

Revista do Ministério Público Militar

Brasília – DF
2023



República Federativa do Brasil
Ministério Público da União
Ministério Público Militar

Procuradora-Geral da República
Elizeta Maria de Paiva Ramos

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

Luciano Moreira Gorrilhas
Subprocurador-Geral de Justiça Militar

Cláudia Márcia Ramalho Moreira Luz
Procuradora de Justiça Militar

Cristiane Pereira Machado
Promotora de Justiça Militar

Fernando Hugo Miranda Teles
Promotor de Justiça Militar

Conselho Editorial Honorário

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 L – Edição n. 41 – novembro de 2023
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: 600 exemplares

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

Revista do Ministério Público Militar – Ano I, n. 1 (1974) – Ano 50, Edição n. 41 (nov. 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.

Revisores Internos

Luciano Moreira Gorrilhas (ORCID: 0009-0005-0678-471X)

Alexandre Reis de Carvalho (ORCID: 0000-0003-3653-6352)

Cláudia Márcia Ramalho Moreira Luz

Cristiane Pereira Machado

Fernando Hugo Miranda Teles (ORCID: 0009-0005-3088-4294)

Revisores Externos

Cláudia Aguiar Britto (ORCID: 0000-0002-4229-7952;

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7455964413594325>)

Eleonora Mesquita Ceia

(CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3772648122857242>)

Guilherme Roman Borges

(CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5886792744030746>)

Gustavo Henrique Holanda Dias Kershaw (ORCID: 0000-0003-2505-

5502; CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3119698214921044>)

Josevan Duarte Magalhães

(CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1355167451554484>)

Julio Cesar Veiga Bezerra

(CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8509885140932754>)

Lidiane Moura Lopes

(CV Lattes: <https://lattes.cnpq.br/4749005790678644>)

Manoel Veridiano Fukuara Rebello Pinho

(CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6102399584805927>)

Wilson José Figueiredo Alves Junior

(CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3086855952130531>)

Apresentação

No momento em que recém completa 103 anos de existência, criado que foi no seio do Decreto 14.450, de 30 de outubro de 1920, o Ministério Público Militar tem muito a celebrar, especialmente por se manter alinhado com a defesa de uma sociedade plural, livre e inclusiva, em que a difusão e o compartilhamento de ideias constituam o substrato essencial da vida democrática nacional.

Sob tal e permanente foco, é que se traz à luz uma nova e inspirada edição da Revista do Ministério Público Militar, cujo lançamento, aliás, se dá coincidentemente dentro de mais um expressivo marco cronológico institucional representado pelo Jubileu de prata da Ordem do Mérito do MPM. E isso constitui motivo extra de contentamento na medida em que, ao longo destes últimos 25 anos, o Parquet das Armas pôde distinguir diversas e valorosas personalidades das mais diferentes áreas e atividades, que ajudaram a Instituição a se consolidar no decorrer dos tempos. Tal fato enseja reflexão sobre o processo evolutivo que tem permitido atingir objetivos muito caros, máxime no âmbito do aprimoramento do ordenamento jurídico que dá suporte à atuação das Instituições militares, instâncias essenciais à Defesa Nacional.

Deste modo, torna-se assaz gratificante observar que o MPM, por meio de seu principal veículo editorial, oferta à comunidade acadêmica um espaço fecundo para as sempre bem-vindas elucubrações em torno de temas pertinentes ao pensamento jurídico contemporâneo, concorrendo diretamente para a projeção de novas e fundamentais interpretações, sobretudo em decorrência do dinamismo próprio das atividades humanas e do

desenvolvimento tecnológico e científico que acarretam a formulação de novos paradigmas.

Nesta 41ª edição, há de se exaltar a contribuição de estudiosos em diversas áreas do Direito, em abordagens que despertam debates fervorosos como a vulnerabilidade de crianças nos conflitos armados; liberdade de expressão nas redes sociais e no Estado Democrático de Direito, inclusive quando se tratar de militares, com análise do crime militar à luz da ADPF 475; lavagem de dinheiro no Direito Eleitoral; desafios da integração local das mulheres refugiadas venezuelanas no Brasil; vítimas de crimes militares; desafios à atualização do Direito Militar; prevaricação no âmbito militar brasileiro; direito processual orgânico; deserção; obras públicas; legítima defesa; entre outros.

Essas pesquisas transformadas em artigos certamente ajudarão a esclarecer dúvidas, a confirmar suspeitas, a elaborar novas teses, a influenciar pensadores, a convencer tomadores de decisões, a esclarecer a população e, quem sabe, até a modificar sistemas que, no transcurso dos anos, perderam sua eficácia e sua razão de ser.

É assim que, por tão oportunas construções hermenêuticas, intenta-se, por este canal especializado e de maneira contínua, incentivar a produção científica a cada semestre, de modo a se promover inovações interpretativas recomendadas pelos qualificadores e indexadores de periódicos desta natureza e alcance.

Nesse sentido, a inclusão de um corpo de revisores externos, com desejável experiência e conhecimento, completa e amplia as atividades avaliativas.

Por isso mesmo, cabe agradecer a esses novos integrantes que reforçam o valor desta publicação, contribuindo para densificar cada edição.

Aliás, é de muitos conhecida a carência em produções acadêmicas nesta seara tão particular da cultura jurídica, o que só faz elevar a responsabilidade e o compromisso em manter e aumentar o padrão de qualidade da Revista do MPM.

Contudo, não se lograria cumprir tal meta a não ser pela participação efetiva e espontânea de estudiosos que proporcionaram incursões de fôlego, em textos selecionados com o necessário rigor técnico.

Feitas as indispensáveis observações, anseia-se que o conteúdo ora apresentado abra margem para outros contornos críticos acerca dos temas versados, mas especialmente desperte a consciência de que todos podem e devem contribuir com a evolução da sociedade, que ao longo de sua história sempre buscou pautar suas conquistas pela revolução do conhecimento, como se colhe do lema que norteou o período mais próspero da humanidade, por isso mesmo denominado de a Idade das Luzes: *sapere aude* (ousai saber)!

Antônio Pereira Duarte
Procurador-Geral de Justiça Militar

Editorial

O Conselho Editorial do Ministério Público Militar (MPM) lança a Edição n. 41, 2º semestre de 2023, da Revista do Ministério Público Militar, em incessante esforço e dedicação, para entregar à comunidade científica e à sociedade em geral mais uma coletânea de artigos nas áreas de Direito Militar, Direitos Humanos, Direito Internacional Humanitário, Direito Internacional Penal e Direito Público.

Em contínuo aperfeiçoamento deste periódico, temos apresentado novidades em cada edição que visam à pesquisa mais rápida e mais eficiente em nossas páginas, além de melhorias que tornam real a preocupação deste Conselho Editorial com a qualidade e a cientificidade da Revista do MPM. Nesse sentido, nesta edição de novembro, formamos um corpo de revisores externos para auxiliar na avaliação dos manuscritos, e o resultado representou uma análise mais acurada e descentralizada.

O Conselho Editorial agradece a esses novos avaliadores o grande serviço prestado tanto à Revista do MPM quanto a seus colaboradores e leitores, ao mesmo tempo em que faz um convite àqueles que desejam participar desse honroso trabalho para que se juntem a nós nessa empreitada.

Nesta edição, os artigos selecionados envolvem o leitor tanto pelo assunto quanto pela capacidade do autor em instigar questionamentos que precisam ser provocados em nosso meio social, para que os órgãos envolvidos com a elaboração das leis, as instituições que atuam na Justiça, os operadores do Direito, as vítimas e demais cidadãos brasileiros possam adquirir conhecimento para soluções de seus problemas e vislumbrar mudanças que há muito são necessárias em nosso país.

Agradecemos aos autores deste semestre pela sua extensa colaboração e renovamos o chamado aos novos e aos costumeiros escritores para que nos enviem seus trabalhos e considerem a Revista do MPM sempre um confiável repositório para suas pesquisas.

A todos uma boa leitura!

Conselho Editorial do MPM (2023-2025)

Luciano Moreira Gorrilhas (Conselheiro-Coordenador)

Cláudia Márcia Ramalho Moreira Luz (Conselheira)

Cristiane Pereira Machado (Conselheira)

Fernando Hugo Miranda Teles (Conselheiro)

Sumário

- ❖ BARROS, Alan Douglas Ferreira de. Prevaricação no âmbito militar brasileiro: Desvios de competência e julgamentos administrativos (*Prevarication within the Brazilian military: Competence deviations and administrative judgments*), pp. 17-34
- ❖ BUENO, Christian Del Anhol Pereira. A liberdade de expressão dos militares estaduais: um estudo necessário sob os preceitos do julgamento da “ADPF 475” (*The freedom of expression of the state military: a necessary study under the precepts of the judgment of “ADPF 475”*), pp. 35-64
- ❖ CAVALCANTI, Denise Abreu; CAVALCANTI, Eduardo Bittencourt. A vulnerabilidade de crianças nos conflitos armados (*The vulnerability of children in armed conflicts*), pp. 65-106
- ❖ DICKINSON, Leonardo Cardoso de Castro. Análise do Crime Militar de Publicação ou Crítica Indevida à luz da ADPF 475 (*Analysis of the Military Crime of Undue Publication or Criticism in light of ADPF 475*), pp. 107-128
- ❖ DOURADO, Mainara Teles. Compreendendo o bem jurídico no Direito Penal Militar: uma análise sobre o seu conceito, importância e especialidade jurídica. (*Understanding the Legal Interest in Military Criminal Law: An Analysis of its Concept, Importance, and Legal Specificity*), pp. 129-152
- ❖ FALCÃO, Gabriel Bacchieri Duarte. A promoção em ressarcimento de preterição de militar em razão de sentença criminal que reconhece a prescrição (*The promotion in reimbursement of military pretermission due to a criminal sentence that recognizes the statute of limitations*), pp. 153-178
- ❖ FONTES, André R. C. Direito Processual Orgânico (*Organic Procedural Law*), pp. 179-190
- ❖ GRECO, Patrícia Gasparro Sevilha. Lavando os recursos: Reflexões sobre a Lei de Lavagem de Dinheiro no Direito Eleitoral

(Laundering the Resources: Reflections on the Money Laundering Law in Electoral Law), pp. 191-218

- ❖ MENDES, Cláudia Polliana Silva; SANTOS, Maricelma Alves dos; BRITO, Marcelo; VELOSO, Cynara Silde Mesquita. Os desafios da integração local das mulheres refugiadas venezuelanas no Brasil (*The challenges of local integration of Venezuelan refugee women in Brazil.*), pp. 219-248
- ❖ OLIVEIRA, Rafael Martins Liberato de. O desinteresse da Administração Militar na reinclusão do desertor e suas repercussões processuais na instrução provisória de deserção (*The lack of Military Administration interest in the reintegration of deserters and its procedural repercussions in the provisional desertion proceedings*), pp. 249-280
- ❖ ORMOND, Andréa Lúcia de Araújo Cavalcanti. BDI de obras públicas: parâmetros para a justiça social (*BDI in public works projects: parameters for social justice*), pp. 281-314
- ❖ SARAIVA, Alexandre José de Barros Leal. As vítimas de crimes militares. Direito ao não esquecimento (*Victims of military crimes. Right not to be forgotten*), pp. 315-336
- ❖ SILVA, Marcelo Fernandes. A Lei n. 14.688 de 20 de setembro de 2023 e o “sepultamento” da figura do assemelhado (*Law no. 14.688 of 20th September, 2023 and the "burial" of the similar figure*), pp. 337-346
- ❖ SOARES, Ricardo Henrique Santos. Desafios à atualização do Direito Militar: estudo de caso do Art. 166 do Código Penal Militar (*Challenges to updating Military Law: case study of Article 166 of the Military Penal Code*), pp. 347-364
- ❖ SOUSA, Joana Silva de; DEMETRIO, Jaqueline Alves da Silva. O excesso da legítima defesa no Ordenamento Jurídico brasileiro: uma análise sobre o Código Penal de 1940 e o Código Penal Militar (*The excess of self-defense in the Brazilian Legal System: an analysis of the 1940 Penal Code and the Military Penal Code*), pp. 365-380

- ❖ SOUZA, Juliana Paula de. Existe presunção de inocência na esfera disciplinar militar? (*Is there a presumption of innocence in the military disciplinary sphere?*), pp. 381-402
- ❖ SOUZA E SILVA, Rodrigo Santana de. A (in)validade do modelo de arquivamento de inquérito policial militar perante a jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal no Pacote Anticrime (*The (in)validity of the model for archiving a military police investigation in light of the most recent jurisprudence of the Federal Supreme Court in the Anti-Crime Package*), pp. 403-434
- ❖ TAVEIRA, Ângela Montenegro. A liberdade de expressão nas redes sociais e no Estado Democrático de Direito: O impacto do seu uso desregulado sobre as práticas democráticas (*The freedom of speech on social networks in Democratic Rule of Law: The impact of its unregulated use on democratic practices*), pp. 435-470

Prevaricação no âmbito militar brasileiro: Desvios de competência e julgamentos administrativos

Alan Douglas Ferreira de Barros

Bacharelado em Direito.

Soldado do 4º Batalhão de Polícia do Exército.

ORCID: 0009-0004-8138-3273

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6939601725671862>

E-mail: alanbarrosrecife@gmail.com

Revisores: Fernando Hugo Miranda Teles (ORCID: 0009-0005-3088-4294;
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: 18/09/2023

Data de aceitação: 20/10/2023

Data da publicação: 21/11/2023

DOI: 10.5281/zenodo.10075378

RESUMO: A prevaricação no âmbito militar é uma questão de grave preocupação, pois envolve a prática de retardar, deixar de praticar ou praticar indevidamente um ato de ofício com o intuito de satisfazer interesses pessoais, conforme definido no artigo 319 do Código Penal Militar. Esse crime se aplica tanto a militares quanto a civis que atuam na Administração Militar, tendo o Estado como sujeito passivo e a moralidade da Administração como objeto jurídico. Este artigo analisa a normalização da prevaricação no ambiente militar, destacando a crescente tendência de resolver casos desse crime de forma administrativa, contornando o devido processo legal. Isso ocorre quando comandantes e autoridades militares optam por julgar casos de prevaricação na esfera da transgressão disciplinar, mesmo quando a gravidade dos atos demandaria um julgamento mais rigoroso, previsto no Código Penal Militar. Também aborda as causas e consequências da burocracia de ofício no contexto militar, destacando como a

falta de familiaridade com procedimentos legais específicos pode levar a atrasos na condução de investigações e na tomada de decisões legais. A falta de recursos adequados, como peritos e equipamentos, também pode incentivar a prevaricação, já que a autoridade militar se vê pressionada a adotar medidas alternativas para evitar a burocracia. Além disso, a ambiguidade na classificação de comportamentos como crimes militares ou transgressões disciplinares cria conflitos de competência e decisões legais variáveis, destacando a necessidade de uma revisão cuidadosa das leis e regulamentos militares. Esta pesquisa propõe medidas concretas para combater a prevaricação no âmbito militar, incluindo conscientização e treinamento, fortalecimento da fiscalização interna, revisão da legislação, acesso a recursos e peritos, fortalecimento da Justiça Militar, transparência e responsabilização, cooperação interinstitucional e monitoramento e avaliação.

PALAVRAS-CHAVE: prevaricação militar; Forças Armadas; crimes militares; burocracia de ofício; consequências da prevaricação; combate à prevaricação militar; investigação; ambiguidade legal; justiça militar.

18

ENGLISH

TITLE: Prevarication within the Brazilian military: Competence deviations and administrative judgments.

ABSTRACT: Prevarication in the military context is a matter of grave concern, as it involves the practice of delaying, failing to perform, or improperly performing an official act with the intent to satisfy personal interests, as defined in Article 319 of the Military Penal Code. This crime applies to both military personnel and civilians working in Military Administration, with the State as the victim and the morality of the Administration as the legal object. This article examines the normalization of prevarication in the military environment, highlighting the growing trend of resolving such cases administratively, bypassing due legal process. This occurs when commanders and military authorities choose to judge prevarication cases within the scope of disciplinary violations, even when the seriousness of the acts would demand a more rigorous trial, as outlined in the Military Penal Code. Such a practice undermines trust in Military Administration and compromises justice. The article also addresses the causes and consequences of office bureaucracy in the military context, emphasizing how unfamiliarity with specific legal procedures can lead to delays in conducting investigations and making legal decisions. The lack of

adequate resources, such as experts and equipment, can also encourage prevarication, as military authorities feel pressured to adopt alternative measures to avoid bureaucracy. Furthermore, the ambiguity in classifying behaviors as military crimes or disciplinary violations creates conflicts of competence and varying legal decisions, highlighting the need for a careful review of military laws and regulations. This research proposes concrete measures to combat prevarication in the military, including awareness and training, strengthening internal oversight, revising legislation, ensuring access to resources and experts, enhancing Military Justice, promoting transparency and accountability, fostering inter-institutional cooperation, and implementing monitoring and evaluation.

KEYWORDS: military prevarication; armed forces; military crimes; office bureaucracy; consequences of military prevarication; combatting military prevarication; investigation; legal ambiguity; military justice.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Prevaricação no âmbito militar: Conceitos e enquadramento legal – 3 Burocracia de ofício: Causas e consequências – 4 A normalização da prevaricação: desvios de competência e julgamentos administrativos – 5 Propostas de Combate à Prevaricação no Âmbito Militar – 6 Conclusão.

19

1 INTRODUÇÃO

Como militar das Forças Armadas e membro do Pelotão de Investigações Criminais (PIC), em um Batalhão de Polícia do Exército, este autor teve a oportunidade de testemunhar diversos casos que lançam luz sobre uma problemática complexa e de extrema importância: a prevaricação no âmbito militar. Muitos desses casos envolvem militares de escalão superior que, embora detenham vasto conhecimento na condução das operações militares, frequentemente se veem desafiados pela burocracia jurídica e pelo receio das implicações legais. Como resultado, são tentados a evitar a complexidade do processo legal e classificar atos criminosos como meras transgressões disciplinares.

Esta experiência pessoal serviu de motivação primordial para a escolha deste tema, pois revelou a existência de um problema sistêmico que afeta a Administração Militar. A situação em que a prevaricação é normalizada e utilizada como mecanismo para driblar a burocracia é alarmante, pois prejudica a moralidade e a integridade das Forças Armadas, instituições que têm como missão fundamental a defesa da nação e a manutenção da ordem. Desta forma, a metodologia empregada foi a pesquisa participante, além da revisão bibliográfica.

A prevaricação, conforme estabelecida no artigo 319 do Código Penal Militar, é um crime que consiste em retardar, deixar de praticar ou praticar indevidamente um ato de ofício, com o objetivo de satisfazer interesses pessoais. Esse crime se aplica a militares e civis que atuam na Administração Militar, sendo a Administração Militar e sua moralidade o objeto jurídico; e o Estado, o sujeito passivo.

No entanto, é notório que a prevaricação tem se tornado uma prática não só tolerada, mas também normalizada em alguns cenários militares. A crescente tendência de resolver casos de prevaricação de forma administrativa, contornando o devido processo legal, é preocupante. Comandantes e autoridades militares, muitas vezes, optam por julgar tais casos na esfera da transgressão disciplinar, mesmo quando a gravidade dos atos requereria um julgamento mais rigoroso, previsto no Código Penal Militar. Isso cria uma cultura na qual a prevaricação é encarada como uma solução conveniente para evitar a burocracia legal, o que mina a confiança na Administração Militar e compromete a justiça.

Este artigo tem como objetivo principal analisar a prevaricação no âmbito militar, explorando as causas e as consequências da normalização dessa prática. Além disso, busca-se:

- (a) investigar os fatores que contribuem para a burocracia de ofício no contexto militar, destacando como isso pode levar à prevaricação;
- (b) analisar a ambiguidade na classificação de comportamentos como crimes militares ou transgressões disciplinares, identificando os desafios e conflitos de competência que surgem dessa falta de clareza;
- (c) propor medidas concretas para prevenir e combater a prevaricação no âmbito militar, promovendo a transparência, responsabilização e aprimoramento dos processos legais.

A relevância deste tema é incontestável, uma vez que afeta diretamente a integridade e a eficácia das Forças Armadas, instituições essenciais para a segurança e defesa do país. A normalização da prevaricação mina a confiança da sociedade nas instituições militares e compromete a capacidade das Forças Armadas de cumprir sua missão fundamental. Além disso, a falta de clareza na distinção entre crimes militares e transgressões disciplinares cria incerteza e conflitos de competência, dificultando a aplicação justa e eficaz da lei militar. Portanto, este artigo busca contribuir para a conscientização e o debate sobre essa problemática, bem como oferecer propostas concretas para abordar a prevaricação e fortalecer a integridade das Forças Armadas.

21

2 PREVARICAÇÃO NO ÂMBITO MILITAR: CONCEITOS E ENQUADRAMENTO LEGAL

A prevaricação, como estabelecida no artigo 319 do Código Penal Militar, consiste em retardar, deixar de praticar ou praticar indevidamente um ato de ofício, com o objetivo de satisfazer interesses pessoais. Esse crime é aplicável a militares ou civis que atuam na Administração Militar. A pena

para a prevaricação pode variar de seis meses a dois anos de detenção. O objeto jurídico é a Administração Militar e sua moralidade, e o sujeito passivo é o Estado.

Para evitar a prevaricação cabe ao militar saber diferenciação entre crimes militares e transgressões disciplinares. Os crimes militares são infrações mais graves que violam o Código Penal Militar e são julgados na Justiça Militar da União. Já as transgressões disciplinares são infrações de menor gravidade que violam normas disciplinares das Forças Armadas e são tratadas na esfera administrativa, competindo aos comandantes de organização militar tomar as medidas disciplinares cabíveis.

Uma preocupação significativa é a situação em que comandantes militares deixam de seguir o procedimento adequado em casos de crimes militares ou transgressões disciplinares. Por exemplo, quando um comandante deixa de proceder à abertura de um Auto de Prisão em Flagrante Delito (APFD) ou Inquérito Policial Militar (IPM) para julgar o infrator militar na esfera da transgressão disciplinar, isso pode configurar uma forma de prevaricação. A omissão de tomar as medidas legais adequadas para crimes militares prejudica a Administração Militar e pode ser enquadrada como prevaricação.

3 BUROCRACIA DE OFÍCIO: CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS

Em organizações militares convencionais, que não desempenham atividades policiais regularmente, a elaboração de Autos de Prisão e Flagrantes Delitos (APFD) e Inquéritos Policiais Militares (IPM) pode ser uma tarefa não familiar. Isso se deve, em parte, à natureza singular das operações militares, que muitas vezes priorizam a eficiência e a hierarquia. Quando confrontados com a necessidade de seguir procedimentos legais e burocráticos específicos, os militares podem encontrar dificuldades devido à

falta de instruções, de treinamentos ou da prática nessas áreas que envolvem conhecimento jurídico.

A burocracia de ofício, quando mal gerenciada ou excessivamente complexa, pode ter sérias implicações na efetividade da aplicação da lei no âmbito militar. A falta de familiaridade com a elaboração de APFDs e IPMs pode levar a atrasos na condução de investigações e na tomada de decisões legais. Isso, por sua vez, pode prejudicar a efetividade das ações legais, abrindo espaço para a prevaricação, quando a autoridade policial se sente tentada a tomar atalhos para evitar o enfrentamento da burocracia. Situações em que a burocracia de ofício pode incentivar a prevaricação por parte da autoridade policial incluem:

- (a) **A falta de instruções periódicas adequadas em organizações militares** – Quando os profissionais militares não são devidamente treinados para conduzir procedimentos legais, como a elaboração de APFDs e IPMs, eles podem se sentir sobrecarregados e tentados a evitar a burocracia, mesmo que isso signifique contornar a lei;
- (b) **A falta de conhecimento de prazos** – Se os prazos para a conclusão de procedimentos legais forem curtos e a burocracia for extensa, os profissionais podem sentir a pressão para acelerar o processo, o que pode resultar em erros ou prevaricação para atender às demandas temporais;
- (c) **A falta de recursos adequados** – A falta de recursos – como materiais periciais essenciais para a condução adequada de investigações – pode dificultar ainda mais a conformidade com a burocracia de ofício, levando à prevaricação por parte da autoridade policial em busca de soluções mais rápidas e convenientes.

Um exemplo destacado dessa falta de recursos está relacionado à disponibilidade de materiais periciais nas organizações militares. Muitos

comandantes de Organizações Militares (OM) podem não estar plenamente cientes da presença de peritos militares treinados e qualificados que atuam na Polícia Judiciária Militar, mais comuns em batalhões de Polícia do Exército. Esses peritos desempenham um papel crucial na condução de investigações criminais militares, incluindo a realização de testes preliminares de drogas. No contexto de um APFD, a presença e a capacidade desses peritos militares são fundamentais. Um teste preliminar de drogas, por exemplo, é uma etapa crucial para determinar a materialidade de crimes relacionados a substâncias ilícitas. A ausência de recursos adequados, como equipamentos laboratoriais ou profissionais especializados, pode levar a situações em que a autoridade militar se encontra diante da incapacidade de realizar tais testes de forma eficaz.

24

Diante dessas limitações, a autoridade militar pode se sentir pressionada a adotar medidas alternativas para evitar o confronto com a burocracia de ofício. Isso pode incluir, por exemplo, a não realização do teste preliminar de drogas ou a tentativa de buscar soluções não convencionais para atender às exigências legais. Essas ações podem ser motivadas pela necessidade de concluir rapidamente um APFD ou uma investigação mediante um IPM, mas também podem configurar casos de prevaricação, uma vez que se desviam do procedimento legal adequado.

4 A NORMALIZAÇÃO DA PREVARICAÇÃO: DESVIOS DE COMPETÊNCIA E JULGAMENTOS ADMINISTRATIVOS

A normalização da prevaricação no âmbito militar é um fenômeno preocupante que se manifesta quando comandantes e autoridades militares optam por resolver casos de crimes militares por meio de julgamentos administrativos, em vez de seguir o devido processo legal. Essa prática é muitas vezes impulsionada por questões burocráticas e pela tentativa de

evitar o sistema judicial, que na maioria das vezes é considerado como complexo.

A prevaricação, que envolve retardar ou deixar de praticar um ato de ofício, indevidamente, ou praticá-lo contra a lei, visando a satisfazer interesses pessoais, é uma infração grave que exige uma resposta eficaz das autoridades militares. No entanto, em muitos casos, os comandantes podem optar por abordar essas situações de forma administrativa, buscando uma solução rápida e menos complexa, mesmo quando a gravidade dos atos justificaria um julgamento mais rigoroso previsto no Código Penal Militar.

Um exemplo ilustrativo dessa normalização da prevaricação pode ser encontrado na jurisprudência do Superior Tribunal Militar (STM) no caso da Apelação n.º 7000581-39.2019.7.00.0000, com relatoria do Ministro Luis Carlos Gomes Mattos, datada de 4 de junho de 2020, em que dois militares integrantes de uma equipe de inspeção naval foram condenados no Juízo de origem por prevaricação.

No caso em questão, os militares foram acusados de deixar de praticar, indevidamente, um ato de ofício, consistente em realizar a notificação de uma embarcação que navegava sem a competente Certidão de Tráfego de Saúde (CTS). A análise do julgamento revelou que essa conduta omissa foi motivada por interesses pessoais ou sentimentos pessoais dos acusados. O que chama a atenção nesse caso é que, apesar da clareza dos fatos descritos na denúncia, o Juízo de origem optou por atribuir aos acusados uma nova definição jurídica, sujeitando-os a um dispositivo legal cuja pena, em abstrato, era menor do que aquela descrita nas peças acusatórias do Ministério Público Militar (MPM).

Essa decisão ilustra como, em alguns casos, os militares podem optar por resolver a prevaricação de forma administrativa, evitando o sistema judicial e, por vezes, diminuindo a gravidade das infrações. No entanto, essa

prática pode minar a integridade e a justiça no âmbito militar, além de contribuir para a normalização da prevaricação.

A normalização da prevaricação, especialmente quando os comandantes optam por julgamentos administrativos em detrimento de procedimentos legais rigorosos, é uma preocupação que merece atenção no contexto das Forças Armadas. É fundamental garantir que casos de prevaricação sejam tratados adequadamente e que a justiça seja feita, independentemente das questões burocráticas ou administrativas que possam surgir. Em diversas situações no contexto militar, há um desafio significativo em determinar se certos comportamentos devem ser classificados como crimes militares ou transgressões disciplinares. Esse cenário cria um conflito entre o regulamento disciplinar e o Código Penal Militar (CPM), levando a interpretações divergentes e decisões complexas.

26

Para ilustrar essa questão, tomemos como exemplo o caso de portar substâncias entorpecentes em uma área militar. De acordo com o Regulamento Disciplinar do Exército (RDE), especificamente no Anexo I, nº 108, a infração ocorre quando alguém faz uso, tem em seu poder ou introduz bebidas alcoólicas ou substâncias entorpecentes em uma área militar sem a devida autorização. No entanto, o CPM, no artigo 290, estabelece disposições diferentes, especificando que a infração ocorre apenas quando alguém recebe, prepara, produz, vende, fornece, guarda, ministra ou entrega substâncias entorpecentes em um local sujeito à administração militar sem autorização ou em desacordo com a legislação ou regulamento.

Essa discrepância entre os regulamentos cria um dilema ao definir se o comportamento se enquadra como um crime militar ou uma transgressão disciplinar. Em casos similares, nos quais o indivíduo é encontrado em posse de substâncias entorpecentes em uma área militar, a decisão sobre como proceder legalmente pode variar. A ambiguidade na classificação dessas

situações reflete uma lacuna na legislação militar e deixa espaço para interpretações divergentes.

Isso pode gerar confusão e incerteza entre os militares e as autoridades responsáveis pela aplicação da lei no campo militar. Além disso, a aplicação das categorias de crime militar e transgressão disciplinar muitas vezes depende de fatores subjetivos e da avaliação das circunstâncias específicas de cada caso. Isso significa que, em uma situação ambígua, a decisão sobre como classificar um comportamento pode ser influenciada por interpretações individuais, o que pode levar a resultados inconsistentes.

Portanto, a falta de clareza na distinção entre crimes militares e transgressões disciplinares e a ausência de critérios objetivos podem resultar em conflitos de competência e decisões legais variáveis, destacando a necessidade de uma revisão cuidadosa e uma possível reformulação das leis e regulamentos militares para abordar essa questão de maneira mais precisa e coerente.

É fundamental destacar que, quando há semelhanças entre comportamentos que podem ser considerados transgressões disciplinares e aqueles que configuram crimes militares, é necessário iniciar um Inquérito Policial Militar (IPM). A determinação definitiva sobre como classificar a infração ocorre ao longo do processo judicial. Na verdade, o legislador concede a autoridade ao juiz, antes do início do processo, e ao Conselho de Justiça, durante o processo, para decidir se o comportamento em questão deve ser tratado como uma transgressão disciplinar ou um crime militar. Isso destaca claramente que a aplicação dessas categorias está sujeita a decisões tomadas pelo sistema judiciário.

5 PROPOSTAS DE COMBATE À PREVARICAÇÃO NO ÂMBITO MILITAR

5.1 Conscientização e Treinamento

Implementação de programas de treinamento regulares para militares e comandantes sobre as consequências da prevaricação e a importância do devido processo legal.

Fornecimento de orientação clara e recursos educacionais sobre os procedimentos legais, incluindo a elaboração de Autos de Prisão em Flagrante Delito (APFD) e Inquéritos Policiais Militares (IPM).

5.2 Fortalecimento da Fiscalização Interna

Estabelecimento de órgãos de fiscalização interna independentes e especializados para acompanhar a conduta das autoridades militares, identificando casos de prevaricação e assegurando que os procedimentos legais sejam seguidos.

Implementação de canais de denúncia seguros e confidenciais para que militares possam relatar suspeitas de prevaricação sem medo de retaliação.

5.3 Revisão e Aprimoramento da Legislação

Revisão da legislação militar para eliminar ambiguidades e inconsistências que possam levar a interpretações divergentes, especialmente no que diz respeito à distinção entre crimes militares e transgressões disciplinares.

Estabelecimento de diretrizes claras para a condução de julgamentos e punições, a fim de evitar que comandantes optem por julgamentos administrativos em detrimento do devido processo legal.

5.4 Acesso a Recursos e Peritos

Garantia de que as organizações militares tenham acesso adequado a recursos, incluindo peritos e equipamentos laboratoriais, para conduzir investigações de forma eficaz, evitando a pressão para recorrer a medidas alternativas que possam configurar prevaricação.

Promover a conscientização sobre a disponibilidade de peritos militares qualificados para auxiliar nas investigações, como no caso dos testes preliminares de drogas.

29

5.5 Fortalecimento da Justiça Militar

Investimento em recursos e infraestrutura para melhorar a eficiência e a celeridade dos julgamentos na Justiça Militar, garantindo que casos de prevaricação sejam tratados com rigor e justiça.

