresentar-se” para configurar os casos assimilados à deserção ou a deserção especial, especificando ainda, quais as situações em que pode ser reconhecida.

Noutra rota, o crime de abandono de cargo, previsto no Art. 330 do Código Penal Militar prevê a pena de detenção, até dois meses, àquele que abandonar cargo público, em repartição ou estabelecimento militar. O tipo normativo ainda estabelece as formas qualificadas, quando do fato resultar prejuízo à administração militar e ainda se ocorrer em lugar compreendido na

faixa de fronteira, atribuindo as penas de detenção de três meses a um ano e de um a três anos, respectivamente.

A razão de concepção da qualificadora do crime na faixa de fronteira de um país é o premente prejuízo decorrente do comprometimento de mobilidade de suas reservas, em função do monitoramento e controle nas fronteiras terrestres, mantendo-as em condições de atuar no mais curto prazo, para dissuadir a concentração de forças hostis que possam comprometer a soberania da Nação.

ASSIS (2007, p. 724), ao lecionar sobre o crime de abandono de cargo, esclareceu que “por abandono deve-se entender o afastamento proposital ou ausência intencional, de modo arbitrário, do local onde o funcionário deve estar para exercer o seu cargo”.

Ainda conforme ensinamentos de Assis (2007, p. 724), no crime de abandono de cargo, o sujeito ativo é sempre o funcionário (servidor) público, civil prestando serviços na Administração Militar, ou militar da reserva ou reformado, empregado na administração militar, nos termos do art. 12 do Código Penal Militar. Aduz ainda que o militar da ativa não comete esse crime, pois, se abandonar seu cargo, cometerá o crime de deserção (crime contra o dever militar).

Resguardando o merecido respeito ao entendimento externado pelo autor, o militar da ativa pode cometer o crime de abandono de cargo, em razão de o bem jurídico tutelado pela deserção não alcançar as hipóteses em que o militar ainda não se encontra em serviço, em seu exercício, ou, como bem lecionado por Nucci (2019), não se encontra no local de onde não deva afastar-se.

Noutra rota, na opinião abalizada por Neves e Streifinger (2014), o sujeito ativo do crime militar de abandono de cargo pode ser qualquer pessoa, tanto o militar da ativa, quanto o civil, este restrito, exclusivamente, à esfera federal, em face da limitação constitucional das Justiças Militares Estaduais (§ 4º do art. 125 da CF). Conforme lecionam os reverenciados autores, o

núcleo da conduta é “abandonar”, ou seja, deixar, largar à própria sorte o cargo público que possui em repartição ou estabelecimento militar.

Para Neves e Streifinger (2014), o delito de abandono de cargo cabe também aos militares em atividade, sendo residual da deserção, afirmando que:

Entendemos que o delito de abandono de cargo cabe também aos militares em atividade, sendo residual da deserção; lá, na previsão dos arts. 187 e seguintes do CPM, as providências são estritamente formais e qualquer falha administrativa implica a nulidade do respectivo Termo de Deserção e a consequente isenção de responsabilidade; aí então é que se operaria o abandono de cargo para responsabilizar a conduta que, por erro, deixou de ser apreciada sob a ótica do delito contra o serviço e o dever militar.

Sem embargo de tudo o que já foi dito, é mister que se esclareçam algumas conclusões. Primeira, que, se o militar assume o serviço e logo em seguida se ausenta sem licença do posto ou do lugar em que deva permanecer e é localizado ou se apresenta, antes de transcorrido o prazo de graça, configura-se o crime de abandono de posto (Art. 195, CPM).

Por se tratar de um crime-meio, contudo, e se nessa situação hipotética, transcorre o prazo de graça após a sua ausência ilegítima, reconhece-se a consunção do crime de abandono de posto pelo crime de deserção, por ser aquele um crime-meio para atingir o crime-fim, conforme ensinamentos do Ministro Gilmar Mendes no julgamento do RHC nº 125112/RJ:

O fato de abandonar o serviço e praticar a deserção, dentro de um mesmo contexto fático, não implica duas ações autônomas, incidindo, na hipótese, o fenômeno da absorção de um crime por outro, uma vez que o abandono afigurou-se meio necessário à consecução do delito de deserção (R.S.E. 000044-60.2011.7.06.0006, do STM). 7. Parecer da PGR pelo provimento do recurso. 8. Recurso ordinário provido para determinar o trancamento da ação penal pelo crime de abandono de posto.

Consoante se afigurou, para o crime de abandono de posto ser considerado crime-meio da deserção, torna-se latente que para que se reconheça a prática dela, necessário que o autor do crime de deserção já se encontre no local onde deva permanecer, para ausentar-se sem licença, e permaneça nessa condição por mais de oito dias.

É de se concluir, portanto, que, se o militar assume o serviço e logo em seguida ausenta-se sem licença do posto ou do lugar em que deva permanecer – e é localizado, ou se apresenta antes de transcorrido o prazo de graça –, configura-se o crime de abandono de posto (Art. 195, CPM); se não assumiu o serviço e deixa de apresentar-se, ou de comparecer, configura-se o crime de abandono de cargo (Art. 330, CPM); e por fim, se assume o serviço e, estando no local de serviço, o militar estadual ausenta-se – e permanece nessa situação por mais de oito dias –, tem-se então o crime de deserção.

3 OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA TAXATIVIDADE DA NORMA PENAL E O CRIME DE DESERÇÃO

É premente a imposição de uma interpretação teleológica para a aplicação do crime de deserção no âmbito das Polícias Militares. A descrição da conduta no Art. 187 do Código Penal Militar reforça a urgência da releitura desse crime sob a ótica do princípio da legalidade: o mesmo legislador que descreveu o ato de “ausentar-se” no *caput* do citado artigo, criminalizou a conduta de “deixar de se apresentar”, “não se apresentar no lugar designado” no Art. 188, repetindo o modo da prática da conduta criminosa no Art. 190.

Tais asseverações evidenciam que, para aquela conduta descrita no Art. 187, o ato de ausentar-se, sem licença, da unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, exige que o policial militar já se encontre na unidade, ou no local, para o cumprimento do dever que lhe foi incumbido e execução do serviço que lhe foi atribuído. Nas situações descritas nos artigos subsequentes, é que se encontram delineadas as condutas que alcançam a

situação em que o policial militar deixa de se apresentar, ou comparecer no lugar designado ou perante a autoridade competente, todavia, depois de findas situações específicas: trânsito, férias, término ou cassação de licença, término ou cassação de agregação, ou em que é declarado estado de sítio ou de guerra.

Ressai evidenciado, assim, pela própria literalidade do dispositivo legal, que, para a conduta descrita no Art. 187, não devem se adequar o ato de o policial militar “deixar de apresentar” ao serviço, permanecendo nessa situação por mais de oito dias. Nessa análise, portanto, demonstra-se que a subsunção ao crime de deserção de fatos categorizados como “faltas ao serviço”, em que o policial militar “deixa de se apresentar” e permanece com destino ignorado pelos seus Comandantes por mais de oito dias, é uma interpretação *in malam partem* ao alvedrio de sua vedação decorrente do princípio da legalidade penal, uma vez que a lei explicitamente descreve a conduta de “ausentar-se”.

Noutra rota, o Superior Tribunal Militar (2001), ao discorrer sobre a conduta no crime de deserção, em relatoria dos Embargos de Declaração nº 2001.01.0487228-9-RJ, no Superior Tribunal Militar, verberou que “ausentar-se ou faltar ao Quartel são condutas que se equivalem para efeitos penais, considerando inexistente a ofensa ao princípio da reserva legal”, afirmando, com fulcro em sua decisão nos esclarecimentos prestados pelos dicionários da língua portuguesa, que o “verbo ‘AUSENTAR-SE’ tem o mesmo significado de ‘Deixar um lugar qualquer; ir-se; retirar-se; afastar-se; desaparecer; tornar-se ausente; ser afastado’”.

Não se pode perder de vista, todavia, que a interpretação que ultrapassa o previsto em lei e prejudica o réu desloca o princípio da legalidade, e o direito penal deve oferecer segurança jurídica, devendo o tipo penal exprimir taxatividade em seu mandato de determinação, construindo tipos abstratos claros, certos e precisos.

Por essa razão, há a necessidade de interpretação da conduta descrita no Art. 187 à luz do princípio da legalidade, visto que não é norma penal em branco a justificar a imersão nos estatutos militares para ampliar o conceito do ausente. Neste sentido, colaciona-se a idêntica redação do Art. 81 da Lei nº 3808, de 16 de julho de 1981 (Estatuto dos Policiais Militares do Piauí), e do Art. 96 da Lei nº 6218, de 10 de fevereiro de 1983 (Estatuto dos Militares de Santa Catarina):

Art. 81. É considerado ausente o policial-militar que por mais de 24 (vinte e quatro) horas consecutivas: I – deixar de comparecer à sua Organização Policial Militar sem comunicar qualquer motivo de impedimento; e II – ausentar-se, sem licença, da Organização Policial-militar onde serve ou local onde deve permanecer.

Parágrafo único. Decorrido o prazo mencionado neste artigo, serão observadas as formalidades previstas em legislação específica.

Art. 96 É considerado ausente o policial-militar que por mais de 24 (vinte e quatro) horas consecutivas: I – deixar de comparecer a sua Organização Policial-Militar, quando deveria fazê-lo, sem comunicar qualquer motivo de impedimento; II – Ausentar-se, sem licença, da Organização Policial-Militar onde serve ou local onde deve permanecer.

Parágrafo único. Decorrido o prazo mencionado neste artigo, serão observadas as formalidades previstas na legislação específica.

Ocorre que o lastro normativo constante nos artigos acima transcritos, assim como de outras Polícias Militares, que replicam o texto da norma federal, é voltado para estabelecer o regime jurídico e as consequências administrativas da situação especial do ausente, não devendo esse conceito ampliar o alcance de uma conduta penal.

Na maioria dos casos, os termos de deserção são lavrados após o escoamento do prazo de graça, cuja contagem se iniciou com a parte de ausência elaborada nos ditames do Art. 456 do Código de Processo Penal Militar, a qual informa a falta do policial militar ao serviço para o qual estava devidamente escalado, em razão de os estatutos militares considerarem

ausente o militar que deixa de comparecer à sua organização militar sem comunicar qualquer motivo de impedimento (BRASIL, 1980).

Ressalte-se que o crime de deserção exige uma conduta dolosa, descrita na ação de “ausentar-se”. O elemento subjetivo do tipo aqui descrito é a vontade de afastar-se, abandonar o local onde deve estar e permanecer, o que era muito comum no período imperial, no qual os militares permaneciam aquartelados em seus destacamentos, em cumprimento ao recrutamento imposto aos homens entre dezoito e quarenta anos de idade. Os castigos corporais, as penas cruéis, somados a outras condições, reforçavam o desejo de fugirem dos destacamentos, razão pela qual, buscava-se, com as severas penalidades disciplinares e criminais, evitar novas deserções.

Ademais, para o Supremo Tribunal Federal (2016), a deserção, em seu aspecto subjetivo, somente admite a figura dolosa. No mesmo sentido, o Superior Tribunal Militar (2017) reconhece que o elemento subjetivo da deserção é o dolo consistente na vontade livre e consciente de ausentar-se, além do prazo previsto em lei, da unidade onde serve ou do local onde deve permanecer na prestação do serviço militar.

Ao que tudo indica, a aplicação do crime deserção no âmbito das instituições policiais militares deve passar por uma releitura, em razão de o contexto histórico da formatação do seu texto legal não se adequar ao regime jurídico das Polícias Militares, no qual os militares cumprem jornadas de trabalho, não sendo considerado em serviço, antes do seu início e após a sua finalização. Para atingir os bens jurídicos do serviço militar e dever militar tutelados pelos crimes que compõem o mesmo título, o militar deve estar em serviço, aquartelado.

Diferentemente do que ocorre com os militares das Forças Armadas, constata-se que o policial militar possui uma jornada de trabalho legalmente estabelecida, e a incorporação dá-se de forma voluntária, após submissão a inúmeras etapas de concurso público, com alta taxa de defecção. O seu expediente de serviço é cumprido operacionalmente ou administrativamente

em escalas que variam conforme a intensidade da atividade executada, não se verificando o aquartelamento obrigatório.

As jornadas de trabalho são definidas conforme a intensidade do serviço. Aos serviços de baixa intensidade, como guarda do quartel, a exemplo, pode ser utilizada a escala de vinte e quatro horas de permanência na unidade, usufruindo o militar de descanso e folga que variam até setenta e duas horas; e, nos serviços de alta intensidade (patrulhamento ostensivo em viaturas), as escalas se distribuem em turnos de seis, oito, doze horas, sendo discricionária a sua aplicação.

Analisando as normas das Polícias Militares, observou-se a existência de regulamentação das escalas de serviço e jornada de trabalho no âmbito de algumas corporações. Neste sentido, a Polícia Militar do Piauí regulamentou a jornada de trabalho dos policiais militares no ano de 2013, com a inclusão do Art. 67-A, na Lei nº 3.808, de 16 de julho de 1981, estabelecendo jornada de quarenta e quatro horas semanais. Da mesma forma, a Polícia Militar de Santa Catarina, com a Lei nº 16.773, de 30 de novembro de 2015, passou a dispor sobre as formas de cumprimento da jornada de trabalho e o banco de horas.

A legislação que estabelece quais fatos são considerados acidente em serviço, para que a Administração Militar resguarde os direitos ao militar acidentado, deve ser considerada para reconhecer os limites do início e término do serviço dos militares que cumprem jornadas de trabalho em escalas específicas, e não mais, o serviço militar obrigatório outrora existente, período em que os militares eram obrigados a permanecer nos regimentos e destacamentos em tempo integral, por todo período de serviço militar.

Para ser considerado em serviço e assim justificar a tipicidade do crime de deserção ao fato concreto, o militar deverá estar no exercício dos deveres previstos no estatuto dos militares; em exercício de suas atribuições funcionais durante o expediente normal ou em sua prorrogação ou antecipação, quando determinadas por autoridade competente; ou ainda no

decorso de viagens em objeto de serviço; em deslocamento entre a sua residência e a organização em que serve ou o local de trabalho, ou naquele em que sua missão deva ter início ou prosseguimento, e vice-versa (BRASIL, 1965).

De aduzir-se, em conclusão à perfilhada pesquisa, que a inadequação estabelecida ao longo dos anos, quanto à subsunção das condutas explicitadas, deve passar por uma releitura, por força do princípio da legalidade e consequente taxatividade da lei penal.

4 CONCLUSÃO

A imposição de severas penalidades disciplinares e criminais na época do Brasil Império visava diminuir o número de trãnsfugas, sendo essa uma das razões apontadas para fundamentar a releitura do crime de deserção no âmbito das instituições policiais militares, pois, conforme se evidenciou no contexto histórico, há uma desconexão entre o reconhecimento de determinadas condutas como deserção e o atual regime jurídico dos policiais militares.

A conduta descrita no crime de deserção, ao ser submetida ao crivo da taxatividade penal, sob um enfoque teleológico, reforça o entendimento de que a atual aplicação se afasta do princípio da legalidade penal na medida em que não se amoldam o fato *sub judice* e a ação definida no texto legal ao ato praticado pelo policial militar: “ausentar-se” não pode ser interpretado como “deixar de comparecer”, “deixar de se apresentar”.