Revisão das penas para a prevaricação, considerando a gravidade do crime e a necessidade de desencorajar a sua prática.

5.6 Transparência e Responsabilização

Promoção da transparência nos procedimentos legais e julgamentos militares, permitindo que a sociedade e as organizações de direitos humanos acompanhem de perto os casos de prevaricação.

Garantia de que autoridades militares que se envolvam em prevaricação sejam responsabilizadas de acordo com a lei, independentemente de sua posição hierárquica.

5.7 Cooperação Interinstitucional

Fomento da colaboração entre as Forças Armadas, a Justiça Militar e outros órgãos do sistema de justiça, como o Ministério Público Militar, para garantir uma abordagem coordenada na prevenção e combate à prevaricação.

5.8 Monitoramento e Avaliação

Implementação de sistemas de monitoramento e avaliação para medir a eficácia das medidas adotadas na prevenção da prevaricação e na promoção da justiça militar.

6 CONCLUSÃO

Ao longo deste artigo, foi explorado detalhadamente o problema da prevaricação no âmbito militar, especialmente em relação à sua normalização. Iniciou a análise definindo a prevaricação, suas implicações legais e como ela pode ser relacionada à burocracia de ofício. Em seguida, foram discutidos os casos em que a prevaricação é normalizada, muitas vezes sendo resolvida de forma administrativa em vez de seguir o devido processo legal. Além disso, ficou claro sobre a ambiguidade na classificação de comportamentos como crimes militares ou transgressões disciplinares.

A prevaricação no âmbito militar é uma questão de grande gravidade que não pode ser ignorada. Quando comandantes e autoridades militares optam por resolver casos de prevaricação de forma administrativa, eles

comprometem a integridade e a justiça dentro das Forças Armadas. Isso não apenas mina a confiança no sistema militar, mas também enfraquece a capacidade das Forças Armadas de cumprir sua missão fundamental de defender a nação. A normalização da prevaricação representa uma ameaça significativa à moralidade e à eficácia da Administração Militar.

Diante das complexidades e desafios abordados neste artigo, é fundamental que todos os envolvidos nas Forças Armadas, desde os militares de base até os comandantes e legisladores, reflitam profundamente sobre as implicações da prevaricação e sua normalização. A mudança começa com o reconhecimento do problema e a disposição para adotar medidas concretas.

Convidamos todos a considerarem as sugestões apresentadas para prevenir e combater a normalização da prevaricação. A conscientização, o treinamento, o fortalecimento da fiscalização interna e a revisão da legislação são passos essenciais para garantir que a justiça seja feita de forma justa e imparcial. Além disso, é crucial promover a transparência, a responsabilização e a cooperação interinstitucional. Somente mediante esforço conjunto de todas as partes interessadas, podemos criar um ambiente em que a prevaricação seja tratada com rigor e no qual a confiança nas Forças Armadas seja restaurada.

Em última análise, enfrentar a normalização da prevaricação é uma questão que vai além das paredes das instituições militares. É um desafio que diz respeito a toda a sociedade, pois as Forças Armadas desempenham um papel vital na defesa do país e na manutenção da ordem. Portanto, é nosso dever garantir que elas operem com a mais alta integridade e eficiência, em prol do bem-estar de todos os cidadãos.

Este artigo pretendeu lançar luz sobre um problema crítico e instigado: a ação e a reflexão necessárias para promover uma mudança positiva nas Forças Armadas, assegurando que a justiça e a legalidade prevaleçam em todos os níveis. A prevaricação não deve ser tolerada nem

normalizada, e é responsabilidade de todos nós trabalharmos juntos para erradicá-la e fortalecer as instituições militares que são fundamentais para a segurança nacional.

REFERÊNCIAS

ASSIS, José Wilson Gomes de. A “síndrome da prevaricação” em face dos crimes militares praticados em serviço e suas consequências na atividade policial militar. *Jusmilitares*, [s.d.]. Disponível em: https://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/sindrome_prevaricacao.pdf. Acesso em: 16 set. 2023.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF, Senado Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 set. 2023.

BRASIL. Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002. Regulamento Disciplinar do Exército. Aprova o regulamento disciplinar do Exército e dá outras providências. Brasília, DF, *Diário Oficial da União*, de 27 de agosto de 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4346.htm. Acesso em: 16 set. 2023.

BRASIL. Decreto-lei 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. Brasília, *Diário Oficial da União*, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm. Acesso em: 16 set. 2023.

BRASIL. Decreto-lei 1.002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. Brasília, *Diário Oficial da União*, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm. Acesso em: 16 set. 2023.

GADELHA, Patricia Silva. Ninguém Será Preso Sem Ordem Judicial... Existem, Contudo, Exceções. *Jusmilitares*, [s.d.]. Disponível em: <https://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/ninguemserapreso.pdf>. Acesso em: 16 set. 2023.

GORRILHAS, Luciano Moreira. Conflito Aparente de Normas entre Transgressões Disciplinares e Crimes Militares e o Necessário Controle Externo da Atividade Policial Militar. *Justitia: Revista do Ministério Público de São Paulo*, v. 77, n. 202, jun./ 2016. Disponível em: https://es.mpsp.mp.br/revista_justitia/index.php/Justitia/article/view/14. Acesso em: 16 set. 2023.

JURISPRUDÊNCIA sobre o crime de prevaricação. *Delegado De Polícia Plantonista*, 2011. Disponível em: <http://delegadoplantonista.webnode.com.br/news/jurisprud%C3%A7%C3%A3o/sobre%20o%20crime%20de%20prevarica%C3%A7%C3%A3o/>. Acesso em: 16 set. 2023.

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*. São Paulo: Editora Forense, 2021. 478 p.

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

A liberdade de expressão dos militares estaduais: um estudo necessário sob os preceitos do julgamento da “ADPF 475”

Christian Del Anhol Pereira Bueno

Especialista em Direito Militar pela Faculdade Serra Geral/MG (2021). Graduado pela Faculdade de Telêmaco Borba – FATEB (2019). Cabo da Polícia Militar do Estado do Paraná.
E-mail: christiandelanholl@hotmail.com

Revisores: Luciano Moreira Gorrihas (ORCID: 0009-0005-0678-471X; e-mail: luciano.gorrihas@mpm.mp.br)
Josevan Duarte Magalhães (CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1355167451554484>; e-mail: josevandm@gmail.com)

Data de recebimento: 29/09/2023

Data de aceitação: 20/10/2023

Data da publicação: 21/11/2023

DOI: 10.5281/zenodo.10075429

RESUMO: O presente artigo busca analisar a liberdade de expressão dos militares estaduais diante do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 475, a qual questionou a constitucionalidade do artigo 166 do Código Penal Militar (CPM). As instituições militares possuem princípios e regramentos específicos que diferem os militares em relação a atos da vida civil. A liberdade de expressão possui previsão constitucional e constitui parcela nuclear de manifestação humana de liberdade, mas encontra certas restrições dentro das forças militares. Mesmo com a crescente democratização da Internet, o militar do século XXI ainda não possui total liberdade para se expressar em redes sociais. Desse modo, busca-se entender a função constitucional do militar estadual e o porquê das restrições consideradas necessárias no Estado Democrático de Direito. Para tanto, em primeiro momento será abordado como se deu a formação dos militares no Estado Constitucional, demonstrando qual é a eficácia do Código Penal

Militar como mecanismo do controle da tropa. Em segundo momento, se destacará os princípios norteadores das forças militares, tais como, a hierarquia e disciplina. Por fim, analisar-se-á a jurisprudência dos Tribunais Superiores e o contexto do julgamento da ADPF 475, a fim de verificar se há colisão do art. 166 do CPM com a Constituição Federal de 1988.

PALAVRAS-CHAVE: militares estaduais; liberdade de expressão; Código Penal Militar.

ENGLISH

TITLE: The freedom of expression of the state military: a necessary study under the precepts of the judgment of “ADPF 475”.

ABSTRACT: This article seeks to analyze the freedom of expression of the state military in the face of the judgment of the Argument of Non-compliance with Fundamental Precept 475, which questioned the constitutionality of article 166 of the Military Penal Code (CPM). Military institutions have specific principles and regulations that differ from the military in relation to acts in civilian life. Freedom of expression has a constitutional provision and constitutes a core part of the human manifestation of freedom, but it encounters certain restrictions within the military forces. Even with the growing democratization of the Internet, the military of the 21st century still does not have complete freedom to express themselves on social networks. In this way, we seek to understand the constitutional function of the state military and the reason for the restrictions considered necessary in the Democratic State of Law. To do so, at first, it will be discussed how the military was trained in the Constitutional State, demonstrating the effectiveness of the Military Penal Code as a mechanism for troop control. Secondly, the guiding principles of military forces will be highlighted, such as hierarchy and discipline. Finally, the jurisprudence of the Superior Courts and the context of the judgment of ADPF 475 will be analyzed, in order to verify if there is a collision of art. 166 of the CPM with the Federal Constitution of 1988.

KEYWORDS: state military; freedom of expression; military penal code.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 A ordem jurídica brasileira das instituições militares – 2.1 Os militares na formação do estado constitucional – 2.2 Da previsão na Carta Magna de 1988 – 2.3 O Código Penal Militar como mecanismo de controle da tropa – 3 Princípios constitucionais norteadores da administração castrense e suas ponderações – 3.1 Pedras de toque: hierarquia e disciplina – 3.2 Do dever de obediência irrestrita – 3.3 Da manifestação de pensamento dos militares do século XXI – 4 Discussões acerca da “publicação ou crítica indevida” nos termos do CPM – 4.1 Aspectos legais: art. 166 do Código Penal Militar – 4.2 Posicionamento dos tribunais superiores e a ótica da “ADPF 475” – 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O tema a ser tratado neste estudo é a liberdade de expressão dos militares estaduais diante da constitucionalidade do artigo 166 do Código Penal Militar (CPM), questionada mediante a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 475) e julgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF). Dessa maneira, o real interesse é em compreender como se dá a liberdade de expressão no seio das instituições militares estaduais e quais são as consequências da “publicação ou crítica indevida” perante a norma infraconstitucional.

A relevância do conteúdo surge a partir dos seguintes questionamentos: o art. 166 do Código Penal Militar de 1969, ao cercear a ampla liberdade de expressão dos militares, foi alvo de colisão aos direitos fundamentais previstos no artigo 5º Constituição Federal de 1988? Os militares estaduais do século XXI diante de uma vasta gama de redes sociais (*Facebook, Instagram*, entre outras) podem se manifestar livremente nesses meios digitais? Até que ponto é permitido opinar em relação a superiores ou resoluções do Governo? Esses questionamentos vêm se tornando alvo de

constantes debates pelos próprios militares dentro das corporações, embasados em uma nova “Era de informação”.

São militares os intitulados pela Constituição Federal de 1988 (CF/88) como integrantes das Forças Armadas e das Polícias Militares dos entes federativos por extensão – descritos nos artigos 142 e 144 da Carta Magna – ambos com suas respectivas atribuições. Como forma de entender o assunto, é necessário retomar como se deu a liberdade expressão do militar dentro da própria formação do Estado Democrático de Direito e as consequências previstas no art. 166 do CPM.

Ainda de forma intrínseca, avaliar a importância dos princípios da hierarquia e disciplina *versus* a liberdade de expressão. Assim, ter-se-ão as informações necessárias para analisar ADPF 475 e entender o porquê de o recurso considerar constitucional no sentido de proibir a publicação ou crítica indevida dentro das forças militares.

A iniciativa de abordar o tema surgiu da vontade de tomar um maior conhecimento de qual é o nível permitido de liberdade de expressão concedido aos militares, já que atualmente o autor deste artigo é Policial Militar do Estado do Paraná. Ainda, buscar interpretar a legislação e produzir conhecimento sobre o assunto em questão para os demais militares estaduais acerca do que deve ser cumprido dentro do âmbito castrense.

O procedimento metodológico adotado será o método dedutivo, consubstanciado em uma pesquisa qualitativa de revisão bibliográfica, a qual unificará informações em livros, artigos científicos, decisões jurisprudenciais e sítios da *internet*, com análise crítica deste autor atrelada aos pensamentos dos respectivos escritores.

2 A ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA DAS INSTITUIÇÕES MILITARES

2.1 Os militares na formação do estado constitucional

A Constituição da República de 1988, artigo 1º, trouxe a seguinte redação: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]”. Segundo Rodrigues e Assunção (2017, p. 16), não há o estado democrático de direito quando não se tem a ordem pública, o que coloca em riscos diversos direitos fundamentais da coletividade.

Em caráter retrospectivo, aos militares foi dada a missão de garantir a ordem pública, sendo essa previsão expressa em todas as constituições do país ao longo dos tempos, quais sejam: 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967 e 1988. Conforme leciona Cavalcanti (2011, p. 43), em todas as constituições é trazida a missão de garantir a lei e a ordem, internamente, às forças armadas. Desse modo, é possível verificar a grande participação dos militares no suporte à formação do Estado.

Importante destacar que o Estatuto dos Militares de 1980 delimita que “os membros das Forças Armadas, em razão de sua destinação constitucional, formam uma categoria especial de servidores da Pátria e são denominados militares” (Brasil, 1980). Dessa forma, segundo o Estatuto, são militares os membros da Marinha, Exército e Aeronáutica.

Contudo, o termo militar também é utilizado para se referir às Polícias Militares dos entes federados, mas nem sempre esse foi o termo empregado. Isso se deu porque o surgimento das “Polícias” remonta à época do Brasil Colonial, sendo que, somente com a Proclamação da República em 1889, é acrescentada a designação “militar”, passando a ser denominadas como Corpos Militares de Polícia (Brasil, 2013). Somente décadas à frente

será padronizado com a Constituição de 1946, após o Estado Novo, o termo “Polícia Militar”.

Durante o regime militar (1964-1985), a Polícia Militar passou a ser guiada com uma classificação hierárquica única, sendo as forças estaduais comandadas por oficiais do Exército e servindo de instrumento de combate aos opositores do regime (Brasil, 2013). Com o fim desse período é que metas começam a ser traçadas, e projetos voltados para a segurança pública passam a ser chefiados, desde então, por governadores.

A partir daí, a existência das forças de defesa, dada pelas forças armadas ou forças auxiliares, passam a integrar meio necessário para a existência do próprio Estado Democrático de Direito e para o livre funcionamento das instituições perpetrado pela Constituição Federal de 1988.

40

2.2 Da previsão na Carta Magna de 1988

Os militares foram organizados na atual Constituição Federal, no título V, “Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas”. Dessa maneira, o capítulo II, art. 142, traz a seguinte redação:

As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e disciplina, sob 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)

Conforme destacado, há três pilares a serem observados na aplicação das Forças Armadas: a defesa da Pátria; a garantia dos poderes constitucionais; e, de forma subsidiária, a lei e a ordem. Segundo Ramos (2020), a utilização das FFAA em “defesa da Pátria” seria em face de alguma agressão estrangeira; quanto “a garantia dos poderes constitucionais”, caso

fossem afetados em seu regular funcionamento por grave comoção interna; e a terceira, “da lei e da ordem” teria caráter nitidamente acessório quanto às outras duas anteriores e somente se dará quando a ordem e a paz social estiverem ameaçadas por grave instabilidade institucional.

Ocorre que o art. 144 da CF/88 também no título V, mas no capítulo III, “Da Segurança Pública”, trouxe a seguinte expressão:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a **preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio**, através dos seguintes órgãos:

[...]

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

[...]

§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a **preservação da ordem pública**; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil. (grifo nosso)

A partir daí pode se inferir que a competência dada pela Carta Magna para a garantia da lei e da ordem é das Polícias Militares dos entes federativos. Contudo, conforme inteligência do art. 15 §2º da Lei Complementar nº 97/99, haverá o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem 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” (Brasil, 1999). Esse ato, em caráter subsidiário, ocorrerá com as diretrizes baixadas em ato do presidente da República.

Também foi expreso na CF/88, art. 42, que “os membros das Policiais Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios”. Portanto, as Polícias Militares em muitos estados acabam sendo doutrinadas e seguindo a legislação nos mesmos moldes que as Forças Armadas, cenário que não é estranho, já que ambas se pautam na hierarquia e disciplina.

Segundo o art. 144, §6º, da CF/88, “as polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, Distrito Federal e Territórios” (Brasil, 1988). Assim, diferentemente das Forças Armadas, que são subordinadas ao presidente da República, as Polícias militares se subordinam aos governadores. Desempenham ainda o papel de força auxiliar do Exército quando envolver evento crítico estabelecido na legislação.

Não persistem dúvidas de que as funções atribuídas pelo texto constitucional às Forças Armadas é a responsabilidade pela segurança nacional. Enquanto as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares, além de outras instituições atreladas ao art. 144 da CF/88, se pautam primordialmente na preservação da ordem pública.

42

2.3 O Código Penal Militar como mecanismo de controle da tropa

O Direito Penal Militar é tratado por um direito penal especial, pois difere das normas destinadas a todos os cidadãos comuns. Aos militares são dados deveres e responsabilidades especiais para com o Estado. Consequentemente, a CF/88 atribui no art. 122¹ a competência da Justiça Militar para processo e julgamento de crimes militares definidos na legislação infraconstitucional.

Nos termos do art. 124, § único, da CF/88, cabe à Justiça Militar da União julgar os crimes militares cometidos por integrantes das forças armadas e por civis contra as instituições militares federais; ao tempo que o art. 125, §4º, da CF, retoma a competência da Justiça Militar estadual de processar e julgar os militares dos estados, nos crimes militares, e as ações

¹ Art. 122: São órgãos da Justiça Militar: I. O Superior Tribunal Militar; II. Os Tribunais e Juízes Militares instituídos por lei (Brasil, 1988).

judiciais contra atos disciplinares, ressalvada a competência do Tribunal do Júri quando a vítima for civil.

O primeiro Código Penal Militar foi criado em 1891, com a denominação de Código da Armada sendo previsto, inicialmente, apenas para a Marinha. Já em 1899, foi estendido para o Exército e somente em 1941, para a Aeronáutica. Em seguida, no ano de 1944, entrou em vigor um novo Código Penal Militar. Porém, este foi revogado pelo decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, que instituiu o novo Código Penal Militar vigente.

A legislação infraconstitucional tem como alvo os integrantes das Forças Armadas, Polícias Militares e Bombeiros Militares dos entes federativos. O código divide-se em parte comum e especial, esta última abrangendo crimes praticados em tempo de paz e em tempo de guerra.

Ocorre que, devido ao período em que foi criado, com pouco mais de meio século atrás, o referido código vem sendo alvo de debates e constantes recursos nos tribunais, seja pelas declarações de inconstitucionalidade de determinados artigos ou pela rigidez empregada; e, ainda, a forma de sistema arcaico apresentado. Segundo Cunha (2019), o Código Penal passou por uma intensa reforma, fato que não alcançou o Código Penal Militar, fazendo com que “absurdos jurídicos” nunca fossem declarados inconstitucionais, havendo uma ou outra declaração de inconstitucionalidade, mas sem o devido debate aprofundado. Ainda continua o autor dizendo: “[...] há diversos artigos do CPM que são considerados constitucionais, mas que ofendem diversos princípios consagrados na doutrina comum”.

Já para Nunes (2020, p. 14), o fato de alguns artigos do CPM serem eivados de inconstitucionalidade surge devido ao código ser constituído durante o período ditatorial, período este em que era necessário tal rigor, fato diferente do atual cenário de Estado Democrático de Direito. De igual forma, Roseto (2004, p. 39) afirma a necessidade de revisão do Código de Processo

Penal Militar, assim finalizando: “[...] nos deparamos com a legislação substantiva castrense permeada de contradições”.

Outro fator que vem causando debates é a alteração do art. 9, II, do CPM, dada pela Lei nº 13.491/2017, a qual estendeu o rol de crimes, passando entender como delitos militares “os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal”. Para Cunha (2019), a alteração tornou mais rígida a submissão dos militares à legislação castrense, já que agora quaisquer crimes praticados por militar no exercício da função ou em razão dela serão definidos como crimes militares, “ainda que previstos em outros códigos ou leis esparsas”.

Apesar disso, contrapondo esse argumento, os doutrinadores Hoffman e Costa (2019) aduzem que tal interpretação é forçosa ao admitir que leis esparsas (tortura, abuso de autoridade e crime organizado) sejam tratadas como crimes militares, haja vista que o legislador ao definir “legislação penal” se referiu apenas aos dispositivos do Código Penal e não a legislação penal especial como um todo. No entanto, a própria jurisprudência vem encampando a ideia de que a legislação penal equivale a toda legislação penal especial.

Destarte, independentemente de existir divergências quanto à extensão do inciso “II” entre alguns doutrinadores, é certo que o art. 9º do CPM define o que será considerado crime militar em tempo de paz. Partindo desse pressuposto, segundo Assis (2004, p. 79), Hoffman e Costa (2019), é possível classificar os delitos em crimes propriamente militar e impropriamente militar.

Desta maneira, para os citados doutrinadores, será considerado crime propriamente militar quando estiver previsto no Código Penal Militar de 1969, via de regra, por militar da ativa, por exemplo, a violência contra superior (art. 157). Ao ponto que o crime impropriamente militar é aquele previsto ao mesmo tempo no Código Penal Militar e na legislação penal

comum, podendo ser praticado por militar da ativa, inativo e civil, como por exemplo, lesão corporal.

O objetivo não é exaurir as diversas nuances previstas no CPM, mas apenas apresentar uma breve síntese, a fim de nortear o presente estudo quanto à legislação diversa aplicada aos militares. A partir dos fatos apresentados, passa-se a analisar os princípios que regem a atividade castrense.

3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NORTEADORES DA ADMINISTRAÇÃO CASTRENSE E SUAS PONDERAÇÕES

Dentre os vários conceitos para delinear o que seria “princípio”, merecem destaque as palavras do professor Mello (1986, p. 230), o qual define como sendo “[...] mandamento nuclear de um sistema, um verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-se o espírito e servindo de critérios para sua exata compreensão e inteligência”. Assim, interpreta que “[...] violar um princípio é muito mais grave que violar uma norma”.

Pelas breves palavras, é possível compreender que os princípios são as bases e fundamentos essenciais para a validade do sistema, verificando-se de total importância compreendê-los, a fim de melhor interpretá-los junto ao ordenamento jurídico. Logo, avaliar os principais princípios que norteiam os militares é requisito essencial para a compreensão do assunto proposto.

3.1 Pedras de toque: hierarquia e disciplina

O princípio da hierarquia e disciplina são os pilares fundamentais aplicados aos militares. Possui previsão expressa no texto constitucional,

sendo conceituado no Estatuto dos Militares. A respectiva legislação infraconstitucional leva o nº 6.880/80 e aduz:

Art. 14. A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas [...].

§ 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 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 (Brasil, 1980).

46

O regramento castrense e os princípios da hierarquia e disciplina, em que se baseiam os militares, demonstram que estes não se assemelham aos regramentos impostos aos civis, mas que possuem uma maior obrigação para com o Estado Democrático de Direito, conforme concluem os estudiosos Marreiros, Rocha e Freitas (2015, p. 44) ao relatarem que certas condutas são exigidas dos cidadãos fardados e podem ser consideradas de extrema gravidade, mas para os civis não se revestem de dignidade penal, particularmente quando atingem a hierarquia e disciplina.

Na doutrina os referidos princípios são conhecidos como as pedras de toque do direito militar, não comportando maiores digressões. Por isso, importante destacar a vertente do grande De Plácido e Silva (1999, p. 396) ao relatar que a hierarquia militar decorre da subordinação e obediência em que se encontram aqueles que ocupam postos inferiores em relação ao de categoria mais elevada, para ele, na ordem militar: “[...] a obediência hierárquica constitui princípio fundamental à vida da instituição”. Quanto à disciplina militar, De Plácido e Silva, retoma como sendo “[...] a soma de

todos os preceitos que devem ser obedecidos por todos os componentes de uma corporação militar”.

Pelos conceitos explanados infere-se que a vida do militar deve ser pautada na disciplina e respeito aos seus superiores hierárquicos, abdicação necessária em prol da profissão exercida. Ser “militar” significa exercer um ofício que se condiciona e autolimita para o exercício de sua missão, não há como imaginar que soldados discutam ou não em atacar, pois o exercício do Comando pelo superior que deverá decidir a hora do ataque (Oliveira, 2021). Não há margens para questionamento e descumprimento de ordens legais, o que torna a organização militar uma instituição regrada e pautada em preceitos morais predefinidos.

3.2 Do dever de obediência irrestrita

O respectivo dever de obediência está atrelado ao fiel cumprimento das ordens superiores como consequência hierárquica inerente à Administração Militar. Nas palavras de Oliveira (2005), as ordens e determinações legais devem ser bem e fielmente cumpridas, sem que haja qualquer forma de ampliação ou restrição ao sentido que se exige a determinação do superior hierárquico, exceto se for ordem manifestamente ilegal. O militar no exercício da função não avaliará a validade desta ou daquela ordem, mas apenas cumprirá em obediência, sob pena de sanção disciplinar.

A partir disso, surge a seguinte indagação: o que seria uma ordem considerada ilegal? Para Romeiro (1994, p.124), a ordem ilegal seria a prática de um ato manifestamente criminoso, sendo esta a única possibilidade em que um militar pode e deve desobedecer a ordem direta de um superior hierárquico sem incorrer no crime de insubordinação.

Ocorre que na prática, cita o 1º Tenente Costa (2001, p. 4), a possibilidade de um subordinado contestar a matéria de serviço se torna extremamente difícil já que há presunção de legitimidade do ato administrativo praticado pelo superior hierárquico. Portanto, o militar, ao desobedecer ao cumprimento de uma ordem não manifestamente criminosa, estará incorrendo no art. 163 do Código Penal Militar, com pena de detenção de um a dois anos.

Caso não houvesse o dever de obediência irrestrita para os militares, restaria comprometida a hierarquia e disciplina e não haveria Administração Militar, já que como demonstrado, essa é a base de sustentação de todo o sistema e faz com que a tropa siga regrada e respeitando seus superiores hierárquicos sem questionamentos por todas as ordens emanadas, ainda que verbais, conforme confirma o professor Souza (2017) ao dizer que “o foco do treinamento do militar é centrado na obediência e na submissão, pois só com estas se convence um ser humano a enfrentar um exército inimigo, mesmo em circunstâncias adversas, sem abandonar o campo de batalha”.

Com base na análise já realizada referente à hierarquia e disciplina, “Pedras de Toque” do Direito Militar, e da compreensão da necessidade do dever de obediência dentro das instituições militares, é possível prosseguir com o assunto proposto chegando aos dias atuais.

3.3 Da manifestação de pensamento dos militares no século XXI

O fato de manifestar-se por meio de sinais, arte ou por discursos de opiniões é substancial da característica humana de viver em sociedade. Com o passar dos tempos, questionamentos surgem e contraposições ganham espaço. A fim de que esses conflitos de liberdade individuais sejam considerados legítimos e não firam outras manifestações de pensamento, mostrou-se necessário um amparo legal.

A CF/88, em seu art. 5º, inciso IV, averbou tal prerrogativa com a seguinte redação: “é livre a manifestação de pensamento, sendo vedado o anonimato”. A expressão demonstra o esforço por um país democrático e com a busca de diferentes opiniões. Ainda se preocupou o constituinte em garantir a circulação desses pensamentos ao se expressar no inciso IX, art. 5º, da Carta Magna, aduzindo que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (Brasil, 1988).

Importante ainda é destacar os ensinamentos de Marmelstein (2011, p. 128) a respeito da magnitude da liberdade de expressão:

Já que se mencionou o direito à manifestação do pensamento, vale comentar essa importante liberdade que é um **instrumento essencial para democracia**, na medida em que permite que a vontade popular seja formada a partir do confronto de opiniões, **em que todos os cidadãos**, dos mais variados grupos sociais, devem poder participar, falando, ouvindo, escrevendo, desenhando, encenando, enfim, colaborando da melhor forma que entenderem. A esse respeito, Stuart Mill, um dos principais defensores da liberdade de expressão, argumentou que a verdade tem maior probabilidade de vir à tona quando existe um “mercado” de ideias livremente divulgadas e debatidas, de modo que **os cidadãos poderão tomar decisões mais acertadas** se as diversas opiniões políticas puderem circular sem interferências. (grifo nosso)

49

É evidente que esse princípio busca garantir a liberdade individual a todos, pois está no rol “dos direitos e garantias fundamentais”, sendo considerado cláusula pétrea. A liberdade de expressão fortalece o Estado Democrático de Direito, mediante a participação dos cidadãos por opiniões que possam contribuir nas decisões políticas e na tomada de decisões pelos governantes.

Situação que não se pode negar nos dias atuais é que o principal meio de manifestação com o crescente acesso à *internet* são as redes sociais, *blogs* e propagadores de vídeos. Mecanismos como Facebook, Instagram, Twitter, WhatsApp e Youtube são exemplos claros de ferramentas utilizadas

para a propagação de informações e de interação com opiniões sobre os mais diversos assuntos mesmo sem conhecimento técnico para tal.

Notadamente, aquele que venha a cometer excessos na liberdade de expressão e ofenda a outrem responderá na medida de sua culpabilidade, conforme garante o art. 5º, X, da CF/88, a saber: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Para tanto, a análise acurada da medida tomada é necessária para a reparação e sanção cabível.

No que se refere aos militares estaduais, a liberdade de expressão ainda se encontra mitigada por força do Código Penal Militar e até mesmo por regulamentos internos das corporações, os quais preveem responsabilidades severas para os que emitem opiniões críticas para com atos de seus superiores ou resoluções do Governo.

Cerca de uma década atrás, o Ministério da Justiça e a Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República editaram a Portaria Interministerial nº 02/2010, a qual estabelecia as Diretrizes Nacionais e Defesa dos Direitos Humanos de Segurança Pública. O referido instrumento contou com 14 eixos e 67 diretrizes, os quais buscavam acentuar a necessidade de direitos fundamentais aos militares. Dentre os direitos destacados pela portaria, merece relevância os seguintes:

- 1) Adequar as leis e regulamentos disciplinares que versam sobre direitos e deveres dos profissionais de segurança pública à Constituição Federal de 1988.
- 2) Valorizar a participação das instituições e dos profissionais de segurança pública nos processos democráticos de debate, divulgação, estudo, reflexão e formulação das políticas públicas relacionadas com a área, tais como conferências, conselhos, seminários, pesquisas, encontros e fóruns temáticos
- 3) Assegurar o exercício do direito de opinião e a liberdade de expressão dos profissionais de segurança pública,

especialmente por meio da Internet, blogs, sites e fóruns de discussão, à luz da Constituição Federal de 1988. (Brasil, 2010)

Na obra: “Reflexos sobre Direitos Humanos e Vitimização Policial Militar”, dos doutores França e Duarte, estes aos analisarem a Portaria Interministerial e fatores internos que circundam as polícias militares, concluíram que “distantes de serem máquinas e, mesmo trabalhando em situações como agentes coercitivos do Estado, o que pode implicar em autuações autoritárias, não se deve eximir dos PMS o direito que todos têm enquanto cidadãos vivendo em democracia” (França; Duarte, 2017, p. 10).

A portaria do Governo Federal trouxe promessas aos militares, de forma que fossem relativizadas certas liberdades como a do direito de opinião, mas acabou não sofrendo eficácia na prática por colidirem com regulamentos internos das próprias corporações. Consequentemente, os militares do século XXI devem seguir as regulamentações especiais, pois divergem dos cidadãos civis.

51

4 DISCUSSÕES ACERCA DA “PUBLICAÇÃO OU CRÍTICA INDEVIDA” NOS TERMOS DO CPM

4.1 Aspectos legais: art. 166 do Código Penal Militar

O referido artigo encontra-se no capítulo V, “Da Insubordinação”, tendo como sujeito ativo o militar, já como sujeito passivo se revela a própria Instituição Militar. Por isso, possui o seguinte regramento:

Art. 166. Publicar o militar ou assemelhado, sem licença, ato ou documento oficial, ou criticar publicamente ato de seu superior ou assunto atinente à disciplina militar, ou qualquer resolução do Governo.

Pena – detenção, de dois meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.

Em análise ao dispositivo, é necessário destacar alguns posicionamentos para melhor compreensão. Segundo Neto (2012, p. 132), “Publicar significa tornar público, notório, divulgar”, ao passo que “Crítico significa censurar; dizer mal de. No caso, o militar censura publicamente, ou se seja, de modo a ser recebido por indeterminado número de pessoas”. A partir daí se dá o enquadramento para os militares que se manifestam em redes sociais, pois, ao realizar uma postagem automaticamente, tomará grandes proporções de formas diferentes para indeterminado número de internautas das mais diferentes classes sociais.