Assim, com a máxima vênua, é evidente que os moldes atuais de subsunção ao crime de deserção não se adequam ao princípio da legalidade e à luz dos princípios constitucionais, o Direito Penal Militar não pode esquivar-se. As Instruções Provisórias de Deserção impulsionadas pelas partes de ausência que comunicam que o militar “deixou de comparecer”, ou “deixou de se apresentar (faltou ao serviço)”, em razão de os estatutos

militares considerarem como ausente quem pratica essa conduta, devem ser revistas, por não encontrar respaldo constitucional, uma vez que o crime de deserção exige a conduta de ausentar-se.

O elemento subjetivo do crime de deserção é a vontade de fugir, de não permanecer no local de trabalho para o qual foi obrigado a estar e/ou permanecer por tempo determinado, por expressa determinação legal. Vale repisar, também a esse propósito, que, em razão da inexigibilidade de tempo mínimo de permanência e da voluntariedade no ingresso nas carreiras policiais militares, não encontra guarida, sob a óptica do direito penal militar, a adequação da conduta de faltar ao serviço, ou a de deixar de se apresentar, ou ainda a de comparecer ao serviço, após o escoamento do prazo de graça, ao crime de deserção.

Ao longe de fomentar a impunidade a essas práticas, o enquadramento dessa conduta ao crime de abandono de cargo (Art. 330 CPM), em razão da lesão ocasionada à Administração Militar e ao dever funcional, por comprometer a continuidade do serviço público, é a medida que mais aproxima a abstração do texto legal aos fatos *sub judice*. É nessa linha que se procede a releitura das condutas antes subsumidas ao crime de deserção: adequá-las ao crime de abandono de cargo, sempre que se verificar que não se trata de um afastamento esporádico ao serviço, visto que nessa situação, em razão da fragmentariedade do direito penal, será avaliado sob o aspecto disciplinar militar.

Neste sentido, e por se tratar de crime instantâneo de caráter permanente, e ainda, por reverberar também na seara administrativa de onde não se pode olvidar de apurar sob esse aspecto, o Comandante do policial militar deverá proceder a uma investigação preliminar a fim de não apenas constatar o elemento *objetivo, qual seja, a conduta de deixar de comparecer, ou deixar de apresentar-se ao serviço previamente definido*, mas, também, a intenção de abandonar o cargo, deixando-o à própria sorte (*elemento subjetivo*), a qual pode ocorrer por dolo direto ou eventual.

Não sendo verificados os elementos descritivos acima elencados, a conduta deverá ser apurada no âmbito disciplinar, em razão da subsidiariedade do direito penal, já que a inexistência desses dois elementos básicos para a caracterização da infração penal afasta a subsunção da conduta ao tipo penal incriminador.

Verificadas evidências que relacionam que o policial militar abandonaria o cargo, deverá ser autuado em flagrante delito tão logo seja encontrado, uma vez que, diferentemente da legislação penal aplicável ao servidor público, não se exige o prazo de trinta dias para configurar o abandono de cargo. Por ser um crime formal, não se impõe a existência de um resultado naturalístico, cuja existência no âmbito do crime de abandono de cargo qualifica o delito por causar prejuízo à administração militar.

Conforme dito alhures, aos militares dos estados não é imposta a permanência ininterrupta em seus regimentos e destacamentos, ficando o militar obrigado a cumprir apenas a jornada de trabalho que varia em turnos de horas trabalhadas, não se exigindo o aquartelamento obrigatório. Ao cumprir a sua jornada o policial militar é liberado para sua residência, não estando em serviço militar quando se encontra em seu descanso ou sua folga, o que foge, portanto, do alcance do bem jurídico tutelado pelo crime de deserção.

O ingresso voluntário em suas corporações e as atividades desenvolvidas em jornadas de trabalho são o exercício regular de seus direitos e deveres como policial militar, assumidos quando da posse no citado cargo público. No exercício da atividade, o policial militar permanece pelo tempo que pretender, visto que é livre para requerer o seu desligamento ao Comandante-Geral da respectiva força.

Compreendem, portanto, a voluntariedade no ingresso e o serviço executado em jornadas algumas das razões que não se torna adequado aplicar o crime de deserção no âmbito das corporações militares estaduais, nos moldes atuais. Noutra rota, seria concebível o reconhecimento da conduta de

ausentar-se dos seus locais de trabalho e a subsunção ao crime de deserção, na hipótese em que os policiais militares são destacados em viagens a serviço policial, para as quais recebem inclusive indenização, de acordo com a duração desses afastamentos.

Na hipótese retomada, seria possível o reconhecimento do elemento subjetivo do tipo, a vontade de fugir do lugar, de não permanecer no local de trabalho para o qual foi obrigado a estar e/ou permanecer por tempo determinado, por expressa determinação legal, todavia, repise-se, quando o ato de deixar de se apresentar ou deixar de comparecer ao serviço deve ser amoldado ao crime de abandono de cargo, quando não se vislumbrar apenas o cometimento de infração disciplinar.

É forçoso concluir que normas restritivas de direito, em especial as sancionadoras de direito penal, exigem dos aplicadores do direito uma interpretação restritiva, fulcrada no conteúdo transcrito, observando se a conduta atingiu a ofensividade e lesividade próprias do direito penal.

Outrossim, a interpretação histórica de uma infração penal torna-se importante no campo penal militar, em razão de evidenciar os contornos de sua tipificação e a finalidade específica de sua criação, a fim de que sejam abalizados os bens jurídicos constantes na intenção do legislador criador da norma, e evitada uma interpretação extensiva à norma penal militar.

Por todo exposto, após essa reflexão superficial do tema, é necessário conduzir os executores de polícia judiciária militar para uma interpretação da norma penal militar dentro dos contornos constitucionais, no caso *sub examine*, o crime de deserção, a fim de garantir ao policial militar sua proteção dentro do Estado Democrático de Direito, uma vez que, conforme demonstrado, a descrição do tipo não se adequa às condutas de deixar de apresentar-se, ou deixar de comparecer à unidade em que serve ou no lugar em que deva permanecer.

Cabe ressaltar que o trabalho não esgota o assunto, apenas analisa superficialmente o tema, com o intuito de nivelar conhecimentos para futuros estudos.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge Cesar de. *Comentários ao Código Penal Militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores/6*. ed. (ano 2007), 1. reimpr. Curitiba: Juruá, 2008, 832p.

BRASIL. *Annaes do Parlamento Brasileiro* (RJ) – 1826 a 1888, Sessão em 11 de maio de 1826, p. 44, Edição 0001. Disponível em: <http://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=132489&pagfis=55>. Acesso em: 10 nov. 2022.

BRASIL. *Constituição Política do Império do Brazil (de 25 de março de 1824)*. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 15 maio 2023.

BRASIL. *Coleções das decisões do governo do Império do Brasil de 1822*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1887. Disponível em: <https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/18337>. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. Ministério do Império. *Relatório da Repartição dos Negócios do Império (RJ)* – 1832 a 1888. Informação do presidente do Ceará N.45. Disponível em: <http://memoria.bn.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=720968&pagfis=4410>. Acesso em: 12 nov. 2022.

BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 7 out. 2022.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto nº 57272, de 16 de novembro de 1965*. Define a conceituação de Acidente em Serviço e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d57272.htm. Acesso em: 7 out. 2022.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto-lei nº 1001 de 21 de outubro de 1969*. Código Penal Militar. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001Compilado.htm. Acesso em: 7 out. 2022.

BRASIL. Presidência da República. *Decreto-lei nº 1002 de 21 de outubro de 1969*. Código de Processo Penal Militar. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1002Compilado.htm. Acesso em: 7 out. 2022.

BRASIL. Presidência da República. *Lei nº 6880 de 9 de dezembro de 1980*. Estatuto dos Militares. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/l6880compilada.htm. Acesso em: 7 out. 2022.

BRITO, Pedro. Os regulamentos do Conde de Lippe. 2018. *Libros Relege, Volve, Lege*. In: *O livro antigo na biblioteca do Exército*. Mário J. Freire da Silva e Tiago C. P. dos Reis Miranda (coord.) Disponível em: https://www.academia.edu/37109862/Os_regulamentos_do_Conde_de_Lippe?email_work_card=abstract-read-more. Acesso em: 5 nov. 2022.

CORRÊA, Univaldo. *A justiça militar e a Constituição de 1988 – uma visão crítica*. Dissertação (mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina. Centro de Ciências Jurídicas, 1991. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106320>. Acesso em: 9 out. 2022.

GIL, Antonio Carlos. *Como elaborar Projetos de Pesquisa*. 4. ed. 7. tir. São Paulo: Atlas, 2002. Disponível em: https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/150/o/Anexo_C1_como_elaborar_projeto_de_pesquisa_-_antonio_carlos_gil.pdf. Acesso em: 11 out. 2022.

MENDES, Fábio Faria. Encargos, privilégios e direitos: o recrutamento militar no Brasil dos séculos XVIII e XIX. In: *Nova história militar brasileira* / Organizadores: Celson Castro, Vitor Izecksohn, Hendrik Kraay. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004, 460p.

MENDONÇA, J. A. de C. O princípio da legalidade penal: uma releitura inevitável quanto à sua vertente da lei certa. *Ciências Criminais em perspectiva*, [S. l.], v. 1, n. 1, 2020. DOI: 10.22293/ccrim.v1i1.1368. Disponível em: <https://revistas.faculdededamas.edu.br/index.php/crimper/article/view/1368>. Acesso em: 24 nov. 2022.

MIGUEL, Claudio Amim; COLDIBELLI, Nelson. *Elementos de Direito Processual Penal Militar*. 3. ed. rev. e atual. 3. tir. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

NASCIMENTO, Álvaro Pereira do. *A Ressaca da Marujada: Recrutamento e disciplina na Armada Imperial*. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2001, p. 165.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Militar comentado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

OLIVEIRA, Maxwell Ferreira de. *Metodologia científica: um manual para a realização de pesquisas em Administração*. Catalão: UFG, 2011, 72 p.: II.

PETERSEN, Zilah Maria Callado Fadul; ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira, coordenadoras; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro, colaboradora. *Coletânea de estudos jurídicos* / Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008, 831 p.

PIAUI. *Lei nº 3.808, de 16 de julho de 1981*. Estabelece o estatuto dos policiais militares do Estado do Piauí. Teresina, PI. Disponível em: https://sapl.al.pi.leg.br/media/sapl/public/normajuridica/1981/2184/2184_texto_integral.pdf. Acesso em: 25 out. 2022.

PORTUGAL. *Lei n.º 100, de 15 de novembro de 2003*. Código de Justiça Militar de Portugal. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=120&tabela=leis&so_miolo=. Acesso em: 25 out. 2022.

PORTUGAL. Secretaria de Estado dos Negócios Estrangeiros e da Guerra. *Regulamento para o exercicio e disciplina dos Regimentos de Infantaria dos Exercitos de Sua Magestade fidelissima*. Lisboa, 1763. 247 p. Disponível em <http://biblioteca.galiciana.gal/abanca/es/consulta/registro.do?id=16466&formato=isbd&aplicar=Aplicar>. Acesso em: 30 set. 2022.

PRESTES, Fabiano Caetano; NASCIMENTO, Mariana Lucena. Direito Processual Penal Militar. In: *Coleção Resumo para concursos*. v. 35. 4. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p.13.

PRODANOV, Cleber Cristiano. *Metodologia do trabalho científico* [recurso eletrônico]: Métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013. Disponível em: https://aedmoodle.ufpa.br/pluginfile.php/291348/mod_resource/content/3/2.1-E-book-Metodologia-do-Trabalho-Cientifico-2.pdf. Acesso em: 8 out. 2022.

ROSSETO, Enio Luiz. *Código penal militar comentado*. 2. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ROTH, Ronaldo João. Deserção: Aspectos Penais, Processuais e Administrativos. *Caderno Jurídico*. São Paulo: Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, v. 6, n. 3, p 224, julho/dezembro 2004. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Escola_Superior/Biblioteca/Cadernos_Tematicos/direito_penal_militar_e_processual_militar_penal.pdf. Acesso em: 12 nov. 2022.

SANTA CATARINA. *Lei nº 16.773, de 30 de novembro de 2019*. Disponível em: http://leis.alesc.sc.gov.br/html/2015/16773_2015_Lei.html. Acesso em: 25 out. 2022

SANTOS, Vinícius Tadeu Vieira Campelo dos. O debate parlamentar (1868 - 1874) para elaboração da Lei do sorteio militar no Brasil Império. *Temporalidades*, Belo Horizonte, V. 12, n.2 (mai./ago. 2020), Edição 33. Disponível em:

<https://periodicos.ufmg.br/index.php/temporalidades/article/view/20395>.
Acesso em: 9 out. 2022.

SANTOS, Vinícius Tadeu Vieira Campelo dos. *A lei 2556 e a subversão do recrutamento militar no nordeste da província de São Paulo (1875-1889)*. Franca, 2019, 159 f. Disponível em: <http://hdl.handle.net/11449/190701>.
Acesso em: 9 out. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. *Apelação nº 0000030-38.2016.7.01.0201-RJ*. Relator: Ministro Cleonilson Nicácio Silva. Distrito Federal, 29 de agosto de 2017. Disponível em: https://jurisprudencia.stm.jus.br/consulta.php?search_filter=numero&q=000030-38.2016.7.01.0201&q_or=0000030-38.2016.7.01.0201. Acesso em: 25 out. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. *Embargos de declaração nº 2001.01.048728-9-RJ*. Relator: Ministro Sérgio Xavier Ferolla. Distrito Federal, 8 de novembro de 2001. Disponível em: <https://www2.stm.jus.br/pesquisa/acordao/2001/440/01.0487289/01.0487289.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus nº 134975-RJ*. Relatora: Ministra Rosa Weber. Distrito Federal, 27 de setembro de 2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4998266>. Acesso em: 2 nov. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 125112-RJ*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Distrito Federal, 10 de fevereiro de 2015. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=305832504&ext=.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2022.

TRIBUNAL DA JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS. *Deserção: A história por trás do crime*. Belo Horizonte, 2021. Disponível em: <https://tjmmg.jus.br/wp-content/uploads/2021/08/Desercao.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2022.

Art. 5º do Decreto 11.302/2022 (indulto): discricionariedade ou inconstitucionalidade?

Fernando Hugo Miranda Teles
Especialista em Direito Militar.
Promotor de Justiça Militar.
E-mail: fernando.teles@mpm.mp.br

Revisores: Luciano Moreira Gorrilhas (ORCID: 0009-0005-0678-471X; e-mail: luciano.gorrilhas@mpm.mp.br)
Antonio Carlos Gomes Facuri (ORCID: 0009-0006-8038-8288; e-mail: antonio.facuri@mpm.mp.br)

Data de recebimento: 30/04/2023

Data de aceitação: 02/05/2023

Data da publicação: 30/05/2023

RESUMO: O indulto é um instrumento de política criminal e, em 2022, foi concedido o benefício sem que houvesse a exigência do cumprimento de nenhuma fração de pena. Debate-se aqui a sua inconstitucionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: indulto; inconstitucionalidade; discricionariedade.

ENGLISH

TITLE: Art. 5 of Decree 11.302/2022 (pardon): discretion or unconstitutionality?