Para Assis (2010, p. 248), para a primeira conduta – publicar – é necessário considerar os reflexos danosos que poderão advir da publicação, pois, para caracterização do art. 166, é necessária uma conduta que afronte a autoridade e as disciplinas militares. Quanto à segunda conduta – criticar – seria relacionado a emitir um juízo de valor de ato de superior, podendo abranger inclusive fatos que dizem respeito à vida privada.

Quanto à classificação adotada, trata-se de crime de mão própria (somente pode ser praticado por militar), doloso (vontade livre e consciente de praticar a conduta, não admitindo a modalidade culposa), e de mera conduta (não é necessário repercussão ou outro resultado) (Marreiros, Rocha, Freitas, 2015, p. 953-954). Portanto, não admite coautoria, mas pode haver a participação do civil que incita o militar a praticar tal crime.

Ainda destaca os doutrinadores Marreiros, Rocha e Freitas (2015, p. 954) que a publicação envolvendo atos criminosos ou de improbidade administrativa que estiveram ocultos da sociedade fica excluída de ilicitude, pois estará caracterizado o exercício regular de direito, legítima de defesa ou até mesmo, em alguns casos, estado de necessidade. Entretanto, o 1º Tenente Perciani (2010, p. 6) possui uma visão mais conservadora, salientando em suas palavras que: “[...] não pode o subordinado criticar o superior hierárquico quando este age de forma ilegal ou imoral, cabendo o

subordinado levar o fato ao conhecimento de seu superior imediato e representar, ainda assim em conformidade com a lei”.

Ainda complementa Perciani (2010, p. 7) que o art. 166 do CPM não visa proteger o superior imoral ou infrator, mas “impedir que todos os demais subordinados que não tiveram ciência do ato fiquem descrentes das ordens emanadas pelo superior”. Pela ótica, os princípios da hierarquia e disciplina não devem ser feridos em nenhuma hipótese, não devendo o militar subordinado publicar ou criticar o ato, a fim de não ferir a estrutura castrense.

É notório que o art. 166 proposto no Código Penal Militar de 1969 buscava a proteção dos atos propalados por superiores, incluindo governantes, o que o faz até os dias atuais. A busca pela hierarquia e disciplina nas instituições castrenses solidificou na legislação o mencionado dispositivo. Dessa forma, resta verificar o posicionamento dos tribunais superiores ao longo dos tempos, com o propósito a aferir a constitucionalidade.

53

4.2 Posicionamento dos tribunais superiores e a ótica da “ADPF 475”

Até o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 475 no dia 13/04/2023, por relatoria do ministro Dias Toffoli, era possível observar alguns posicionamentos dos tribunais em julgamentos a respeito da publicação ou crítica indevida praticada por militares aos superiores, por afronta ao art. 166 do CPM. Alguns merecem ser explorados, a fim de que haja enriquecimento ao conteúdo exposto.

O Superior Tribunal Militar (STM), no julgamento da Apelação 0000023-40.2007.7.12.0012 – a qual teve como análise a crítica indevida realizada por controladores de voo, na ocasião os militares teriam emitido opiniões perante a imprensa a respeito da disciplinar militar –, asseverou que “o tipo penal não determina que a crítica seja favorável, desfavorável ou

neutra. O que importa para a tipificação da conduta é que haja manifestação pública quanto à matéria atinente à disciplina militar” (Brasil, 2010, p. 109). Assim, pela percepção do tribunal, o juízo de valor realizado pelos militares na prática do ato não deve ser levado em consideração para enquadramento das condutas.

O Supremo Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus 75.125/PB, ao analisar o compartilhamento de publicação realizada por militar, a qual trazia conteúdo de descontentamento com punição imposta a Bombeiro Militar, optou pelo provimento do recurso e a determinação do trancamento da ação penal militar por maioria dos votos, conforme julgado:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME MILITAR. PUBLICAÇÃO OU CRÍTICA INDEVIDA (CPM, ART. 166). COMPARTILHAMENTO DE PUBLICAÇÃO EM REDE SOCIAL. DENÚNCIA QUE NÃO INDICA O CONTEÚDO DA PUBLICAÇÃO COMPARTILHADA. AUSÊNCIA DE EXATA DESCRIÇÃO DA CONDUTA IMPUTADA AO RECORRENTE. TRANCAMENTO DO PROCESSO. RECURSO PROVIDO.

1. A publicação original, compartilhada pelo recorrente, evidencia descontentamento com a punição imposta ao bombeiro militar, em especial diante do ambiente ao qual foi recolhido após sua prisão em flagrante delito.

2. É possível inferir que, ao compartilhar a manifestação de outra pessoa em rede social, o texto passa a ser exibido na página pessoal daquele que compartilhou, tornando-a visível a seus amigos e, por vezes, a terceiros, o que claramente propaga a publicação inicial.

3. Não é suficiente, no entanto, para fins de responsabilização penal, o mero ato de compartilhar dada notícia, sem que se aduza qualquer circunstância que possa identificar, no ato de compartilhar, o animus dirigido a reproduzir uma crítica ao “ato de seu superior ou ao assunto atinente à disciplinar militar” (Brasil, 2016).

Na ocasião os ministros entenderam que o mero compartilhamento de notícia não poderia ensejar a punição, dado que a conduta prevista no art.

166 do CPM deve ser livre e consciente em criticar o ato de superior ou assunto atinente à disciplina militar.

Para finalizar merece destaque duas decisões do Tribunal de Justiça do Paraná:

APELAÇÃO CRIMINAL - CRIME MILITAR - PUBLICAÇÃO OU CRÍTICA INDEVIDA - RECURSO DA DEFESA - PLEITO ABSOLUTÓRIO - IMPOSSIBILIDADE - MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS - CONJUNTO PROBATÓRIO QUE DEMONSTRA QUE O ACUSADO PUBLICOU CRÍTICA OFENSIVA A SUPERIOR HIERÁRQUICO EM REDE SOCIAL - ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 166 DO CÓDIGO PENAL MILITAR - NÃO ACOLHIMENTO - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO À ORDEM CONSTITUCIONAL - LIBERDADE DE EXPRESSÃO QUE NÃO SALVAGUARDA A PRÁTICA DE INFRAÇÕES PENAIS - RECURSO DESPROVIDO - (TJPR - 1ª C. Criminal - 0014227-08.2018.8.16.0013 - Curitiba - Rel.: Desembargador Clayton Camargo - J. 13.02.2020). (TJ-PR - APL: 00142270820188160013 PR 0014227-08.2018.8.16.0013 (Acórdão), Relator: Desembargador Clayton Camargo, Data de Julgamento: 13/02/2020, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 17/02/2020)

55

POLICIAL MILITAR - CRIME DE PUBLICAÇÃO OU CRÍTICA INDEVIDA. I. SUSCITADA NULIDADE DA SENTENÇA PELA SUPOSTA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 166 DO CÓDIGO PENAL MILITAR - NÃO CONFIGURAÇÃO - HIGIDEZ DO DISPOSITIVO LEGAL IMPUGNADO - MATÉRIA AINDA PENDENTE DE EXAME PELA C. SUPREMA CORTE, EM SEDE DE ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF Nº 475/DF, RELATOR: MIN. DIAS TOFFOLI). II. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE DA CONDUTA - INVIABILIDADE - ELEMENTOS DE CONVICÇÃO COMPROBATÓRIOS DE QUE O ACUSADO CRITICOU, PUBLICAMENTE, O COMANDO DA POLÍCIA MILITAR, ATRIBUINDO-LHE, INDEVIDAMENTE, O CRESCIMENTO DO CRIME ORGANIZADO, A AFRONTAR, ASSIM, OS PRINCÍPIOS DA DISCIPLINA E HIERARQUIA MILITARES - MANIFESTAÇÃO, INCLUSIVE, GRAVADA POR TERCEIROS E DIVULGADA NAS REDES SOCIAIS - DELITO CONFIGURADO - CONDENAÇÃO MANTIDA. III. RESPOSTA PENAL -

DOSIMETRIA – PENA RESTRITIVA DE DIREITO – PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA – PLEITO DE REDUÇÃO DO VALOR ESTIPULADO – INADMISSIBILIDADE – FIXAÇÃO EM QUANTIA RAZOÁVEL E PROPORCIONAL. IV. PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA – VIA IMPRÓPRIA – COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESTA EXTENSÃO, DESPROVIDO. (TJPR - 1ª C.Criminal - 0029193-73.2018.8.16.0013 - Curitiba - Rel.: Desembargador Telmo Cherem - J. 10.10.2020). (TJ-PR - APL: 00291937320188160013 PR 0029193-73.2018.8.16.0013 (Acórdão), Relator: Desembargador Telmo Cherem, Data de Julgamento: 10/10/2020, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 14/10/2020).

Em ambos os julgamentos, o egrégio tribunal acompanha os entendimentos superiores e se delimita a analisar a publicação e crítica praticada por policiais militares em redes sociais aos seus superiores hierárquicos. Dessa forma, utiliza-se dos princípios da hierarquia e disciplina como justificativa para pautar a necessidade de reprovação da conduta e também de fundamento que a liberdade de expressão não pode servir para salvaguardar a prática de infrações penais.

É importante destacar que a ADPF 475 foi protocolada em 19.08.2017 pelo Partido Social Liberal (PSL), e todo o processo durou quase seis anos para julgamento. Como fundamento principal, os requerentes buscavam que fosse declarada a inconstitucionalidade do art. 166 do CPM, sob o argumento que membros das instituições castrenses vinham sofrendo injustiças e cerceamento ao direito de se expressar.

Dentre os vários quesitos utilizados para fundamentar o protocolo do instrumento com trinta e quatro páginas, destacava-se o seguinte trecho: “não existe uma regra expressa sobre o uso da internet aplicada aos militares [...] cada caso é analisado individualmente por processo administrativo interno da corporação, nem sempre legítimo” (Brasil, 2017, p. 18). O que, de fato, vinha causando uma insegurança jurídica e disparidades entre ações análogas.

Ainda quanto ao objeto e cabimento afirmavam os requerentes que “o CPM é ultrapassado, editado numa época em que não prevalecia a democracia, sendo reflexo direto do autoritarismo, motivo pelo qual deveria ser revisto pelo Poder Legislativo [...], mas não é, não há como deixar de provocar o Poder Judiciário” (Brasil, 2017, p. 31).

Contudo, o Ministro Toffoli na qualidade de relator e exercendo seu voto julgou improcedente o referido recurso, o qual foi acompanhado pelos demais ministros do STF. Nesta ocasião, asseverou o excelentíssimo Ministro em alguns trechos:

[...] não há direitos constitucionais absolutos. Devem todos eles ser compreendidos dentro do sistema normativo-constitucional vigente, de modo que a eles seja dada máxima efetividade, sem se olvidar da coerência que o sistema impõe.

A previsão normativa em apreço não ofende, *a priori*, os princípios e valores constitucionais protegidos [...] a norma pretende evitar excessos no exercício da liberdade de expressão que comprometam a hierarquia e disciplina internas postulados indispensáveis às instituições militares.

[...] nada obsta, todavia, que sejam analisadas e sopesadas todas as circunstâncias de cada caso concreto, a fim de se aferir se estão presentes todas as elementares do tipo penal (BRASIL, 2017, p. 6-17).

Portanto, resta evidente que o artigo 166 do Código Penal Militar não vai contra os preceitos previstos na Constituição de 1988, pois os militares ao ingressarem na carreira submetem a um regime diferenciado, o qual é pautado na hierarquia e disciplina, princípios basilares das instituições militares e meio norteador para manutenção da ordem pública.

Dessa forma, corroborando com o nobre Ministro é possível utilizar a técnica de ponderação ou sopesamento criada por Robert Alexy para avaliar a colisão entre hierarquia e disciplina *versus* liberdade de expressão. Segundo Alexy (2008, p. 95), quando há colisão de princípios, permite-se que se fuja à lógica da invalidade, determinando-se qual

princípio ganhará mais peso na relação de precedência condicionada e que, por conseguinte, deverá regular o fato. Nas palavras do doutrinador não há princípio absoluto, assim perante colisões é necessário que uma operação lógico-hermenêutica venha a definir uma regra que vai decidir a situação. No presente caso, a liberdade de expressão do militar estadual não pode imperar como um princípio absoluto, mas mitigado por seu tratamento diferenciado perante a sociedade.

Ao mesmo tempo é necessário o superior sopesar se a conduta enquadra-se no elemento do tipo penal do art. 166 do CPM, a fim de que a subjetividade não traga uma consequência muito gravosa ao militar estadual.

Além de poderem responder por crimes, os militares no exercício da função já se encontram sujeitos a um regramento rigoroso e podem cometer transgressão disciplinar quando não atuam dentro dos conformes – por exemplo, o Exército e algumas Polícias Militares dos entes federativos adotam o Regulamento Disciplinar do Exército (RDE), decreto nº 4.346/2002. Dessa forma, o superior deve avaliar a conduta e seguir o princípio da proporcionalidade ao enquadrar o militar na medida cabível, assegurado o direito de contraditório e a ampla defesa.

5 CONCLUSÃO

Na busca de verificar o direito de liberdade de expressão dos militares diante da constitucionalidade do artigo 166 do Código Penal Militar no julgamento da ADPF 475, foi possível constatar que o julgamento do recurso se deu em poucas palavras no seguimento dos princípios da hierarquia e disciplina, os quais diferenciam os militares da sociedade comum.

Muito embora o Código Penal Militar aplicado às condutas militares possua mais de 50 anos, o militar estadual ainda segue um regramento diferenciado como forma de harmonia da tropa com seus comandantes e demais superiores. Deixar de seguir esses regramentos seria pairar à beira da desordem e promover o caos dos que são os primeiros a trazer uma resposta quando a ordem pública resta comprometida.

É importante destacar que o fato de o art. 166 do CPM não ser inconstitucional conforme julgamento pelos Ministros do STF, não se permite o enquadramento por todo e qualquer fato. É necessário verificar se o caso concreto enquadra-se no tipo penal citado, pois o militar estadual já possui regulamentos internos que regem as transgressões disciplinares.

Por meio desta norma infraconstitucional é possível mitigar a liberdade de expressão dos militares diante da publicação ou crítica indevida, sob o fundamento da quebra do alicerce da hierarquia e disciplina, mas também é necessário verificar até que ponto a liberdade de expressão pode ser tolhida, a fim de que os membros da organização militar não se tornem serem inócuos em pleno século XXI.

O avanço tecnológico alcançado por meio da *internet* permitiu o aperfeiçoamento dentro das próprias instituições, garantindo o desenvolvimento de melhores técnicas de combate e facilitando o trabalho a ser desenvolvido pelas forças militares no tocante à disseminação de informações. A partir disso, o militar estadual deve saber lidar, em sua rotina diária, com essas atualizações, mas nunca tecendo publicações e críticas a seus superiores dado a sua função diferenciada perante a sociedade e a repercussão que poderá causar em toda a corporação.

Portanto, é necessária uma análise apurada de caso a caso a respeito da conduta praticada pelo militar estadual, de forma a verificar quando se trata de um crime com enquadramento no artigo citado ou então em uma transgressão disciplinar. Ao mesmo tempo em que deve os tribunais

propugnar pelo não cerceamento da liberdade de expressão de forma absoluta, mas de forma relativa, com intuito de resguardar as corporações e garantir uma convivência harmoniosa dos mantenedores da ordem pública.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ASSIS, Jorge Cesar de. *Comentários ao Código Penal Militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e superiores*. 7 ed. Curitiba: Juruá, 2010.

ASSIS, Jorge Cesar. Crime Militar e Crime Comum: conceitos e diferenças. *Caderno Jur.*, São Paulo, v.6, nº 3, p. 224. 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: 30 ago. 2023.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. *Código Penal Militar*. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm. Acesso em: 29 ago. 2023.

_____. *Estatuto dos Militares*. Lei nº 6.880 de 9 de dezembro de 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6880.htm. Acesso em: 01 set. 2023.

_____. *Lei Complementar nº 97/1999*. Dispõe sobre as normas gerais para organização, o preparo e emprego das Forças Armadas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp97.htm. Acesso em: 31 ago. 2023.

_____. Ministério da Segurança. *Portaria Interministerial nº 2/2010*. Estabelece as Diretrizes Nacionais de Promoção dos Direitos Humanos dos Profissionais de Segurança Pública. Brasília, 15 de dezembro de 2010.

Disponível em: <http://campanhanaweb.com.br/acsmce-antigo/wp-content/uploads/2012/09/portaria-interministerial-n%C2%BA-02.pdf>. Acesso em: 04 set. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 475*. Relator: Min. Dias Toffoli. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5245469>. Acesso em: 28 ago. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. *Apelação nº 0000023-40.2007.7.12.0012*. Relator: Min. Marcos Augusto Leal Azevedo. Brasília, 1 de julho de 2010. Disponível em: <https://www2.stm.jus.br/pesquisa/acordao/2009/40/01.0513310/01.0513310.pdf>. Acesso em: 01 set. 2023.

_____. Superior Tribunal Militar. *Habeas Corpus nº 72-43.2013.7.00.000/RJ*. Relator: Min. Lúcio Mário de Barros Góes. Brasília, 05 de março de 2015. Disponível em: https://eproc2g.stm.jus.br/eproc_2g_prod/jurisprudencia/html/consulta.php?field_filter=n%C3%BAmero+do+processo&q=72-43.2013.7.00.000. Acesso em: 01 set. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *RHC nº 7525/PB*. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Brasília, 25 de outubro de 2016. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=75125&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 01 set. 2023.

_____. Secretaria de Comunicação Social. *Polícias militares têm origem no século 19*. Brasília: Senado Federal, 2013. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2013/11/25/policias-militares-tem-origem-no-seculo-19>. Acesso em: 30 ago. 2023.

CAVALCANTI, Ubyrantan Guimarães. Múltiplos aspectos do emprego das forças armadas (FA) na garantia da lei e da ordem (GLO). *Revista da Escola de Guerra Naval*. 2011. Disponível em: <https://revista.egn.mar.mil.br/index.php/revistadaegn/article/view/437/336>. Acesso em: 28 ago. 2023.

COSTA, Alexandre Henriques da. A obediência hierárquica no sistema penal militar. *Jusmilitaris*, 2001. Disponível em: <http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/obediencia.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2023.

CUNHA, Dhionatan Henrique da. Disparidades na aplicação da lei penal para civis e militares. *Jusbrasil*, 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/76121/disparidades-na-aplicacao-da-lei-penal-para-civis-e-militares>. Acesso em: 01 set. 2023.

FRANÇA, Fábio Gomes de; DUARTE, Anderson. Soldados não choram? Reflexos sobre direitos humanos e vitimização policial militar. São Paulo: *Revista do Laboratório de Estudos da Violência da UNESP/Marília*, 2017.

HOFMAN, Henrique; COSTA, Adriano Sousa. Conceito de crime militar não foi ampliado pela lei 13.491/17. *Consultor Jurídico*, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-15/academia-policia-conceito-crime-militar-nao-foi-ampliado-lei-1349117>. Acesso em: 01 set. 2023.

MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MARREIROS, Adriano Alves; FREITAS, Ricardo; Rocha, Guilheme. *Direito Penal Militar: teoria crítica & prática*. Editora Método: São Paulo, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

NETO, José da Silva Loureiro. *Direito Penal Militar*. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NUNES, Fernando. A limitação da Liberdade de Expressão Política dos militares de Minas Gerais. *Jusbrasil*, 2020. Disponível em: <https://fernandosupbr.jusbrasil.com.br/artigos/831650422/a-limitacao-da-liberdade-de-expressao-politica-dos-militares-de-minas-gerais>. Acesso em: 01 set. 2023.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Paraná. *Apelação Criminal 0014227-08.2018.8.16.001*. Relator: Des. Clayton Camargo. Julgado em 13 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/918848076/processo-criminal-recursos-apelacao-apl-142270820188160013-pr-0014227-0820188160013-acordao?ref=feed>. Acesso em: 01 set. 2023.

_____. Tribunal de Justiça do Paraná. *Apelação Criminal 0029193-73.2018.8.16.0013*. Relator: Des. Telmo Cherem. Julgado em 10 de outubro

de 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-pr/1157367281>. Acesso em: 01 set. 2023.

PERCIANI, Marcelo Vituzzo. A crítica ao ato de superior e a liberdade de expressão. *Jus Militaris*, 2010. Disponível em: <http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/liberdexpres-166cpm.pdf>. Acesso em: 03 set. 2023.

ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de direito penal militar: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1994.

RAMOS, Elival da Silva. O papel das Forças Armadas no estado constitucional. *Consultor Jurídico*, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-08/papel-forcas-armadas-estado-constitucional>. Acesso em: 28 ago. 2023.

RODRIGUES, Altemistonclely Diogo; ASSUNÇÃO, Carlos Eduardo Rodrigues. O princípio da livre manifestação de pensamento frente aos princípios da hierarquia e disciplina militar. *Comissão de Direito Militar – OAB Paraná*. 2017. Disponível em: http://www2.oabpr.org.br/publico/comissoes/direito_militar/artigo_livre_manifestacao_pensamento_hierarquia.pdf. Acesso em: 31 ago. 2023.

ROSETO, Enio Luiz. Do processo e do julgamento na justiça militar em primeiro grau: uma abordagem crítica. Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. *Caderno Jurídico*, ano 3, v. 6. São Paulo, 2004.

OLIVEIRA, Alexandre de. O papel das forças armadas: democracia como dever militar. *Jornal Estado de Direito*. ISSN 2446-6301. 2021. Disponível em: <http://estadodedireito.com.br/o-papel-das-forcas-armadas-democracia-como-dever-militar/>. Acesso: 02 ago. 2023.

OLIVEIRA, Farlei Martins De. *Sanção disciplinar militar e controle jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

SILVA, De Placido e. *Vocabulário Jurídico*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SOUZA, Erica Machado de Costa e. Desmilitarização: hierarquia e disciplina não são um problema para a Polícia Militar. *Âmbito Jurídico*. 2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-administrativo/desmilitarizacao-hierarquia-e-disciplina-nao-sao-um-problema-para-a-policia-militar/>. Acesso em: 04 set. 2023.

A vulnerabilidade de crianças nos conflitos armados

Denise Abreu Cavalcanti

Doutoranda em Direito pela Faculdade Autônoma de São Paulo – FADISP. Mestre em Direito das Migrações Transnacionais, mestrado profissional internacional conjunto Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI e Università degli Studi di Perugia – Itália. Curso de extensão em Direito Internacional e Comunitário de Imigração e Asilo através da Jurisprudência, na Universidad de Barcelona. Advogada. Vice-Presidente da Comissão Nacional de Refugiados do Instituto Brasileiro de Direito de Família em Roraima biênio 2022/2024. Membro de Honra da Fundación de Victimologia de Murcia – Espanha. Ex-assessora junto ao Gabinete do Ministro do Trabalho. Ex-membro do Subcomitê Federal de Acolhimento às Pessoas em Vulnerabilidade. Vencedora do Prêmio Innovare no ano de 2022, com a prática Advocacia Voluntária para pessoas migrantes e refugiadas junto à Operação Acolhida. Assessora no Congresso Nacional.
CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/001868558241908>

Eduardo Bittencourt Cavalcanti

Especialista em Direito Militar, Direito Internacional Humanitário e Direito em Administração Pública. Instrutor do International Institute of Humanitarian Law, em Sanremo, Itália. Professor de Direito Internacional dos Conflitos Armados, na Escola Superior de Defesa, em Brasília. Consultor da Clínica de Direito Internacional Humanitário da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Advogado. Parecerista da Revista da Escola do Ministério Público da União. Coronel da Reserva do Exército Brasileiro.
Mestre em Operações Militares.
CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5207474089582355>

Revisores: Cláudia Márcia Ramalho Moreira Luz
(e-mail: claudia.luz@mpm.mp.br)

Fernando Hugo Miranda Teles (ORCID: 0009-0005-3088-4294; e-mail: fernando.teles@mpm.mp.br)

Data de recebimento: 26/09/2023

Data de aceitação: 28/09/2023

Data da publicação: 21/11/2023

DOI: 10.5281/zenodo.10075479

RESUMO: O artigo aborda o tema: “A VULNERABILIDADE DE CRIANÇAS NOS CONFLITOS ARMADOS”, convencionando utilizar o termo criança, tal qual consta do artigo 1º da Convenção sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas, de 20-11-1989, que entrou em vigor no Brasil mediante o Decreto 99.710, em 21-11-1990. A triste realidade das crianças-soldado está presente nas convenções e protocolos adicionais que versam sobre o Direito Internacional Humanitário, como as Convenções de Genebra (12-08-1949) e seus protocolos adicionais (08-06-1977), conforme veremos abaixo. Analisaremos a legislação internacional no tocante ao tema em estudo, “crianças-soldado” e sua proteção sob a perspectiva dos direitos humanos universais. Crianças, dada sua condição de imaturidade, enquanto seres em formação, por si só, são seres vulneráveis, facilmente violáveis e cooptáveis.

PALAVRAS-CHAVE: crianças; vulnerabilidades; conflitos armados; Direito Internacional Humanitário; Direitos Humanos.

66 ENGLISH

TITLE: The vulnerability of children in armed conflicts.

ABSTRACT: In this article, we address the theme: “THE VULNERABILITY OF CHILDREN IN ARMED CONFLICTS”, agreeing to use the term children, as contained in Article 1, United Nations Convention on the Rights of the Child, dated 11/20/1989, which entered into force in Brazil through Decree 99.710, on 11/21/1990. The sad reality of child soldiers is present in the additional conventions and protocols that deal with international humanitarian law, such as the Geneva Convention (12-08-1949) and its additional protocols (08-06-1977), as we will see below. We will analyze international legislation regarding the topic under study, “child soldiers” and their protection from the perspective of universal human rights. Children, because their condition of immaturity, while beings in formation, by themselves, are vulnerable beings, easily violable and easy to co-opt.

KEYWORDS: children; vulnerabilities; armed conflicts; international humanitarian law; human rights.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Desenvolvimento – 2.1 Convenção dos Direitos da Criança – 2.2 Protocolo Facultativo relativo ao envolvimento de crianças em conflitos armados – 2.3 Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil (Regras de Beijing) – 2.4 Diretrizes das Nações Unidas para Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad) – 2.5 Regras das Nações Unidas para Proteção das Crianças e Adolescentes privados de sua Liberdade (Regras de Tóquio) – 2.6 Convenção sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para a Eliminação – 2.7 O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional – 2.8 As Crianças nos conflitos armados na África – 2.9 Os Conflitos Armados na Colômbia e no Peru e suas consequências sobre as crianças – 3 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Objetivo: Este artigo analisa, especificamente, as violações aos princípios da universalidade dos direitos humanos, da proteção integral e da prioridade absoluta das crianças, enquanto seres humanos em desenvolvimento físico, psíquico, psicológico e espiritual, ao serem utilizadas como soldado.

Metodologia: a pesquisa adota abordagem descritiva e usa técnica de pesquisa bibliográfica. Para pesquisar o tema proposto, foram analisados os principais tratados, convenções e protocolos adicionais internacionais, que versam sobre a proteção internacional dos Direitos Humanos, do Direito Internacional Humanitário e sua correlação com direito pátrio.

Proposição: Refletir sobre as normas internacionais universais de proteção da pessoa humana, a vedação legal do uso de crianças em conflitos armados e sua utilização.

Desde a Europa Medieval, têm-se notícias de que crianças eram utilizadas como escudos, como o que ocorreu na Cruzada das Crianças ou Cruzada dos Inocentes, no ano de 1212, com objetivo de chegarem à

Jerusalém, por acreditarem que estas venceriam o inimigo sob a proteção divina¹.

Foi somente no Século XIX – quando as guerras foram empreendidas por grandes exércitos nacionais usando novas e mais destruidoras armas, que deixaram um número terrível de soldados feridos e abandonados no campo de guerra – que um direito de guerra, baseado em convenções multilaterais, foi desenvolvido².

Henry Dunant, após ter presenciado os horrores da Batalha de Solferino³, onde milhares de soldados restaram feridos e abandonados, em fevereiro de 1863, em Genebra, Suíça, com a ajuda de alguns amigos, deu início ao embrião do que mais tarde seria o Comitê Internacional da Cruz Vermelha, que desde o início teve como objetivo garantir a proteção e a assistência às vítimas de conflitos armados e tensões.

Em agosto de 1864, Dunant e seu grupo de amigos convenceram os governos a adotarem a primeira Convenção de Genebra, tendo como escopo a proteção dos soldados feridos, independentemente de que lado pertencessem, além de ter sido padronizado o emblema dos serviços médicos (cruz vermelha sobre um fundo branco).

Um ponto fundamental nessa decisão inicial de promover a celebração de uma Convenção de conteúdo humanitário, e nos aperfeiçoamentos que vieram depois, é a atribuição de caráter jurídico aos instrumentos de socorro e proteção aos feridos. Com efeito, poderia ter sido imaginada uma ação de caráter filantrópico, baseada em preceitos religiosos

68

¹ HISTÓRIA DO MUNDO. *A Cruzada das Crianças*. Disponível em: <https://www.historiadomundo.com.br/idade-media/a-cruzada-das-criancas-htm>. Acesso em: 10 set. 2021.

² ROVER, C. de. *Para Servir e Proteger* – Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário para Forças Policiais e de Segurança. Comitê Internacional da Cruz Vermelha. 2005, p. 112.

³ Lembrança de Solferino. Em 23/06/2016. Disponível em: <https://www.icrc.org/pt/publication/lembranca-de-solferino>. Acesso em: 01 fev. 2023.

ou morais e que se desenvolvesse com o consentimento das partes beligerantes.

Em lugar disso foi celebrada uma Convenção, um acordo internacional em forma jurídica, colocando já a noção de um Direito Humanitário. Isso, para muitos, deverá ter parecido inadequado, pela dificuldade de conceber um titular desse direito e pela previsível dificuldade para lhe dar eficácia. Entretanto, a Convenção obteve resultados muito positivos, como fica evidente pela evolução do Direito Humanitário, de 1864 até nossos dias.⁴

Dentre as muitas definições e enquadramentos atribuídos ao DIH por juristas e doutrinadores, uma é particularmente elucidativa e didática, vejamos:

(...) 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.⁵

69

O CICV paulatinamente assumiu posição de destaque no cenário internacional no que tange a proteção humanitária nos conflitos armados e tensões, intervindo para que as partes beligerantes renunciassem ao uso de armas que causassem sofrimentos.⁶

Finda a Primeira Grande Guerra Mundial, em 1919 foi criada a Liga das Sociedades da Cruz Vermelha, destinada a ser o futuro órgão coordenador e patrocinador do Movimento, contudo, nas duas décadas subsequentes, o CICV mais uma vez assumiu posição de relevo, expandindo

⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Origem e Atualidade do Direito Humanitário*. Disponível em: <https://corteidh.or.cr/tablas/R21403.pdf>. Acesso em: 02 maio 2023.

⁵ CINELLI, Carlos Frederico Gomes. *Direito Internacional Humanitário*. 2. ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, p. 58.

⁶ Em 1918 o CICV, durante a Primeira Guerra Mundial, exortou os beligerantes a renunciarem ao uso do gás mostarda.

suas ações para Etiópia, América do Sul, Extremo Oriente e em guerras civis.⁷

A Juventude Hitlerista ou Juventude Hitleriana, no período de 1922 a 1945, treinou crianças de 6 a 18 anos, de ambos os sexos, para atender os interesses nazistas. Estima-se que no período entre os anos de 1922 a 1938, no total, 7,7 milhões de crianças foram recrutadas.⁸

As bases do DIH estão previstas nas quatro Convenções de Genebra de 1949 e em seus Protocolos Adicionais I e II de 1977 e no Protocolo III de 2005.⁹

O Direito Internacional Humanitário – DIH é uma ramificação do Direito Internacional e regula as normas aplicáveis aos conflitos armados, objetivando a assegurar o respeito à pessoa humana, em consonância com os requisitos militares e a ordem pública, atenuando os sofrimentos acarretados pelos conflitos armados.

Com a Segunda Grande Guerra Mundial, o CICV e a Liga atuaram conjuntamente, prestando assistência humanitária a prisioneiros de guerra e a civis.

No que pese o engessamento para atuar com as vítimas do holocausto, após 1945 o CICV vem paulatinamente se solidificando, conclamando os Estados partes a cumprirem as Convenções de Genebra ratificadas e a implementarem nos seus ordenamentos vigentes as bases do Direito Internacional Humanitário.

Em 1949, com a revisão das três Convenções de Genebra existentes (as que abordam o tratamento dado a feridos e doentes em campos de batalha, a vítimas de guerras navais e a prisioneiros de guerra) e a adoção de uma

⁷ História do CICV. Disponível em: <https://www.icrc.org/pt/historia-do-cicv>. Acesso em: 01 fev. 2023.

⁸ WIKIPÉDIA. Juventude Hitlerista. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Juventude_Hitlerista. Acesso em: 10 set. 2020.

⁹ Convenções de Genebra. Disponíveis em: <https://www.icrc.org/pt/guerra-e-o-direito/tratados-e-direito-consuetudinario/convencoes-de-genebra>. Acesso em: 01 fev. 2023.

quarta: a que protege os civis que vivem sob o controle do inimigo, foi outorgado ao CICV o principal mandato em situações de conflito armado.¹⁰

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, igualmente, pertence ao Direito Internacional e “estabelece as obrigações dos governos de agirem de determinadas maneiras ou de se absterem de certos atos, a fim de promover e proteger os direitos humanos e as liberdades de grupos ou indivíduos”.¹¹

A titularidade jurídica internacional do ser humano é hoje uma realidade inegável, cabendo agora consolidar sua plena capacidade jurídica no plano internacional.

Temos – todos – o dever inescapável de dar nossa contribuição neste sentido, ainda mais por corresponder o reconhecimento da centralidade dos direitos humanos ao novo *ethos* de nosso tempo.¹²

Os primeiros tratados e normas internacionais regulando o uso de crianças-soldado¹³ surgiram na década de 70.

Em 5 de fevereiro de 2007 ocorreu, na França, a Conferência de Paris, quando foi elaborado um programa “de proteção, libertação e reintegração das crianças soldado, por meio de experiências colhidas em programas realizados ao longo dos últimos dez anos”¹⁴. Contudo, o programa não possui força vinculante.

¹⁰ História do CICV. Disponível em: <https://www.icrc.org/pt/historia-do-cicv>. Acesso em: 01 fev. 2023.

¹¹ NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *O que são os direitos humanos*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>. Acesso em 05 jul. 2020.

¹² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Humanização do Direito Internacional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 17.

¹³ Optou-se por manter o termo crianças-soldado, em conformidade com os textos das Nações Unidas.

¹⁴ DW. “Criança soldado” é tema de Conferência Internacional em Paris. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/crian%C3%A7a-soldado-%C3%A9-tema-de-confer%C3%A7%C3%A3o-internacional-em-paris/a-2338040>. Acesso em: 05 jul. 2020.

Os “Princípios de Paris” asseveram que criança-soldado é “qualquer pessoa menor de 18 anos recrutada ou utilizada por um grupo ou uma força armada, independentemente da função que exerça”.

O Estatuto de Roma¹⁵ tipifica como crime de guerra o recrutamento e o uso de crianças menores de quinze anos como soldados, independentemente de o recrutamento ter sido obrigatório ou voluntário.

As crianças-soldado, infelizmente, são uma realidade assustadora e cruel, estando com frequência presentes nos conflitos armados mundiais, seja diretamente nos combates, empunhando armas, seja como apoio, enquanto cozinheiros, espiões, mensageiros ou escravos sexuais. Nesse sentido, vejamos:

Existem muitas maneiras de as crianças se associarem às forças e grupos armados. Algumas crianças são sequestradas e espancadas até a submissão, outras se juntam a grupos militares para escapar da pobreza, defender suas comunidades, por um sentimento de vingança ou por outros motivos.¹⁶

O Fundo das Nações Unidas para Infância – UNICEF, em 30-12-2019, denunciou que, nos últimos 10 anos, foram cerca de 170 mil violações graves sofridas por crianças que se encontravam em algum conflito armado, o que equivale a 45 violações diárias, como as constatadas na Síria, onde crianças são feridas, assassinadas, recrutadas por grupos rebeldes, detidas, encarceradas, violadas ou vendidas como escravas sexuais, obrigando-se as

¹⁵ Art. 8º., 2., b), xxvi) Recrutar ou alistar menores de 15 anos nas forças armadas nacionais ou utilizá-los para participar ativamente nas hostilidades. Estatuto de Roma. Disponível em: <https://acnudh.org/pt-br/estatuto-de-roma-del-tribunal-penal-internacional/>. Acesso em: 01 fev. 2023.

¹⁶ UNITED NATIONS. Child Recruitment and Use. Disponível em: <https://childrenandarmedconflict.un.org/six-grave-violations/child-soldiers/>. Acesso em: 10 maio 2020.

meninas ao casamento com membros do Islamic State in Iraq and Syria – ISIS.¹⁷

A Anistia Internacional denunciou a crueldade que se comete com as crianças-soldado: privadas de sua infância e da convivência familiar, as crianças são vítimas especialmente vulneráveis. Em países como Iêmen, Somália e Sudão do Sul, destroem-se escolas e hospitais, que são locais protegidos pelo Direito Internacional Humanitário.¹⁸



Criança soldado vigiando outros combatentes islamistas da Al Shabab em treinamento militar ao norte de Mogadíscio, Somália. AP Photo/ Farah Abdi Warsameh (2019)¹⁹

Segundo o UNICEF, meninos e meninas são recrutados por distintas razões. As guerras deterioram a situação econômica e social, agravando as dificuldades econômicas e sociais das famílias, tendo como consequência o

¹⁷ NOTÍCIAS ONU. Niños en conflictos armados. Disponível em: news.un.org/es/tags/ninos-en-conflictos-armados. Acesso em 10 maio 2020.

¹⁸ NAVARRO, Nieves Gascón. Equipo de Menores de Amnistía Internacional. Niñas y niños soldados, vulnerabilidades ocultas. Disponível em: <https://www.es.amnesty.org/>. Acesso em 05 maio 2020.

¹⁹ Niñas y niños soldados, vulnerabilidades ocultas. Amnistía Internacional España. Disponível em: <https://www.es.amnesty.org/>. 12 fevereiro de 2019. Acesso em: 20 jul. 2019.

recrutamento voluntário de crianças, que assegura, assim, sua alimentação e sobrevivência.

O recrutamento de crianças para atuarem em conflitos armados é uma prática nos conflitos armados ocorridos no Afeganistão, Chade, República Democrática do Congo, Iraque, Myanmar, Síria, Somália, Sudão do Sul, Sudão e Iêmen.²⁰ Segundo a Organização das Nações Unidas, mais de 7 mil crianças foram recrutadas para conflitos armados, sendo que 12 mil crianças foram mortas ou feridas e ocorreram mais de 24 mil violações registradas em 20 conflitos, no ano de 2018.²¹

As crianças-soldado perdem sua infância e são vítimas de extrema brutalidade. Há registros de grupos armados que as drogam antes de enviá-las aos combates, obrigando-as a cometer atrocidades contra suas próprias famílias, a fim de destruir os laços familiares e comunitários. As meninas são utilizadas sexualmente pelo comandante ou são vítimas de violações em grupo.²²²³

2 DESENVOLVIMENTO

As quatro Convenções de Genebra de 1949 entraram em vigor seis meses após dois instrumentos de ratificação. No Brasil, o Decreto n. 42.121,

²⁰ NOTÍCIAS ONU. Niños en conflictos armados. Disponível em: news.un.org/es/tags/ninos-en-conflictos-armados. Acesso em 10 maio 2020.

²¹ G1. Mais de 7 mil crianças foram recrutadas para conflitos armados em 2018, diz ONU. Disponível

em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/07/31/mais-de-7-mil-criancas-foram-recrutadas-para-conflitos-armados-em-2018-diz-onu.ghtml>. Acesso em: 28 set. 2020.

²² UNICEF. Guía del protocolo facultativo sobre la participación de niños y niñas en los conflictos armados. Disponível em:

<https://www.unicef.org/spanish/publications/files/SPANISHnw.pdf>. Acesso em: 28 set. 2020.

²³ IBDEM.

de 21 de agosto de 1957²⁴, promulgou as Convenções concluídas em Genebra, a 12 de agosto de 1949, destinadas a proteger as vítimas da guerra.

As Convenções de Genebra e seus Protocolos Adicionais são tratados internacionais que contêm as normas mais relevantes que limitam as guerras. Elas protegem pessoas que não participam dos combates (civis, pessoal de saúde, profissionais humanitários) e as que deixaram de participar (militares feridos, enfermos e náufragos, prisioneiros de guerra). Veja-se:

- A I Convenção de Genebra protege os soldados feridos e enfermos durante a guerra terrestre.

Esta Convenção representa a quarta versão atualizada da Convenção de Genebra sobre os feridos e enfermos adotada anteriormente em 1864, 1906 e 1929. Contém 64 artigos que preveem a proteção para os enfermos e feridos, mas também para o pessoal sanitário e religioso e os transportes e unidades sanitárias. A Convenção também reconhece os emblemas distintivos. Possui dois anexos com uma minuta de acordo relativa às zonas sanitárias e um modelo de cartão de identidade para o pessoal sanitário e religioso.

- A II Convenção de Genebra protege os militares feridos, enfermos e náufragos durante a guerra marítima.

Esta Convenção substituiu a Convenção da Haia de 1907 para a Adaptação à Guerra Marítima dos Princípios da Convenção de Genebra. Mantém a estrutura e conteúdo das disposições da primeira Convenção de Genebra. Possui 63 artigos aplicáveis de modo específico à guerra naval, protegendo, por exemplo, os navios hospitais. Contém um anexo com um modelo de cartão de identidade para o pessoal sanitário e religioso.

- A III Convenção de Genebra aplica-se aos prisioneiros de guerra.

Esta Convenção substituiu a Convenção relativa aos Prisioneiros de Guerra de 1929. Contém 143 artigos, enquanto que a Convenção de 1929 possuía somente 97. As categorias de pessoas com direito ao estatuto de prisioneiro de guerra foram ampliadas de acordo com as I e II Convenções. As condições e locais de cativeiro foram definidas com mais precisão, em especial com relação ao trabalho dos prisioneiros de guerra, seus recursos financeiros, a ajuda que recebem e os processos judiciais contra eles.

A Convenção determina o princípio de que os prisioneiros de guerra devam ser soltos e repatriados sem demora após cessarem as hostilidades ativas. A Convenção possui cinco

²⁴ BRASIL. Decreto n. 42.121/1957. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D42121.htm. Acesso em 01/02/2023.

anexos com vários modelos de regulamentos e de cartões de identidade, entre outros.

• A IV Convenção de Genebra outorga proteção aos civis, inclusive em território ocupado.

As Convenções de Genebra, que foram adotadas antes de 1949, somente tratavam dos combatentes e não dos civis. Os acontecimentos da II Guerra Mundial demonstraram as consequências desastrosas da ausência de uma convenção para a proteção dos civis em tempos de guerra. A Convenção adotada em 1949 leva em consideração as experiências dessa guerra. Consiste de 159 artigos. Contém uma breve seção sobre a proteção geral das populações contra certas consequências da guerra, sem abordar a condução das hostilidades como tal, a qual foi examinada posteriormente nos Protocolos Adicionais de 1977. A maior parte da Convenção trata do estatuto e tratamento das pessoas protegidas, distinguindo entre a situação dos estrangeiros no território de uma das partes em conflito e dos civis em território ocupado. Estipula as obrigações da Potência Ocupante em relação à população civil e contém disposições pormenorizadas sobre o socorro humanitário às populações em território ocupado. Também apresenta um regime especial para o tratamento dos internados civis. Possui três anexos com modelos de acordo para zonas sanitárias e de segurança, de regulamentos sobre o socorro humanitário e de cartões de identidade.²⁵

76

O Protocolo I, de 1977, relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados sem Caráter Internacional, em seus artigos 77 e 78, prevê a proteção e a evacuação de crianças nos conflitos armados.²⁶

Em caso de conflito armado internacional, as crianças que participam diretamente das hostilidades têm, apesar das regras de proteção referidas, o Estatuto de Combatentes – por oposição ao Comitê Internacional da Cruz Vermelha da pessoa civil – e se beneficiam, em caso de captura, do Estatuto de Prisioneiro de Guerra na acepção da CG III.

²⁵ COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA – CICV. As Convenções de Genebra de 1949 e seus Protocolos Adicionais. Disponível em: <https://www.icrc.org/pt/doc/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/overview-geneva-conventions.htm>. Acesso em: 06 jul. 2020.

²⁶ BRASIL. Decreto nº 849, de 25 de junho de 1993. Promulga os Protocolos I e II de 1977 adicionais às Convenções de Genebra de 1949, adotados em 10 de junho de 1977 pela Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário aplicável aos Conflitos Armados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0849.htm. Acesso em: 05 jul. 2020.

Os Protocolos Adicionais também estipulam que as crianças combatentes menores de 15 anos têm direito a tratamento preferencial: elas continuam a se beneficiar da proteção concedida às crianças pelo DIH.²⁷²⁸

O Protocolo II, de 1977, adicional às Convenções de Genebra, no que tange aos direitos fundamentais das crianças, em seu artigo 4, parágrafos 3c e 3d, assim determina:

3 - As crianças receberão os cuidados e a ajuda de que careçam e, nomeadamente:

- a) Deverão receber uma educação, incluindo educação religiosa e moral, tal como a desejarem os seus pais ou, na falta destes, as pessoas que tiverem a sua guarda;
- b) Todas as medidas adequadas serão tomadas para facilitar o reagrupamento das famílias momentaneamente separadas;
- c) As crianças de menos de 15 anos não deverão ser recrutadas para as forças ou grupos armados, nem autorizadas a tomar parte nas hostilidades;
- d) A proteção especial prevista no presente artigo para as crianças de menos de 15 anos continuará a ser-lhes aplicável se tomarem parte direta nas hostilidades, apesar das disposições da alínea c), e forem capturadas;
- e) Serão tomadas medidas, se necessário e sempre que for possível com o consentimento dos pais ou das pessoas que tiverem a sua guarda, de acordo com a lei ou costume, para evacuar temporariamente as crianças do sector onde as hostilidades se desenrolarem para um sector mais seguro do país, e para as fazer acompanhar por pessoas responsáveis pela sua segurança e bem-estar.

77

Desta forma, sob a ótica do DIH e em consonância com o que preceitua o Protocolo II, crianças são aquelas menores de 15 anos de idade.

As situações reconhecidas de conflito armado não internacional (CANI) são tratadas no artigo 3º comum²⁹ às quatro Convenções de Genebra

²⁷ CICR. Protección jurídica de los niños en los conflictos armados. Disponível em <https://www.icrc.org/es/download/file/3633/ninos.pdf>. Acesso em: 25 jan.2023.

²⁸ En un conflicto armado no internacional, el niño goza también de las garantías fundamentales estipuladas en favor de las personas que no participan directamente en las hostilidades (art. 3 común a los cuatro CG y P II, art. 4) y se beneficia del principio según el cual "No serán objeto de ataque la población civil como tal, ni las personas civiles" (P II, art. 13). IBDEM.

²⁹ Art. 3º. No caso de conflito armado sem caráter internacional e que surja no território de uma das AltasPartes Contratantes, cada uma das Partes em luta será obrigada a aplicar pelo menos, as seguintes disposições:

de 1949,³⁰ e, nas hipóteses de conflito armado não internacional de alta intensidade, também pelo Segundo Protocolo Adicional, de 1977. Este último estabelece, em seu artigo 4º, garantias fundamentais ao tratamento humano de indivíduos que não participem, ou não mais, das hostilidades. O artigo 4.3, alíneas ‘a’ até ‘e’, determina as medidas especiais aplicáveis ou relevantes para as crianças, pertinentes no tocante educação; reencontro de famílias temporariamente separadas; idade mínima à participação nas hostilidades ou recrutamento às forças armadas; proteção às crianças combatentes capturadas com idade inferior a quinze anos; deslocamento temporário de crianças por razões relacionadas ao conflito armado.³¹

78

1) As pessoas que não participem diretamente das hostilidades, inclusive os membros de forças armadas que tiverem deposto as armas e as pessoas que tiverem ficado fora de combate por enfermidade, ferimento, detenção, ou por qualquer outra causa, serão, em qualquer circunstância, tratadas com humanidade sem distinção alguma de caráter desfavorável baseada em raça, cor, religião ou crença, sexo, nascimento, ou fortuna, ou qualquer outro critério análogo.

Para esse fim estão e ficam proibidos, em qualquer momento e lugar, com respeito às pessoas mencionadas acima:

a) os atentados à vida e à integridade corporal, notadamente o homicídio sob qualquer de suas formas, as mutilações, os tratamentos cruéis, as torturas e suplícios;

b) a detenção de reféns;

c) os atentados à dignidade das pessoas, especialmente os tratamentos humilhantes e degradantes;

d) as condenações pronunciadas e as execuções efetuadas e sem julgamento prévio proferido por tribunal regularmente constituído, que conceda garantias judiciárias reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados.

2) Os feridos e enfermos serão recolhidos e tratados.

Um organismo humanitário imparcial, tal como o Comitê Internacional da Cruz Vermelha, poderá oferecer os seus serviços às Partes em luta.

As partes em luta esforçar-se-ão, por outro lado, para pôr em vigor, por meio de acordos especiais, o todo ou partes das demais disposições da presente Convenção.

A aplicação das disposições precedentes não terá efeito sobre o estatuto jurídico das Partes em luta.

Disponível em: <https://www.icrc.org/pt/document/artigo-3o-comum-quatro-convencoes-de-genebra>. Acesso em: 01 fev. 2023.

³⁰ Convenções de Genebra. Disponível em: <https://www.icrc.org/pt/guerra-e-o-direito/tratados-e-direito-consuetudinario/convencoes-de-genebra>. Acesso em 01 fev. 2023.

³¹ DHNET - DIREITOS HUMANOS NA INTERNET. Caderno 12: Aplicação da Lei no caso de Grupos Vulneráveis Crianças e Adolescentes. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/manuais/dh/mundo/rover/c12.htm>. Acesso em 07 jul. 2020.

Segundo o ACNUR³², alguns comandantes observaram que as crianças-soldado são “más obedientes, no cuestionan las órdenes y son más fáciles de manipular que los soldados adultos”.

Na Etiópia, nos anos 80, milícias, polícia e o próprio exército recrutavam qualquer criança que encontravam nas ruas, sempre as mais pobres e, por consequência, mais vulneráveis. Em Myanmar, crianças entre 15 e 17 anos eram incorporadas ao exército à força. Em Ruanda, a doutrinação ideológica teve consequências desastrosas, resultando naquele que é conhecido como um dos maiores massacres da humanidade.³³

Nesse sentido, destaca-se que, sob a ótica do DIH, crianças são as menores de 15 anos de idade, sendo necessário que ocorra uma interpretação sistemática das normas nacionais e internacionais mais favoráveis.

Apenas como exemplo, ressaltamos que no caso brasileiro, as escolas preparatórias das FFAA (EsPCEx, EPCAr e Colégio Naval) ministram instruções com armamentos e ocorre o alistamento de voluntários menores de 18 anos para o Serviço Militar inicial.

Diversos estudos atestam que meninas são recrutadas e obrigadas a manter relações sexuais, como em Uganda, onde são sequestradas pelo Exército da Resistência do Senhor para se casarem com dirigentes rebeldes. Se o homem morre, as meninas são submetidas a rituais de limpeza e submetidas a novo matrimônio com outro rebelde.³⁴

³² NACIONES UNIDAS. Quincuagésimo primer período de sesiones - Tema 108 del programa provisional - PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO – Repercusiones de los conflictos armados sobre los niños. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6260.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

³³ VÁZQUEZ, Daniel Rodríguez. El genocidio de Ruanda: análisis de los factores que influyeron en el conflicto. Disponível em:

http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2017/DIEEEE059-2017_Genocidio_Ruanda_DanielRguezVazquez.pdf. Acesso em: 10 jul. 2020.

³⁴ PARRA, Paola Diana Reys. Los niños y las niñas como víctimas en los conflictos armados: participación en las hostilidades. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32744.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2020.

A IV Convenção de Genebra, em seu artigo 24, prevê que:

As Partes no conflito tomarão as disposições necessárias para que as crianças com menos de 15 anos que fiquem órfãs ou separadas de suas famílias em consequência da guerra não sejam abandonadas a si próprias para que sejam facilitadas, em todas as circunstâncias, a sua manutenção, a prática da sua religião e a sua educação. Esta será, tanto quanto possível, confiada a pessoas da mesma tradição cultural.

As Partes no conflito facilitarão o acolhimento destas crianças num país neutro durante a duração do conflito com o consentimento da Potência protetora, se a houver e se tiverem a garantia de que os princípios enunciados no primeiro parágrafo são respeitados. Além disso, esforçar-se-ão por tomar as medidas necessárias para que todas as crianças com menos de 12 anos possam ser identificadas, pelo uso de uma placa de identidade ou por qualquer outro meio.³⁵

Em situações de CANI, o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional dos Conflitos Armados se convergem de maneira mais precisa e se reforçam reciprocamente.

80

A complementaridade faz compreender que há um núcleo duro de garantias que são inderrogáveis, em qualquer situação, e faz afastar a ideia de que, na existência de um conflito armado, o Direito Internacional dos Conflitos Armados precludiria a aplicação dos Direitos Humanos em decorrência de seu *status* de lei especial. Ao contrário, esse sistema complementar confere mais eficácia na proteção legal em todas as circunstâncias, incluindo as crianças como destinatários de proteção integral.

No âmbito regional, esse é o entendimento seguido no Sistema de Proteção Interamericano de Direitos Humanos, podendo ser confirmado pelas Normas de Interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos evidenciou que disposições relevantes das Convenções de Genebra podem ser tomadas em conta como elementos de interpretação da própria Convenção Americana,

³⁵ UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP) - BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS. Convenção de Genebra IV - 21 de outubro de 1950. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/>

demonstrando convergência e complementaridade entre os ramos do direito internacional.³⁶

No que pese as Convenções de Genebra e seus Protocolos, adotados em 1949 e 1977, respectivamente, o gráfico abaixo comprova que em 1998 muitos Estados recrutavam menores de 18 anos para suas Forças Armadas.³⁷

**ESTADOS QUE RECLUTAN MENORES DE 18 AÑOS
EN LAS FUERZAS ARMADAS***

NOVIEMBRE DE 1998

(El reclutamiento comprende la conscripción, alistamiento o aceptación de una persona en las fuerzas armadas)

Estado	Edad mínima para reclutamiento	Edad mínima para participación*	Estado	Edad mínima para reclutamiento	Edad mínima para participación*
Alemania	17 (voluntarios)	18	Iraq	15 (voluntarios)	
	16 (guardias de frontera)		Irlanda	17 (voluntarios)	
Angola	17 (conscriptos)		Israel	17 (voluntarios)	
Australia	17 (voluntarios)	18	Italia	17 (voluntarios)	
Austria	17 (voluntarios)		Japón	15 (esc. militar)	18
Bangladesh	16 (voluntarios)		Jordania	17 (voluntarios)	
Bélgica	16 (voluntarios)	18	Lao	15 (conscriptos)	
Bhután	16 (voluntarios)		Líbia	17 (voluntarios)	
Brasil	17 (voluntarios)		Luxemburgo	17 (voluntarios)	
Burundi	16 (voluntarios)		Mauritania	16 (voluntarios)	
Canadá	16 (voluntarios)	18	México	16 (voluntarios)	
Chile	16 (voluntarios)		Namibia	16 (conscriptos)	
Colombia	16 (voluntarios)	18	Nueva Zelanda	17 (voluntarios)	18
Corea (Rep. de)	17 (voluntarios)		Nicaragua	17 (voluntarios)	
Croacia	17 (voluntarios)	18	Noruega**	17 (voluntarios)	18
Cuba	16 (conscriptos)	18	Países Bajos	17 (voluntarios)	18
El Salvador	16 (voluntarios)		Pakistán	16 (voluntarios)	
Estados Unidos de América	17 (voluntarios)		Pays-Bas	17 (voluntarios)	18
Estonia	17 (conscriptos)		Perú	16 (voluntarios)	
Finlandia**	17 (voluntarios)	18	Portugal**	17 (voluntarios)	
Francia	17 (voluntarios)	18	Qatar	17 (voluntarios)	
Honduras	17 (voluntarios)		Reino Unido	16 (voluntarios)	17
India	16 (voluntarios)	18	Sudáfrica***	17 (voluntarios)	18
Indonesia	17 (voluntarios)		Sudán	16 (voluntarios)	
Irán	16		Uganda	13 (voluntarios - excepcionalmente)	
			Yugoslavia R.F.	17 (voluntarios)	

* La edad para la categoría 'participación' sólo se menciona cuando es diferente de la edad de reclutamiento.
Fuente: Children: The Invisible Soldiers, op. cit., declaraciones al Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas sobre el documento preliminar del Protocolo Facultativo, e informes al Comité sobre los Derechos del Niño.
** Estos países han señalado su voluntad de terminar con el reclutamiento de menores en ocasión de la adopción de un Protocolo 'directo a los 18 años' en la Convención de los Derechos del Niño.
*** En el preciso momento en que este documento estaba siendo enviado a la imprenta, Sudáfrica se encontraba en el proceso de finalizar con el reclutamiento de niños menores de 18 años.

³⁶ CAVALCANTI, Eduardo Bittencourt. Reconhecer um conflito armado não confere legitimidade aos grupos armados organizados para confrontarem o Estado. Revista do Ministério Público Militar. pp. 113- 132. Brasília, 2021.

³⁷ Alto a la utilización de los niños soldado. Biblioteca Conjunta Corte Derechos Humanos. Disponible em: <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/29389.pdf>. Acceso em: 17 fev. 2023.

No contexto em análise, merecem ainda destaque os seguintes Tratados e normas internacionais:

Convenção sobre Direitos da Criança, de 1989;
Protocolo Facultativo relativo ao envolvimento de crianças em conflitos armados, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 25 de maio de 2000;
Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil (Regras de Beijing);
Diretrizes das Nações Unidas para Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad);
Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade (Regras de Tóquio);
Convenção sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para a Eliminação;
O Estatuto de Roma da Corte Penal Internacional.

Passaremos a discorrer sobre cada um dos dispositivos acima mencionados.

82

2.1 Convenção dos Direitos da Criança

A Convenção dos Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989, entrou em vigor em 2 de setembro de 1990 e foi o instrumento de direitos humanos mais aceito na história universal³⁸, tendo sido ratificada por 196 países.

Considerando-se que os tratados são acordos internacionais regidos pelo Direito Internacional, os Estados contratantes, ao ratificarem-nos, obrigam-se a observar e aplicar suas normas, conforme previsto na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 23 de maio de 1969.³⁹

Nesse sentido, a Convenção, nos seus artigos 32 a 36, põe a criança a salvo de toda forma de violência, negligência ou exploração.

³⁸ UNICEF BRASIL. Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>. Acesso em: 06 jul. 2020.

³⁹ BRASIL. Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 06 jul. 2020.

O artigo 38 prevê que os Estados Partes se comprometam a respeitar e a fazer com que sejam respeitadas as normas do direito humanitário internacional aplicáveis em casos de conflito armado no que diga respeito às crianças, adotando as medidas possíveis a fim de assegurar que todas as pessoas que ainda não tenham completado quinze anos de idade não participem diretamente de hostilidades, abstendo-se de recrutar pessoas que não tenham completado quinze anos de idade para servir em suas forças armadas, e adotando todas as medidas necessárias para assegurar a proteção e o cuidado das crianças afetadas por um conflito armado.

2.2 Protocolo Facultativo relativo ao envolvimento de crianças em conflitos armados

O Protocolo Facultativo da Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à participação de crianças em conflitos armados⁴⁰, adotado em 25 de maio de 2000, entrou em vigor em 12 de fevereiro de 2002. Em seus artigos 1º a 4º, reconhece que os menores de 18 anos têm direito a uma proteção especial, em consonância com o parágrafo 3º do artigo 38 da Convenção sobre os Direitos da Criança, vetando, em qualquer circunstância, que menores de 18 anos sejam recrutados.⁴¹

Desta forma, de acordo com o Protocolo, os Estados devem adotar medidas para a proteção das crianças, evitando que sejam recrutadas e

⁴⁰ Protocolo Facultativo da Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à participação de crianças em conflitos armados. La Convención sobre los Derechos y sus tres Protocolos Facultativos, noviembre de 2014. Disponível em: <https://www.unicef.org/argentina/media/571/file/CDN.pdf>. Acesso em: 02 maio 2020.

⁴¹ ACNUDH. Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados. Disponível em: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/OPACCRC.aspx>. Acesso em: 06 jul. 2020.

envolvidas em hostilidades, fornecendo, em casos de recrutamento, serviços de apoio à recuperação física e psicológica, assim como reintegração social.⁴²

2.3 Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça Juvenil (Regras de Beijing)

As Regras de Beijing, adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução 40/33, de 29 de novembro de 1985, “desenvolvem e ampliam aqueles artigos da CDC que tratam de tópicos como captura, detenção, investigação e ação penal, julgamento e sentença, e tratamento institucional e não institucional de infratores juvenis”.⁴³

Nesse sentido, convém citar os comentários acerca das Regras de Beijing do Ministério Público de Portugal:

A regra 9 visa evitar qualquer confusão na interpretação e aplicação das presentes Regras em conformidade com os princípios consagrados em instrumentos e normas de direitos humanos pertinentes em vigor ou em elaboração a nível internacional, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, a Declaração dos Direitos da Criança e o projeto de Convenção sobre os Direitos da Criança. Deve entender-se que a aplicação das presentes Regras não prejudica a aplicação de qualquer instrumento internacional que contenha disposições de âmbito mais lato.

⁴² MINISTÉRIO PÚBLICO PORTUGAL. Regras mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça de jovens (Regras de Beijing). Disponível em: http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/regras_minimas_beijing.pdf. Acesso em: 06 jul 2020.

⁴³ ROVER, Cees de. Para Servir e Proteger. Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário para Forças Policiais e de Segurança. Manual para Instrutores. CICV. 1998. DHNET - DIREITOS HUMANOS NA INTERNET. Regras mínimas das nações unidas para a administração da justiça, da infância e da juventude (Regras de Beijing). Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex47.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.

A atitude moderna consiste em perguntar se uma criança consegue estar à altura das componentes morais e psicológicas da responsabilidade penal; isto é, se uma criança, dada a sua capacidade de discernimento e de compreensão, pode ser considerada responsável por um comportamento essencialmente antissocial. Se a idade da responsabilização penal for fixada num nível demasiado baixo ou se não existir qualquer limite mínimo, a noção de responsabilidade deixará de ter qualquer sentido. Em geral, existe uma estreita ligação entre a noção de responsabilização por um comportamento delituoso ou criminoso e outros direitos e responsabilidades sociais (tais como o direito de contrair matrimônio ou a maioridade civil).

Deverão, pois, ser feitos esforços para encontrar um limite de idade razoável, que seja internacionalmente aplicável.⁴⁴

Desta forma, podemos asseverar que as Nações Unidas, ao elaborarem e aprovarem as Regras de Beijing, impuseram aos Estados Partes o dever de tutela e proteção que a criança-jovem capturada, detida ou investigada, sob julgamento ou sentenciada, faz jus. A falta de maturidade, seja física, mental ou social, requer um esforço conjunto, no qual família, sociedade e Estado possuem o dever integral de proteção previsto internacionalmente na Convenção sobre os Direitos da Criança.

2.4 Diretrizes das Nações Unidas para Prevenção da Delinquência Juvenil (Diretrizes de Riad)

As Diretrizes de Riad invocam todas as camadas da sociedade a trabalharem na prevenção da delinquência juvenil, tendo por base a Declaração Universal dos Direitos Humanos (Resolução 217 A [III] da

⁴⁴ MINISTÉRIO PÚBLICO PORTUGAL. Regras mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça de jovens (Regras de Beijing). Disponível em: http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/regras_minimas_beijing.pdf. Acesso em: 06 jul. 2020.

Assembleia Geral, de 10 de dezembro de 1948); o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (Resolução 2200 A [XXI] da Assembleia Geral, anexo, de 16 de dezembro de 1966); como também outros instrumentos internacionais relativos aos direitos e ao bem-estar dos jovens, entre eles as normas pertinentes estabelecidas pela Organização Internacional do Trabalho; a Declaração de Direitos da Criança (Resolução 1386 [XIV] da Assembleia Geral, de 20 de novembro de 1959); a Convenção sobre os Direitos da Criança (Resolução 44/25 da Assembleia Geral, de 20 de novembro de 1989); e as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude – Regras de Beijing (Resolução 40/33 da Assembleia Geral, de 29 de novembro de 1985).

86

Os Princípios Orientadores das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil (Regras de Riad) assevera ser a família a unidade central responsável pela socialização inicial das crianças, merecendo especial destaque o item 15, vejamos:

(..) dar atenção especial a crianças de famílias afetadas por problemas decorrentes de mudanças bruscas e desiguais no aspecto econômico, social e cultural, em especial a crianças de famílias indígenas, migrantes ou refugiadas. Uma vez que tais mudanças podem atrapalhar a capacidade social da família de garantir funções tradicionais de educação e sustento das crianças, o que frequentemente resulta em conflitos de função e culturais, devem-se elaborar modalidades inovadoras e socialmente construtivas para a socialização destas crianças.⁴⁵

⁴⁵ BRASIL - Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça. Normas e Princípios das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN_Standards_and_Norms_CPCJ_-_Portuguese1.pdf. Acesso em: 10 jul. 2020. p. 81.