ABSTRACT: The pardon is an instrument of criminal policy and, in 2022, the benefit was granted without requiring the fulfillment of any fraction of the sentence. Its unconstitutionality is debated here in this work.

KEYWORDS: pardon; unconstitutionality; discretion.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 O indulto e as vedações de natureza objetiva – 3 Vedação à proteção deficiente – 4 Inconstitucionalidade do art. 5º do Decreto 11.302/2022 – 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Existem diversos instrumentos de política criminal que são formulados com finalidades em geral voltadas para o alívio do sistema carcerário.

Embora aqui não se concorde com o simples desencarceramento sem que haja qualquer investimento mais relevante no sentido de conceder dignidade ao preso, fato é que existe um amplo movimento para dificultar o aprisionamento de condenados e facilitar a soltura de parcela significativa dos presos. Também aqui não se concorda com a forma pela qual se aborda o hiperencarceramento, erigido a quase mantra em termos absolutos sem que se permita a correta reflexão em termos relativos. O dito “encarceramento em massa”, quando confrontado com os dados percentuais de apuração de delitos nos grandes centros urbanos, torna-se uma miragem. Vê-se “ao longe” um contingente de aproximadamente setecentos mil indivíduos presos – via de regra em celas superlotadas – e se enxerga a superpopulação carcerária, porém, quando se analisa *cum grano salis* a questão, principalmente comparando com baixíssimos percentuais de apuração de crimes nas grandes cidades brasileiras, verifica-se que a realidade é que faltam pujantes investimentos no sistema carcerário e muitos outros cidadãos brasileiros deveriam estar presos. A questão jamais pode ser vista sob o prisma absoluto, mas sempre comparativo (ou relativo).

O indulto é um instituto de política criminal que seleciona, de acordo com a “discrecionabilidade” do Presidente da República, situações nas quais se pode conceder a extinção da punibilidade. Dessa forma, teria o fito

principal, entre outros, de aliviar a pressão no ambiente penitenciário. Esse instrumento, por ser materializado por decreto, se subordina às vedações decorrentes do controle de juridicidade, principalmente aquelas constantes do texto constitucional.

O presente artigo tem por objetivo mostrar que o art. 5º do Decreto 11.302/2022, que consubstanciou o indulto “natalino” de 2022, foi produzido em contrariedade com preceitos constitucionais, convencionais e legais. Consoante as conclusões a serem feitas ao fim e ao cabo, o referido dispositivo será inválido e, portanto, devem ser rejeitados os pedidos de extinção da punibilidade articulados com fundamento exclusivo nos seus termos, seja na justiça comum ou na especializada. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica.

2 O INDULTO E AS VEDAÇÕES DE NATUREZA OBJETIVA

A Constituição Federal de 1988 apresenta enunciado normativo que veda a concessão da graça e da anistia, porém não do indulto: art. 5º, XLIII. O texto constitucional apenas versa sobre o indulto quando estabelece as atribuições do Presidente da República: “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [...] XII – conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei; [...]”. Embora não haja menção expressa ao indulto nas vedações, não haveria sentido em vedar a graça (indulto individual) e não fazê-lo em relação ao indulto propriamente dito, que tem natureza coletiva.

A vedação ao indulto surge apenas na Lei 8072/90, a chamada Lei dos Crimes Hediondos. O referido diploma legal assim consigna: “Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I – anistia, graça e indulto; [...]”.

A doutrina, ao conceituar o instituto e delinear suas vedações, dispõe de modo similar. Rogério Greco¹ preceitua que:

A graça e o indulto são da competência do Presidente da República, embora o art. 84, XII, da Constituição Federal

¹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, v. I, 25. ed. São Paulo: Editora Gen, 2023, p. 743.

somente faça menção a este último, subentendendo-se ser a graça o indulto individual. A diferença entre os dois institutos é que a graça é concedida individualmente a uma pessoa específica, sendo que o indulto é concedido de maneira coletiva a fatos determinados pelo chefe do Poder Executivo.

[...]

Não é possível conceder a graça (indulto individual) ou o indulto (indulto coletivo) às infrações penais previstas pela Lei nº 8.072/90.

Já o saudoso René Ariel Dotti², de forma precisa, afirma o que se segue:

O indulto é, também, uma das expressões do poder de clemência do Presidente da República, justificando a etimologia da palavra que deriva do latim: *indultus*, de *indulgere*, isto é, perdoar, favorecer.

Embora caracterizado como providência de ordem coletiva, diversamente do que ocorre com a anistia, o indulto também pode ser concedido individualmente. O benefício é expressamente vedado quando se tratar de prática de tortura, de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, do terrorismo e de crime hediondo (CF, art. 5.º, XLIII, e Lei 8.072/90, art. 2.º).

Penalistas antigos e modernos desaprovam a concessão reiterada que possa assumir uma feição perturbadora da ordem jurídica e uma interferência indevida do Executivo no Judiciário. Não se contesta, porém, que a utilização parcimoniosa do instituto atende a objetivos de Política Criminal e atenua os gravíssimos problemas resultantes da superpopulação carcerária.

É exatamente o último parágrafo que o mestre materializou em sua obra que motivará a contestação ao atual decreto de indulto no presente artigo. Será visto que o benefício, na forma pela qual foi estabelecido em 2022, gerou inconstitucionalidades, inconveniência e ilegalidade, bem como interferiu nos dois outros Poderes, especialmente o Legislativo, superando os saudáveis limites de pesos e contrapesos de um Poder sobre o outro.

O indulto deve ter conteúdo compatível tanto com os enunciados normativos explícitos quanto implícitos da Constituição Federal. Dessa

² DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. 6. ed. São Paulo: Editora RT, 2018, p. 939.

forma, padecerá de invalidade aquele decreto de indulto que tornar letra morta qualquer princípio ou regra previstos na Carta Maior. Quando se tratar de princípio constitucional, o indulto jamais poderá vulnerar o núcleo essencial daquele enunciado normativo.

Sobre o núcleo dos princípios constitucionais, o Professor e Ministro do Supremo Tribunal Federal Luís Roberto Barroso³ assim esclarece com a habitual maestria:

Por fim, a diferença de papéis entre as regras e os princípios, no plano político-ideológico, implica reavivar as duas grandes funções desempenhadas pela Constituição em um Estado democrático de direito: (i) proteger valores fundamentais e consensos básicos contra a ação predatória das maiorias e (ii) garantir o funcionamento adequado da democracia e do pluralismo político. A proteção dos consensos é feita por meio de regras - âmbito no qual se situa o núcleo essencial dos princípios -, ficando limitada, em sua interpretação, quer a ação do legislador quer a de juízes e tribunais.

Ainda sobre o núcleo essencial, pode-se aqui transcrever relevante trecho do estudo de Ana Paula de Barcellos⁴ sobre o tema:

Ainda nesta fase de decisão, uma última diretriz a ser observada pelo intérprete diz respeito ao núcleo ou conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Como se sabe, a ideia de núcleo ou conteúdo essencial foi introduzida em várias constituições contemporâneas como uma forma de proteger os direitos contra a ação do legislador e também, de certa forma, do aplicador do direito. Mesmo onde não há uma previsão formal nesse sentido, como no Brasil, entende-se que os direitos fundamentais não podem ser restringidos (pelo legislador ou pelo juiz) a ponto de se tornarem invólucros vazios de conteúdo, sobretudo em sistemas onde desfrutam do status de cláusulas pétreas.

Paralelamente a essa garantia ao núcleo, admite-se correntemente na prática jurídica que os direitos possam sofrer conformações (mesmo porque o sentido e os contornos precisos dos direitos não decorrem automaticamente do texto que os prevê) e até mesmo algum grau de restrição, tendo em

³ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 213.

⁴ BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. São Paulo: Renovar, 2005, p. 139/141.

conta conflitos específicos envolvendo direitos entre si ou direitos e enunciados que consagram fins coletivos. Da conjugação desses dois elementos tem-se a seguinte conclusão: não se pode admitir que conformações ou restrições possam chegar a esvaziar o sentido essencial dos direitos, que, afinal, formam o conjunto normativo de maior fundamentalidade, tanto axiológica, quanto normativa, nos sistemas jurídicos contemporâneos. Nesse sentido, o núcleo deve funcionar como um limite último de sentido, invulnerável, que sempre deverá ser respeitado.

Essa área interna dos princípios constitucionais compreende, portanto, o chamado “núcleo duro”, que é inderrogável e irreduzível, ou seja, não pode ser ponderado ou mitigado, sob pena de violar-se a força normativa da Constituição Federal. Caso fosse permitido reduzir a eficácia de um princípio para aquém de seu núcleo essencial, a Carta Federal possuiria um enunciado sem qualquer expressão normativa.

No próximo capítulo, será apresentado o chamado Princípio da Proteção Deficiente, que encontra guarida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) e de cortes constitucionais de diversos países, bem como na doutrina nacional e estrangeira.

3 VEDAÇÃO À PROTEÇÃO DEFICIENTE

Como corolário das duas faces do Princípio da Proporcionalidade no âmbito penal, verifica-se que o viés negativo visa proteger o investigado, denunciado ou acusado, enquanto o viés positivo visa proteger a vítima em potencial e, em sentido amplo, a sociedade como um todo. De um lado estão os deveres de abstenção por parte do Estado, que deve preservar os direitos fundamentais do investigado ou acusado e não violar tais preceitos. Na outra face estão os deveres de proteção pelo Estado, que deve proteger a sociedade e vítimas reais e potenciais. É neste último escopo que reside o chamado Princípio da Vedação à Proteção Deficiente.

No cenário nacional, Gilmar Mendes é um dos doutrinadores que defende a tese do garantismo positivo, mencionando que a Corte

Constitucional Alemã tem reconhecido a lesão ao chamado Princípio da Proteção Deficiente⁵.

Essa lesão ao Princípio da Vedação à Proteção Deficiente pode ocorrer pelas mãos do legislador, pelo intérprete da norma e até mesmo pelos responsáveis pela execução da pena. Todos aqueles que atuam ou interferem no sistema persecutório, inclusive o Presidente da República com o indulto, são potenciais violadores de direitos fundamentais, neste caso da sociedade.

Vale mencionar também a doutrina sempre coerente do Prof. Ingo Sarlet⁶:

O Estado – também na esfera penal – poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese por sua vez vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É nesse sentido que – como contraponto à assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência têm admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição da insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*).

O *leading case* em que o Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesverfassungsgericht - BVerfG*) tratou do contraponto entre proibição do excesso e vedação à proteção deficiente foi em 28/5/1993 (BVerfGE 88,203), ao apreciar a uma lei datada de 1975 sobre descriminalização do aborto.

Enquanto o viés negativo do Princípio da Proporcionalidade exige um dever geral de abstenção estatal em relação a praticar excessos, o seu aspecto positivo impõe um atuar positivo do Estado no sentido de proteger a

⁵ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Série IDP. São Paulo: Saraiva, 2015.

⁶ SARLET, I. W. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição do excesso e de insuficiência. In: *Revista de Estudos Criminais*, n. 12, ano 3, 2003, p. 88.

segurança e a liberdade da coletividade em relação àquelas condutas mais graves.

Essa obrigação positiva ou dever de proteção já foi objeto de deliberação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em todas as condenações impostas ao Brasil. Nesses casos, o Brasil não foi capaz de investigar e, se fosse o caso, punir violadores de direitos fundamentais. O Estado foi omissivo ou ineficiente na atividade persecutória e, portanto, deixou de proteger vítimas de seus alcos, bem como desrespeitou o direito de os ofendidos ou seus familiares receberem uma resposta estatal a contento. Esse fato gerou enorme perplexidade na doutrina, que pelas mãos do advogado Valério Mazzuoli, um dos maiores nomes do Direito Internacional, materializou um pensamento de resumo a necessidade de o Estado proteger a sociedade de modo eficiente e sancionar os responsáveis por violações de direitos fundamentais: punir é um *standard* de direitos humanos⁷.

4 INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 5º DO DECRETO 11.302/2022

O Decreto 11.302/2022 foi exarado pelo Presidente da República e concedeu indulto em diversas situações nele descritas.

Logo de início houve debate acerca da constitucionalidade ou não de um dos dispositivos desse indulto que se atribuiu destinar-se ao Caso Carandiru, o que ensejou inclusive a propositura da ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) 7330, da relatoria do Min. Luiz Fux, pelo Procurador-Geral da República (PGR).

Nessa ADI, o PGR ressaltou na petição inicial que somente os limites materiais previstos na Constituição Federal são capazes de restringir os efeitos do indulto presidencial, consoante o já decidido na ADI 5874, de

⁷ MAZZUOLI, Valério; FACHIN, Melina. Um dia que dura décadas. *GEN Jurídico*. 2023. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/um-dia-que-dura-duas-decadas/1119850160/amp>. Acesso em: 30 abr. 2023.

modo que não cabe ao Judiciário analisar o mérito (conveniência e oportunidade) do decreto clemencial.

Sobre esses limites, situam-se não só aqueles expressos, mas também todos os preceitos implícitos reconhecidos como tendo matriz constitucional. Desta forma, formam o bloco de constitucionalidade para análise de compatibilidade do referido decreto o art. 5º, XLIII e § 2º (“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”), bem como o Princípio da Proporcionalidade sob o prisma da Vedação à Proteção Deficiente, que por sua vez é reconhecido doutrinária e jurisprudencialmente como enunciado normativo implícito.

A necessidade de compatibilidade com o texto constitucional decorre do fato de que qualquer ato normativo encontra seu fundamento de validade na Constituição Federal.

Por sua vez, a restrição à análise dos aspectos inerentes à conveniência e oportunidade do Presidente da República na formulação do decreto de indulto também encontra abrigo na moderna teoria do Direito Administrativo acerca da discricionariedade dos atos do Poder Público. Ela preconiza que os atos discricionários, na verdade, possuem diferentes graus de vinculação à juridicidade, ou seja, mesmo os atos discricionários não podem ser arbitrários, eis que se vinculam à juridicidade (legalidade, convencionalidade e constitucionalidade) como face de compatibilidade ao ordenamento jurídico como um todo. Malgrado o decreto de indulto seja uma face do exercício do poder discricionário de clemência do Presidente da República e tenha natureza de ato primário dotado de generalidade e abstração, isso não o isenta de ser analisado sob o prisma da juridicidade.

Cabe ressaltar o que preceitua Gustavo Binenbojm⁸:

⁸ BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 232/233.

No último degrau da escala de vinculação da Administração ao direito, encontram-se os atos vinculados diretamente por princípios (constitucionais, legais ou regulamentares), impropriamente denominados de atos discricionários. Aqui, à míngua de regras ou conceitos indeterminados a preordenar a atuação administrativa, recairá sobre o administrador a tarefa de escolher, dentre as opções jurídica e materialmente disponíveis, aquela que melhor concreta os fins colimados pela norma de competência (constitucional, legal ou regulamentar). A vinculação direta a princípios proporciona o mais baixo grau de vinculação administrativa à juridicidade. Assim, após o exame dos elementos vinculados (competência, forma, finalidade e motivos determinantes), **deverá o Judiciário averiguar se o administrador, na aplicação de uma norma que lhe permite atuar com certa liberdade de decisão, observou os princípios constitucionais gerais** e os princípios setoriais da Administração pública (como publicidade, impessoalidade, igualdade, moralidade, eficiência, confiança legítima).

[...]

Segundo Hartmut Maurer⁹, os vícios de discricionariedade podem ser divididos em quatro grupos: (i) não-utilização ou subutilização do exercício do poder discricionário, verificado quando a autoridade não usa ou subutiliza o poder discricionário de que dispõe por inadvertência ou por estimar equivocadamente que é titular de competência vinculada; (ii) excesso do poder discricionário, verificado quando a autoridade opta por uma consequência jurídica não prevista na norma de competência atributiva de tal poder, ou seja, quando o ato administrativo contém um efeito não previsto nem autorizado na norma de competência discricionária; (iii) uso defeituoso do poder discricionário (desvio), verificado quando a ação administrativa não está orientada por fundamentos objetivos ou não está orientada para o fim contemplado na lei; **(iv) violação aos direitos fundamentais e aos princípios gerais de direito.**

Constatado um desses vícios, deve o Poder Judiciário determinar a invalidação do ato ou, se for o caso, a sua substituição. Esta última ocorrerá quando se verificar o que se convencionou chamar de “redução da discricionariedade a zero”. (grifo nosso)

⁹ MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001, p. 51.

Embora exista o entendimento, por parte do STF, de que não cabe ao Judiciário avaliar critérios de conveniência e oportunidade do Presidente da República ao conceder indulto, salvo se o dispositivo atacado vulnerar as vedações previstas na Constituição Federal, foi concedida cautelar para suspender os efeitos dos dispositivos questionados na ADI 7330, que questionou outros dispositivos do Decreto 11.302/2022, mas não o seu art. 5º. Qualquer que seja a decisão nessa ADI, não impossibilita o estudo e análise da inconstitucionalidade do art. 5º, que aqui se defenderá.

O dispositivo legal do decreto de indulto que é objeto do presente texto é o art. 5º, que possui a seguinte redação:

Art. 5º Será concedido indulto natalino às pessoas condenadas por crime cuja pena privativa de liberdade máxima em abstrato não seja superior a cinco anos.

Parágrafo único. Para fins do disposto no *caput*, na hipótese de concurso de crimes, será considerada, individualmente, a pena privativa de liberdade máxima em abstrato relativa a cada infração penal.

Passa-se a analisar a incompatibilidade do referido art. 5º com dispositivos constitucionais (inclusive o Princípio da Vedação à Proteção Deficiente), com a orientação atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos e até mesmo com o Código Penal Militar.

A primeira observação que salta aos olhos é que não foi exigido, para a concessão de indulto, o cumprimento de nenhuma fração de pena. Note-se que no âmbito da ADI 5874/DF, em que se questionava a constitucionalidade de dispositivos do indulto concedido pelo ex-Presidente Temer (Decreto 9246/2017), o Ministro Luís Roberto Barroso, com a precisão habitual, criticou o percentual de um quinto da pena e assim ficou consignado nas notas taquigráficas de seu voto esclarecedor¹⁰:

¹⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.874/Distrito Federal*. Plenário, 09/05/2019. Relator: ministro Roberto Barroso. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344879024&ext=.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2023.

Confira-se a série histórica do indulto no Brasil, com os seus requisitos, a partir da Constituição de 1988.

Governo do Presidente Sarney, prazo mínimo: 1/3 de cumprimento da pena e quatro anos de pena máxima. Governo do Presidente Fernando Collor, prazo mínimo: 1/3 da pena; pena máxima, quatro anos. Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso: prazo mínimo, 1/3 da pena; pena máxima, seis anos. Primeiro governo do Presidente Lula: 1/3 da pena; seis anos, como pena máxima, durante todo o período em que foi Ministro da Justiça o grande e saudoso advogado Márcio Thomaz Bastos, insuspeito de quaisquer exageros punitivistas. No segundo governo Lula, já sem Marcio: mantém-se prazo mínimo, 1/3; pena máxima, oito anos.

Portanto, começamos em quatro e, no segundo governo Lula, chegamos a oito anos de pena máxima, para fins de indulto.

Depois, no governo da Presidente Dilma Rousseff: prazo mínimo de cumprimento da pena, 1/3.

Portanto, Presidente Sarney, Presidente Collor, Presidente Fernando Henrique, Presidente Lula e Presidente Dilma, o prazo era 1/3.

No governo do Presidente Fernando Henrique, houve um ano em que baixou para quatro, depois subiu para seis. No governo da Presidente Dilma, a pena máxima, o teto, passou para doze anos. No governo do Presidente Temer, no primeiro ano, aí temos o prazo mínimo de 1/4 da pena e pena máxima de doze anos. Manteve o que vinha.

E este indulto específico, que estamos discutindo, o prazo mínimo de cumprimento cai para 1/5, portanto 20% da pena, e suprime-se o limite máximo de condenação. Portanto, independentemente do prazo da condenação, o condenado vai ter indulto.

O que se percebe é que, enquanto o mundo, de uma maneira geral, aboliu a possibilidade do indulto coletivo, e no Brasil, fomos expandindo o alcance desse indulto coletivo.

(...)

Não se ignora que esta Corte tradicionalmente adota postura de deferência em relação aos decretos de indulto natalino, reconhecendo como discricionário e associado à política criminal.

Entendo, contudo, que este caso traz ao Tribunal um ponto de inflexão. O decreto aqui impugnado se choca com princípios constitucionais básicos e com parâmetros legislativos definidos pelo Congresso Nacional.

Portanto, procuro demonstrar a seguir, passando para parte dois do meu voto, que o indulto não pode conflitar com a política criminal adotada no país, que foi traçada pelo legislador, e que o indulto não pode significar a

abdicação, pelo Estado, de determinados deveres de proteção que a ele compete.

(...)

Vejam, então, que o legislador penal estabeleceu, na mais benevolente das hipóteses, a exigência do cumprimento mínimo de 1/3 da pena para o desfrute de liberdade antecipada. Essa posição, que já é relativamente branda, é nuclear à política criminal definida pelo Poder Legislativo.

Portanto, a competência do Presidente da República para a concessão de indulto deve ser interpretada de modo sistemático e em harmonia com as previsões legislativas definidas pelo legislador penal, do contrário haverá usurpação da competência legislativa do Congresso e violação da separação de Poderes, como anotou, com felicidade, na sua decisão, a Ministra Carmen Lúcia, quando escreveu:

“Maquiando a descriminalização sob a forma de indulto, o que se estaria a praticar seria o afastamento do processo penal e da pena definida judicialmente.” (grifo nosso)

Ao suprimir qualquer percentual de cumprimento de pena para a concessão do indulto aos condenados por crimes cujas penas máximas sejam não superiores a cinco anos, o Presidente da República tornou seu decreto incurso justamente na hipótese mencionada pelo Min. Luís Roberto Barroso, eis que, se o condenado fosse pleitear sua liberdade pela via do instituto do livramento condicional, teria que aguardar no mínimo um terço do cumprimento da pena, na melhor das hipóteses. Essa foi uma escolha do Legislativo que – cabe frisar – é um Poder com a legitimidade popular para estabelecer as diretrizes gerais de política criminal do país.

Quando o decreto de indulto deixa de condicionar o benefício ao cumprimento de uma parcela de pena para condenações a crimes cujas sanções máximas sejam não superiores a cinco anos, na verdade veicula uma espécie de *abolitio criminis* pela via transversa e, assim, viola o Princípio da Separação dos Poderes (art. 2º da Constituição Federal). Nesse sentido, mostra-se primorosa a lição da Ministra Carmen Lúcia, mencionada pelo Ministro Luís Roberto Barroso e que aqui se transcreve novamente: “Maquiando a descriminalização sob a forma de indulto, o que se estaria a

praticar seria o afastamento do processo penal e da pena definida judicialmente”.

Essa violação à Separação dos Poderes se deve à indevida interferência nas condenações impostas pelo Judiciário, à extrapolação do limite implícito estabelecido pelo Legislativo para o livramento condicional nos casos em que não há reincidência e inexistência de violência ou grave ameaça, e também ao fato de que, na prática, se trata de *abolitio criminis*, que só pode ocorrer pela via legal (lei em sentido estrito).

Cabe mencionar também a violação ao Princípio da Proporcionalidade sob o prisma da Vedação à Proteção Deficiente, que é preceito implícito e tem reconhecido *status* constitucional. Ao simplesmente extinguir a pena sem que fosse exigido um dia sequer de cumprimento, o decreto de indulto também vulnera o Princípio da Vedação à Proteção Deficiente, pois torna letra morta a condenação nos termos legais, definidos pelo Legislativo com base na política criminal brasileira. Não se olvida que o indulto é instrumento de política criminal, pois pode fornecer alívio para o sistema carcerário e penal de um modo geral, porém jamais poderá superar os parâmetros estabelecidos pelo legislador para situações com resultado equivalente. É um recado desalentador para a sociedade brasileira, pois a sociedade espera que haja um mínimo de reprimenda ao desvio social pela via delituosa.

Cabe ressaltar que mesmo uma condenação com regime aberto ou semiaberto (algo plausível para crimes com penas máximas até cinco anos) precisaria de minimamente um sexto da pena cumprida para que houvesse uma progressão para o aberto ou a liberdade plena. Nem mesmo essa fração de cumprimento de pena foi empregada no indulto, no caso do art. 5º.

As questões técnicas supracitadas somam-se às consequências de ordem prática, eis que diversas condutas bastante reprováveis, como por exemplo a injúria racial, crimes ambientais e lesões corporais no âmbito da violência doméstica e familiar contra a mulher e o idoso, ficariam

absolutamente impunes sem que houvesse o cumprimento de um dia sequer de pena.

Sob o prisma convencional, não tem melhor sorte o art. 5º do Decreto 11.302/2022, pois a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), nas onze condenações impostas ao Brasil até hoje, mencionou que o sistema de persecução penal pátrio deve agir com eficiência e efetividade para punir violadores de direitos humanos, de modo que em todos os casos as decisões encaminhadas mostram descumprimento de cláusulas do Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH) por violações aos direitos humanos das vítimas, não dos investigados, acusados ou condenados. Em todas as condenações o Brasil agiu desidiosamente ou demorou a exercer seu poder-dever de punir, gerando impunidade e descrédito internacional. Apenas para fins exemplificativos, os artigos 11, 19, 21 e 25 são importantes mecanismos de proteção a direitos humanos da coletividade e periclitam caso prospere a validade do art. 5º do decreto de indulto de 2022, já que violadores de bens dotados de essencialidade, como patrimônio, liberdade, honra e proteção judicial (neste caso, a atuação como vítima no processo penal) restarão livres sem cumprirem um só dia de pena. É digno de nota que as convenções e tratados que não obedecem ao critério exposto no art. 5º, parágrafo 3º da Constituição Federal – caso da CADH – têm *status* supralegal, de modo que, ainda assim, o decreto lhes deve compatibilidade.

Por fim, no plano da legalidade, o decreto não atende ao disposto no art. 2º do Código Penal Militar, que assim preceitua: “Ninguém pode ser punido por fato que **lei posterior** deixa de considerar crime, cessando, em virtude dela, a própria vigência de sentença condenatória irrecorrível, salvo quanto aos efeitos de natureza civil” (grifo nosso). Como já foi mencionado, pelo fato de não exigir o cumprimento de qualquer parcela de pena no caso do art. 5º, o indulto se assemelha ao instituto da *abolitio criminis*, que somente pode ocorrer pela via da lei em sentido estrito.

O art. 5º, portanto, vulnera dispositivos nos planos constitucional, convencional e legal.

5 CONCLUSÃO

O indulto, especialmente aquele chamado de “natalino”, se mostra como instrumento de política criminal e, como tal, deve ser subordinado aos parâmetros estabelecidos pelo Legislativo para a condução do sistema carcerário.

Apesar de ser mecanismo dotado de – dita – discricionariedade, tal poder de escolha das cláusulas de política criminal deve obediência à juridicidade e aos parâmetros legalmente definidos para a gestão do sistema prisional. Assim, o decreto de indulto encontra limites nas vedações explícitas e implícitas dispostas na Constituição Federal e também deve manter compatibilidade com os planos convencional e legal.

O decreto de indulto de 2022 padece de incompatibilidades nos três planos de análise: constitucional, convencional e legal. Não custa lembrar que o modelo de controle de constitucionalidade adotado no ordenamento jurídico brasileiro admite o chamado controle difuso, entendido como sendo aquele que cada juiz exerce ao proferir suas decisões. Da mesma forma, no prisma convencional, o Ministério Público pode e deve exercer controle de convencionalidade em suas manifestações, algo corroborado pela Recomendação 96/2023, do Conselho Nacional do Ministério Público, que recomenda a todos os ramos do MP brasileiro que observem os tratados e convenções de direitos humanos, principalmente o Pacto de São José da Costa Rica.

Portanto, reconhecida a inconstitucionalidade (sem prejuízo da inconveniência e ilegalidade) do indulto materializado pelo Decreto 11.302/2022, qualquer Juízo que deve se manifestar sobre a concessão desse benefício pode, inclusive por provocação do Ministério Público, reconhecer a

invalidez do já mencionado art. 5º, sem excluir a possibilidade – ideal – do controle concentrado pelo Supremo Tribunal Federal. Trata-se de dispositivo que viola a Separação dos Poderes, o Princípio da Vedação à Proteção Deficiente, o Pacto de São José da Costa Rica e o art. 2º do CPM.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*. São Paulo: Renovar, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. Série IDP. São Paulo: Saraiva, 2015.

DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal*. 6. ed. São Paulo: Editora RT, 2018.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. V. I, 25. ed. São Paulo: Editora Gen, 2023.

MAURER, Hartmut. *Elementos de direito administrativo alemão*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

MAZZUOLI, Valério; FACHIN, Melina. Um dia que dura décadas. *Gen Jurídico*, 2023. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/um-dia-que-dura-duas-decadas/1119850160/amp>. Acesso em: 30 abr. 2023.

SARLET, I. W. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição do excesso e de insuficiência. *In: Revista de Estudos Criminais*, n. 12, ano 3, 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.874/Distrito Federal*. Plenário, 09/05/2019. Relator: ministro Roberto Barroso. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344879024&ext=.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2023.

Teoria da hierarquia militar mitigada no exercício de mandato eletivo¹

Marlo Romulo Werka

Pós-graduado em Direito Constitucional pelo Instituto de Direito Público (IDP) de Brasília-DF. Major do Quadro Complementar de Oficiais (QCO) do Exército Brasileiro, servindo no Superior Tribunal Militar (STM).
E-mail: mwerka@yahoo.com

Revisores: Fernando Hugo Miranda Teles (e-mail: fernando.teles@mpm.mp.br)

Antonio Carlos Gomes Facuri (ORCID: 0009-0006-8038-8288; e-mail: antonio.facuri@mpm.mp.br)

Data de recebimento: 11/04/2023

Data de aceitação: 04/05/2023

Data da publicação: 30/05/2023

RESUMO: As relações políticas entre militares, fortalecidas com maior ênfase a partir do pleito eleitoral de 2018, estabelecidas como fruto do exercício dos recentes mandatos eletivos, podem ter criado um critério novo de interpretação da hierarquia militar para determinadas hipóteses, quais sejam, uma espécie de mitigação das regras seculares e rígidas que fundamentam o dia a dia da caserna. A análise sistêmica das normas constitucionais pode sepultar a primeira impressão de que as relações hierárquicas são inafastáveis e rígidas para os militares em qualquer situação, para a vida toda. Todavia, tal hipótese merece um estudo sério, com análise científica sobre o tema, de modo a mapear, pelo menos inicialmente, quais os fundamentos jurídicos para tal hipótese de “mitigação da hierarquia”. Diante deste desafio complexo é que se apresenta o presente artigo, corajoso na medida em que ousa tocar em ponto sensível e não anteriormente explorado

¹ Trabalho de pós-graduação em Direito Constitucional no Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), em 2019, sob a orientação do Prof. Dr. André Rufino do Vale.

com a profundidade necessária na doutrina jurídica brasileira. Para obtenção de alguma resposta concreta sobre o tema, foi feita análise legislativa, hermenêutica e contextual da matéria. O método utilizado foi o dedutivo, analisando-se as premissas postas para se chegar a uma conclusão.