2.5 Regras das Nações Unidas para Proteção das Crianças e Adolescentes privados de sua Liberdade (Regras de Tóquio)

As Regras de Tóquio foram adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 14 de dezembro de 1990 e, segundo Rover, estipulam que medidas custodiais são permitidas. As condições e salvaguardas legais para sua aplicação devem ser incorporadas pela legislação nacional.

Foram elaboradas tendo por base a Declaração Universal dos Direitos do Homem, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a Convenção Contra a Tortura e outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes, a Convenção sobre os Direitos da Criança, assim como outros instrumentos internacionais relativos à proteção dos direitos e ao bem-estar dos jovens: as Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes e o Conjunto de Princípios para a Proteção de Todas as Pessoas Sujeitas a Qualquer Forma de Detenção ou Prisão, aprovado pela Assembleia Geral na sua Resolução 43/173, de 9 de dezembro de 1988.⁴⁶

Dentre as perspectivas fundamentais, as Regras de Tóquio preveem que o sistema de justiça de menores deve respeitar os direitos e a segurança dos menores e promover o seu bem-estar físico e mental, devendo a privação de liberdade ser o último recurso e limitada a casos excepcionais, em período mínimo necessário.

⁴⁶ UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP) - BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS. Regras das Nações Unidas para a proteção dos Menores Privados de Liberdade - 1990. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/regras-das-nacoes-unidas-para-a-protecao-dos-menores-privados-de-liberdade.html>. Acesso em: 18 jul. 2020.

2.6 Convenção sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação Imediata para a Eliminação

A Convenção 182 da OIT – Organização Internacional do Trabalho foi adotada em 17-06-1999, tendo por base a Conferência Internacional do Trabalho – 83ª Sessão, realizada em 1996, e a Convenção sobre os Direitos da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989.

A Convenção considera, dentre outros tópicos, que a eliminação efetiva das piores formas de trabalho infantil requer ação imediata e geral que leve em consideração a importância da educação básica gratuita e a necessidade de libertar as crianças afetadas de todas essas formas de trabalho e garantir sua reabilitação e inserção social, atendendo às necessidades de suas famílias.

Em seu artigo 3, a Convenção 182 considera o recrutamento forçoso e obrigatório de crianças em conflitos armados como uma das piores formas de trabalho infantil.⁴⁷

2.7 O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional

Impende destacar a importância do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (TPI), ratificado por 124 Estados, que assumiram o compromisso de investigar e perseguir os indivíduos acusados de genocídio, crimes de lesa humanidade e de guerra, incluindo o recrutamento e o uso de crianças-soldado menores de 15 anos.⁴⁸

⁴⁷ CONFERENCIA INTERNACIONAL DE TRABAJO. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/Convenio_182_OIT.pdf. Acesso em: 14 jul. 2021.

⁴⁸ COALICIÓN POR LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. La CPI reafirma: los niños no son soldados. Disponível em: <http://www.coalitionfortheicc.org/es/news/20170219/la-cpi-reafirma-los-ninos-no-son-soldados>. Acesso em: 14 jul. 2020.

Conforme o art. 8º, XXVI, constitui crime de guerra recrutar ou alistar menores de 15 anos nas forças armadas nacionais ou utilizá-los para participar ativamente nas hostilidades.⁴⁹

O TPI foi criado pelo Estatuto de Roma, em 1998, e passou a funcionar em 2002, promovendo, desde então, julgamentos históricos, conforme se verá abaixo:

A jurisdição do TPI é subsidiária a dos sistemas jurídicos dos Estados Partes. Assim, com base no princípio da complementaridade, o TPI só poderá intervir quando o Estado com jurisdição sobre o caso não estiver em condições de investigar e eventualmente julgar o acusado, ou não revelar disposição de fazê-lo.

Portanto, a fim de assegurar a repressão em nível nacional, os Estados devem dispor de legislação e meios que lhes permitam efetivamente processar os autores de tais crimes.

89

2.8 As crianças nos conflitos armados na África

As Nações Unidas asseveram que a África Ocidental e a Central possuem o maior número de crianças-soldado do mundo, recrutados por forças governamentais e grupos armados.

O recrutamento de crianças pode ocorrer de forma voluntária ou por meio de sequestros, muitas crianças sofrem ainda abusos e violência sexual.⁵⁰

A maior parte das meninas recrutadas na República Democrática do Congo era submetida à escravidão sexual. Em Serra Leoa, Libéria e Angola, muitas meninas foram submetidas a casamentos forçados.⁵¹

⁴⁹ NACIONES UNIDAS - DERECHOS HUMANOS - OFICINA DEL ALTO COMISIONADO. Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional. Disponível em: <http://acnudh.org/pt-br/estatuto-de-roma-del-tribunal-penal-internacional/>. Acesso em: 10 jul. 2020.

⁵⁰ Centro e Oeste da África lideram taxas globais de crianças-soldado BR. Em 21 nov. 2021. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2021/11/1771622>. Acesso em 12 fev. 2023.

A Carta Africana sobre Direitos e Bem-Estar da Criança, de 11 de julho de 1990, reafirma a adesão aos princípios dos direitos e bem-estar da criança contidos na declaração, convenções e outros instrumentos da Organização de Unidade Africana (OUA) e nas Nações Unidas, e, em particular, a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, e da Declaração dos Chefes de Estado e de Governo da OUA sobre os Direitos e Bem-Estar da Criança Africana. Em seu artigo 22, prevê a proteção da criança nos conflitos armados:

1. Estados Partes na presente Carta comprometem-se a respeitar e a garantir o respeito pelas regras do direito humanitário internacional aplicável em conflitos armados que afetam a criança.
2. Estados Partes do presente Carta devem tomar todas as medidas necessárias para garantir que nenhuma criança deve tomar uma parte direta nas hostilidades e se abstenham, em especial, da contratação de qualquer criança.⁵²

90



Jovens soldados da Libéria. Fonte: DW (2007)

⁵¹ En 18 Países se Sigue Reclutando Menores Soldado. Em 15 fev. 2015. Disponível em: <https://www.savethechildren.es/actualidad/en-18-paises-se-sigue-reclutando-menores-soldado>. Acesso em: 12 fev. 2023.

⁵² COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. Carta Africana dos Direitos e Bem-Estar da Criança. Disponível em: https://www.achpr.org/pr_legalinstruments/detail?id=46. Acesso em: 14 jul. 2020.

A Carta Africana sobre Direitos e Bem-Estar da Criança foi o primeiro tratado regional que estabeleceu a idade mínima de 18 anos para todo tipo de recrutamento e participação em qualquer tipo de hostilidade.

A Anistia Internacional, dentre outras organizações, advertiu que, na guerra Irã x Iraque, crianças foram recrutadas, inclusive para limpar campos minados, correndo na frente dos soldados iranianos. Na África, o uso de crianças-soldado em guerras civis e em conflitos tribais é um hábito comum, ocasionando a muitas crianças a dependência química por entorpecentes, privação de carinho e uma obsessão fria pela morte, úteis para as tribos rivais, que os utilizam massivamente por sua lealdade e pouca noção do perigo a que estão expostos.⁵³

Calcula-se que cerca de seis milhões de crianças e jovens padecem de sequelas decorrentes dos conflitos armados ocorridos na década de 90, e que dois milhões morreram nos mesmos conflitos, muitos assassinados com extrema brutalidade, como ocorreu em Ruanda, no Congo e no Nepal.⁵⁴

Nesse sentido, vejamos:

Especialmente a região africana dos Grandes Lagos (Uganda, Ruanda, Burundi e República Democrática do Congo), castigada por sucessivas guerras civis e ditaduras militares, possui um histórico e também registros atuais de recrutamento de crianças-soldado [...] Estima-se que o LRA tenha sequestrado e treinado entre 60 mil e 80 mil pessoas, em sua maioria jovens do sexo masculino na faixa de 14 anos. Entretanto, uma quantidade significativa de crianças-soldado também é recrutada na Colômbia, no Sri Lanka e em Myanmar (Birmânia).⁵⁵

⁵³ AMNISTÍA INTERNACIONAL ESPAÑA. Niñas y niños soldados, vulnerabilidades ocultas. Disponível em: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/ninas-y-ninos-soldados-vulnerabilidades-ocultas-10/>. Acesso em: 03 jul. 2020.

⁵⁴ LÓPEZ, Francisco Javier Fernández. Infancia y adolescência: una vision desde los derechos humanos. Disponível em: https://www.aepap.org/sites/default/files/aepap2008_libro_361-374_derechos_humanos.pdf. Acesso em: 03 jul. 2020.

⁵⁵ SAAB, Gabriela. 300 mil crianças são recrutadas como soldados no mundo. Disponível em: <https://portal.aprendiz.uol.com.br/arquivo/2013/05/08/300-mil-criancas-sao-recrutadas-como-soldados-no-mundo/>. Acesso em: 03 jul. 2020..

Segundo as Nações Unidas, na Libéria uma guerra civil que durou de 1989 e 1995 matou mais de 200 mil vidas, produziu mais de 700 mil refugiados e deslocou cerca de 1,4 milhão de pessoas. Em setembro de 1999, a Guiné acusou as forças do governo liberiano de atacar aldeias fronteiriças em seu território. As Forças Armadas da Libéria – AFL foram acusadas de sequestrar, brutalizar e depois fornecer infantaria básica e treinamento para crianças do leste da Serra Leoa.⁵⁶

Ante a relevância, importante trazermos os depoimentos abaixo:

Los niños, querido Hermano, son los mejores luchadores del siglo. Tienen más energía que la gente y resisten sin sentir dolor físico”. Lucien, 12, ex niño soldado de la República Democrática del Congo.

“A nuestra edad es más complicado para los rebeldes, así que usan cosas más flertes, como drogas o dinero, para provocarnos y obligarnos a andar. Recuerdo el ataque a la ciudad de Njola Kombouya, en el sur de Sierra Leona. Nos despertaron a la 1 de la madrugada y andamos hasta las 7. Llegó un doctor. Tenía un bol pequeño con agua fría y, cada dos inyecciones, lavaba la aguja en el agua. Siempre era una ampolla con líquido rojo. Al principio siempre me sentía débil y después sentía una fuerza abrumadora. Me sentía capaz de cualquier cosa... Tenía rabia, odio, quería destruir todo. Es imposible comprenderlo, nos ponían en el estado que nos refamos a pesar de toda esa violència, lo encontrábamos fascinante, no teníamos límites”. Moussa, 15, ex niño soldado en Sierra Leona.⁵⁷

O Tribunal Penal Internacional – TPI, em 14-03-2012, condenou Thomas Lubanga Dyilo, o “Senhor da Guerra”, por crime de guerra contra a infância, por recrutamento de crianças no movimento armado.⁵⁸

Em 30-05-2012, o ex-presidente da Libéria, Charles Taylor, foi condenado pelo Tribunal Penal Internacional, com uma pena de 50 anos de prisão, por ter ajudado os rebeldes de Serra Leoa. Dentre as atrocidades

⁵⁶ REF WORLD. Child Soldiers International, Child Soldiers Global Report 2001 – Liberia. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/498805e813.html>. Acesso em: 12 jul. 2020.

⁵⁷ HUMANIUM. Niños de Mozambique: Descubriendo los Derechos del Niño en Mozambique. Disponível em: <https://www.humanium.org/es/mozambique/>. Acesso em: 06 jul. 2020.

⁵⁸ TPI condena Lubanga por recrutar crianças para guerra do Congo. Em 14/03/2012. Disponível em: <https://www.rfi.fr/br/geral/20120314-tpi-condena-thomas-lubanga-por-recrutar-criancas-na-guerra-civil-do-congo>. Acesso em: 11 fev. 2023.

descritas por Lussick estavam a amputação de membros — marca registrada desse conflito —, um estupro coletivo em que a vítima teve os olhos arrancados para não poder identificar os agressores, e o caso de uma mãe obrigada a carregar um saco com cabeças humanas, inclusive as de seus filhos. Segundo Lussick “Ela foi forçada a rir enquanto carregava o saco com sangue escorrendo”, disse ele. “Ela viu as cabeças dos seus filhos”.⁵⁹

Em julho de 2019, o líder da milícia congoleza Bosco Ntaganda foi considerado culpado de cinco acusações de crimes contra a humanidade e treze de crimes de guerra supostamente cometidos na região de Ituri, no leste da RDC, enquanto era vice-chefe militar do grupo rebelde Forças Patrióticas para a Libertação de Congo (FLPC), em 2002-2003. O julgamento foi aberto em 2 de setembro de 2015. Em 7 de novembro de 2019, Bosco Ntaganda foi condenado a um total de 30 anos de prisão. O tempo que ele passou na prisão do TPI, de 22 de março de 2013 a 7 de novembro de 2019, será deduzido desta sentença. O veredito está atualmente sujeito a recursos.⁶⁰

Na Nigéria, em 2019, 44 crianças-soldado foram libertadas e o Exército nigeriano declarou mais de 1,6 mil crianças-soldado inocentes do crime de associação a grupos armados.⁶¹

2.9. Os Conflitos Armados na Colômbia e no Peru e suas consequências sobre as crianças

O uso de crianças-soldado é um fenômeno relativamente novo no conflito colombiano. Nos anos 1950, muitas crianças viviam com suas

⁵⁹ REUTERS - ESCRITT, Thomas; DEUTSCH, Anthony. Ex-líder liberiano Charles Taylor é condenado a 50 anos de prisão. Disponível em:

<https://br.reuters.com/article/topNews/idBRSP84T02D20120530>. Acesso em: 13 jul. 2020.

⁶⁰ COALITION FOR THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. Bosco Ntaganda. Disponível em: <http://coalitionfortheicc.org/cases/bosco-ntaganda>. Acesso em: 13 jul. 2020.

⁶¹ Crianças suspeitas de integrar grupos armados libertadas na Nigéria. Em 04 out. 2019. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/10/1689782>. Acesso em: 12 fev. 2023

famílias em acampamentos guerrilheiros, mas raramente essas eram empregadas nas hostilidades.⁶²

A partir de 1990, guerrilheiros e paramilitares passaram a recrutar crianças, que eram empregadas nos combates, sendo que muitas meninas, além de sofrerem abusos sexuais, eram submetidas a matrimônios forçados com guerrilheiros das FARC.

Em 2011, de acordo com estatísticas oficiais do governo, 2/3 de todas as crianças colombianas viviam abaixo da linha da pobreza, ou seja, uma grande quantidade de menores estava sujeita ao recrutamento por causa do agravamento de fatores estruturais que levariam a isso.⁶³

Na Colômbia, muitas crianças se entregaram de forma voluntária, mas além daquelas recrutadas forçadamente, outras nasceram dentro da guerrilha, sendo filhos de guerrilheiros, como exemplo, citamos os filhos do Comandante das FARC Martín Caballero, que envolveu seus filhos na luta armada.⁶⁴

Os conflitos armados internos no Peru, sobretudo na década de 80, ocasionaram o recrutamento forçado (por meio da coação, ameaça ou sequestro) ou voluntário de inúmeras crianças menores de 14 anos de idade.⁶⁵

No Peru, no que pese a vedação imposta no ordenamento jurídico⁶⁶ vigente nos anos 80, estipulando que a idade para recrutamento para homens

⁶² MARTUSCELLI, Patrícia Nabuco. Crianças Soldado na Colômbia: A Construção de um Silêncio na Política Internacional. Dissertação apresentada ao Instituto de Relações Internacionais da Universidade de Brasília como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Relações Internacionais. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18991/1/2015_Patr%c3%adciaNabucoMartuscelli.pdf. Páginas 92/93. Acesso em 12 fev 2023.

⁶³ IBDEM.

⁶⁴ XIMENA, Pachón C. La infancia perdida en Colombia: los menores en la guerra. Universidad Nacional de Colombia 2009. Disponível em: <https://pdba.georgetown.edu/CLAS%20RESEARCH/Working%20Papers/WP15.pdf>. Acesso em 12 fev. 2023.

⁶⁵ Decreto Legislativo 264, Servicio Militar Obligatorio, del 8 de noviembre de 1983, Decreto Legislativo 264, Servicio Militar Obligatorio, del 8 de noviembre de 1983, así como su reglamento, el Decreto Supremo 072-84-PCM del 16 de noviembre de 1984.

era dos 18 aos 50 anos de idade e para mulheres, dos 18 aos 45 anos de idade, crianças foram recrutadas pelas Forças Armadas e Policiais, sobretudo nas zonas rurais e mais pobres do país, com a anuência de autoridades judiciais.⁶⁷

O Partido Comunista Luminoso – PCP-SL, o Movimento Revolucionário Tupac Amaro – MRTA e milícias civis utilizavam crianças com idades entre 07 e 17 anos, que atuavam como cozinheiros, vigilantes, espiões e combatentes.



VILLASANTE, Mariella. Los campos de concentración senderistas y los niños soldados en el Perú: desafíos para el derecho humanitario peruano.⁶⁸

⁶⁶ IBDEM.

⁶⁷ MAYO, Yeysson Urbano Jiménez. Derecho a la Reparación de los Niños Soldados en el Perú. Tesis para obtener el título de Magíster en Derecho con énfasis en Derechos Humanos y Justicia Transicional. FACULTAD DE JURISPRUDENCIA dEL Universidad del Rosario 2022.

⁶⁸ VILLASANTE, Mariella. Los campos de concentración senderistas y los niños soldados en el Perú: desafíos para el derecho humanitario peruano. Revista Ideele N°275 Noviembre de 2017.

Em 1995 se estima que 4 mil crianças-soldado integravam os comitês de autodefesa.

O PCP-SL criou campos de “concentração”, também conhecidos como “comitês de base” ou “bases de apoio”. As mulheres indígenas ashaninka foram convertidas em escravas sexuais, e as meninas entre 10 e 13 anos, quando começavam a menstruar também eram levadas. Os meninos ashaninka foram obrigados a trabalhar e a combaterem no conflito armado. O Partido decidia quem deveria viver e quem deveria morrer.⁶⁹

Segundo a Comissão da Verdade e Reconciliação, o PCP-SL é responsável por 49,72% dos assassinatos de crianças no massacre de Ayacucho, Huánuco e Junín. Entre os anos de 1983 e 1985 e entre 1987 e 1990, o recrutamento forçado de crianças representou 42,34% do total reportado à CVR.⁷⁰

Destaca-se que, em outros países latinos, os direitos da criança também restaram violados, como no caso de El Salvador, que importou em condenação por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos; e, no Caso Rochac Hernández e outros vs. El Salvador, com sentença proferida em 14-10-2014, que condenou o Estado pelo desaparecimento forçado de crianças durante os conflitos armados. Nesse sentido, vejamos:

Situação de conflito armado e desaparecimento forçado de crianças:

110. [...] De forma complementar, meninas e meninos, que são mais vulneráveis a sofrer violações de seus direitos durante os conflitos armados, são beneficiários de proteção especial em função de sua idade, razão pela qual os Estados devem prestar-lhes atenção e ajuda. O Artigo 38 da Convenção sobre os Direitos da Criança também reflete esse princípio. Dentro do catálogo de medidas dessa natureza que incorporam os tratados de direito internacional humanitário

Disponível em: <https://www.revistaideele.com/2022/07/08/los-campos-de-concentraci-on-senderistas-y-los-ninos-soldados-en-el-peru-desafios-para-el-derecho-humanitario-peruano/>. Acesso em 12 fev. 2023.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ *Ibidem*.

estão aquelas cujo objetivo é preservar a unidade familiar e facilitar a busca, identificação e reunificação familiar de famílias dispersas devido a um conflito armado e, em particular, de crianças desacompanhadas e separadas. Além disso, no contexto dos conflitos armados não internacionais, as obrigações do Estado em favor das crianças estão definidas no artigo 4.3 do Protocolo Adicional II às Convenções de Genebra, que dispõe, entre outros, que: “b) tomará as medidas apropriadas para facilitar o reagrupamento de famílias temporariamente separadas [...]. 111. À luz das considerações anteriores, correspondia ao Estado a proteção da população civil no conflito armado e especialmente de meninas e meninos, que se encontram em situação de maior vulnerabilidade e risco de ver seus direitos afetados. Pelo contrário, no presente caso os agentes estatais atuaram totalmente à margem do ordenamento jurídico, utilizando-se das estruturas e instalações do Estado para perpetrar o desaparecimento forçado de meninas e meninos, pelo caráter sistemático da repressão a que foram submetidos certos setores da população considerados subversivos ou guerrilheiros, ou de alguma forma contrários ou contrários ao governo. Consequentemente, a Corte considera que o Estado interferiu na vida familiar da então menina Emelinda Lorena Hernández e dos então filhos José Adrián Rochac Hernández, Santos Ernesto Salinas, Manuel Antonio Bonilla e Ricardo Abarca Ayala, ao se apoderar deles e retê-los ilegalmente, violando seu direito de permanecer com sua família nuclear e estabelecer relações com outras pessoas que dela fazem parte, em violação dos artigos 11.2 e 17 da Convenção Americana, em relação aos artigos 19 e 1.1 da mesma.⁷¹

As crianças têm experimentado a violência de maneira dramática e crua, porque têm sido testemunhas de fatos atroz, como o assassinato e tortura de seus pais, mães, familiares e vizinhos, incêndio e destruição de seus lares, animais e objetos pessoais.

Elas têm ficado com marcas permanentes em seus corpos, têm tido seus membros amputados por minas antipessoais, têm sofrido abuso sexual, tortura, recrutamento ilícito, treinamento para a guerra por parte dos grupos armados, têm sido recrutadas por esses grupos armados, entregues para serem criadas pelas famílias de seus capturadores, arrancadas de suas famílias e

⁷¹ CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS - Anotada com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2ª edição. P. 371. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaInternacional/anexo/STF_ConvencaoAmericanaSobreDireitosHumanos_SegundaEdicao.pdf. Acesso em 14/02/2023.

comunidades; e os que sobrevivem, fogem da guerra em condição de deslocamento forçado.

3 CONCLUSÃO

A utilização de crianças em conflitos armados é uma dura e cruel realidade, com violações maciças de direitos humanos fundamentais, dentre eles os direitos à vida, à saúde, à convivência familiar e ao pleno desenvolvimento material e psicológico.

A vulnerabilidade das crianças, por serem seres em formação e, portanto, imaturos, resta demonstrada a partir do momento em que, muitas das vezes, o recrutamento voluntário esconde as marcas da miséria e da fome, sendo a guerra a *ultima ratio* para seres ainda em formação, servindo como forma de alimentar a si e às próprias famílias. No recrutamento forçado, como verificamos, as crianças são sequestradas ou levadas à força de seus seios familiares.

As agressões físicas e psicológicas vão se perpetrando, gravando nos pequenos seres marcas profundas e que, por certo, jamais serão apagadas.

Crianças são vítimas fáceis de serem capturadas, são extremamente vulneráveis, cruelmente tratadas, vitimizadas e abusadas, desintegrando-se por completo sua autoestima e amor próprio.

O Estado, mesmo tendo o dever de garantidor das normas de proteção internacional dos direitos humanos, acaba por ser um dos violadores das normas ratificadas, sendo muitas das vezes o próprio abusador ou conivente com os abusos.

As Nações Unidas, por meio do ACNUR e do UNICEF, buscam conscientizar os líderes políticos quanto ao problema mundial. Julgamentos históricos ocorreram, com a consequente condenação de Bosco Ntaganda (Congo), Thomas Lubanga Dyilo (Congo) e Charles Taylor (Libéria),

contudo, no que pese as normas internacionais vedando tal prática e o esforço das agências humanitárias, a utilização de crianças em conflitos armados continua ocorrendo. Até quando?

REFERÊNCIAS

ACNUDH. *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados*.
Aprovado em: 25 de maio de 2000. Disponível em:
<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/OPACCRC.aspx>.
Acesso em: 06 jul. 2020.

ANISTIA INTERNACIONAL. *Equipo de Menores de Amnistía Internacional*. Niñas y niños soldados, vulnerabilidades ocultas, c2023.
Disponível em: <https://www.es.amnesty.org/>. Acesso em: 05 maio 2020.

BRASIL. *Decreto n. 42.121/1957*. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D42121.htm.
Acesso em: 01 fev. 2023.

BRASIL. *Decreto n° 7.030/2009*. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos Artigos 25 e 66. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm. Acesso em: 06 jul. 2020.

BRASIL. *Decreto n° 849/1993*. Promulga os Protocolos I e II de 1977 adicionais às Convenções de Genebra de 1949, adotados em 10 de junho de 1977 pela Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário aplicável aos Conflitos Armados. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0849.htm. Acesso em: 05 jul. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça. *Normas e Princípios das Nações Unidas sobre Prevenção ao Crime e Justiça Criminal*. 2009. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN_Standards_and_Norms_CPCJ_-_Portuguese1.pdf. Acesso em: 10 jul. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Anotada com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. 2. ed. Brasília, 2022. Disponível em:

https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaInternacional/anexo/STF_ConvencaoAmericanaSobreDireitosHumanos_SegundaEdicao.pdf. Acesso em: 14 fev. 2023.

CAVALCANTI, Eduardo Bittencourt. Reconhecer um conflito armado não confere legitimidade aos grupos armados organizados para confrontarem o Estado. *Revista do Ministério Público Militar*. pp. 113- 132. Brasília, 2021.

CICR. *Protección jurídica de los niños en los conflictos armados*. 2003. Disponível em: <https://www.icrc.org/es/download/file/3633/minos.pdf>. Acesso em: 25 jan. 2023.

CIDH. *Alto a la utilización de los niños soldado!* Biblioteca de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Reino Unido: Alianza Internacional Save the Children , 1999. Disponível em: <https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/29389.pdf>. Acesso em: 24 out. 2023.

CINELLI, Carlos Frederico. *Direito Internacional Humanitário – Ética e Legitimidade no Uso da Força em Conflitos Armados*. Curitiba: Juruá. 2016.

COALICIÓN POR LA CORTE PENAL INTERNACIONAL. *La CPI reafirma: los niños no son soldados*. Publicado em: 19 fev. 2017. Disponível em: <http://www.coalitionfortheicc.org/es/news/20170219/la-cpi-reafirma-los-ninos-no-son-soldados>. Acesso em: 14 jul. 2020.

COALITION FOR THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT. *Bosco Ntaganda*. [s.d.]. Disponível em: <http://coalitionfortheicc.org/cases/bosco-ntaganda>. Acesso em: 13 jul. 2020.

COMBATE ao uso de crianças-soldado é tema de dia internacional. *ONU News*, 2015. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2015/02/1501741-combate-ao-uso-de-criancas-soldado-e-tema-de-dia-internacional>. Acesso em: 14 jul. 2020.

COMISSÃO AFRICANA DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS. *Carta Africana dos Direitos e Bem-Estar da Criança*. 19 jul. 1993. Disponível em:

https://www.cndhc.org.cv/images/download/Carta_Africana_dos_Direitos_e_Bem-estar_da_Criancas.pdf. Acesso em: 14 jul. 2020.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA – CICV. 29 out, 2010. *As Convenções de Genebra de 1949 e seus Protocolos Adicionais*. Disponível em: <https://www.icrc.org/pt/doc/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions/overview-geneva-conventions.htm>. Acesso em: 01 fev. 2023.

CONFERENCIA INTERNACIONAL DE TRABAJO. Convenio sobre la prohibicion de las peores formas de trabajo infantil y la accion inmediata para su eliminacion. D.L. N° 28, del 15 de junio de 2000, publicado en el *D.O. N° 134*, tomo 348, del 18 de julio de 2000. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/Convenio_182_OIT.pdf. Acesso em: 14 jul. 2020.

“CRIANÇA soldado” é tema de Conferência Internacional em Paris. *DW*, 5 fev. 2007. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/crian%C3%A7a-soldado-%C3%A9-tema-de-confer%C3%A2ncia-internacional-em-paris/a-2338040>. Acesso em: 05 jul. 2020.

DHNET - DIREITOS HUMANOS NA INTERNET. *Caderno 12: Aplicação da Lei no caso de Grupos Vulneráveis Crianças e Adolescentes*, [s.d.]. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/manuais/dh/mundo/rover/c12.htm>. Acesso em: 07 jul. 2020.

DHNET - DIREITOS HUMANOS NA INTERNET. *Regras mínimas das nações unidas para a administração da justiça, da infância e da juventude* (Regras de Beijing) [s.d.]. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex47.htm. Acesso em: 10 jul. 2020.

ESCRITT, Thomas; DEUTSCH, Anthony. Ex-líder liberiano Charles Taylor é condenado a 50 anos de prisão. *Reuters*, 2012. Disponível em: <https://br.reuters.com/article/topNews/idBRSPE84T02D20120530>. Acesso em: 13 jul. 2020.

ICRC. *Lembrança de Solferino*. Em 23/06/2016. Disponível em: <https://www.icrc.org/pt/publication/lembranca-de-solferino>. Acesso em: 01 fev. 2023.

ICRC. *História do CICV*. [s.d.] Disponível em:
<https://www.icrc.org/pt/historia-do-cicv>. Acesso em 01 fev. 2023.

HUMANIUM. *Niños de Mozambique*: Descubriendo los Derechos del Niño en Mozambique. [s.d.]. Disponível em:
<https://www.humanium.org/es/mozambique/>. Acesso em: 06 jul. 2020.

LÓPEZ, Francisco Javier Fernández; PÉREZ, Enrique Rodríguez-Salinas. *Infancia y adolescência: una vision desde los derechos humanos*. Viernes 8 de febrero de 2008. Disponível em:
https://www.aepap.org/sites/default/files/aepap2008_libro_361-374_derechos_humanos.pdf. Acesso em: 03 jul. 2020.

MAIS de 7 mil crianças foram recrutadas para conflitos armados em 2018, diz ONU. *G1*, 31 jul. 2019. Disponível em:
<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/07/31/mais-de-7-mil-criancas-foram-recrutadas-para-conflitos-armados-em-2018-diz-onu.ghtml>. Acesso em: 28 set. 2020.

102

MARTUSCELLI, Patrícia Nabuco. *Crianças Soldado na Colômbia: A Construção de um Silêncio na Política Internacional*. 2015. Dissertação apresentada ao Instituto de Relações Internacionais da Universidade de Brasília como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Relações Internacionais. Disponível em:
[https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18991/1/2015_Patr%*c3*%adciaNabucoMartuscelli.pdf](https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/18991/1/2015_Patr%c3%adciaNabucoMartuscelli.pdf). Acesso em 12 fev. 2023.

MAYO, Yeysson Urbano Jiménez. *Derecho a la Reparación de los Niños Soldados en el Perú*. Tesis para obtener el título de Magíster en Derecho con énfasis en Derechos Humanos y Justicia Transicional. Facultad de Jurisprudencia Del Universidad del Rosario. 2022. Disponível em:
<https://repository.urosario.edu.co/items/bbc95322-5c93-4969-b018-4b55c53e18a0> p. 107/110. Acesso em: 12 fev. 2023.

MINISTÉRIO PÚBLICO PORTUGAL. *Regras mínimas das Nações Unidas para a administração da justiça de jovens* (Regras de Beijing). Adotadas pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua resolução 40/33, de 29 de novembro de 1985. Disponível em:
http://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/regras_minimas_beijing.pdf. Acesso em 06 jul. 2020.

NACIONES UNIDAS - DERECHOS HUMANOS - OFICINA DEL ALTO COMISIONADO. *Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional*. 2012. Disponível em: <http://acnudh.org/pt-br/estatuto-de-roma-del-tribunal-penal-internacional/>. Acesso em: 10 jul. 2020.

NACIONES UNIDAS. *Quincuagésimo primer período de sesiones* - Tema 108 del programa provisional - PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO - Repercusiones de los conflictos armados sobre los niños. 1996. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6260.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2020.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. Unicef. [s.d.]. *O que são os direitos humanos?* Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>. Acesso em: 05 jul. 2020.

NAVARRO, Nieves Gascón. Niñas y niños soldados, vulnerabilidades ocultas. *Amnistía Internacional España*. Publicado em: 12 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/ninas-y-ninos-soldados-vulnerabilidades-ocultas-1-1/>. Acesso em: 03 jul. 2020.

NIÑOS en conflictos armados. *Notícias ONU*. Disponível em: news.un.org/es/tags/ninos-en-conflictos-armados. Acesso em: 10 maio 2020.

ONU. *Crianças suspeitas de integrar grupos armados libertadas na Nigéria*. Em 04 out. 2019. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/10/1689782>. Acesso em: 12 fev. 2023.

ONU. *Centro e Oeste da África lideram taxas globais de crianças-soldado BR*. Em 21 nov. 2021. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2021/11/1771622>. Acesso em: 12 fev. 2023.