PALAVRAS-CHAVE: militares; hierarquia; mandato eletivo; mitigação.

ENGLISH

TITLE: Theory of military hierarchy mitigated in the exercise of elective mandate.

ABSTRACT: Political relations between the military, strengthened with greater emphasis from the 2018 election, established as a result of the exercise of recent elective mandates, may have created a new criterion for the interpretation of the military hierarchy for certain hypotheses, namely, a kind of mitigation of secular rules and rigid that underlie the daily life of the Armed Forces. The systemic analysis of constitutional norms can bury the first impression that hierarchical relations are inexhaustible and rigid for the military in any situation, for all the life. However, this hypothesis deserves serious study, with scientific analysis on the subject, in order to map, at least initially, what are the legal bases for such a hypothesis of “mitigation of the military hierarchy”. Faced with this complex challenge, this article presents itself, courageous in that it dares to touch a sensitive point and has not previously been explored with the necessary depth in Brazilian law doctrine. In order to obtain some concrete answer on the subject, a legislative, hermeneutic and contextual analysis of the matter was carried out. The deductive method was used, analyzing the premises used to reach a conclusion.

KEYWORDS: military; hierarchy; elective mandate; mitigation.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Desenvolvimento – 2.1 Hierarquia – 2.1.1 Hierarquia: fundamentos constitucionais – 2.1.2 Hierarquia: fundamentos legais – 2.1.3 postos e graduações: parâmetros de hierarquia – 2.1.4 perda de posto ou patente: CF – 2.1.5 regras excepcionais de precedência hierárquica – 3 Militares eleitos – 3.1 Poder Executivo: fácil resolução – 3.2 Poder Legislativo: o nó górdio da questão – 4 Hipóteses de resolução do problema – 4.1 Direito Administrativo Alemão (teoria da sujeição especial dos Agentes ao Estado) – 4.2 Ponderação de princípios: arts. 53 e 142 da CF/88 – 4.2.1 Sopesamento dos artigos constitucionais propriamente ditos – 4.2.2 O nascimento da Teoria da Hierarquia Militar mitigada para o Poder Legislativo – 4.2.3 Possível consequência: o afastamento dos crimes dos arts. 163 e 301 do CPM e dos Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas nessas situações – 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Observou-se com maior ênfase, a partir das eleições gerais de 2018, o aumento considerável de candidatos de origem militar que acabaram eleitos, para os mais variados cargos. Tal fenômeno decorre de uma série de fatores, os quais não serão plenamente abordados no presente artigo sobre Direito Militar, até pela necessidade de delimitação do tema e por serem despendidos para o objetivo do trabalho.

Em face dos preceitos contidos no art. 142, *caput*, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), que traz a hierarquia e a disciplina como os alicerces da profissão militar, cabe estudar como ficariam as relações profissionais desses eleitos (militares) com os seus pares, em especial, no Poder Legislativo, bem como com outras autoridades do Poder Executivo, também oriundos do meio militar. Ou, ainda, tal relação com os próprios militares que permaneceram em sua carreira original, nos limites da caserna.

Por vezes, surgem perguntas no imaginário popular tangenciando o tema, tais como: “Capitão eleito manda em General também eleito, mas em

cargo hierarquicamente inferior?"; ou "Deputado Coronel dá ordens ao Deputado Subtenente?". Tais indagações demonstram, sobremaneira, não somente a falta de conhecimento sobre o tema, mas, explicitamente, a ausência de clareza nas relações estabelecidas nessas circunstâncias.

As respostas eventualmente dadas para essas questões parecem tangenciarem o campo do empirismo, oriundas de experiências da caserna e do dia a dia, no campo das relações entre autoridades. Possivelmente, tal fenômeno se dê pela inexistência de pesquisa científica que aborde o tema em específico.

Assim, o artigo que ora se descortina tem como cerne tentar esclarecer tais aspectos, bem como estabelecer uma proposta de teoria, em caráter vanguardista, com o embasamento científico necessário.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Hierarquia

2.1.1 *Hierarquia: fundamentos constitucionais*

O artigo fulcral da CF/88, tido como farol ao senso comum dos juristas quando o assunto perpassa o tema Forças Armadas é, exatamente, o mesmo que é gravado, inexoravelmente, nas peles e almas dos militares: o 142.

Para melhor visualização, transcreve-se o supracitado dispositivo e os respectivos incisos que interessam à presente análise:

CAPÍTULO II
DAS FORÇAS ARMADAS
Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos

poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

§ 1º Lei complementar estabelecerá as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas.

§ 2º Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares.

§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

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 e, juntamente com os demais membros, o uso dos uniformes das Forças Armadas; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

II - o militar em atividade que tomar posse em cargo ou emprego público civil permanente, ressalvada a hipótese prevista no art. 37, inciso XVI, alínea "c", será transferido para a reserva, nos termos da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 77, de 2014)

III - o militar da ativa que, de acordo com a lei, tomar posse em cargo, emprego ou função pública civil temporária, não eletiva, ainda que da administração indireta, ressalvada a hipótese prevista no art. 37, inciso XVI, alínea "c", ficará agregado ao respectivo quadro e somente poderá, enquanto permanecer nessa situação, ser promovido por antiguidade, contando-se-lhe o tempo de serviço apenas para aquela promoção e transferência para a reserva, sendo depois de dois anos de afastamento, contínuos ou não, transferido para a reserva, nos termos da lei; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 77, de 2014) IV - ao militar são proibidas a sindicalização e a greve; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

V - o militar, enquanto em serviço ativo, não pode estar filiado a partidos políticos; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

VI - o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

VII - o oficial condenado na justiça comum ou militar a pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no inciso anterior; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

VIII - aplica-se aos militares o disposto no art. 7º, incisos VIII, XII, XVII, XVIII, XIX e XXV, e no art. 37, incisos XI, XIII, XIV e XV, bem como, na forma da lei e com prevalência da atividade militar, no art. 37, inciso XVI, alínea "c"; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 77, de 2014)

[...]

X - 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, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

Note-se que, já no *caput*, a hierarquia aparece solenemente e corretamente ombreada pela disciplina, como base indiscutível da organização das Forças Armadas.

Tal é a importância da hierarquia para as instituições militares que, sem ela, desfaz-se a essência e o funcionamento das Forças Militares, pois o sistema desorganiza-se ao extremo, ficando acéfalo, sem cadeia de comando, desprovido de qualquer aparência de corporação militar. Ainda com o foco na hierarquia – chave para desatar o nó górdio da intrincada questão adiante apresentada, na medida em que se argumentará por hipótese válida de mitigação da mesma em situações bastante específicas –, passa-se a analisar os parágrafos e incisos do art. 142 da CF/88.

Vê-se que tanto o constituinte originário quanto o derivado atuaram com boa técnica e atenção ao tema, prevendo situações particularizadas para os militares. Contudo, um dos temas que ressoa deveras importante aos olhos mais atentos, parece ter escapado às prestimosas balizas do Poder Constituinte, senão vejamos.

No parágrafo primeiro do art. 142 da CF/88, houve a preocupação em destinar à Lei Complementar a tarefa de definir normas gerais para a organização, preparo e emprego das Forças Armadas, o que foi devidamente

suprido com a edição da Lei Complementar n° 97/99, e das suas respectivas atualizações pelas Leis Complementares n° 117/04 e n° 136/10.

No parágrafo segundo, constou a consagrada regra do não cabimento de *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares. Contudo, é cediço que houve flexibilização pela jurisprudência pátria, ao admitir o remédio heroico somente quanto à forma e ao fiel cumprimento dos direitos do paciente durante a apuração da transgressão disciplinar (Exército e Aeronáutica) ou contravenção disciplinar (Marinha), mantendo-se a proibição para tratar do mérito das punições disciplinares militares.

No parágrafo terceiro, observa-se a condição *sui generis* dada aos militares, ao terem sido retirados do capítulo dos Servidores Públicos e colocados como categoria especial, por força da Emenda Constitucional n° 18/98 (EC 18/98). Esse parágrafo desdobra-se em vários incisos, dos quais se farão menções tão somente aos que interessam ao escopo do presente trabalho.

Os respectivos incisos II e III trazem as hipóteses de posse em cargos, empregos ou funções públicas civis, permanentes ou temporárias. Entretanto, ambos não se referem a cargos eletivos. Aliás, o III faz a ressalva específica: “não eletivo”.

O IV contém a proibição de sindicalização e greve para os militares.

O V define a proibição do militar da ativa estar filiado a um partido político, o que não significa que não possa concorrer em eleições, como se verá adiante.

Os VI e VII trazem regras para perda do posto do Oficial. Aqui, um ponto de suma importância. Note-se que, por disposição constitucional, o Oficial das Forças Armadas só perde o posto por decisão transitada em julgado de tribunal militar permanente que, nesse caso, é o Superior Tribunal Militar (STM), em tempo de paz, ou tribunal especial, em tempo de guerra.

Essa informação precisa ser fixada, pois será essencial para embasar a teoria que ora se pretende lançar para a comunidade acadêmica.

Por enquanto, ficam as perguntas: ora, se um Oficial das Forças Armadas só perde o seu posto, em tempo de paz, por decisão do STM, e se esse mesmo Oficial é elegível (conforme se verá adiante no Estatuto dos Militares), como fica a sua situação hierárquica se ele for eleito? Se não perdeu o posto, conserva todas as suas prerrogativas, inclusive com ascendência hierárquica sobre os mais modernos que permanecem na caserna? E quanto a outro Oficial, também eleito, como se porta e se estabelecem essas relações?

O inciso X, por fim, não pode passar *in albis*, pois é dele que se extrai a autorização constitucional para que a lei defina, dentre outros aspectos, direitos, deveres, prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades. Essa é a Lei nº 6.880/80, popularmente conhecida como o Estatuto dos Militares, consagrado na doutrina e na jurisprudência como recepcionado pela CF/88.

Nesse diploma legal serão colhidas informações importantes para consolidar a teoria que se propõe, ao final desse trabalho.

2.1.2 Hierarquia: fundamentos legais

Como mencionado acima, o Estatuto dos Militares possui elementos importantes para o presente estudo, com destaque para o art. 2º², o art. 14, parágrafo primeiro e parágrafo terceiro³, o art. 17⁴, o art. 52, parágrafo único⁵ e o art. 83⁶.

² Art. 2º As Forças Armadas, essenciais à execução da política de segurança nacional, são constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, e destinam-se a defender a Pátria e a garantir os poderes constituídos, a lei e a ordem. São instituições nacionais, permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República e dentro dos limites da lei.

³ Art. 14. A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico. § 1º A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antigüidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à

Nessa fase inicial da construção teórica, é preciso destacar aspectos básicos da carreira, de modo que as peças do quebra cabeça se encaixem no momento derradeiro.

Logo no art. 2º do mencionado Estatuto, a hierarquia já aparece mencionada no mesmo sentido da norma constitucional, a saber, como base da organização das Forças Armadas.

2.1.3 Postos e graduações: parâmetros de hierarquia

No art. 14, *caput*, parágrafos primeiro e terceiro, encontram-se conceitos legais mais detalhados sobre hierarquia militar. Para tanto, considera-se essencial a transcrição do dispositivo legal *in comento, in verbis*:

Art. 14. A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico.

§ 1º A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antiguidade no posto

seqüência de autoridade. (...) § 3º A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformados.

⁴ Art. 17. A precedência entre militares da ativa do mesmo grau hierárquico, ou correspondente, é assegurada pela antiguidade no posto ou graduação, salvo nos casos de precedência funcional estabelecida em lei.

⁵ Art. 52. Os militares são alistáveis, como eleitores, desde que oficiais, guardas-marinha ou aspirantes-a-oficial, suboficiais ou subtenentes, sargentos ou alunos das escolas militares de nível superior para formação de oficiais. Parágrafo único. Os militares alistáveis são elegíveis, atendidas às seguintes condições:

a) se contar menos de 5 (cinco) anos de serviço, será, ao se candidatar a cargo eletivo, excluído do serviço ativo mediante demissão ou licenciamento *ex officio* ; e

b) se em atividade, com 5 (cinco) ou mais anos de serviço, será, ao se candidatar a cargo eletivo, afastado, temporariamente, do serviço ativo e agregado, considerado em licença para tratar de interesse particular; se eleito, será, no ato da diplomação, transferido para a reserva remunerada, percebendo a remuneração a que fizer jus em função do seu tempo de serviço.

⁶ Art. 83. O militar agregado fica sujeito às obrigações disciplinares concernentes às suas relações com outros militares e autoridades civis, salvo quando titular de cargo que lhe dê precedência funcional sobre outros militares mais graduados ou mais antigos.

ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à sequência de autoridade.

§ 2º Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.

§ 3º A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformados. (Estatuto dos Militares, 1980).

É no parágrafo terceiro que está a principal observação a dar ensejo a este trabalho.

Se a disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformados, tal qual disciplina exatamente a lei, como fazer em relação aos eleitos, em especial para mandatos no Poder Legislativo onde serão pares (dois Deputados Federais ou dois Senadores da República), por exemplo?

2.1.4 Perda de posto ou patente

Ora, se o posto do Oficial não se perde, salvo por decisão judicial transitada em julgado pelo STM, em sintonia ao que dispõe o art. 142, VII e VIII da CF/88, então um Oficial eleito conserva seu posto no exercício do mandato. E, tendo posto, está dentro de uma cadeia hierárquica, a qual deve ser respeitada por toda a vida.

2.1.5 Regras excepcionais de precedência hierárquica

No art. 17 do Estatuto dos Militares, são estabelecidas regras de precedência entre militares, de acordo com a hierarquia. Na parte final do

caput, há regra interessante que resolve grande parte do problema: a chamada precedência funcional.

Precedência funcional é, pois, a hipótese de exceção às regras normais de hierarquia por antiguidade, no posto ou graduação. Significa que um militar mais moderno pode ter, circunstancialmente, precedência sobre um militar mais antigo, desde que aquele esteja em um cargo superior, que lhe dê tal condição.

Exemplificando: é o caso de um Coronel que chegou ao posto respectivo após outro Coronel, mas que possui o curso de Comando e Estado-Maior e, portanto, está apto a ser nomeado Comandante do quartel. Se o Coronel mais antigo não possuir tal curso e o mais moderno for nomeado Comandante, a partir daí estará estabelecida uma precedência funcional, que dará autoridade, enquanto durar a nomeação, do mais moderno sobre o mais antigo.