PARRA, Paola Diana Reys. Los niños y las niñas como víctimas en los conflictos armados: participación en las hostilidades. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, volumen 24 (1-2), I-II Semestre 2013 (ISSN: 1659-4304). Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r32744.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2020.

REFWORLD. *Child Soldiers International, Child Soldiers Global Report 2001 – Liberia*. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/498805e813.html>. Acesso em: 12 jul. 2020.

ROVER, Cees de. *Para Servir e Proteger*. Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário para Forças Policiais e de Segurança. Manual para Instrutores. CICV. 1998.

ROVER, Cees de. *Para Servir e Proteger – Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário para Forças Policiais e de Segurança*. Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 2005.

SAAB, Gabriela. 300 mil crianças são recrutadas como soldados no mundo. *Portal do Aprendiz*, 2013. Disponível em: <https://portal.aprendiz.uol.com.br/arquivo/2013/05/08/300-mil-criancas-sao-recrutadas-como-soldados-no-mundo/>. Acesso em: 03 jul. 2020.

SAVE THE CHILDREN. En 18 Países se Sigue Reclutando Menores Soldado. *Save the Children*. Em 15 fev. 2015. Disponível em: <https://www.savethechildren.es/actualidad/en-18-paises-se-sigue-reclutando-menores-soldado>. Acesso em 12 fev. 2023.

104

SILVA JÚNIOR, Demercino José. *A Cruzada das Crianças*. História do Mundo, c2023. Disponível em: <https://www.historiadomundo.com.br/idade-media/a-cruzada-das-criancas-.htm>. Acesso em 10 set. 2021.

TPI condena Lubanga por recrutar crianças para guerra do Congo. *RFI*. Em 14/03/2012. Disponível em: <https://www.rfi.fr/br/geral/20120314-tpi-condena-thomas-lubanga-por-recrutar-criancas-na-guerra-civil-do-congo>. Acesso em: 11 fev. 2023.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *A Humanização do Direito Internacional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

UNICEF. *Guía del protocolo facultativo sobre la participación de niños y niñas em los conflictos armados*. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Nueva York Mayo de 2004. Disponível em: <https://www.unicef.org/spanish/publications/files/SPANISHnw.pdf>. Acesso em: 28 set. 2020.

UNICEF BRASIL. Convenção sobre os Direitos da Criança. O Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre um Procedimento de Comunicações foi ratificado pelo Brasil em 29 de setembro de 2017. Disponível em:

<https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>.
Acesso em: 06 jul. 2020.

UNITED NATIONS. *Child Recruitment and Use*. [s.d.]. Disponível em:
<https://childrenandarmedconflict.un.org/six-grave-violations/child-soldiers/>.
Acesso em: 10 maio 2020.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP) – BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção de Genebra IV* – 21 de outubro de 1950. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Conven%C3%A7%C3%A3o-de-Genebra/convencao-de-genebra-iv.html>.
Acesso em: 09 jul. 2020.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP) – BIBLIOTECA VIRTUAL DE DIREITOS HUMANOS. *Regras das Nações Unidas para a proteção dos Menores Privados de Liberdade* – 1990. Disponível em:
<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/regras-das-nacoes-unidas-para-a-protecao-dos-menores-privados-de-liberdade.html>.
Acesso em: 18 jul. 2020.

VÁZQUEZ, Daniel Rodriguez. El genocidio de Ruanda: análisis de los factores que influyeron en el conflicto. *IEEE*, 2017. Disponível em:
http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2017/DIEEEO59-2017_Genocidio_Ruanda_DanielRguezVazquez.pdf. Acesso em: 10 jul. 2020.

VELASCO, Marcelo Arellano. *Uso y participación de niños en conflictos armados*. Ed. De la Universidad de Granada. 2009. Disponível em:
[https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/21C9195C45355D0C052579F800723FA7/\\$FILE/17707134.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/21C9195C45355D0C052579F800723FA7/$FILE/17707134.pdf). Acesso em 12 fev. 2023.

VILLASANTE, Mariella. Los campos de concentración senderistas y los niños soldados en el Perú: desafíos para el derecho humanitario peruano. *Revista Ideele* n.275, novembro de 2017. Disponível em:
<https://www.revistaideele.com/2022/07/08/los-campos-de-concentracion-senderistas-y-los-ninos-soldados-en-el-peru-desafios-para-el-derecho-humanitario-peruano/>. Acesso em: 12 fev. 2023.

XIMENA, Pachón C. *La infancia perdida en Colombia: los menores en la guerra*. Universidad Nacional de Colombia, 2009. Disponível em:
<https://pdba.georgetown.edu/CLAS%20RESEARCH/Working%20Papers/WP15.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2023.

WIKIPÉDIA. *Juventude Hitlerista*. 2023. Disponível em:
https://pt.wikipedia.org/wiki/Juventude_Hitlerista. Acesso em 10 set. 2020.

Análise do Crime Militar de Publicação ou Crítica Indevida à luz da ADPF 475

Leonardo Cardoso de Castro Dickinson

Pós-graduado em Direito Militar pela Escola Mineira de Direito.
Advogado Criminalista. Membro da Comissão de Direito Militar da OAB/RJ.
Advogado Dativo da 1ª Circunscrição Judiciária Militar – RJ/ES.
CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0640021428384239>
E-mail: leonardo@dickinsonadvogados.com

Revisores: Luciano Moreira Gorrilhas (ORCID: [ORCID: 0009-0005-0678-471X](https://orcid.org/0009-0005-0678-471X); e-mail: luciano.gorrilhas@mpm.mp.br)
Eleonora Mesquita Ceia (CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3772648122857242>; e-mail: emceia@gmail.com)

Data de recebimento: 19/09/2023

Data de aceitação: 20/10/2023

Data da publicação: 21/11/2023

DOI: 10.5281/zenodo.10075521

RESUMO: O presente artigo explora, por meio da revisão bibliográfica, as facetas do crime militar de publicação ou crítica indevida (Art. 166 CPM), à luz da atual sociedade brasileira em relação à autoexposição em redes sociais e os parâmetros trazidos pela ADPF 475, julgada pelo Supremo Tribunal Federal. A pesquisa teve como objetivo contribuir com o debate avançado pela suprema corte brasileira, tomando como premissa o julgamento em tela, de forma a robustecer o tratamento jurídico acerca da conduta penal militar em abstrato. E, por fim, concluiu-se que a análise de violação ao bem jurídico e, subsequentemente, da necessidade de resposta penal condizente, deverá levar em conta os critérios previstos no Art. 13, 1, alíneas “a” e “b”, da Convenção Americana de Direitos Humanos, de forma a trazer maior segurança jurídica na análise do delito militar supracitado.

PALAVRAS-CHAVE: direito militar; Processo Penal Militar; crime militar; publicação ou crítica indevida; Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

ENGLISH

TITLE: Analysis of the Military Crime of Undue Publication or Criticism in light of ADPF 475.

ABSTRACT: This article explores, through bibliographic review, the facets of the military crime of publication or undue criticism (Art. 166 CPM), in light of the current Brazilian society about self-exposure on social networks and the parameters brought by ADPF 475, judged by the Federal Supreme Court. The research aimed to contribute to the debate advanced by the Brazilian supreme court, taking the trial in question as a premise, in order to strengthen the legal treatment regarding military criminal conduct in the abstract. And, finally, it was concluded that the analysis of violation of legal rights and, subsequently, the need for a suitable criminal response, must take into account the criteria set out in Article 13, 1, paragraphs “a” and “b”, of the American Convention on Human Rights, in order to bring greater legal certainty in the analysis of the aforementioned military crime.

108

KEYWORDS: military law; military criminal procedure; military crime; undue publication or criticism; argument of breach of fundamental precept.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Análise doutrinária e jurisprudencial sobre o crime militar de publicação ou crítica indevida (Art. 166 do Código Penal Militar) – 2.1 Ponderações quanto à primeira parte do tipo penal – 2.2 Ponderações quanto à segunda parte do tipo penal – 3 A ADPF 475 e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria – 4 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Dentre todas as características do século XXI, talvez a mais marcante seja a hiperconectividade, oriunda de avanços tecnológicos importantíssimos, não apenas encurtando espaços entre pessoas distantes, mas também permitindo maior pluralização de opiniões, exaradas sob o prisma democrático de uma sociedade plural em valores e crenças, sendo

certo que a maior expressividade de tais condutas foi propulsionada pelas redes sociais (Friedman, 2007).

Com o advento da multiplicação de redes sociais nas últimas décadas e a conseqüente democratização das opiniões públicas, verifica-se também certo incremento na autoexposição opinativa, fazendo com que a intimidade e a privacidade sejam relativizadas em nome da publicização da vida particular e da opinião pessoal de cada um, seja de ordem política/econômica ou ainda em questões mais triviais e mundanas do dia a dia.

Por serem partes integrantes da sociedade, os militares – sejam da ativa ou da reserva – foram (e são) afetados pelos fenômenos das redes sociais. Porém, a qualidade de militar impõe ao sujeito que lhe ostenta alguns cuidados adicionais àqueles típicos dos demais cidadãos, sobretudo ao exarar sua opinião à rede mundial de computadores, notadamente por conta dos brocardos contidos, a exemplo, no Estatuto dos Militares – Lei 6.880 de 9 de dezembro de 1980.

De mais a mais, o Decreto-Lei 1.001 de 21 de outubro de 1969 – Código Penal Militar – destaca, dentre as condutas ali descritas, a vedação ao militar em publicar, sem licença, ato ou documento oficial, ou, ainda, criticar publicamente ato de seu superior, assunto atinente à disciplina militar ou mesmo qualquer resolução do Governo (Art. 166, CPM).

O dispositivo supracitado encontra-se na tutela da subordinação que todo militar deve aos seus superiores e também à sua pátria, atendendo as funções constitucionais contidas no Art. 142 da Carta Magna.

Ocorre que, no ano de 2017, foi apresentada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental perante o Supremo Tribunal Federal – autuada simplesmente como ADPF 475 – impugnando a validade do dispositivo previsto no Art. 166 do Código Penal Militar, largamente sobre o crescente argumento da liberdade de expressão, enquanto garantia

fundamental de todo indivíduo brasileiro, enquanto membro deste estado democrático de direito.

A questão foi recentemente pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, consolidando quaisquer debates acerca da constitucionalidade do dispositivo legal em questão, bem como trouxe algumas particularidades acerca da matéria, que, certamente, serão relevantes à doravante hermenêutica dos dispositivos legais indicados.

O objetivo do presente artigo visa contribuir com o debate avançado pela suprema corte brasileira, tomando como premissa o julgamento em tela, de forma a robustecer o tratamento jurídico acerca da conduta penal militar em abstrato.

2 ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL SOBRE O CRIME MILITAR DE PUBLICAÇÃO OU CRÍTICA INDEVIDA (ART. 166 DO CÓDIGO PENAL MILITAR)

A conduta ora em análise não é novidade no ordenamento jurídico brasileiro, sendo deveras relevante, sob o ponto de vista da disciplina militar.

Historicamente, a tutela penal da publicação ou crítica indevida já havia sido inaugurada pelo Decreto-Lei 6.227 de 24 de janeiro de 1944, nos tempos em que as relações diplomáticas com Itália, Alemanha e Japão estavam rompidas, por advento do esforço de guerra brasileiro junto aos aliados na 2ª Guerra Mundial, protagonizado nacionalmente pela Força Expedicionária Brasileira – FEB.

Com a promulgação do Decreto-Lei 1.001 de 21 de outubro de 1969, por iniciativa da junta militar, foi mantida a tipificação do crime militar de publicação ou crítica indevida, como parte da repressão aos atos de insubordinação da tropa, questão que, por sua vez, detém íntima relação com os preceitos de hierarquia e disciplina, atinentes aos crimes militares, além de

outros valores específicos aos armígeros, razão pela qual se faz mister sua transcrição, para melhor compreensão de suas particularidades:

Art. 166. Publicar o militar ou assemelhado, sem licença, ato ou documento oficial, ou criticar publicamente ato de seu superior ou assunto atinente à disciplina militar, ou a qualquer resolução do Governo:

Pena - detenção, de dois meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.

O tipo penal traz consigo duas condutas nucleares – “publicar” e “criticar” – que, apesar de avaliadas em separado para a melhor compreensão, detêm o mesmo bem jurídico tutelado, qual seja, a disciplina militar.

Neste sentido, colhe-se o entendimento de Cícero Coimbra e Marcello Streifinger, com o seguinte alerta:

(...) o bem jurídico protegido é a disciplina militar perturbada pela afronta da publicação ou da crítica; entretanto, se o alvo da conduta for ato de superior, teremos também o ferimento à autoridade de quem o praticou (Neves; Streifinger, 2023).

111

A disciplina militar pode ser definida como 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, nos precisos termos do Art. 14, §2º, do Estatuto dos Militares – Lei 6.880, de 9 de dezembro de 1980.

Porém, para melhor compreender o conceito de disciplina, é necessário também esclarecer o sentido de “dever militar”. Para tanto, transcreve-se o exposto no Art. 31 do Estatuto dos Militares – Lei 6.880, de 9 de dezembro de 1980:

Art. 31. Os deveres militares emanam de um conjunto de vínculos racionais, bem como morais, que ligam o militar à Pátria e ao seu serviço, e compreendem, essencialmente:

- I - a dedicação e a fidelidade à Pátria, cuja honra, integridade e instituições devem ser defendidas mesmo com o sacrifício da própria vida;
- II - o culto aos Símbolos Nacionais;
- III - a probidade e a lealdade em todas as circunstâncias;
- IV - a disciplina e o respeito à hierarquia;
- V - o rigoroso cumprimento das obrigações e das ordens; e
- VI - a obrigação de tratar o subordinado dignamente e com urbanidade.

Como se observa, o cerne do “dever militar” tem íntima relação com a dedicação e a fidelidade à Pátria, ao sacrifício da própria vida, em acréscimo à garantia dos poderes constitucionais e à garantia da lei e da ordem, sob o cumprimento do compromisso traçado na Carta Magna.

Trata-se, em suma, da promessa mais significativa que se pode pedir de qualquer indivíduo, em nome de sua Nação, que, por sua vez, somente será obtida mediante rígida disciplina, por parte de todos os membros das Forças Armadas, justificando-se assim, a tutela ao bem jurídico em questão.

Justamente por tais motivos, eventual crítica à disciplina militar revela-se verdadeiro contrassenso, uma vez que esta se trata de um dos pilares do militarismo, como será mais bem exposto adiante.

Ainda em caráter propedêutico, convém mencionar que o sujeito ativo do tipo penal em questão recai sobre o militar da ativa, incorporado às Forças Armadas, mas também ao militar da reserva ou reformado, desde que empregado na administração militar, na forma do Art. 12 do Código Penal Militar.

Por fim, cabe consideração pontual em relação à figura do “assemelhado”, indicados por diversas vezes ao longo do Código Penal Militar, não sendo mais aplicado, na prática, pelos operadores do direito atuantes no Direito Militar, tornando-se um conceito inócuo em tempos modernos¹.

¹ Neste particular, faz-se menção também a supressão da figura do “assemelhado” no Projeto de Lei do Senado Federal nº. 2.233/2022, que a contar do momento de confecção deste artigo,

Neste sentido, rememora-se a equiparação do aluno de colégio militar ou instituição de ensino análoga sob direção e disciplina militar, desde que completados dezessete anos, aos imputáveis por crimes militares, nos termos do Art. 51 do Código Penal Militar.

Tal classificação não é mais utilizada, uma vez que o referido artigo não foi recepcionado pela Constituição Federal vigente, que, expressamente, afirma que os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis².

Ultrapassadas tais questões, e em atenção às particularidades do tipo penal aqui citado, sobretudo quanto aos núcleos verbais distintos, cabe a separação em tópicos próprios, para a melhor exposição das ideias aqui contidas.

2.1 Ponderações quanto à primeira parte do tipo penal

A primeira parte da conduta versa sobre a publicação de ato ou documento oficial por militar (ou assemelhado), desde que não tenha licença para a realização do ato. O ato de “publicar”, em si, significa tornar público, disseminando ou fazendo conhecer determinada informação a outrem.

Porém, a tutela penal do núcleo verbal deve ser acompanhada da figura adjetiva do tipo, qual seja: “ato ou documento oficial”, desde que não esteja licenciado ou permitido para tanto. Verifica-se na presente hipótese que a iniciativa do legislador foi de resguardo e preservação da cadeia de comando natural das Forças Armadas e das Forças Auxiliares, visto que a tutela de disseminação da informação – ou de ato oficial – deve ser de discricionariedade do Comando Militar, sobretudo pela sensibilidade da matéria, que, não raras vezes, detém contornos específicos próprios da

aguarda sanção presidencial após ser aprovado na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, o que demonstra o quão antiquado o referido conceito se tornou em tempos atuais.

² Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

segurança nacional e da defesa da Pátria, tornando-se parte integrante de sua missão constitucional, nos termos do Art. 142 da Constituição Federal da República Federativa do Brasil.

Ademais, não raras vezes, a conduta traz consigo outro crime praticado em conjunto.

Isto porque, o ato ou documento oficial indevidamente publicado pode conter características próprias de sigilo funcional, devendo ser mantido em segredo até a permissão oficial pelo Comando Militar a que pertence o documento ou informação em questão. Caso tal situação ocorra, praticará também o agente o tipo penal de violação ao sigilo funcional, previsto no Art. 326 do Código Penal Militar.

Ainda a título de exemplo, caso a publicação do documento ou ato oficial contradiga ordem direta da autoridade militar, incorrerá o agente no crime militar de desobediência, previsto no Art. 301 do Código Penal Militar.

Ultrapassadas tais questões, não se ignora que o sigilo dos atos administrativos será admitido apenas em caráter excepcional, uma vez que estes são pautados pela publicidade, nos termos contidos no Art. 37, *caput*, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil.

Em igual sentido, leciona Rafael Carvalho Rezende Oliveira:

O princípio da publicidade impõe a divulgação e a exteriorização dos atos do Poder Público (art. 37 da CRFB e art. 2º da Lei 9.784/1999). A visibilidade (transparência) dos atos administrativos guarda estreita relação com o princípio democrático (art. 1º da CRFB), possibilitando o exercício do controle social sobre os atos públicos. A atuação administrativa obscura e sigilosa é típica dos Estados autoritários. No Estado Democrático de Direito, a regra é a publicidade dos atos estatais; o sigilo é exceção. Ex.: a publicidade é requisito para produção dos efeitos dos atos administrativos, necessidade de motivação dos atos administrativos (Oliveira, 2019).

Ou seja, o ato de publicação do documento oficial tem consigo consequências graves ao ordenamento jurídico, uma vez que se trata de

elemento essencial à eficácia dos atos administrativos, que, por sua vez, classifica-se como pressuposto de exequibilidade de toda e qualquer ordem oficial militar, uma vez que também sujeita aos princípios da Administração Pública.

Sobre o conceito de eficácia, valemo-nos da doutrina de José dos Santos Carvalho Filho:

Eficácia é a idoneidade de que tem o ato administrativo para produzir os seus efeitos. Em outras palavras, significa que o ato está pronto para atingir o fim a que foi destinado. Se o ato completou seu ciclo de formação, podemos considera-lo eficaz, e isso ainda que dependa de termo ou condição futuros para ser executado (Carvalho Filho, 2016).

Noutro sentido, cabe alertar que, na análise do tipo penal em questão não se discute a idoneidade do ato ou documento oficial, tampouco a veracidade do conteúdo ali contido, visto que tais condutas recaem em tipos penais próprios – Art. 311 e Art. 312 do CPM, respectivamente – mas tão somente na ação por parte de militar (ou de assemelhado) que, sem a devida licença ou autorização, torna público ato ou documento oficial, havendo quebra da disciplina e da hierarquia, pilares atinentes a toda organização militar.

A publicação do ato ou do documento pode utilizar-se de inúmeros meios de comunicação, tais como *sites* da rede mundial de computadores; periódicos de grande circulação; ou, mais comumente, a própria rede social privativa do militar. Todos são instrumentos aptos a facilitar a prática do crime aqui em análise.

Ora, não há como ignorar que as redes sociais fazem parte da realidade sociológica mundial, sendo certo que as pessoas – militares ou não – valem-se do alcance obtido por seus ciclos sociais para expor suas ideias e seus pensamentos, ou até mesmo uma simples fotografia ou vídeo do dia a dia.

Ocorre que, ao estender-se tal simples ato à caserna, percebe-se que a publicação de algo aparentemente simples pode gerar controvérsias, uma vez que a natureza da conduta – apesar de aparentemente lícita – pode ser incompatível com o decoro das Forças Armadas/Auxiliares ou mesmo com o pundonor militar e demais os valores contidos na realidade da caserna.

Por tais razões, as instituições militares têm por hábito a emissão de cartilhas explicativas, indicando os riscos naturais à autoexposição do militar – especialmente quando se encontra em serviço – e também os limites para a disseminação de conteúdo nas redes sociais, de forma a preservar o próprio militar e também a Organização Militar como um todo.

Alerte-se, contudo, que se trata de condição essencial à criminalização da conduta que o militar publique – em rede social ou não – ato ou documento oficial sem a devida licença de seu superior, nos termos do Princípio da Legalidade, sendo certo que qualquer outra publicação deverá ser avaliada sob o prisma da transgressão disciplinar, de maneira casuística.

Por fim, saliente-se que a aproximação das Forças Armadas/Auxiliares à sociedade civil é importante, devendo ser estimulada, desde que tal exposição não atente aos valores naturais e basilares da realidade militar, devendo, em tais hipóteses, ser coibida nos termos do ordenamento jurídico vigente.

2.2 Ponderações quanto à segunda parte do tipo penal

A segunda parte do dispositivo versa sobre a crítica indevida do militar a três hipóteses distintas: (a) ato do seu superior; (b) assunto atinente à disciplina militar; ou (c) qualquer resolução do Governo.

Primeiramente, saliente-se que o verbo “criticar”, no contexto tratado, aduz a atribuição de termo negativo por parte do militar às condições

acima descritas, trazendo contexto de “desvalor” ou “reprovação” a essas condições, de forma a prejudicar a disciplina da tropa.

Quanto à primeira hipótese da segunda parte do tipo penal, tem-se que o conceito de superior contido no tipo penal trata-se de norma penal em branco homogênea, sendo possível seu complemento no bojo do próprio dispositivo legal, especificamente o Art. 24 do Código Penal Militar: “Art. 24. O militar que, em virtude da função, exerce autoridade sobre outro de igual posto ou graduação, considera-se superior, para efeito da aplicação da lei penal militar”.

Não há dúvidas de que a necessidade do tipo penal está em preservar a estrutura hierárquica própria da Organização Militar, sob pena de desordem e desarranjo interno da tropa.

Por outro lado, eventuais críticas à disciplina militar – e também às resoluções de Governo – tratam, como sugerido, de amparo à própria disciplina militar, também essencial, tal como a hierarquia, à sistemática do militarismo.

Em verdade, busca-se coibir a prática de atos que possam, de alguma maneira, perturbar a regular organização e atuação da tropa, por meio de críticas indevidas às hipóteses previstas no Art. 166 do Código Penal Militar, sendo indiferente o meio utilizado – virtual ou físico.

Neste sentido, colaciona-se entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais:

APELAÇÃO CRIMINAL - CRÍTICA INDEVIDA - ART. 166 DO CPM - CONFIGURAÇÃO - PENA - BASE - FUNDAMENTOS INSUFICIENTES - REFORMA - APLICAÇÃO NO MÍNIMO LEGAL - PROVIMENTO PARCIAL. - Comete o crime tipificado na segunda parte do art. 166 do CPM o policial militar que envia mensagem através do correio eletrônico da Corporação para três destinatários distintos, sendo dois deles referentes a caixas administrativas da Corporação às quais mais de uma pessoa possui acesso, com o objetivo de criticar assunto atinente à

disciplina militar (Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais, 2019).

No caso supracitado, observa-se que a Corte Militar Estadual entendeu possível a prática do crime na modalidade omissiva, visto que o acesso aos correios eletrônicos de caixas administrativas da Corporação é comum e de acesso indistinto a diversos militares, o que se conclui pela prescindibilidade de sujeito passivo certo e identificado na análise da conduta em questão.

Não por outro motivo, entende-se que o sujeito passivo imediato é a União ou o Estado Federado, no caso das Forças Armadas ou das Forças Auxiliares, respectivamente; ao passo que o sujeito passivo mediato será o superior aviltado pelas críticas em questão.

Neste particular, colhe-se o entendimento de Cícero Coimbra e Marcelo Strefinger sobre o tema:

118

O sujeito passivo, titular dos bens jurídicos aviltados, é o Estado, por meio de sua própria Instituição Militar, que se vê lesada em sua disciplina. Ademais, na forma de crítica de ato de superior, o praticante do ato é atingido pela conduta nuclear, sendo, portanto, sujeito passivo mediato (Neves; Strefinger, 2023).

Interessante também pontuar que a “crítica” não precisa ser pública, uma vez que tal característica não é elemento constitutivo do tipo penal, sendo necessário apenas que seja acintosa de forma a abalar significativamente a disciplina militar da tropa.

Por outro lado, cabe a ressalva de que o crime militar de publicação ou crítica indevida é subsidiário a crimes de maior desvalor tais como a calúnia (Art. 214 do CPM) ou o desacato a superior (Art. 298 do CPM). Entendemos que, nessas hipóteses apresentadas, a ofensa deve ser direcionada à autoridade do superior, de forma a lhe menoscar, e não ao ato em si, perfazendo, portanto, crime específico e mais grave.

Outrossim, o Superior Tribunal Militar já se posicionou em igual sentido, como ora se colaciona com o seguinte aresto:

APELAÇÕES. IRRESIGNAÇÃO DO MPM E DA DEFESA. CRIMES DE CALÚNIA E PUBLICAÇÃO OU CRÍTICA INDEVIDA. PRELIMINARES DEFENSIVAS. REJEIÇÃO. OFENSAS. IMPUTAÇÃO CATEGÓRICA DOS FATOS. ÔNUS DA PROVA. LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO. GARANTIA CONSTITUCIONAL. CRIME SUBSIDIÁRIO. PROVIMENTO DOS RECURSOS. A conduta pela qual o Réu foi denunciado teria ocorrido quando ainda ostentava a situação de militar da ativa, enquadrando-se, sem sombra de dúvidas, na competência prevista no art. 9º, inciso II, alínea "a", do CPM. Na hipótese, além de descaber falar em necessidade de representação dos Ofendidos com fundamento na Lei de Imprensa, também não se cogita falar em prescrição desse direito de representação. Não constituem requisitos necessários para a caracterização do delito de Calúnia que os destinatários das ofensas se sintam ofendidos pelas imputações feitas e que haja a imputação categórica dos fatos aos Ofendidos. Ademais, o ônus de comprovar a veracidade das imputações incumbe à pessoa que as fez, o que não ocorreu no caso. Em que pese vigorar em nosso ordenamento jurídico, como em qualquer Estado Democrático de Direito, o direito fundamental à liberdade de manifestação do pensamento, esse direito, como toda garantia constitucional, pode ser exercido em sua plenitude até o limite em que não confronte com outros direitos igualmente previstos na Constituição Federal. Induvidosamente delineado, na espécie, o delito de Calúnia, conforme recortado no artigo 214, caput, do CPM, e pelo qual o Acusado restou absolvido na 1ª instância. Por outro lado, encontram-se ausentes causas que excluam a culpabilidade ou afastem a ilicitude do proceder do Réu. O delito de Publicação ou crítica indevida constitui crime subsidiário, cuja incidência somente ocorre quando o fato definido no tipo legal não constituir delito mais grave. Dessa feita, tendo em vista a condenação que ora se impõe ao Réu, como incurso nas penas do delito de Calúnia, o delito subsidiário de Publicação ou crítica indevida, previsto no art. 166 do CPM, não mais subsiste, devendo o Acusado ser absolvido desta imputação. Rejeição das preliminares defensivas, por unanimidade. Provimento dos Recursos da Defesa e do Ministério Público Militar, por maioria (Superior Tribunal Militar, 2015).

De mais a mais, verifica-se que a crítica à disciplina militar foge ao escopo da missão constitucional das Forças Armadas, amparadas pelos valores trazidos na Carta Magna e nas leis esparsas do ordenamento jurídico,

uma vez que tem o condão de desmoralizar a própria essência do militarismo – marcado justamente pelo valor (disciplina) da crítica abstrata em comento – sendo, portanto, uma contradição em si perante as Forças Armadas e também diante das Forças Auxiliares.

Isto porque a mencionada missão constitucional vai além da predileção política dos integrantes da tropa, que, caso exposta de maneira desmedida, poderia trazer riscos concretos à disciplina e à hierarquia, gerando turba entre os discordantes; perseguição no interior dos quartéis; ou mesmo vir a sugerir que a tropa não passaria de milícia privada, aliadas não ao Poder Executivo, nos termos constitucionais, mas à representante transitório do povo na figura do chefe de Estado, ao arrepio dos Poderes Constitucionais.

Outrossim, cabe lembrar que a manifestação de ordem política é somente permitida ao militar inativo, e, ainda assim, nos limites contidos no bojo da Lei Federal nº. 7.524/1986, ao passo que o militar da ativa encontra impedimentos específicos no interior dos regulamentos disciplinares da Força a que pertence.

Em verdade, ao fazer parte da tropa, o militar sacrifica parte da sua individualidade, em respeito ao interesse público, nos termos mencionados pela Constituição Federal, devendo, por óbvio, realizar suas relevantes funções institucionais, sem perder seu propósito de defesa da Pátria, sendo certo que tal impessoalidade – imprescindível ao militar – relativiza-se com a incidência de críticas, seja a atos do superior; assuntos atinentes à disciplina militar ou; mesmo a resoluções do Governo Federal – leiam-se entes federados.

A propósito, entendeu o Superior Tribunal Militar, por unanimidade, nos autos do Recurso em Sentido Estrito nº. 0000022-06.2013.7.03.0203, que mesmo as críticas à legislação militar – em especial o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar – teriam o condão, ao menos à *prima*

facie, de justificar o prosseguimento de ação penal militar em desfavor de oficial das Forças Armadas, como ora se transcreve:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PUBLICAÇÃO OU CRITICA INDEVIDA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. ANÁLISE DA TIPICIDADE. É remansoso na jurisprudência desta Corte que, estando revestida das formalidades legais e subsidiada em elementos de convicção que demonstram haver materialidade do crime e indícios de autoria, deve-se receber a denúncia, dando ao Conselho de Justiça a oportunidade de analisar a tipicidade material e subjetiva da conduta do acusado. A discussão se a conduta é crime ou infração disciplinar é competência do Conselho, que fará o exame aprofundado da prova. O Juiz-Auditor fará em juízo de cognição sumária, quando do juízo de deliberação, salvo quando esta se demonstra manifestamente atípica, o que não é o caso dos autos. Configuram a tipicidade estabelecida no art. 166 do CPM críticas à legislação militar, sobretudo o contido no CPM e no CPPM. Avulta-se a necessidade de ser o mérito analisado pelo Conselho Especial de Justiça, tendo em vista ser o denunciado Oficial com histórico de condenações por crimes afetos ao desrespeito à disciplina. Recurso conhecido e provido. Denúncia recebida. Unânime (Superior Tribunal Militar, 2013).

121

Ao que pese o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal Militar, entendemos, respeitosamente, que eventuais críticas ao Código Penal Militar e ao de Processo Penal Militar não se amoldam, especificamente, às hipóteses de subsunção do Art. 166 do *codex milicien*, uma vez que tais dispositivos mencionados não versam, expressamente, à disciplina militar, tutela que recai aos regulamentos disciplinares das Forças Armadas e das Forças Auxiliares.

No mesmo sentido, o termo “qualquer resolução do Governo”, também trazido pelo tipo penal supracitado, deve ser interpretado de forma restritiva, notadamente quanto a atividades típicas do Poder Executivo – em especial àquelas próprias do Ministério da Defesa – por meio de decretos, portarias, ordens de serviço e afins – das quais o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar não fazem parte.

Cabe também comentar que o Projeto de Lei do Senado Federal nº. 2.233 de 10 de agosto de 2022, encaminhado à sanção presidencial no momento de confecção deste trabalho escrito, suprimiu a parte final da redação do Art. 166 do Código Penal Militar, notadamente a expressão “qualquer resolução do Governo”, não sendo mais, portanto, de vontade do Poder Legislativo que seja mantida a criminalização a eventuais críticas por militares às disposições legais dos entes federados.

Tal esclarecimento se faz deveras relevante, visto que não se está a afirmar que a Força impede manifestações legítimas ou censura menções positivas por parte de seus membros.

Pelo contrário, ela adota medidas concretas a auxiliar seus agregados no comportamento social responsável, em particular nas redes sociais, que, dentre todos os exemplos, indica-se o Manual de Conduta nas mídias sociais no âmbito do Comando da Aeronáutica (2023), divulgado nos *sites* oficiais da Força Aérea Brasileira e do Governo Federal.