Em caso de eleitos para o Poder Executivo, um exemplo recente facilita a compreensão. O ex-Presidente da República, eleito em 2018, é Capitão reformado do Exército Brasileiro. O Vice-Presidente da República eleito no mesmo pleito é General de Exército da reserva. Ocorre que o Capitão, uma vez eleito Presidente da República, passa a ter precedência funcional sobre os militares de maior hierarquia e antiguidade, até porque a própria CF/88 o coloca na condição de Comandante Supremo das Forças Armadas, por força do art. 142.

Outro exemplo é de um Ministro de Estado, nomeado, que seja General de Divisão. E o Secretário-Executivo de tal Ministério seja um General de Exército. Mais uma vez, haverá precedência funcional como exceção às regras ordinárias de hierarquia, enquanto durarem as nomeações.

Em suma, no Poder Executivo, não há maiores dificuldades, pois a natureza dos cargos e seus graus de autoridade resolvem a celeuma com base na precedência hierárquica.

No art. 52, parágrafo único, do Estatuto dos Militares, consta que os militares que são alistáveis são, também, elegíveis. Portanto, nada os impede de concorrer a cargos com mandatos eletivos.

No art. 83 do mesmo Estatuto reside a regra para o militar agregado, fixando-se o respeito às suas obrigações disciplinares (intrinsecamente ligada às relações hierárquicas), salvo na hipótese de precedência funcional.

3 MILITARES ELEITOS

3.1 Poder Executivo: fácil resolução

Adrede explicada e exemplificada, em especial no caso de militares que tomem posse em cargos do Poder Executivo, a precedência funcional parece ser suficiente para clarear uma mitigação hierárquica. Tal hipótese se dá nos casos que aquele militar originalmente mais antigo esteja, temporariamente, sem possibilidade de fazer valer a hierarquia para exigir o cumprimento de suas ordens pelo mais moderno, agora amparado por precedência funcional.

3.2 Poder Legislativo: o nó górdio da questão

Nesse tópico residem as questões mestras que deram ensejo à presente reflexão, as quais desaguarão na coragem em escrever sobre tema tão inovador e, deveras, espinhoso; mormente por suas peculiaridades extremamente sensíveis.

É fato que vários militares já estiveram, na história, em cargos do Poder Executivo e do Poder Legislativo, com ênfase para a esfera federal.

No entanto, no Poder Legislativo, a questão parece ser bem mais complexa.

Nas eleições de 2018, por exemplo, foram 24 (vinte e quatro) eleitos de origem militar para o Congresso Nacional, sendo 2 para o Senado Federal e 22 para a Câmara dos Deputados, segundo notícia veiculada pela Empresa Brasileira de Comunicação (EBC) (EBC 2018).

E aí, exsurgem as indagações arrebatadoras:

(a) se a hierarquia militar possui previsão constitucional, e se a mesma hierarquia militar deve ser mantida em todas as circunstâncias da vida - conforme estabelece o art. 14, parágrafo terceiro, do Estatuto dos Militares - em estando dois ou mais Parlamentares da mesma Casa Legislativa (pares), sem qualquer tipo de ascendência funcional entre eles (ninguém é Presidente de Comissão, Líder de bancada ou algo do gênero), como ficam essas relações hierárquicas, uma vez que os postos e graduações, que são parâmetros para o estabelecimento da hierarquia, não foram declarados perdidos por decisão de tribunal militar de caráter permanente competente (art. 142, VI da CF/88 e art. 102 do CPM)?

(b) Permanecem as relações hierárquicas militares ou estas estão excluídas?

(c) Se estão excluídas, qual seria o fundamento legal?

As possíveis respostas, que se propõem a inaugurar novel teoria sobre o assunto, estão organizadas e relacionadas no próximo capítulo, de sorte a tentar o deslinde razoável e fundamentado para a questão.

4 HIPÓTESES DE RESOLUÇÃO DO PROBLEMA

4.1 Direito Administrativo Alemão (teoria da sujeição especial dos agentes ao Estado)

Uma das hipóteses de resposta para o problema apresentado poderia ser buscada em berço europeu, com tradição em grandes teorias de Direito Constitucional.

Na Alemanha, no século XIX, surgiu a chamada “Teoria da Relação de Sujeição Especial”, dentro do Direito Público, ramo importante do Direito Administrativo Alemão.

Ainda que outros autores tenham tratado rapidamente do tema, o maior e mais conhecido destaque foi dado por Otto Mayer (1949). Konrad Hesse (1998) também tem anotações sobre o tema, assim como Hatmut Maurer (2006, 1994).

O desafio de tentar extrair desses cérebros privilegiados a essência de teoria tão singular é gigantesco, pois, além da pesquisa ser exaustiva, também é válido afirmar que o acesso a tais obras não é simples. É mais difícil ainda encontrá-las na língua original, embora existam traduções aptas a dar suporte à pesquisa.

Contudo, a própria procura dificultada pelas obras de apoio, ao nosso crivo, é passo essencial para a boa formação e valorização da pesquisa, pois os obstáculos do caminho só valorizam o êxito derradeiro.

Voltando ao cerne da teoria, criou-se, naquele tempo, uma corrente de pensamento que defendia que alguns tipos de sujeição ao Estado não precisariam estar, necessariamente, subsumidos ao princípio da legalidade. Isso porque, ao não serem considerados como norma, não trariam consigo essa pecha de necessária observância da legalidade.

Pode parecer estranho aos olhos comuns hodiernos, em especial tendo em vista o Direito Constitucional pátrio, que tem o princípio da

legalidade consagrado pela CF/88, conforme se verifica no art. 37, *caput*, cuja transcrição está destacada abaixo, para melhor visualização:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios **de legalidade**, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: omissis (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998) (sem grifo no original)

Todavia, na Alemanha da época, a teoria se explicava e se sustentava no fato que o Estado poderia ter relações particularizadas com alguns administrados (alheia ao âmbito da legalidade), isso somente em alguns ramos da Administração Pública.

Tratava-se de uma exceção à reserva de lei, suprida pelo consentimento do administrado, salvo melhor juízo de valor sobre o tema.

O Administrado, em determinados ramos, sujeitava-se a essas relações especiais, mesmo não estando previstas em lei, mas evidentemente com o seu consentimento ao fazer parte daquela relação, como era o caso de alguns servidores públicos, por exemplo, que, ao aceitarem determinados cargos, quedavam-se, então, às regras específicas deles decorrentes. Era o caso das relações funcionais dos servidores, a título de exemplificação.

O próprio Professor Konrad Hesse (1998) afirmou até que, nas relações de sujeição especial, o exercício de alguns direitos fundamentais poderia ser incompatível. Seria o caso hipotético de, por exemplo, garantir o direito de livre reunião para quem está preso. A toda evidência, haveria incompatibilidade.

Entretanto, o exemplo mais citado na doutrina, não só de Hesse, era justamente o dos presos, que, por sua vez, deveriam acatar regras dentro do sistema carcerário alemão, mesmo não estando todas elas previstas em lei.

Inclusive, foi em 1967 que, em caso de violação de correspondência de um preso, a que o Estado teve acesso com base em regramento interno do

estabelecimento carcerário, houve o ensejo para que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha flexibilizasse tal teoria.

No julgamento de Reclamação Constitucional (1972), aquela Corte considerou-a procedente, entendendo, em suma, que os direitos dos presos também só poderiam ser minimizados com suporte em previsão legal.

Ou seja, embora não tenha exterminado a “Teoria da Relação de Sujeição Especial”, é certo que lhe deu novas tintas de existência, com menos robustez, comparando-se ao entendimento outrora vigente.

Em verdade, parece-nos até que, desde 1949, com a promulgação da Lei Fundamental para a República Federal da Alemanha (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*), já havia uma tendência, pelo menos, para a flexibilização de tal teoria. Contudo, tal impressão não sustenta o argumento pelo qual essa teoria foi trazida à lume para o presente estudo.

Cabe refletir se caberia invocar, em tese, a “Teoria de Sujeição Especial” do Direito Público Alemão para justificar uma suposta ausência de hierarquia entre militares, ao entrarem para a política e se sujeitarem às regras do novo cargo em que tomarem posse, como escolhidos para tal mister.

Embora em um primeiro momento, tal saída parecesse agradável e confortável, pois em análise perfunctória seria a explicação razoável para justificar uma eventual ausência de relação hierárquica entre militares eleitos, é certo que tal teoria não possui aplicabilidade no Brasil.

Por conseguinte, o embate doutrinário a se desenhar para embasar a novel proposta de “Teoria da Hierarquia Militar Mitigada no exercício de mandato eletivo” seria muito mais ferrenho, pois, certamente, seriam apresentadas críticas contumazes pela utilização de teoria estrangeira incomum na nossa doutrina e jurisprudência.

Ademais, justificar a aplicabilidade da teoria alemã, para esse caso, poderia dar ensejo à defesa de sua igual incidência em outras situações, abrindo precedente perigoso, pois se deve lembrar que, na essência, a sua

construção original se dá em defesa da sujeição especial alheia à legalidade e a submissão a direitos fundamentais.

4.2 Ponderação de Princípios: arts. 53 e 142 da CF/88

4.2.1 Sopesamento dos artigos constitucionais propriamente ditos

Os comandos contidos nos arts. 53, *caput* e 142, *caput*, ambos da CF/88, seriam regras ou princípios? Para melhor efeito de raciocínio conjunto, transcrevem-se as cabeças dos dois dispositivos, textualmente, a saber:

Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

[...]

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

Partindo-se de uma visão Dworkiana (DWORKIN, 1967), parece-nos que, em ambos os casos, se está a falar de normas principiológicas e não de norma na espécie regra.

Isso porque, em ambos os casos, não são comandos absolutos e admitem ponderação, não sendo o caso de incidência do clássico critério do doutrinador do Estado de Massachusetts-EUA quanto à aplicação das regras no campo da validade: ou tudo, ou nada!

Se a hierarquia pode ser flexibilizada pela própria precedência funcional prevista em lei (conforme já afirmado em relação ao art. 17, parte final, do Estatuto dos Militares), vê-se, desde logo, que não se está a tratar de

regra inafastável e absoluta. Deve, em decorrência, estar tal comando no campo dos princípios.

O mesmo é válido para a inviolabilidade, civil e penal, das opiniões de Senadores e Deputados. À toda evidência, tal imunidade é aplicável para ocasiões relacionadas ao exercício do mandato, não constituindo verdadeiro salvo-conduto para que se possa cometer toda ordem de crimes contra a honra, por exemplo, indiscriminadamente.

Assim, igualmente, quer parecer, como no exemplo anterior, estar-se diante do campo dos princípios, pois se admite flexibilização.

Em sendo ambos os itens ora analisados princípios, em eventual conflito entre eles admite-se a solução da ponderação, na clássica visão de Dworkin (1967), definindo a aplicação dos mesmos e a definição da situação na medida dos “pesos” de um e de outro.

Lembrando que, para Dworkin (1967), um princípio não aplicado em eventual conflito com outro continua existindo. Já uma regra não aplicada, em conflito com a outra, é inválida, pois, em sendo regra, só pode haver uma para solucionar o caso concreto; e a outra é inválida.

Em tendo sido demonstrados que tanto a hierarquia militar quanto a inviolabilidade de opinião de Senadores e Deputados, na CF/88, têm seus pilares fixados nos campos dos princípios, emerge a provocação para a seguinte situação fática abaixo descrita.

Dois parlamentares eleitos, ambos de origem militar, encontram-se no Plenário da Câmara dos Deputados. Um deles é Coronel e o outro é Capitão, ambos da mesma Força Armada, eleitos por Estados da Federação e partidos diferentes.

O “Deputado Coronel” dirige a palavra ao “Deputado Capitão”:

“- Na votação que se aproxima, ordeno que vote em tal sentido”.

O Capitão responde:

“-Não votarei, pois não é essa a orientação do meu líder de partido e não é essa a minha vontade”.

E, na hora da votação, realmente não vota como o Coronel desejava que o fizesse.

As perguntas que brotam nos cérebros agora aguçados pelas provocações do presente texto são que, em sendo ambos Oficiais militares, e não tendo sido declarado perdido o posto por ordem do STM em nenhum dos casos, bem como não havendo qualquer precedência funcional no campo do Legislativo, bem como ainda considerando que a hierarquia, por lei (art. 14, parágrafo terceiro, do Estatuto dos Militares), é para todas as circunstâncias da vida para militares da ativa, da reserva e reformados, questiona-se: o “Deputado Capitão” praticou alguns dos crimes previstos no CPM, possivelmente os dos arts 163⁷ (recusa de obediência) ou 301⁸ (desobediência)? Ou, em não tendo praticado crime militar, ao menos praticou transgressão ou contravenção disciplinar prevista no Regulamento Disciplinar da sua respectiva Força?

Para aqueles que defendem que o Deputado Federal não praticou crime ou transgressão, como explicar que a hierarquia não foi ferida se ela ainda existe, uma vez que os postos militares estão hígidos, em que pese a posse dos militares como Deputados?

Outros vários exemplos igualmente interessantes poderiam ser aventados de maneira menos óbvia, como o caso da requisição feita por dois Parlamentares interessados em ocupar gabinete maior e mais bem localizado no prédio da Câmara dos Deputados, ou de viatura funcional mais nova, ou de requisição de pareceres da Consultoria Legislativa. Haveria precedência do Deputado de maior hierarquia militar?

Há necessidade, para sustentar a resposta negativa nos exemplos dados (inexistência de crime e transgressão disciplinar), de suplantar a força da hierarquia militar, princípio de égide constitucional com sede no art. 142,

⁷ Art. 163. Recusar obedecer a ordem do superior sobre assunto ou matéria de serviço, ou relativamente a dever imposto em lei, regulamento ou instrução (...)

⁸ Art. 301. Desobedecer a ordem legal de autoridade militar (...)

caput, da Constituição Federal de 1988, aparentemente até então considerado inafastável.

Para tanto, é que se propõe sopesar este com outro princípio constitucional: o da inviolabilidade por opiniões, gestos ou palavras de Senadores e Deputados, conforme previsão do art. 53, caput, da mesma CF/88.

Apenas como arremate argumentativo para a situação descrita, não é o caso de valer-se do Enunciado n° 56⁹ da Súmula do STF para defender a tese de impossibilidade de sanção disciplinar para o militar inferior hierarquicamente. Isso porque não se está diante de caso de militares reformados envolvidos, mas sim de militares da reserva, passados para essa condição quando empossados em cargos eletivos do Poder Legislativo, figuras, portanto, absolutamente diversas no campo jurídico estatutário (reserva x reforma).

4.2.2 O nascimento da Teoria da Hierarquia Militar mitigada para o Poder Legislativo

A resposta deste artigo científico também é não aos questionamentos feitos no item anterior.

Todavia, há que se ter um fundamento plausível e mais consistente para defender tal linha de pensamento. Afirmar somente que os hipotéticos envolvidos agora são Deputados Federais não resolve a questão, pois, conforme já fartamente demonstrado, se os postos militares não foram desconstituídos por tribunal competente, ou seja, a hierarquia entre eles ainda existe formalmente.

E, como postos e graduações são dela pressupostos para a constituição da relação de antiguidade entre militares, tem-se, em tese, um problema de descumprimento de ordem clara.

⁹ Militar reformado não está sujeito à pena disciplinar.

Poder-se-ia argumentar que a ordem era ilegal e que, por isso, não poderia ser cumprida. Mesmo assim, o problema continuaria, pois seria necessário mostrar, tecnicamente, onde estaria a aludida ilegalidade.

O que se propõe, como alternativa para o problema apresentado, é afirmar que, naquelas circunstâncias postas, não existe crime ou transgressão. Mas não porque inexistente hierarquia entre os envolvidos, e sim porque ela está mitigada durante o exercício de mandato eletivo, em especial, no caso do Poder Legislativo, entre seus pares.

Explica-se.

Na ponderação de princípios adrede e anteriormente sugerida, em que se chocam a hierarquia militar com a inviolabilidade de opinião, gestos ou palavras de Deputados ou Senadores, materializada, em sua mais pura essência, no seu direito de voto em Plenário, há que se considerar os seguintes aspectos trazidos adiante.

Como primeiro argumento, é inquestionável que todo poder emana do povo, o qual o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição (art 1º, parágrafo único¹⁰, da CF/88).

Não se pode olvidar que o dispositivo constitucional supracitado está localizado, topograficamente, no Título I da Carta Magna, cujo nome é “Dos Princípios Fundamentais”.

Assim, é impossível e inviável minimizar a força de um representante eleito pelo povo, pois tal delegação de poder tem *status* de princípio fundamental e, portanto, com peso destacado em eventual ponderação de princípios, a lembrar: inviolabilidade de opinião de Deputado ou Senador eleito pelo povo *versus* hierarquia militar.

Obviamente que o primeiro argumento citado milita em favor da inviolabilidade de opinião de Parlamentar, mesmo sendo a hierarquia ainda

¹⁰ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

existente pois, é sempre válido lembrar, não deixou de existir aplicando-se o meio definido como único pela CF/88.

O segundo argumento, também de força destacada, é uma pista contida no próprio texto constitucional do art. 53. Em especial, no seu respectivo parágrafo sétimo, abaixo colacionado para melhor visualização:

§ 7º A incorporação às Forças Armadas de Deputados e Senadores, embora militares e ainda que em tempo de guerra, dependerá de prévia licença da Casa respectiva. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001)

Ora, se mesmo sendo militares, a incorporação às Forças Armadas de eventuais militares eleitos como Deputados e Senadores depende da prévia licença da respectiva casa, é sinal claro de que hierarquia militar, mais uma vez, em eventual ponderação de princípios, se rende à condição do mandato eletivo vigente de Deputados e Senadores.

Suponhamos que um militar, eleito Senador, receba ordem por escrito do Comandante de sua respectiva Força para se apresentar ao quartel, em tempo de guerra.

A imprensa, sabendo que o Senador recebeu tal documento, o questiona sobre o que pensa a respeito. E o Senador, em entrevista, diz que não vai atender à convocação. E não comparece na data marcada. Teria o Senador praticado algum crime?

Em tese, parece-nos que não nesse caso, pois o Parlamentar só poderia ser incorporado se obtivesse a prévia licença da Casa Legislativa respectiva, por força do texto constitucional. Mesmo que ele queira, se não for autorizado pela Câmara dos Deputados ou Senado Federal, não estará livre para se apresentar à sua Força de origem.

Ou seja, outra pista clara do Poder Constituinte, dessa vez o derivado (pois o parágrafo sétimo foi incluído pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001), que a força do mandato eletivo e de eventual opinião, gesto ou palavra exercido em razão dele, tem força destacada, a ponto de, inclusive,

mitigar temporariamente a hierarquia militar e as relações dela decorrentes, em caso muito específico.

Por conseguinte, tem-se um placar de dois a zero na ponderação de princípios, em favor da inviolabilidade de opinião, gesto ou palavra de Deputado ou Senador. Mas, sempre necessário lembrar, a hierarquia continua existindo, em virtude da autoridade estabelecida pela antiguidade, em razão da existência de postos que não foram suprimidos pelo tribunal competente.

Ainda há um terceiro argumento que, igualmente, também merece vir à tona, para expandir o debate e incentivar a reflexão.

O próprio art. 142 da CF/88 encontra-se localizado – no prolixo texto constitucional que ora se examina – precisamente no Capítulo II (Das Forças Armadas) do Título V, cujo nome é “Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas”.

Ora, nem as palavras, tampouco a localização geográfica dos dispositivos na Constituição Federal, é feita ao bel prazer de quem as escreve. Uma das destinações precípuas das Forças Armadas, estabelecidas no *caput* do art. 142 da CF/88, é a garantia dos poderes constituídos, e da lei e da ordem, por iniciativa desses mesmos Poderes.

Ou seja, a garantia do Poder Legislativo, em toda a sua extensão, inclusive a liberdade de atuação dos seus membros em um regime democrático de direito, o que pressupõe o exercício das suas prerrogativas como a inviolabilidade de opinião, palavras e votos dos seus integrantes, também é missão das Forças Armadas, dentro dos critérios definidos no próprio texto constitucional.

E tal afirmação não tem qualquer aproximação com a ideia de poder moderador das Forças Armadas, tampouco tem o objetivo de adentrar nessa esfera de debate.

Assim, como poderia um integrante de Forças Armadas, cuja instituição é organizada com base na hierarquia e na disciplina e é destinada, dentre outras importantes missões, a garantir os poderes constituídos, fazer

qualquer ofensa ao direito plasmado aos parlamentares de serem invioláveis, civil e penalmente, por suas opiniões?

Por corolário, nessa ponderação inicial da força dos dois princípios em tese contrapostos, verifica-se vantagem de três a zero para inviolabilidade de opinião dos parlamentares contra a hierarquia militar, excepcionalmente nas situações exemplificadas.

Contudo, a provocação reflexiva e até repetitiva é feita: mas se a hierarquia militar se verifica pela antiguidade no posto, e se o Deputado Coronel é mais antigo que o Deputado Capitão, pois os postos não foram fulminados por decisão do STM, o que teria acontecido com a hierarquia entre eles?

A resposta, ainda que reconhecidamente incipiente, estará na conclusão desse trabalho.

4.2.3 Possível consequência: o afastamento dos crimes dos arts. 163 e 301 do CPM e dos Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas nessas situações.

Voltando ao exemplo hipotético debatido no tópico anterior, e se o Deputado Coronel desse voz de prisão, por suposto estado de flagrante delito do Deputado Capitão, por incidência nos crimes de recusa de obediência ou de desobediência previstos no CPM, como ficaria?

Partindo do conceito de crime como sendo fato típico, ilícito e culpável, teríamos que passar ao exame dos seus três elementos, para verificar se a hipótese se sustenta ou não.

O fato é típico quando a conduta praticada se amolda perfeitamente ao tipo penal previsto no ordenamento jurídico, não cabendo interpretações extensivas em detrimento do interesse de quem está no polo passivo da demanda.

Cotejando a hipotética conduta com as elementares do tipo previstas tanto no art. 163 quanto no art. 301, ambos do CPM, verifica-se que não há adequação.

Em relação ao crime do art. 163 do CPM, por óbvio não se está diante de “assunto ou matéria de serviço, ou relativamente a dever imposto em lei, regulamento ou instrução”. No que atine ao art. 301 do CPM, falta a elementar típica da “ordem legal”, pois a hipotética ordem soa, deveras, inconstitucional.

Mesmo que se argumente, no caso do art. 163 do CPM, que hierarquia é dever imposto em lei e que, portanto, haveria crime militar, o exame do segundo elemento do crime sepultaria de vez tal tese.

Para ser crime, o fato deve ser também ilícito, ou seja, se, em tese, o fato estiver amparado por alguma excludente de ilicitude, não constituirá crime.

Para lembrar o que já é de farto conhecimento da comunidade jurídica, as excludentes de ilicitude clássicas são: legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito.

No caso fantasioso que se apresenta (Deputado Coronel x Deputado Capitão), é mister partir-se para tal análise com base no ordenamento jurídico penal, de modo a verificar se todas as características necessárias para uma excludente de ilicitude se fazem ou não presentes.

Legítima defesa não se configura, mormente porque inexistente agressão injusta repelida com os meios e modos proporcionais.

Estado de necessidade também não, porque não foi absolutamente necessário sacrificar bem algum em prol de outro.

Estrito cumprimento do dever legal não se cogita, pois o Deputado Federal Capitão não tinha o dever de votar em um outro sentido. Mas sim, tinha o direito de votar como bem entendesse naquela proposição que se

achava apresentada ao Plenário, o que o coloca, indubitavelmente, sob a égide do “exercício regular de direito”, uma excludente de ilicitude clássica.

E ela se configura no caso, uma vez que a conduta analisada foi totalmente de acordo com o ordenamento jurídico vigente, aí incluídos princípios constitucionais, como a inviolabilidade parlamentar de voto, opiniões e palavras.

Então, como poderia ter praticado crime aquele que age no exato limite dado pela Constituição Federal, mais precisamente no art. 53, *caput*?

Dessa forma, é certo que crime não haveria, muito embora, repita-se, ainda haja hierarquia formalmente, pois não pulverizados os postos por decisão de tribunal competente.

Ad argumentandum tantum, tampouco haverá qualquer espécie de transgressão disciplinar enquadrável nos regulamentos disciplinares das corporações., uma vez que, à toda evidência, não se pode considerar como transgressão ou contravenção disciplinar o cumprimento preciso e exato da Constituição Federal, norma máxima na hierarquia das leis.

5 CONCLUSÃO

Trazidos à baila os argumentos e considerações com as nuances especialíssimas que envolvem a questão, bem como feita a ponderação de princípios e demonstrado o necessário sopesamento dos aspectos constitucionais e legais que tratam do tema, valendo-se, inclusive, das precisas e consagradas lições de Ronald Myles Dworkin (1967), filósofo e jurista estadunidense, sobre normas jurídicas (princípios e regras), passa-se à conclusão propriamente dita desse ainda prefacial trabalho, sobre a novel teoria aqui apresentada e, portanto, apta, evidentemente, à constantes revisões e aperfeiçoamentos, bem como a críticas da comunidade jurídica especializada.

Todas as situações aventadas, de choque de princípios em exemplos hipotéticos, em especial, o antes falado embate das posições supostamente antagônicas do livre exercício de mandato eletivo com tudo aquilo que tal condição enseja, inclusive a inviolabilidade de voto, opinião e palavras de Deputados Federais e Senadores, em contraponto à conhecida hierarquia militar (também consagrada constitucionalmente), levaram à conclusão da prevalência daquela sobre esta.

Tal imposição se deu, notadamente, após examinados os critérios e argumentos retratados e expostos no item 3.2 do presente trabalho.

O que tentou se demonstrar foi que, embora a hierarquia militar tenha sido suplantada nesta contenda principiológica contra a inviolabilidade de voto, opinião ou palavra no exercício de mandato eletivo de Deputados Federais e Senadores, ela não foi eliminada do ordenamento jurídico, tampouco foi considerada inválida.

Continua ela tendo status constitucional e sendo base da organização das Forças Armadas, sendo aplicada em atenção e de acordo com a antiguidade no posto ou graduação dos militares envolvidos.

E ora, repita-se quantas vezes forem necessárias: se não houve decisão judicial transitada em julgado, por tribunal militar permanente, em tempo de paz, ou tribunal especial, em tempo de guerra, os postos (Oficiais) ou graduações (Praças) continuam existindo, mesmo que em paralelo ao exercício de mandato eletivo.

Nesta esteira de raciocínio, há um necessário passo que precisa ser dado, de modo a caracterizar, indelevelmente, essa noticiada condição da hierarquia militar, com espeque nas particularidades ora aventadas.

Se é inegável que o artigo 14, parágrafo terceiro, da Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980 (Estatuto dos Militares), assevera, inexoravelmente, que “a hierarquia deve ser mantida em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformados”, também é inconteste que os princípios do Estado Democrático de Direito, que podem e devem

conviver pacificamente com a hierarquia militar, não podem perecer diante de um conflito aparente de normas.

Por corolário, na hipótese de um conflito principiológico de comandos intrínsecos à ordem constitucional, a consequente ponderação e o sopesamento de valores deve ser feito, de modo a garantir a prevalência daquele dominante, sem descaracterizar ou suprimir a existência do outro.

Ainda mais no caso da hierarquia militar, ligada à antiguidade dos militares nos postos e graduações respectivos, que não podem ser extintos, senão nas hipóteses e na forma da Constituição e da lei.

Assim, a solução que se propõe ao problema é a trazida adiante.

Partindo da verdade absoluta que a hierarquia militar é princípio constitucional perene, ligado à organização das Forças Armadas, e que ela não é extinta no confronto com outro princípio sob égide constitucional, como é o caso da inviolabilidade civil e penal de voto, opinião ou palavra de Deputado Federal ou Senador eleito que tenha vindo de origem militar, pode-se afirmar que nasce uma nova teoria. No caso de uma eventual ordem ou intenção de militar mais antigo para o mais moderno, a justificativa para o descumprimento dessa “ordem”, sem caracterizar crime ou transgressão/contravenção disciplinar, seria a Teoria da Hierarquia Militar mitigada no exercício de mandato eletivo, por candidatos eleitos para o Poder Legislativo que sejam oriundos da profissão militar.

Tal mitigação só perdura durante o exercício do mandato e se perfaz a partir da posse no mesmo, como garantia ao parlamentar de origem militar eleito de usufruir do pleno exercício de suas atividades, com a liberdade e inviolabilidade civil e penal de voto, opinião ou palavras, garantidas pela Carta Magna de 1988, mais precisamente, pelo *caput* do art. 53.

Em caso de término ou cassação de mandato, as relações hierárquicas se reestabelecem, deixando a mitigação hierárquica de ser suficiente para afastar o eventual cometimento de crime ou de transgressão disciplinar.

Com isso, acredita-se que foram lançadas as sementes para um novo e profícuo debate à comunidade acadêmica, aguardando-se as evoluções e as críticas que, fatalmente, engrandecerão essa reflexão.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. *Constituição da Alemanha*. Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/gg/GG.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2023.

ASSIS, Jorge César de. *Direito Militar*. Aspectos Penais, Processuais Penais e Administrativos, v. 01, 3. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

BARBOSA, Jefferson Rodrigues; GONÇALVES, Leandro Pereira; VIANNA, Marly de Almeida; CUNHA, Paulo Ribeiro da. (Orgs.) *Militares e política no Brasil*. São Paulo: Editora Expressão Popular, 2018.

BRASIL. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 11 abr. 2023.

BRASIL. *Estatuto dos Militares*, 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6880.htm. Acesso em: 11 abr. 2023.

BRASIL. *Código Penal Militar*, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001.htm. Acesso em: 11 abr. 2023.

CANDIDATOS com patente Militar foram eleitos em todo o país. *EBC* (Empresa Brasil de Comunicação). 2018. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2018-10/mais-de-70-candidatos-com-patente-militar-foram-eleitos-em-todo-o-pais>. Acesso em: 11 abr. 2023.

CANDIDO, Daniele Chamma. *Competência sancionatória nos contratos administrativos*. 2009. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp090473.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2023.

CARVALHO, José Murilo de. *Forças Armadas e Política no Brasil*. Disponível em: https://www.academia.edu/38662477/Forcas_Armadas_e_Pol%C3%ADtica_no_Brasil. Acesso em: 11 abr. 2023.