3 A ADPF 475 E O POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A MATÉRIA

No ano de 2017, determinado partido político apresentou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF – perante o Supremo Tribunal Federal, com objetivo de questionar a recepção constitucional do Art. 166 do Código Penal Militar, objetivando a revogação do dispositivo legal, caso a ação constitucional viesse a ser julgada procedente.

A fundamentação trazida pelo requerente utilizou como base, principalmente, os argumentos de que: (a) a livre manifestação, como parte integrante da liberdade de expressão, compõe os direitos e garantias fundamentais, previstos no Art. 5º, IV, IX e XIV, da Carta Magna, além do Art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos; (b) o impedimento à

manifestação caracterizaria censura, vedada pelo estado democrático de direito, na forma do Art. 220 da Constituição Federal; (c) as críticas – chamadas manifestações – contribuiriam positivamente para a segurança pública, uma vez que denunciam e revelam informações que estão sendo escondidas pela população (Supremo Tribunal Federal, 2023).

Saliente-se, ainda, que o inconformismo ali contido se limitava, tão somente, à segunda parte do tipo penal ora estudado, notadamente quanto ao brocardo “criticar publicamente ato de seu superior ou assunto atinente à disciplina militar, ou a qualquer resolução do Governo”, ao que pese não constar expressamente da petição inicial.

Após manifestações dos gabinetes dos ministros das Forças Armadas, bem como da Advocacia-Geral da União, a referida ação constitucional foi julgada improcedente, por unanimidade, no mês de março de 2023, e a Suprema Corte sedimentou a constitucionalidade do Art. 166 do Código Penal Militar.

Neste particular, verifica-se que conclusão similar foi obtida nos autos da ADPF nº. 353, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, julgada anteriormente pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, cujo objeto disciplinava a penalização normativa, por transgressão disciplinar, à manifestação de apreço ou despreço a quaisquer autoridades por policiais civis do Distrito Federal e da União – Art. 43, III, da Lei Federal nº. 4.878/1965 – tendo o Tribunal mantido a coerência nos parâmetros delimitados nas ações constitucionais análogas (Supremo Tribunal Federal, 2021).

Com efeito, extrai-se trecho do voto exarado pelo Ministro Dias Toffoli, relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental:

(...) E não é novidade que esse tão significativo direito constitucional seja, a um só tempo, resultado e condição de existência de um país democrático. No entanto, a despeito de sua imprescindibilidade, é possível que sofra restrições –

como qualquer direito fundamental –, tendo a Suprema Corte assentado, não poucas vezes, a inexistência de direitos intocáveis. (...) (Supremo Tribunal Federal, 2023).

Em outras palavras, não se nega que a liberdade de expressão seja parte integrante e agrega diferentes liberdades fundamentais, porém, assim como outros incontáveis direitos e garantias constitucionais, podem ser flexibilizada, a depender do bem jurídico tutelado que esteja em vias de se preservar.

Desta feita, entendeu o plenário do Supremo Tribunal Federal que a hierarquia e a disciplina, elementos basilares da justiça castrense, prevalecem, abstratamente, sobre a liberdade de expressão, como garantias fundamentais dos militares da ativa, também sujeitos de direito no Estado Democrático. Tal conclusão foi obtida em decorrência da ponderação de valores constitucionalmente relevantes, por meio de critérios de razoabilidade no caso concreto.

Assim, segue o voto do Ministro Relator:

(...) Pode-se concluir, portanto, que restrição é, em verdade, uma ingerência que se coloca no âmbito de proteção de um direito fundamental. Ingerência essa motivada pela existência, no respectivo ordenamento jurídico, de outros valores e circunstâncias, igualmente protegidos, a serem sopesados no caso concreto (...) (Supremo Tribunal Federal, 2023).

Ora, não há como negar que o militar é parte integrante da sociedade, não devendo ser excluído do contexto de participação popular, tendo dignidade e não sendo equiparado a mero instrumento da sociedade brasileira ou, tampouco seu inimigo ou antagonista (Galvão, 2022, p. 182-183).

Contudo, sabe-se também que a carreira militar é marcada por características próprias, com sacrifícios a direitos e garantias fundamentais historicamente adquiridos, tal como, a exemplo, a proibição expressa à sindicalização e à greve, na forma do Art. 142, IV, da Constituição Federal.

Neste sentido, cabe aqui a reflexão de que a abnegação constitucional a tais direitos por parte dos militares tem como objetivo também a proteção da soberania nacional e, conseqüentemente, do Estado Democrático de Direito, nos termos da missão constitucional, para que todos os demais indivíduos possam ter tais garantias renunciadas ao seu alcance.

Em outras palavras, a classe dos militares sacrifica parte de seus direitos justamente para que o Estado Democrático de Direito possa continuar a florescer.

Outrossim, tal como citado no voto elaborado pelo Ministro Relator no bojo da ADPF nº. 475, cabe aqui transcrever trecho da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), da qual o Brasil é signatário desde 25 de setembro de 1992, que assim versa:

ARTIGO 13

Liberdade de Pensamento e de Expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e idéias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei a ser necessárias para assegurar:

- a) o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
- b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

(...)

Como se observa, mostra-se perfeitamente possível a responsabilização de agentes – no caso militares – em situações de críticas indevidas, desde que verificadas, na hipótese concreta, necessidade de proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde e moral públicas, tendo sido esse o parâmetro principiológico sopesado pelo Supremo Tribunal Federal para considerar recepcionado o dispositivo previsto no Art. 166 do Código Penal Militar.

4 CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, verifica-se que a decisão exarada nos autos da ADPF nº. 475 não apenas reforça a constitucionalidade do Art. 166 do Código Penal Militar, mas, também, permite a inferência de outras considerações que solidificam a jurisprudência nacional quanto ao direito castrense.

Neste sentido, mostra-se correto afirmar que o direito à liberdade de expressão do militar não é absoluto, devendo ser sopesado à luz da hierarquia e da disciplina em atenção à missão constitucional exercida pelas Forças Armadas e pelas Forças Auxiliares.

Contudo, tal como elucidado no voto do Ministro Dias Toffoli, a Convenção Americana de Direitos Humanos traz relevante contribuição hermenêutica à tipificação do crime militar de publicação ou crítica indevida, devendo, inclusive, ser parte integrante do referido dispositivo, notadamente quanto ao sopesamento do bem jurídico, a ser avaliado de maneira casuística.

Por fim, a análise de violação ao bem jurídico e, subsequentemente, da necessidade de resposta penal condizente, deverá levar em conta os critérios previstos no Art. 13, 1, alíneas “a” e “b”, da Convenção Americana de Direitos Humanos, de forma a trazer maior segurança jurídica na análise do delito militar supracitado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Força Aérea Brasileira. *Manual de Conduta nas Mídias Sociais no Âmbito do Comando da Aeronáutica*, 2023. Disponível em: <https://www2.fab.mil.br/incaer/index.php/slideshow/770-manual-de-conduta-nas-midias-sociais-no-ambito-do-comando-da-aeronautica>, Acesso em: 13 mar. 2023.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei 2.233*, de 2022. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/154400?_gl=1*1rgpgh0*_ga*MTQ1NDI5NTE0NC4xNjkxNTEyMzg3*_ga_CW3ZH25XMK*MTY5NTA0NDAxOS43LjAuMTY5NTA0NDAxOS4wLjAuMA. Acesso em: 18 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. *Apelação nº 0000111-09.2011.7.03.0103*. Relator(a): Ministro(a) LUIS CARLOS GOMES MATTOS. Data de Julgamento: 10/06/2015. Data de Publicação: 13/07/2015.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. *Recurso em Sentido Estrito nº 0000022-06.2013.7.03.0203*. Relator(a): Ministro(a) Marcos Martins Torres. Data de Julgamento: 03/10/2013. Data de Publicação: 17/10/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 353*. Relatora Ministra Carmen Lúcia, Dje 21/06/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 475*. Relator Ministro Dias Toffoli, Dje 13/04/2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais. *Apelação nº. 0001126-08.2016.9.13.0001*. Relator Juiz Sócrates Edgard dos Anjos. Data da Publicação: 21/10/2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

FRIEDMAN, Thomas L. *O mundo é plano*. 2. ed. São Paulo: Editora Objetiva, 2007.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal Militar – Teoria do Crime*. 4. ed. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2022.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar – V. Único* – 7. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2019.

Compreendendo o bem jurídico no Direito Penal Militar: uma análise sobre o seu conceito, importância e especialidade jurídica

Mainara Teles Dourado

Doutoranda em Direito. Mestre em Direito Constituição e Sociedade pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP.

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8627364518102418>

E-mail: mainaradg@gmail.com

Revisores: Cláudia Márcia Ramalho Moreira Luz (e-mail: claudia.luz@mpm.mp.br)

Manoel Veridiano Fukuara Rebello Pinho (CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6102399584805927>; e-mail: manoelpinho82@gmail.com)

Data de recebimento: 03/10/2023

Data de aceitação: 20/10/2023

Data da publicação: 21/11/2023

DOI: 10.5281/zenodo.10075543

RESUMO: O objetivo deste artigo é aprofundar o entendimento do bem jurídico no contexto do Direito Penal Militar, fornecendo informações para estudantes, acadêmicos e profissionais do Direito interessados nessa área específica. Ao analisar detalhadamente o conceito, a relevância e a legislação associada ao bem jurídico militar, buscamos enriquecer a compreensão e o uso do Direito Penal Militar em nossa sociedade, que, ao entender essas diferenças, ganha uma visão mais profunda da importância do Direito Penal Militar e seu papel na preservação da ordem e da segurança nacional. Longe de esgotar a temática, o objetivo é começar a chamar a atenção para um pequeno ponto do vasto campo jurídico de um ramo negligenciado do Direito, meta de vida do mestre de todos nós, o eterno professor Couto.

PALAVRAS-CHAVE: bem jurídico militar; Direito Penal Militar; Forças Armadas; segurança nacional; disciplina militar; hierarquia; operações militares; estado democrático; separação dos poderes.

ENGLISH

TITLE: Understanding the Legal Interest in Military Criminal Law: An Analysis of its Concept, Importance, and Legal Specificity.

ABSTRACT: The objective of this article is to deepen the understanding of the legal good in the context of military criminal law, providing information for students, academics, and legal professionals interested in this specific area. By analyzing in detail the concept, relevance, and legislation associated with the military legal good, we aim to enrich the understanding and application of Military Criminal Law in our society. By comprehending these differences, society gains a deeper insight into the importance of Military Criminal Law and its role in preserving order and national security. Far from exhausting the topic, the objective is to draw attention to a small point in the vast legal field, a neglected branch of law, a lifelong goal of the master of us all, the eternal Teacher Couto.

KEYWORDS: military legal good; military criminal law; armed forces; national security; military discipline; hierarchy; military operations; democratic state; separation of powers.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 O bem jurídico no Direito – 3 Objetivo do Direito Penal Militar e o seu bem jurídico – 4 Importância de compreender o bem jurídico militar – 5 A abrangência do bem jurídico militar – 6 As diferenças entre o bem jurídico comum e o bem jurídico militar – 7 A especialidade do Direito Penal Militar em razão do bem jurídico tutelado – 8 O Código Penal Militar: o diploma que regula a proteção do bem jurídico militar – 9 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Desafiadora e prestigiosa é a responsabilidade de abordar o campo do Direito Penal Militar. É desafiadora devido à escassez de pesquisas em razão da limitada literatura disponível no mercado; e, prestigiosa, devido à árdua tarefa de destacar um campo que muitas vezes é negligenciado no cenário acadêmico do Direito.

No conhecimento limitado deste ramo especializado do Direito Penal, é crucial ressaltar a negligência dos profissionais jurídicos em relação a essa área. Isso não se limita apenas aos crimes militares, que têm sua própria legislação, mas abrange todo o conjunto de leis destinadas aos militares. Trata-se de uma área do Direito marcada pela sua multidisciplinaridade cativante, capaz de fascinar tanto aqueles que estão começando a estudar o Direito quanto os estudiosos mais experientes. É por essa razão que estamos empenhados em transformar e promover a divulgação deste campo do Direito.

Por que o Direito Penal Militar se diferencia do Direito Penal comum e por que essa diferenciação tem como elemento central o conceito de bem jurídico?

A complexidade e singularidade do Direito Penal Militar têm raízes na necessidade de salvaguardar os interesses das Forças Armadas e, por extensão, da nação. Por isso, a especialidade do Direito Penal Militar se manifesta na distinção entre as infrações militares e os crimes comuns, bem como em determinadas normas e procedimentos que regem o processo e os julgamentos dos militares. A especialização desse Direito reconhece que as Forças Armadas operam em um ambiente singular, no qual a disciplina, a obediência hierárquica e a capacidade de cumprir missões são cruciais.

O Direito Penal Militar é um ramo jurídico singular que desempenha um importante papel na preservação da ordem, da segurança nacional e da

eficácia das Forças Armadas. Em seu núcleo, esse direito concentra-se na proteção do que é denominado “bem jurídico militar”, um conceito que difere substancialmente do bem jurídico comum encontrado no Direito Penal convencional. Este artigo propõe uma análise detalhada do bem jurídico no contexto do Direito Penal Militar, para tanto, exploraremos o conceito do bem jurídico e seu significado específico no âmbito militar, investigaremos o objetivo do Direito Penal Militar em relação a esse bem jurídico e discutiremos a importância de uma compreensão aprofundada desse conceito. Além disso, examinaremos a amplitude do bem jurídico militar, destacando suas diferenças em relação ao bem jurídico comum enfocando a especialidade do Direito Penal Militar. Será realizado, também, um exame do Código Penal Militar, o diploma que regulamenta a proteção do bem jurídico militar.

132

Este artigo visa, portanto, fornecer uma compreensão aprofundada do bem jurídico no Direito Penal Militar, oferecendo *insights* para estudantes, acadêmicos e profissionais do direito interessados nessa área específica. Ao examinar o conceito, a importância e a legislação relacionada ao tema, esperamos contribuir para uma melhor compreensão e aplicação do Direito Penal Militar em nossa sociedade.

Para realizar uma análise abrangente sobre o bem jurídico no Direito Penal Militar, esta pesquisa adotou uma metodologia interdisciplinar, combinando revisão bibliográfica extensiva e análise crítica.

Foi realizada uma revisão da literatura existente sobre o tema, explorando obras acadêmicas e artigos relacionados ao tema.

Realizou-se uma análise comparativa entre o bem jurídico militar e o bem jurídico comum, explorando as diferenças entre esses conceitos em ambos os contextos, com o objetivo de proporcionar uma compreensão mais profunda das especificidades do bem jurídico no âmbito militar.

Ao adotar essa metodologia diversificada, esta pesquisa buscou oferecer uma análise holística e informada sobre o bem jurídico no Direito Penal Militar, contribuindo significativamente para o entendimento e aplicação desse campo especializado do Direito.

2 O BEM JURÍDICO NO DIREITO

O conceito de “bem jurídico” é uma pedra angular no campo do Direito Penal e desempenha um papel central na elaboração, interpretação e aplicação das leis em qualquer sistema jurídico. O bem jurídico é um conceito que se refere a interesses, valores, direitos e necessidades reconhecidos e protegidos por um determinado ramo do Direito. Em outras palavras, é aquilo que a lei considera digno de proteção legal. O bem jurídico é a base sobre a qual as leis são criadas e aplicadas, e sua violação resulta em responsabilidade legal ou em medidas punitivas ou reparatórias.

A definição de bem jurídico é essencial para o funcionamento de qualquer sistema jurídico por determinar, por exemplo, no Direito Penal Militar, quais condutas devem ser consideradas crimes. Ademais, o bem jurídico atua como limitação do poder estatal, pois a sua determinação significa que o Estado só pode intervir na vida dos cidadãos quando há uma ameaça real ou potencial a um componente do bem jurídico. Dito isto, os bens jurídicos podem ser conceituados como os bens merecedores da proteção do Direito.

De acordo com a explicação fornecida por Prado (2018), a concepção de bem jurídico é flexível e representa uma avaliação em constante evolução das oportunidades criminais. Portanto, ela deve sempre estar alinhada com o conjunto de valores e princípios estabelecidos na Constituição, ou seja, deve estar em conformidade com a concepção do Estado Constitucional.

É importante destacar que a Constituição Federal, logo no seu artigo 5º, reconhece a existência do crime militar em nosso Estado e ressalta a necessidade de que esse ramo do direito seja especializado e diferenciado em relação ao Direito Penal comum.

Nesse contexto, podemos observar que o princípio da hierarquia e disciplina, protegido pelo Direito Penal Militar, encontra respaldo na Constituição, embora isso não signifique que seja o único interesse protegido pelo Direito Castrense.

Gomes (2002) salienta que os bens jurídicos podem ser classificados em várias categorias, a exemplo dos bens individuais do Direito Penal que incluem a vida, a integridade física, a liberdade pessoal, a propriedade, a honra e a privacidade. Existem, também, os bens coletivos do Direito Penal comum que englobam valores que beneficiam a sociedade como um todo, como a ordem pública, o meio ambiente e a saúde pública.

Portanto, a teoria do bem jurídico impõe mais uma barreira para o direito de punir estatal, já que condiciona a atividade legislativa concernente à criação de tipos penais incriminadores à seleção de condutas que causem lesão (ou exponham a perigo concreto) a bens jurídicos dotados de dignidade penal.

Em conclusão, o princípio da exclusiva proteção dos bens jurídicos, consectário lógico da teoria e pressuposto do Direito Penal Militar, apresenta-se, ao lado dos demais princípios constitucionais penais, como limitador do *ius puniendi*, regendo a seleção dos bens a serem tutelados, ao apontar os valores mais caros ao ramo do Direito, condicionando a atividade de criminalização às condutas que ofendam intoleravelmente aqueles bens jurídicos.

3 OBJETIVO DO DIREITO PENAL MILITAR E O SEU BEM JURÍDICO

A investigação sobre o bem jurídico protegido pelo Direito Penal Militar é essencial para fundamentar sua regulamentação em um sistema próprio. A natureza singular da atividade militar, que visa proteger a soberania nacional e a ordem social dentro do atual Estado Democrático de Direito, por si só, justifica a necessidade de um tratamento diferenciado no âmbito do Direito Penal Militar. Por isso, o estudo do objetivo do Direito Penal Militar é fundamental para compreensão do seu bem jurídico.

Como vimos, o bem jurídico se refere aos interesses que são protegidos sob as leis do Direito. Nesse sentido, Toledo (2008, p. 17), ao dissertar sobre o tema, afirma como bem jurídico “aquilo que esteja a exigir uma proteção especial, no âmbito das normas de Direito Penal, por se revelarem insuficientes, em relação a ele, as garantias oferecidas pelo ordenamento jurídico, em outras áreas extrapenais”.

Segundo Bitencourt (2016), o objetivo principal do Direito Penal Militar é a proteção das instituições militares e da ordem interna das Forças Armadas. Além disso, busca-se garantir a disciplina e a hierarquia militares, a proteção da integridade física e psicológica dos militares, bem como a prevenção de crimes militares que possam afetar a efetividade operacional das Forças Armadas.

Lobo (2019) destaca que o Direito Penal Militar é essencial para o cumprimento da missão constitucional das Forças Armadas e para a manutenção da ordem e da disciplina no ambiente militar. O autor ressalta que os militares estão sujeitos a uma série de deveres e obrigações que não se aplicam aos civis, e que o Direito Penal Militar busca garantir a efetividade desses deveres e obrigações.

Sendo o escopo do Direito Penal Militar garantir a segurança, a disciplina, a efetividade das instituições militares, bem como proteger os militares, para a realização da defesa da soberania do país, o bem jurídico militar desse sistema vai se referir aos valores e interesses que são considerados essenciais para a segurança, a disciplina e a eficácia das instituições militares.

Assim, o bem jurídico militar está ligado aos objetivos de proteção aos valores e interesses das Forças Armadas considerados essenciais para a sua segurança, efetividade e o cumprimento da sua missão constitucional. Desse modo, o Direito Penal Militar tem como objetivo proteger o seu bem jurídico, ou seja, seus objetivos e valores, por meio da punição dos crimes que os violam.

136

4 IMPORTÂNCIA DE COMPREENDER O BEM JURÍDICO MILITAR

A sociedade, muitas vezes, não entende o rigor do Direito Militar por não compreender plenamente as nuances que o diferenciam do Direito Penal comum. Uma das questões centrais que frequentemente causa mal-entendido é a diferença no conceito de bem jurídico militar. Essa falta de compreensão pode levar a críticas infundadas, principalmente em razão da aplicação de certos institutos legais, de forma diferente do Código Penal comum, aos jurisdicionados castrenses.

O bem jurídico, no contexto militar, abrange uma série de interesses e valores essenciais que devem ser protegidos para o funcionamento das forças armadas e para a manutenção da ordem e segurança nacional. Esses valores são fundamentais para garantir que as instituições militares possam cumprir sua missão de defesa da soberania e segurança do país.

No entanto, a falta de conhecimento sobre esses princípios leva a críticas injustas sobre o rigor do Direito Militar. Por exemplo, a criminalização de atos que podem parecer excessivos para os civis muitas vezes é necessária para manter a ordem, a coesão e a eficiência nas fileiras militares, pois a não conformidade com esses preceitos pode ter consequências graves em um contexto das obrigações militares.

Nesse sentido, o rigor, por exemplo, em relação à criminalização do uso, porte e a posse de drogas por membros das Forças Armadas é uma dessas questões não compreendidas. No entanto, é importante reconhecer que, no contexto militar, as condutas relacionadas ao uso de drogas adquirem uma relevância e gravidade particular, uma vez que os militares lidam com armas, artefatos explosivos, pilotam aeronaves e desempenham papéis cruciais na defesa da pátria. Por isso, é fundamental compreender porque tais condutas são tratadas de maneira mais severa no Direito Penal Militar.

As Forças Armadas são responsáveis pela defesa da soberania e segurança nacional, o que implica lidar com situações de risco e potencialmente letais em um contexto de conflito. Militares são treinados para operar armamentos sofisticados, e conduzir missões críticas que exigem um alto grau de foco, disciplina e coordenação. Nesse cenário, qualquer comprometimento da capacidade física, mental ou emocional de um militar pode representar uma ameaça direta à vida de seus colegas de farda, à segurança nacional e à eficácia das operações militares.

No Direito Penal Militar não é possível tolerar falhas graves no desempenho individual, tão pouco condutas que minem a confiança e a coesão dentro de uma unidade. A confiança mútua e a capacidade de trabalhar em equipe são essenciais para o sucesso das operações militares, e qualquer desvio de padrão pode comprometer a segurança de todos os envolvidos. Por isso, não são aceitos comportamentos regidos por falta de controle emocional e decisões impulsivas, pois eles podem gerar uma

catástrofe. Um ato imprudente de um militar pode resultar em acidentes graves envolvendo armas, veículos ou aeronaves militares, com consequências potencialmente fatais.

Da mesma forma é preciso entender que a criminalização ou sanção mais rigorosa de crimes como desacato, desobediência, recusa de obediência, motim e revolta, no Direito Penal Militar, desempenha um papel fundamental na proteção do bem jurídico específico. Nesse sentido, as instituições militares dependem fortemente da hierarquia e disciplina, porque necessitam operar de maneira eficiente e cumprir suas missões, por isso que a criminalização de determinadas condutas é essencial para garantir que as ordens dos superiores sejam seguidas sem questionamento indevido, mantendo a coesão e a unidade.

A recusa de obediência a ordens legítimas pode ter consequências graves em um contexto militar, incluindo riscos à segurança das tropas e ao sucesso das missões. Da mesma forma, a contenção de distúrbios internos com a criminalização das condutas de motim e revolta é especialmente importante para conter qualquer ameaça à ordem interna nas forças armadas. Essas infrações visam prevenir situações em que grupos de militares possam se unir contra as autoridades superiores, evitando assim a desintegração das instituições militares e possíveis riscos à segurança nacional.

Além do mais, a unidade e a coesão são elementos essenciais na força militar. A criminalização dessas condutas ajuda a manter a lealdade e o compromisso dos membros das Forças Armadas com a instituição e o país, garantindo que todos atuem em conformidade com os valores e objetivos estabelecidos.

Portanto, o rigor do Direito Penal Militar é justificado pela necessidade de manter a disciplina, a segurança, os valores e a eficácia das Forças Armadas. Algumas condutas são tratadas com mais gravidade no contexto militar, porque o risco envolvido nas atividades militares é

significativamente maior do que na vida de um cidadão comum. A proteção da pátria e a segurança de todos os cidadãos dependem do funcionamento eficaz e da integridade das Forças Armadas.

É decisivo que a sociedade compreenda que o Direito Militar não é apenas uma extensão do Direito Penal comum, mas um campo especializado que lida com questões únicas relacionadas a tópicos como a própria defesa nacional. A aplicação de certos institutos legais pode parecer rigorosa à primeira vista, mas é essencial para manter a ordem e a eficácia das Forças Armadas.

Portanto, promover uma compreensão do bem jurídico militar é essencial para evitar críticas infundadas e promover um diálogo construtivo sobre a importância do Direito Militar na defesa dos interesses nacionais.

5 A ABRANGÊNCIA DO BEM JURÍDICO MILITAR

139

O Direito Penal Militar é frequentemente mal compreendido e erroneamente associado apenas à proteção da hierarquia e disciplina nas Forças Armadas. No entanto, é fundamental reconhecer que esse ramo do direito não se limita a esses dois aspectos pois desempenha um papel de suma importância para a salvaguarda daquilo que pode ser influenciado pela realização das atividades militares.

Conforme Galvão (2018, p.65), “o Direito Penal Militar se interessa essencialmente por proteger todos os bens jurídicos que possam ser afetados pela realização inadequada dos serviços militares”, e o equívoco de que o Direito Penal Militar se concentra exclusivamente na hierarquia e disciplina decorre, em parte, da falta de familiaridade da sociedade com as complexidades do sistema legal militar.

As Forças Armadas são responsáveis por uma ampla gama de atividades que vão além da manutenção da hierarquia e disciplina. Elas

desempenham um papel vital na segurança nacional, na proteção de informações confidenciais, na defesa do território e em várias outras missões críticas. Em cada uma dessas áreas, a transgressão ao Direito Penal Militar pode resultar em danos significativos.

Por exemplo, a segurança nacional, que compõe a proteção do bem jurídico militar, é de suma importância e está intrinsecamente ligada às operações das Forças Armadas. A divulgação de informações sensíveis ou a negligência na proteção de segredos de Estado pode representar uma ameaça direta à segurança do país. Da mesma forma, erros na execução de operações militares podem resultar em danos físicos e ambientais irreparáveis.

O Direito Penal Militar, portanto, abrange uma série de crimes e infrações que visam proteger uma ampla gama de itens que compõem o seu bem jurídico, incluindo a segurança nacional, a democracia e a existência e divisão dos poderes. Ele não se limita apenas à manutenção da ordem interna nas instituições militares, mas tem um impacto significativo na segurança e no bem-estar da sociedade como um todo. Ainda de acordo com Galvão (2018, p. 65), as instituições militares, os serviços que prestam à sociedade brasileira, o “Direito Penal Militar e a Justiça Militar estão inseridos no contexto do Estado Democrático de Direito e sob este prisma devem ser compreendidos”.

6 AS DIFERENÇAS ENTRE O BEM JURÍDICO COMUM E O BEM JURÍDICO MILITAR

No Direito Penal comum, os bens jurídicos protegidos incluem a vida, a integridade física, a liberdade, a propriedade, a honra, a dignidade sexual, a ordem pública, entre outros. Esses bens são considerados essenciais para a convivência pacífica e harmônica da sociedade em geral.

Já no Direito Penal Militar, existem outros elementos que são específicos das Forças Armadas, como a hierarquia, a disciplina, a eficácia operacional das Forças Armadas, a segurança nacional e a defesa da democracia. Esses bens são essenciais para o cumprimento da missão constitucional das Forças Armadas.

Assim, o Direito Penal Militar tem uma aplicação mais restrita, pois as suas normas são específicas para tutelar a missão e a eficiência da força. Essas normas são, portanto, diferentes das normas do Direito Penal comum, já que os militares estão sujeitos a uma série de deveres e obrigações que não se aplicam aos civis.

A especificidade da matéria, a seleção de bens a serem tutelados, as condutas lesivas no Direito Penal Militar diferem das situações protegidas pelo do Direito Penal comum, pois o objetivo do Direito Penal Militar consiste, em suma, em uma prevenção mitigada, ou seja, a de promover e proteger o sadio desempenho das missões concernentes às Forças Militares, a despeito do Direito Penal comum, que tem um objetivo geral de proteção à sociedade.

Nesse sentido, Neves e Streifinger (2023) advertem, ainda, que o bem jurídico-penal militar difere do Direito Penal comum, visto que se deve pensar não somente na lesão daquele que seria o bem jurídico-penal em primeira linha, mas também em um bem jurídico consequente que seria o sadio desempenho das missões concernentes às forças militares.

Em resumo, a diferença entre o bem jurídico militar e o bem jurídico do Direito Penal comum está na sua natureza específica, sendo que o bem jurídico militar está voltado para a proteção dos valores e interesses específicos das Forças Armadas e, em última análise à segurança nacional, enquanto o bem jurídico do Direito Penal comum está voltado para a proteção dos valores e interesses que afetam a sociedade em geral.

Portanto, quando os interesses devem ser protegidos pelo Direito Penal Militar, a exegese do Direito deve ser feita de maneira diferente, pois algumas regras legais devem ser aplicadas de forma distinta, levando em conta as particularidades do Direito Penal Militar. Não estamos sugerindo que os dois ramos do Direito devem ser completamente separados, mas sim que as normas legais devem ser aplicadas com consideração à natureza específica do Direito Penal Militar.

7 A ESPECIALIDADE DO DIREITO PENAL MILITAR EM RAZÃO DO BEM JURÍDICO TUTELADO

O Direito Penal Militar pode ser classificado como uma ramificação do Direito Penal comum ou como uma divisão do Direito Penal que se aplica aos militares das Forças Armadas e às Forças Auxiliares, bem como ao civil em determinados casos. Sua natureza jurídica é, portanto, *sui generis*, devido às particularidades que envolvem as atividades militares. Esse ramo do direito é caracterizado por sua especialização e singularidade, refletindo as peculiaridades das atividades militares com a necessidade de manter a disciplina, a hierarquia e a eficácia das operações militares.

No Direito Penal Militar, a proteção é precipuamente destinada à administração militar e aos princípios basilares da hierarquia e disciplina, tratando-se de, portanto, de um conjunto de normas que definem os crimes contra a ordem jurídica militar (Assis, 2014). Portanto, uma das principais características do Direito Penal Militar é o objetivo de garantir aspectos fundamentais para o cumprimento das missões atribuídas às Forças Armadas.

A Lei Penal Militar, dada a sua complexidade e as particularidades inerentes às atividades das Forças Armadas, é um campo que suscita debates sobre sua natureza jurídica. Nesse contexto, duas principais abordagens surgem para compreender essa questão: a teoria do órgão e a teoria

processualística. Embora ambas reconheçam a distinção do Direito Penal Militar em relação ao Direito Penal comum, elas apresentam nuances significativas.

A complexidade do sistema jurídico muitas vezes nos leva a questionar como as diversas categorias de direitos são aplicadas e em que medida elas se diferenciam devido ao órgão jurisdicional responsável. Nesse contexto, a Teoria do Órgão surge como uma corrente doutrinária que analisa a especialidade da Justiça Militar com base no órgão encarregado de aplicar o Direito objetivo. Damásio de Jesus contribuiu para essa discussão, estabelecendo uma distinção fundamental, a de que a norma pode ser considerada especial quando requer a atuação de órgãos especiais constitucionalmente previstos, ou comum quando sua aplicação é atribuição da justiça comum.

Portanto, a Teoria do Órgão destaca a importância do órgão jurisdicional como fator determinante na classificação das normas legais. Segundo essa perspectiva, a diversificação das jurisdições está intrinsecamente ligada à natureza da norma a ser aplicada. Quando uma norma exige a atuação de órgãos judiciais especializados, ela é considerada de caráter especial. Por outro lado, se sua aplicação pode ser conduzida pela justiça comum, ela é classificada como comum.

De outro lado, a teoria processualista critica a classificação da especialidade do ramo do Direito Penal Militar tendo como parâmetro o órgão judiciário encarregado de aplicar tal direito. Nesse sentido, Lobão (2006, p. 43) disserta:

Classificar o Direito Penal Especial em função do órgão judiciário encarregado de aplicar o direito objetivo demonstra confusão entre o Direito Penal especial e Direito Processual Penal especial, talvez em razão de existir, igualmente, Direito Processual Penal comum e Direito Processual Penal especial, que se diversificam porque o 'primeiro é aquele que se aplica a todos os sujeitos, regulamentado pela legislação geral, enquanto que o segundo resulta de uma legislação especial,

intuitu personae ou *ratione materiae*, tendo uma esfera de aplicação limitada’.