DWORKIN, Ronald. The model of rules. *University of Chicago Law Review*, 14, 1967, p. 14-46. Apud VALE, Andre Rufino do. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-fev-14/andre-rufino-dworkin-entre-grandes-figuras-seculos-xx-xxi?pagina=4>. Acesso em: 11 abr. 2023.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. de Luís Afonso Heck da 20 ed. alemã. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 259.

LOBÃO, Célio. *Direito penal militar*. 3.ed, São Paulo: Método, 2006.

LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito penal militar*, 5.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MAURER, Hatmut. *Direito administrativo geral*. Trad. de Luís Afonso Heck. 14.ed. Barueri: Manole, 2006, p. 195.

MAURER, Hatmut. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1994, p. 158.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8ed rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

NEVES, Cícero Róbson Coimbra. *Manual de direito penal militar*. Cícero Robson Coimbra Neves, Marcello Streifinger, 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

QUEIROZ, Yuri Rufino. *Teoria da sujeição ou supremacia geral e especial*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/39077/teoria-da-sujeicao-ou-supremacia-geral-e-especial>. Acesso em: 11 abr. 2023.

SOUZA, Teresa Cristina de. *Relações de Especial Sujeição e Direitos Fundamentais*. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/35500/relacoes-de-especial-sujeicao-e-direitos-fundamentais>. Acesso em: 11 abr. 2023.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL DA ALEMANHA.
Julgamento da Reclamação Constitucional (BVerfGE33,1). 1972. Disponível em: <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv033001.html#Opinion>. Acesso em: 11 abr. 2023.

Global Military Justice: Where does the road lead us?

Dimitrios Zafeiropoulos

Lieutenant General (ret.). Honorary Head Prosecutor. Athens Military Appellate Court. International Association of Military Justices, Vice President for Europe.

Data de recebimento: 15/03/2023

Data de aceitação: 15/03/2023

Data da publicação: 30/05/2023

Military criminal jurisdiction has been, for centuries, a common ground for quite a large number of states across the globe. Despite new trends and loud voices coming out of countries which have (totally or partially) abolished their military jurisdiction system, the overwhelming majority of states seem to be quite reluctant, at least at the moment, to follow this road.

Over the last years, certain countries announced that they have abolished their military jurisdiction system totally, others partially, others declared that they have modernised their system, others that they only have military prosecutors (no military courts or military judges) and others that keep in having military jurisdiction under the traditional structure, meaning officers-military judges and officers-military prosecutors. Among others, nations when asked to report on their military prosecution systems, they have revealed that there is a vast variety of prosecutors who are vested with the competence to put forward a public action. Nations have referred to ordinary military prosecutors, civilian prosecutors, judge advocates, disciplinary attorneys, military prosecutors belonging to a unified Judicial Corps of the Armed Forces, officers qualified as either barristers or solicitors, legally qualified commissioned officers, Prime Ministers, regular force legal officers or government's commissars. However, whatever the particular stance of the

nations on the issue might be, there is no question that there is a common denominator which should be underlined. Clearly, it is their common acknowledgement that the armed forces continue to play a very important role in the local societies, meaning, among others, that the members thereof deserve a particular judicial treatment, should they commit criminal acts. Even nations which have completely abolished military justice and military prosecution, as institutions, have reported that they have taken other measures, either by law or practice, for this “necessary particular treatment”: They assign civilian prosecutors, investigators and policemen dealing, in principle, with cases of military nature, they have established particular mechanisms or specialized jurisdictions to ensure that the “civilian system over the members of the military” works properly and they provide for close relations between judges, prosecutors and military commanders, participation of the former in military exercises and attendance of refresher courses, in the military, in order that military judges and prosecutors remain in constant touch with military life. Nations take those measures, in order that judges, prosecutors and investigators remain updated on current military developments, despite that military justice or military prosecution does not exist, as such, therein.

Over the last two decades, a great number of nations have announced that they had introduced reforms to their domestic legislation and in certain countries there is still a thorough discussion on possible reforms. In Tunisia, for instance, due to the recent fundamental institutional reforms, the whole judicial system has been modified. Discussions in Australia deal with independence and impartiality of military courts. France is considering modifying wartime legislation and abolishing of “Tribunal des Armées” which deals with offences committed by French military during operations abroad, whereas Kenya has changed its municipal law in order to make it compatible with the constitution.

With reference to Military Jurisdiction and Military Prosecution, the situation is as follows, in accordance with the most recent information I have form the nations mentioned below:

Military Jurisdiction

On the question whether nations have specialized courts or chambers dealing with criminal offences committed by military personnel in peace time, Algeria, Australia, Bulgaria, Burkina Faso, Cameroon, Canada, France, Greece, Hungary, Ireland, Kenya, Morocco, New Zealand, Switzerland, Singapore, the Netherlands, Tunisia and the United Kingdom have answered positively, whereas Austria, Belgium, Czech Republic, Germany, Lithuania, Norway and Portugal have responded negatively. Hungary and the Netherlands have reported that they have military chambers in their civilian courts, whereas Austria, Belgium, the Czech Republic, Germany and Lithuania have announced that they have abolished their military courts in peace time altogether. In the latter countries, a civilian prosecutor is in charge for the prosecution of the military personnel.

It should be noted that almost half of above mentioned states have military criminal codes which make a clear distinction between peacetime and wartime. Mostly, the differences are related to either sanctions (more severe penalties are provided for wartime) or to the potential that military courts are established only in wartime (Belgium, France, Germany and Lithuania). Finally, in some countries wartime leads to a different composition of the courts.

Most countries apply the same rules to units in homeland as to units on exercises or operations abroad. However, the legislations of Austria, Australia, Ireland and New Zealand provide for more severe sanctions to the members of their military while they commit criminal acts abroad.

Greece was the only nation to report that each branch of its armed forces has separate courts. Everywhere else, military courts have a general jurisdiction over military personnel of all branches of the military, including police forces if they are linked somewhat to the military, such as the gendarmerie.

With the exception of the Greek military courts, being the only ones to also deal with civilian requests by victims, the military courts of all other countries only have jurisdiction on criminal law issues. In some countries, this jurisdiction is limited to military criminal law issues only; however, in other countries, the jurisdiction of the military tribunals is further extended to ordinary criminal law matters. In the latter case, in some nations, this extended jurisdiction is limited to cases where a member of the military personnel is involved in a particular case as either perpetrator or victim.

In a number of states, military courts, apart from their main responsibilities, act as appeals courts to disciplinary offences.

Military criminal law is normally applicable to all active members of the military, including reservists and, in certain cases, also to civil servants being assigned in the defence departments of the nations. This jurisdiction, in some countries is becoming wider during wartime and it is being extended to prisoners of war, to civilians accompanying troops, to civilians working with “important institutions” (e.g. in Switzerland) and to nationals of the enemy (e.g. in France).

In wartime the jurisdiction is normally enlarged, more severe punishments are in place, the time schedules for the proceedings are shortened and there may be extension of jurisdiction to civilians.

The members of the military courts (judges) are normally military (sometimes within a specialized “military judges corps”); however, they also may be civilians, preferably former military personnel or reservists, becoming personnel on active duty when acting as judges.

The independence of military justice is guaranteed by several means. It may be protected by law, by permanent appointments of judges and members of the military courts or by the particular statute of the military members of those courts. Disciplinary rules may apply to those members of the military; however they do not have to obey orders given by members of the military hierarchy. Further, they may no longer be evaluated by the military chain of command. However, in some cases, the method of appointment or promotion of the members of the military courts may interfere with their administrative independence. For instance, in Canada and Morocco the military judges are appointed for a limited period of time (five and one year, respectively), in Kenya and Singapore military courts are established ad hoc and their members are appointed on this occasion only, whereas in Morocco military judges continue to be evaluated by the military chain of command.

With the exception of Germany, in all countries the proceedings are open to the public. Restrictions (trials behind closed doors) may only be imposed due to security reasons, morality, public order or security of witnesses. In Germany, the public may be allowed to attend the proceedings on demand of the accused or where there are legitimate interests to do so.

In most countries, the judgements of military courts may be appealed. In Burkina Faso, however, there is no appeal. The parties may only proceed to the Supreme Court. It would be noted, though, that a reform is on the way in order to have the right of appeal introduced also in this nation.

With reference to the jurisdiction of the courts in cases where there are accused, some of which are military and others civilians, the nations' positions vary. In some nations, all accused are get tried in military courts, in other nations each accused is tried in the respective court (the civilians in civilian courts and the military in military courts), whereas in other nations, all accused are tried in civilian courts.

Finally, as regards the jurisdiction of the military courts in cases where a non military crime has been committed together with a military offence, it would be noted that, in most cases, military courts deal with both military and non military offences; however, in some cases, non military offences may be tried in civilian courts. In two countries (Morocco and Tunisia) all offences are tried by the same court depending on the gravity of the offence: The gravest offence determines the court where the whole of the offences would be tried and if several offences have the same degree of gravity, military courts get the priority.

Military Prosecution

There is no doubt that prosecution constitutes “the heart” of the whole of the criminal proceedings. Without the so called “criminal demand” of the state the whole process would not exist at all. Thus, particular attention is to be attached on what nations are doing.

On the question whether military prosecution systems exist, Algeria, Australia, Bulgaria, Burkina Faso, Cameroon, Canada, Greece, Hungary, Ireland, Kenya, New Zealand, Norway, Switzerland, Singapore, the Netherlands, Tunisia and the United Kingdom have responded positively, whereas Austria, Belgium, Czech Republic, France, Germany, Lithuania, Morocco and Portugal have reported that military prosecution systems, as institutions, do not exist therein.

As already indicated, the organization and structure on such an important institution, as prosecution is, remains really dissimilar in the various nations. Most nations have a military prosecution structure, in the traditional sense, whereas others do not. This picture is directly linked to the internal situation of the various nations, location, security interests, tradition and potential to amend municipal law without constitutional or other legal difficulties in order to follow international developments.

A common denominator has been thoroughly indicated, that nations have taken a variety of measures, mostly under the form of statutory provisions and structural command arrangements, in order that military prosecutors and investigators remain free from command influence when performing their tasks. Thus, in most cases, they enjoy functional and personal independence, however, in general, they remain subject to military disciplinary regulations.

Georges Clémenceau was saying that “military justice is to justice what military music is to music”. It means that it is one with justice, an important part of it. As already indicated, militaries throughout the world (of course with exceptions) operate their own service tribunals to prosecute military crimes, such as insubordination, which are not part of civilian criminal codes. Certain states have traditionally extended this jurisdiction to cover all crimes committed by their personnel, no matter if they are military crimes or not. The reason behind this seems to be that those states want to secure a rapid conclusion of the criminal proceedings and to ensure that more severe penalties are imposed to perpetrators. This is quite normal and absolutely acceptable. The difficulty lies in states where the reason for this extension is different and is related to a long standing effort from the part of the administration to prosecute and try itself offences committed by its own military personnel (ultimately, to try its own actions) with the purpose to cover their criminal character and to have punishments escaped. This is a quite an anomalous situation and cannot be seen in democratic societies where the principle of equality before the law cannot be eroded, the civilian control over the military cannot be threatened, and a culture of impunity cannot be fostered. Those thoughts bring us to the point to underline the importance of the functional and personal independence of military judges and prosecutors. The question whether the whole structure of military jurisdiction in a certain country is subordinate to either the Ministry of Defence or to the Ministry of Justice, is not an issue; nor if both civilian and

military criminal codes and codes on criminal jurisdiction, very modern in character and very democratic, are in force in a certain country. What really counts is that states must have absolutely secured and safeguarded the independence of military judges and prosecutors. On this concern, states normally report that independence is properly secured, by law and practice; however nobody may have a clear picture on this, unless he is himself a member of the military in this country, particularly a military judge or a military prosecutor. Reforms are always necessary, since the law always must follow the current trends of the local societies, but everybody understands that, apart from trends on military jurisdiction, reforms on military courts in certain countries are the result of the relative balance between the extent of military autonomy and the strength of the civilian reform movement.

I am entering now into the more sensitive questions having to do with military jurisdiction: Do we really need military jurisdiction? Was Georges Clémenceau right? Do we need military justice to justice, as military music to music? Who may answer with a yes or a no? And if we need it, what kind of political oversight would we have over it?

Each country has its own approach on those questions. If I would start with the latter question, I would say that the common ground seems to be that states recognize that definitely there would be a political oversight over the military, the so called “democratic control of the military”. But what would be the substance of this with reference to military jurisdiction? Of course, the answer is not one and only. Some nations, after years of debates and popular demands for change, tend to conclude that the military should always be subsumed under civilian life. It means that civilians would also judge the military’s actions as well, since life needed to be purged from politically motivated actors and unlawful attacks against civil societies. Other countries show a different approach, however. Colombia, for instance, has spent great periods of time debating whether civilian oversight of alleged military crimes was actually a good idea. What I would simply say on that is

that each nation's answer and its content would be unique, since, by all means, it would be based on factors such as history, experience, location of the country, tradition, internal situation and security interests.

I am now, and finally, returning to the initial question of this final part. Do we need military justice? Again, there is no identical stance from the part of the nations. One might say that since the members of the military, by the nature of their capacity, are exposed to such high risks in combat and they live the whole of their professional life in a military environment, they should never be tried by judges who would not understand what it entails to be a member of the armed forces. This position might be answered on the ground that this concern seems to have reasons only if it would be related to military crimes; however, once again, the answer is directly related to what the particular state in question wants to do with military jurisdiction.

What I have to underline is that there are practical issues to be taken into account, together with questions of substance. For instance, countries which no longer maintain a military judiciary and they do not recognize investigation rights and duties to the officers of the military, encounter major difficulties. In those cases, investigations are being assigned to civilian investigators. Unavoidably, it would cause delays in gathering substantial evidence at the preliminary stage. In certain criminal cases this hot evidence will be definitely lost, if vanished in the meantime. Similar difficulties exist in cases where a member of the military carries out a crime abroad, at a location where there is a weak or non-existent military presence. In those cases, a civilian investigator will conduct the investigation at home, with the serious disadvantages already mentioned.

The questions of substance are, of course, more serious and would determine the stance of the nations against military jurisdiction. Does the state in question recognize that members of the military, due to their different and quite heavy professional life deserve a different treatment when they commit criminal offences? If the answer is positive, what would be the

different treatment? If we say that criminal proceedings should, by all means, be concluded quickly, in order that the necessary discipline is safeguarded and justice is rendered properly by independent military judges and military prosecutors, with more severe penalties on military crimes, perhaps, then, military jurisdiction is necessary. On the other hand, if the approach is that the members of the military are nothing else than normal citizens of the country, therefore they would be tried under the ordinary criminal laws being in force for every citizen, no matter if it entails into delays, possible loss of evidence and possible improper rendering of justice (by judges who are unfamiliar with military life), that state may consider abolishing the military justice system, totally or partially.

What it counts is always the substance: All those who take decisions of this character in the nations, must have constantly in mind that there really can be no peace without justice and that there can be no justice without truth. Further, they should never forget that the way to a powerful future can be found in the non-negotiable demands of human dignity. Dignity requires the rule of law, limits on the power of the state, equal justice, respect for women, private property and religious tolerance. No nation owns these principles. No nation is exempt from them. All of them should be carried out by all of us and, in so doing, offering people hope for a better day.

Este periódico foi impresso em Brasília (DF), em maio de 2023, 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/>