Afirma, ainda, Lobão (2006, p. 42-45) que “a doutrina não oferece critério cientificamente aceitável para a do Direito Penal Militar, tendo em vista a separação nítida dos conceitos de tipos de ilícito e de jurisdição”. Assim, Lobão entende que não basta o direito objetivo ser aplicado por órgão especial, é preciso concorrer ainda, a importância do bem jurídico tutelado pela norma penal para o direito ser considerado especial, como demonstra ao asseverar que o Direito Penal Militar é considerado especial por dois motivos intrinsecamente interligados. O primeiro motivo seria a sua aplicação a uma classe específica de indivíduos: os militares das Forças Armadas, o segundo motivo seria a natureza do bem jurídico tutelado.

144 A jurisprudência do Superior Tribunal Militar endossa a perspectiva processualística do Direito Penal Militar ao afirmar que o Direito Penal Militar é especial devido à sua aplicação restrita aos militares e à sua competência exclusiva em relação aos crimes militares. Essa jurisprudência reconhece que a natureza dos crimes militares e a singularidade dos indivíduos envolvidos justificam a existência de uma jurisdição especializada (STM Ap. N.º 7000397-15.2021.7.00.0000).

O princípio da especialidade é, também, o principal fundamento utilizado na Corte Castrense para a não aplicação de uma série de preceitos inseridos na legislação penal comum aos processos em curso na Justiça Militar.

Nesse sentido, Martins (2008, p. 262) ressalta que:

(...) sabem, aqueles que elegem a carreira das Armas, que a hierarquia e a disciplina são os alicerces da organização das Forças Armadas e que tais hierarquia e disciplina não permitem que se discutam ordens ou se interpretem, com elasticidade, as instruções superiores.

Portanto, por serem as Forças Armadas uma carreira da obediência especial, somente “os militares poderão compreender em profundidade os militares porque têm a mesma vocação” (Martins; Gandra, 2008, p. 263).

Destaca-se que, inobstante esteja-se a discorrer sobre um ramo do Direito ou de uma justiça considerados “especiais” em razão dos bens jurídicos que tutela, a justiça militar não só atua em processos cujos jurisdicionados sejam integrantes das Forças, os civis, nas hipóteses e na forma da lei penal militar, mesmo sem submeterem-se a hierarquia e disciplina militar, em situações específicas devem ser processados e julgados pela Justiça Militar Federal.

Destarte, a particularidade no julgamento de civis pela Justiça Militar é uma diferença da Justiça Militar da União em relação à Justiça Militar Estadual, conforme ensina Assis (2014, p. 8):

A atual competência da Justiça Militar da União para o julgamento de crimes militares definidos em lei, independentemente de quem seja o seu autor, permitindo, assim, o julgamento de civis, quando sujeitos ativos, coautor ou partícipes de crimes militares previsto em lei. A Justiça Militar da União não sofre a mesma limitação imposta pela Constituição da Justiça Militar estadual, que somente pode julgar “os militares dos Estados”, nos crimes militares.

Portanto, existe uma ordem jurídica exclusiva para atuar como sustentáculo das Instituições Militares, entendida como o complexo de normas jurídicas destinadas a assegurar a realização dos fins essenciais dessas Instituições, que são as missões constitucionais atribuídas às Forças Armadas (Assis, 2014).

Estamos, portanto, diante de um dos ramos especiais do Direito Penal pelos bens jurídicos que tutela ou pela classe dos sujeitos que a ela estão jurisdicionados.

8 O CÓDIGO PENAL MILITAR: O DIPLOMA QUE REGULA A PROTEÇÃO DO BEM JURÍDICO MILITAR

A Constituição Federal expressamente define que: “à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei, e a legislação que define tais crimes é o Código Penal Militar”. O Brasil adotou, portanto, para a definição do crime militar o aspecto formal, no qual o legislador enumera, taxativamente, as condutas. Assim, crime militar são as condutas descritas no Código Penal Militar – CPM, Decreto-Lei nº 1.001 de 21 de outubro de 1969.

O Código Penal Militar, portanto, é o conjunto de leis e regulamentos que estabelece os crimes e suas penalidades relacionados às atividades militares. Ele desempenha um papel essencial na manutenção da disciplina, na proteção dos interesses nacionais e na promoção da justiça nas Forças Armadas.

Uma das principais razões para a existência de um Código Penal específico para os militares reside na natureza e na missão das Forças Armadas. As atividades desempenhadas pelos militares estão intimamente ligadas à defesa do País, à segurança nacional e à manutenção da ordem interna. Essas tarefas exigem uma estrutura normativa própria, que proteja elementos jurídicos específicos que compõem o bem jurídico militar tendo em vista, sobretudo, as peculiaridades da vida militar e as situações enfrentadas pelos militares.

O Código Penal Militar (CPM) foi criado em 1969, durante o período da ditadura militar, por uma comissão formada de juristas e militares, na qual os então Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica, usando das atribuições que lhes conferia o art. 3º do Ato Institucional nº 16, de 14 de outubro de 1969, combinado com o § 1º do art.

2º, do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, decretaram o documento que rege os crimes militares até hoje.

O elenco do Código indica os crimes militares e suas respectivas sanções penais, sistematizando as suas normas em uma Parte Geral e outra Parte Especial, sendo a última subdivida em dois Livros – um concernente aos crimes militares em tempo de paz e outro dedicado aos crimes militares em tempo de guerra. Consubstanciam-se, portanto, em normas que figuram como disciplinadoras, reguladoras e protetoras dos bens fundamentais inerentes ao Direito Penal Militar.

O Código Penal Militar estabelece normas para que seja respeitada a estrutura hierárquica militar, prevendo as consequências penais para condutas que possam comprometer a disciplina e a ordem militar. Assim, assegura-se a manutenção de um ambiente propício para o cumprimento das missões e tarefas militares. Além disso, o Código Penal Militar também aborda questões relacionadas à segurança e à efetividade das Forças Armadas, estabelecendo normas e punições para condutas que possam ameaçar a integridade e a coesão das unidades militares e sanções para ações que possam prejudicar a prontidão operacional das Forças Armadas em momentos de crise ou conflito. Outro aspecto relevante é a necessidade de garantir a proteção dos segredos de Estado e das informações sensíveis relacionadas à defesa nacional, nesse sentido, o Código Penal Militar prevê sanções específicas para condutas que envolvam vazamento de informações sigilosas ou traição à pátria, assegurando assim a salvaguarda dos interesses do País.

Em síntese, o Código Penal Militar disciplina os crimes militares visando tutelar o bem jurídico protegido pelo Direito Penal Militar, garantindo a ordem e a disciplina no âmbito militar com o objetivo de assegurar a efetividade das instituições militares. Por isso, elege elementos

específicos de proteção afetos às particularidades da vida militar e aos objetivos do Direito Penal Militar.

9 CONCLUSÃO

O assunto está longe de ser esgotado; na verdade, o que foi apresentado aqui é apenas uma modesta contribuição, um breve vislumbre com o propósito de promover a divulgação desse fascinante e ainda pouco explorado campo do direito penal especializado.

Depois de apresentar o trabalho com o objetivo de iniciar uma discussão sobre a importância de entender os interesses que são relevantes para o Direito Penal Militar, agora chegamos à parte final para reforçar o que foi discutido.

Primeiro, a Constituição Federal de 1988 constata a existência da justiça militar e do crime militar previsto em lei específica, o que significa dizer que se trata de um tema especializado seguindo a própria vontade do constituinte.

Quanto ao tema do nosso estudo, o bem jurídico, este se define como elemento é essencial para o funcionamento de qualquer sistema jurídico por determinar quais condutas devem ser consideradas crimes. Acrescenta-se que o bem jurídico penal atua como limitação do poder estatal, pois a sua determinação significa que o Estado só pode intervir na vida dos cidadãos quando há uma ameaça real ou potencial a um componente do bem jurídico. Dito isto, os bens jurídicos podem ser conceituados como os bens mercedores da proteção do Direito.

O Direito Penal Militar tem por objetivo a proteção das instituições militares, da ordem interna das Forças Armadas e também busca garantir a disciplina e a hierarquia militares, a proteção da integridade física e psicológica dos militares, bem como a prevenção de crimes militares que

possam afetar a efetividade operacional das Forças Armadas. Sendo esses os escopos do Direito Penal Militar, o bem jurídico desse sistema vai se referir aos valores e interesses que são considerados essenciais para a preservação dos elementos protegidos por esse ramo do Direito.

Em razão do desconhecimento dos objetivos do Direito Penal Militar pela sociedade, muitas vezes, esta não entende o rigor do Direito castrense por não compreender plenamente as nuances que o diferenciam do Direito Penal comum, principalmente em relação ao bem jurídico protegido por esse ramo especializado do Direito Penal.

Essa falta de compreensão pode levar a críticas infundadas, principalmente em razão da aplicação de certos institutos legais de forma diferente do Código Penal comum aos jurisdicionados castrenses. Portanto, o rigor do Direito Penal Militar é justificado pela necessidade de manter a disciplina, a segurança, os valores e a eficácia das Forças Armadas, por isso, algumas condutas são tratadas com mais gravidade, pois o risco envolvido nas atividades militares é significativamente maior do que na vida de um cidadão comum. A proteção da pátria e a segurança de todos os cidadãos dependem do funcionamento eficaz e da integridade das Forças Armadas

O Direito Penal Militar também é frequentemente mal compreendido e erroneamente associado apenas à proteção da hierarquia e disciplina nas Forças Armadas. No entanto, é fundamental reconhecer que esse ramo do direito não se limita a esses dois aspectos, pois desempenha um papel de suma importância para a salvaguarda daquilo que pode ser influenciado pela realização das atividades militares.

O Direito Penal Militar, portanto, abrange uma série de crimes e infrações que visam proteger uma ampla gama de itens que compõem o seu bem jurídico, incluindo a segurança nacional, a democracia e a existência e divisão dos poderes. Ele não se limita apenas à manutenção da ordem interna

nas instituições militares, mas tem um impacto significativo na segurança e no bem-estar da sociedade como um todo.

É preciso compreender, conforme já foi citado neste artigo, que o Direito Penal Militar e a Justiça Militar estão inseridos no contexto do Estado Democrático de Direito. Sobre a especificidade da matéria, a seleção de bens a serem tutelados difere das situações protegidas pelo do Direito Penal comum, pois o objetivo do Direito Penal Militar consiste, em suma, em uma prevenção mitigada, ou seja, a de promover e proteger o sadio desempenho das missões concernentes às Forças Militares.

Portanto, existe uma ordem jurídica exclusiva para atuar como sustentáculo das Instituições Militares, entendida como o complexo de normas jurídicas destinadas a assegurar a realização dos fins essenciais dessas Instituições, que são as missões constitucionais atribuídas às Forças Armadas.

Por isso, mais que dissertar sobre o tema, o desafio em nossa proposta foi promover conhecimento sobre o bem jurídico tutelado pelo Direito Penal Militar, dada a carência de pesquisas nessa área.

Ao mesmo tempo, vemos essa oportunidade como enriquecedora, ao trazer à luz uma legislação penal especializada fascinante e pouco conhecida, demonstrando que, com o passar do tempo, não haverá mais disciplinas ou sistemas de justiça relegados ao segundo plano.

No estágio atual da sociedade, que nos força a enxergar o novo, levar o conhecimento do Direito Penal Militar ao ambiente acadêmico também pode ser uma forma de expandir e popularizar esse Direito para que todos entendam a sua importância para a sociedade, como bem fez o eterno Mestre Couto.

REFERÊNCIAS

- ASSIS, Jorge Cesar de. *Direito Militar: Aspectos penais, processuais penais e administrativos*. V. 1–3. ed. Juruá. Curitiba: 2014.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – Parte Especial*: v. 5: Direito Penal Militar. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.
- GOMES, Luiz Flávio. *Norma e bem jurídico no direito penal*. São Paulo: Editora: Revista dos Tribunais, 2002.
- JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal: Parte geral*, 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2014
- JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal: Parte geral*, 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LOBÃO, Celso. *Direito Penal Militar*. 3. ed., atual. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.
- LOBO, Paulo. *Curso de Direito Militar*. Salvador: Editora JusPodivm, 2019.
- MARTINS, Ives Gandra, As Forças Armadas na Constituição Federal. In: *Bicentenário da Justiça Militar no Brasil. Coletânea de Estudos Jurídicos*. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e Zilah Maria Callado Fadul Petersen (coords.). Brasília: Superior Tribunal Militar, 2008, pp. 261-272.
- NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar*. Volume único. Salvador: JusPodivm, 2023.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. Incompreensão sobre o bem jurídico tutelado nos crimes militares. *Revista do Observatório da Justiça Militar Estadual*, [s. l.], v. 1, n. 2, p. 63–66, 2018. Disponível em: <https://observatorio.tjmmg.jus.br/seer/index.php/ROJME/article/view/40>. Acesso em: 26 set. 2023.
- SILVA, Alexandre Graciano. Os interesses tutelados pela Justiça Militar do Brasil. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, a. 27, n. 6917, 9

jun. 2022. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/98395>. Acesso em: 29 set. 2023.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. 5. ed., 14. tir. São Paulo: Saraiva, 2008.

A promoção em ressarcimento de preterição de militar em razão de sentença criminal que reconhece a prescrição

Gabriel Bacchieri Duarte Falcão

Especialização em Aplicações Complementares às Ciências Militares (Direito) pela Escola de Formação Complementar do Exército, em 2018.

Especialização em Direito Civil e Direito Empresarial pela Faculdade Damásio, em 2015. Graduação em Direito pela Universidade Católica de Pelotas, em 2012. Oficial do Exército Brasileiro, Primeiro-Tenente. Assessor Jurídico da Diretoria de Avaliação e Promoções.
CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7846061417725774>
E-mail: gbdfalcao@gmail.com

Revisores: Luciano Moreira Gorrilhas (ORCID: 0009-0005-0678-471X; e-mail: luciano.gorrilhas@mpm.mp.br)
Alexandre Reis de Carvalho (ORCID: 0000-0003-3653-6352; e-mail: alexandre.reis@mpm.mp.br)

Data de recebimento: 08/08/2023

Data de aceitação: 18/09/2023

Data da publicação: 21/11/2023

DOI: 10.5281/zenodo.10075807

RESUMO: A promoção é um direito dos militares previsto no Estatuto dos Militares, considerados os efetivos militares definidos em lei. A modalidade de promoção em ressarcimento de preterição busca reparar eventual prejuízo causado ao militar na ocasião em que ele tiver solução favorável a recurso interposto, for absolvido em processo criminal ou tribunal de honra ou tiver sido prejudicado por comprovado erro administrativo. Quando o militar é beneficiado com o reconhecimento de que seu crime prescreveu, não há direito ao ressarcimento, tendo em vista que a sentença que reconhece a prescrição possui natureza declaratória e não absolutória. Este artigo, utilizando a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, investiga se o direito à promoção, conferido aos militares pode ser concedido, na modalidade de

ressarcimento, quando ocorre a prescrição de crime por ele praticado, tendo como objetivo auxiliar a prática dos assessores jurídicos militares do Exército, esclarecendo algumas dúvidas que naturalmente surgem da vivência em assessorias jurídicas militares. Ao final conclui-se que não há repercussão, na esfera administrativa, da decisão do juízo criminal que declarou extinta a punibilidade pela prescrição. Como consequência, o militar que ficou *sub judice*, e por isso não ingressou em quadro de acesso para promoção, não tem direito de ser ressarcido na promoção.

PALAVRAS-CHAVE: militar; promoção; ressarcimento de preterição; crime; prescrição.

ENGLISH

TITLE: The promotion in reimbursement of military pretermission due to a criminal sentence that recognizes the statute of limitations.

154

ABSTRACT: Promotion is a right of the military provided for in the Military Statute, considering the military personnel defined by law. The modality of promotion in compensation for preterition aims to repair any damage caused to the military when he has a favorable solution to an appeal, is considered not guilty in criminal proceedings or court of honor or has been harmed by proven administrative error. When the military benefits from the recognition that his crime has expired, there is no right to compensation, given that the sentence that recognizes the prescription has a declaratory and not an absolution nature. This article, using bibliographical and jurisprudential research, investigates whether the right to promotion, granted to the military, can be granted, in the form of compensation, when the prescription of a crime committed by him occurs, with the objective of assisting the practice of military legal advisors of the Army, clarifying some doubts that naturally arise from experience in military legal advisory services. In the end, it is concluded that there is no repercussion, in the administrative sphere, of the decision of the criminal court that declared the prescription of a crime. As a consequence, the military that was facing criminal charges, and for that reason did not get promoted, does not have the right to be reimbursed in the promotion.

KEYWORDS: military; promotion; pretermission reimbursement; crime; prescription.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 O direito do militar à promoção – 3 O rol taxativo dos casos de promoção em ressarcimento de preterição – 4 Os efeitos da condenação penal – 5 A promoção em ressarcimento de preterição em razão da sentença que reconhece a prescrição – 5.1 No caso de prescrição da pretensão punitiva em abstrato – 5.2 No caso de prescrição da pretensão punitiva em concreto – 5.3 No caso de prescrição da pretensão executória – 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa analisar o caso em que militar das Forças Armadas requer promoção em ressarcimento de preterição por ter passado à condição de *sub judice*, por estar respondendo a processo criminal e, em dado momento, é beneficiado com uma sentença que reconhece a prescrição.

Por meio de revisão de literatura e jurisprudência, metodologia utilizada neste trabalho, busca-se estudar as diferentes opiniões já manifestadas sobre o assunto, como julgados do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais, pareceres da Advocacia-Geral da União e a doutrina administrativista militar.

Como objetivo específico, pretende-se auxiliar a prática dos assessores jurídicos militares do Exército, esclarecendo algumas dúvidas que naturalmente surgem da vivência na Assessoria de Apoio para Assuntos Jurídicos da Diretoria de Avaliação e Promoções do Exército Brasileiro.

O artigo inicia, portanto, com uma breve explicação sobre o direito à promoção, apresentando os casos em que se admite a promoção em ressarcimento de preterição, prevista no art. 18 da Lei

de Promoções de Oficiais da Ativa das Forças Armadas em rol literal e exaustivo. Logo após, passa a abordar, de acordo com a doutrina, os efeitos da condenação penal: principal e secundários, penais e extrapenais, genéricos e específicos, chegando ao impedimento de ingresso em quadro de acesso para a promoção militar.

E então, passa a introduzir o tema central deste artigo, que é a promoção em ressarcimento de preterição de militar em razão de sentença criminal que reconhece a prescrição, distinguindo os casos de prescrição da pretensão punitiva em abstrato, em concreto, e da pretensão executória, concluindo pela impossibilidade de reconhecer os efeitos de tais sentenças no âmbito administrativo.

156

2 O direito do militar à promoção

Os militares, em geral, não são considerados servidores públicos, mas uma categoria especial de servidores da Pátria. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao classificar os agentes públicos, afirma que, pela Constituição Federal, esse gênero possui quatro espécies: agentes políticos; servidores públicos; militares; e particulares em colaboração com o Poder Público (Di Pietro, 2020, p. 510).

Porém, existem naturalmente muitos pontos de convergência entre as carreiras dos servidores civis e dos militares.

É possível apontar algumas características semelhantes entre tais carreiras. Dentre elas, segundo o professor Carvalho Filho, ao apontar as características dos servidores públicos, a profissionalidade, no sentido de que os servidores públicos exercem efetiva profissão quando no desempenho de suas funções públicas. Formam, por

consequente, uma categoria própria de trabalhadores – a de servidores públicos. A própria Constituição Federal, preocupada com o aspecto da profissionalidade do servidor público, impôs aos entes federativos a criação de escolas de governo (art. 39, § 2º) para a formação e aprimoramento profissional, visando, inclusive, à verificação de requisitos para a promoção nas carreiras (Carvalho Filho, 2020, p. 1096).

No âmbito das Forças Armadas, da mesma forma, existem as escolas de aperfeiçoamento, como por exemplo, a Escola de Aperfeiçoamento de Oficiais do Exército (EsAO), que realiza o Curso de Aperfeiçoamento Militar (CAM) e o Curso de Aperfeiçoamento de Oficiais (CAO); e a Escola de Aperfeiçoamento de Sargentos das Armas, que promove o Curso de Aperfeiçoamento de Sargentos (CAS), também do Exército.

Particularmente quanto à promoção, são muito variados os sistemas de melhoria funcional. Algumas leis funcionais distinguem a promoção e a progressão *stricto sensu*. Na promoção, o servidor é alçado de cargo integrante de uma classe para cargo de outra (melhoria vertical), ao passo que na progressão o servidor permanece no mesmo cargo, mas dentro dele percorre um *iter* funcional, normalmente simbolizado por índices ou padrões, em que a melhoria vai sendo materializada por elevação nos vencimentos (melhoria horizontal) (Carvalho Filho, 2020, p. 1138).

No caso dos militares, cada carreira possui uma norma própria, seja lei, como normalmente ocorre com os oficiais; ou

decreto, geralmente a forma utilizada para normatizar a promoção dos graduados.

A Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980 – Estatuto dos Militares, define que, dentre os direitos dos militares se encontra o direito à promoção, conforme art. 50, IV, “m”, do referido diploma:

Art. 50. São direitos dos militares:
IV - nas condições ou nas limitações impostas por legislação e regulamentação específicas, os seguintes:
m) a promoção;

O art. 59, por sua vez, delinea as características e a forma de concretização do direito à promoção:

Art. 59. O acesso na hierarquia militar, fundamentado principalmente no valor moral e profissional, é seletivo, gradual e sucessivo e será feito mediante promoções, de conformidade com a legislação e regulamentação de promoções de oficiais e de praças, de modo a obter-se um fluxo regular e equilibrado de carreira para os militares.
Parágrafo único. O planejamento da carreira dos oficiais e das praças é atribuição de cada um dos Ministérios das Forças Singulares.

Na sequência, o art. 60 detalha os critérios de promoção dos militares, quais sejam, antiguidade, merecimento, escolha, bravura e *post mortem*: “Art. 60. As promoções serão efetuadas pelos critérios de antigüidade, merecimento ou escolha, ou, ainda, por bravura e *post mortem*”.

Ao regulamentar as promoções, o legislador ordinário deliberou a Lei nº 5.821, de 10 de novembro de 1972 (Lei de Promoções de Oficiais da Ativa das Forças Armadas – LPOAFA) (Brasil, 1972), resultando nos dispositivos que se transcrevem:

Art 2º A promoção é um ato administrativo e tem como finalidade básica o preenchimento, seletivo, das vagas pertinentes ao grau hierárquico superior, com base nos efetivos fixados em lei para diferentes Corpos, Quadros, Armas ou Serviços.

Art 4º As promoções são efetuadas pelos critérios de:

- a) antiguidade;
- b) merecimento;
- c) escolha;
- ou ainda,
- d) por bravura; e
- e) “post mortem”.

Parágrafo único. Em casos extraordinários poderá haver promoção em ressarcimento de preterição.

Art 5º Promoção por antiguidade é aquela que se baseia na precedência hierárquica de um oficial sobre os demais de igual posto, dentro do mesmo Corpo, Quadro, Arma ou Serviço.

Art 6º Promoção por merecimento é aquela que se baseia no conjunto de qualidades e atributos que distinguem e realçam o valor do oficial entre seus pares, avaliados no decurso da carreira e no desempenho de cargos e comissões exercidos, em particular no posto que ocupa ao ser cogitado para a promoção.

Art 7º Promoção por escolha é aquela que defere ao Presidente da República, com base na lei, a escolha do oficial, dentre os mais credenciados para o desempenho dos altos cargos de comando, chefia ou direção.

Art 8º Promoção por bravura é aquela que resulta de ato ou atos não comuns de coragem e audácia, que, ultrapassando os limites normais do cumprimento de dever, representem feitos indispensáveis ou úteis às operações militares, pelos resultados alcançados ou pelo exemplo positivo deles emanado.

Art 9º Promoção “post mortem” é aquela que visa a expressar o reconhecimento da Pátria ao oficial falecido no cumprimento do dever ou em consequência disto, ou a reconhecer o direito do

oficial a quem cabia a promoção, não efetivada por motivo do óbito.

Art 10. Promoção em ressarcimento de preterição é aquela feita após ser reconhecido ao oficial preterido, o direito à promoção que lhe caberia. (grifei)

Art 19. O ato de promoção é consubstanciado:

- a) por decreto, para os postos de oficial-general e de oficial superior; e
- b) por portaria dos respectivos Ministros Militares, para os postos de oficial intermediário e de oficial subalterno.

Observa-se, assim, que o diploma legal define os parâmetros para as promoções dos oficiais, sendo pertinente salientar que as normas relativas às praças seguem as mesmas diretrizes nas três Forças Singulares.

160

O ato administrativo de promoção militar, portanto, é fundamentado em valores morais e profissionais, visando preencher, de forma seletiva, gradual e sucessiva, as vagas disponíveis em grau hierárquico superior, de acordo com os efetivos fixados em lei para os diferentes corpos, quadros, armas ou serviços de cada uma das Forças singulares, propiciando, assim, um fluxo regular e equilibrado de carreira para os militares (Abreu, 2015, p. 439).

No caso específico da promoção em ressarcimento de preterição, o militar será promovido independentemente do número de vagas disponíveis, conforme critério de antiguidade ou merecimento, recebendo o número que lhe competia na escala hierárquica, como se houvesse sido promovido no momento correto.

3 O rol taxativo dos casos de promoção em ressarcimento de preterição

Como já fora citado no capítulo anterior, o art. 60 do Estatuto dos Militares fixa os critérios para a promoção dos militares das Forças Armadas. Seus parágrafos, porém, trazem a possibilidade da promoção em ressarcimento de preterição, independentemente da existência de vagas:

Art. 60. As promoções serão efetuadas pelos critérios de antigüidade, merecimento ou escolha, ou, ainda, por bravura e post mortem .

§ 1º Em casos extraordinários e independentemente de vagas, poderá haver promoção em ressarcimento de preterição.

§ 2º A promoção de militar feita em ressarcimento de preterição será efetuada segundo os critérios de antigüidade ou merecimento, recebendo ele o número que lhe competir na escala hierárquica, como se houvesse sido promovido, na época devida, pelo critério em que ora é feita sua promoção.
(Brasil, 1980) (grifos nossos)

Na linha estabelecida pelo Estatuto dos Militares, a LPOAFA – assim como os regulamentos de promoções de graduados de cada Força – define os casos em que se pode reconhecer a existência do direito ao ressarcimento na promoção:

Art 18. O oficial será ressarcido da preterição desde que seja reconhecido o seu direito à promoção, quando:

- a) tiver solução favorável a recurso interposto;
- b) cessar sua situação de prisioneiro de guerra, desaparecido ou extraviado;
- c) for absolvido ou impronunciado no processo a que estiver respondendo;
- d) for justificado em Conselho de Justificação; ou

e) tiver sido prejudicado por comprovado erro administrativo. (Brasil, 1972)

Tendo em vista a obrigatória observância do princípio da legalidade estrita, aplicável à administração pública em geral, entende-se que o rol acima tem caráter literal e exaustivo, não se admitindo qualquer promoção em ressarcimento de preterição em razão de situações outras, não enquadradas em um dos incisos acima.

Essa é a atual jurisprudência pátria, conforme se verifica no julgado a seguir:

[...] Por ser a promoção em ressarcimento de preterição uma exceção, as hipóteses previstas no art. 33 do Decreto 4.034/01 devem ser vistas como exaustivas, não comportando interpretação analógica ou extensiva por parte do intérprete, sob pena de invasão dos critérios políticos elegidos discricionariamente pela Administração. Ademais, não se trata de “solução favorável a recurso interposto” uma vez que, no caso, a pretensão da apelante foi, em sua essência, afastada pela decisão da Administração Naval. [...]

(TRF-2. Apelação Cível nº 0001738-05.2010.4.02.5101. Rel. Des. José Antônio Neiva, Julgamento: 20/02/2013) (Tribunal Regional da 2ª Região, 2010)

Saliente-se, a título de exemplo, que o art. 37 do Decreto nº 4.853, de 6 de outubro de 2003 – que regula as promoções dos graduados do Exército –, além do art. 19 do Decreto nº 90.116, de 29 de agosto de 1984 – que normatiza as promoções dos oficiais do Quadro Auxiliar de Oficiais do Exército –, conta com redação idêntica à do art. 18 da LPOAFA, transcrito acima.

Conclui-se, assim, que o art. 18 da LPOAFA, bem como os congêneres nos demais regulamentos, por tratar de situação

absolutamente excepcional, não permite interpretação analógica ou extensiva por parte do aplicador do Direito.

4 Os efeitos da condenação penal

A fim de auxiliar na compreensão do tema central deste artigo, passa-se a explanar os efeitos da condenação penal, para que posteriormente seja possível relacioná-los à promoção em ressarcimento de preterição.

Dentre os efeitos gerados por uma condenação em processo criminal estão o principal (imposição da pena) e os secundários, que podem ser penais ou extrapenais. Os efeitos penais se consubstanciam na reincidência, o aumento da prescrição da pretensão executória, a revogação do *sursis* (se o crime era doloso) e do livramento condicional, e a revogação da reabilitação (se a pena não era de multa).

Já no que concerne aos efeitos secundários extrapenais, eles podem ser genéricos ou específicos. Como efeitos genéricos podemos citar: tornar certa a obrigação de indenizar; a perda, em favor da União, dos instrumentos e produtos do crime (ressalvado o terceiro de boa-fé); a perda dos direitos políticos (previsão constitucional); a possibilidade de rescisão contratual por justa causa (CLT).

Dentre os efeitos específicos citam-se: a perda do cargo público (se a pena for igual ou maior de um ano nos crimes com violação de dever administrativo, ou se a pena for maior de quatro anos, em qualquer crime); a incapacidade para o exercício do poder

familiar, nos crimes dolosos punidos com reclusão cometidos contra filho; e a inabilitação para dirigir veículos, nos crimes dolosos cometidos com veículo automotor.

No que se relaciona com o presente artigo, um efeito secundário extrapenal específico da condenação consiste em tornar o militar impedido de ingressar em quadro de acesso para a promoção, nos termos do art. 35, “d”, da LPOAFA, com redação conferida pela Lei nº 13.954, de 16 de dezembro de 2019, que entrou em vigor na data de sua publicação:

Art 35. O oficial não poderá constar de qualquer Quadro de Acesso e Lista de Escolha quando:

[...]

d) for réu em ação penal por crime doloso, enquanto a sentença final não houver transitado em julgado;

[...]

g) for condenado, enquanto durar o cumprimento da pena, inclusive no caso de suspensão condicional da pena, não se computando o tempo acrescido à pena original para fins de sua suspensão condicional;

[...]

i) for condenado à pena de suspensão do exercício do posto, cargo ou função prevista no Código Penal Militar, durante o prazo dessa suspensão;

(Brasil, 1972)

A alínea “d” do dispositivo supra se encontra somente na lei de promoções de oficiais, possuindo redação diversa nos decretos que tratam das promoções dos graduados de cada Força Singular. Dessa forma, nos decretos de promoções de graduados, caso o crime praticado pelo militar seja culposo, ainda assim ele ficaria impedido; aplica-se, contudo, o dispositivo da LPOAFA também aos graduados, por interpretação analógica em benefício do princípio da isonomia.

5 A promoção em ressarcimento de preterição em razão da sentença que reconhece a prescrição

A Consultoria Jurídica junto ao Ministério da Defesa, após ser consultada sobre o tema, emitiu o Parecer nº 09/2015/CONJUR-MD/CGU/AGU, de 20 de novembro de 2014, que foi aprovado pelo Sr. Ministro de Estado de Defesa, por meio do Despacho nº 00012/2015/CONJUR-MD/CGU/AGU, de 13 de janeiro de 2015. O Ministro de Estado da Defesa conferiu efeito vinculante ao referido parecer por meio do Despacho Decisório, publicado no Diário Oficial da União (DOU) nº 245, de 22 de dezembro de 2017 (Ministério da Defesa, 2017, p. 18).

O documento citado concluiu pela possibilidade do pedido de promoção em ressarcimento de preterição em decorrência de decisão judicial transitada em julgado que reconhece a prescrição da pretensão punitiva:

Processo nº 60000.015249/2010-21
Interessado: União - Comando do Exército - Gabinete do Comandante do Exército
[...]
Objeto: uniformização de tese sobre questão jurídica atinente à possibilidade de promoção em ressarcimento de preterição de militar "sub judice", em caso de ausência de condenação penal.
Assunto: Despacho Decisório. Promoção em ressarcimento de preterição de militar sub judice, em caso de ausência de condenação penal.
[...]
2 - O presente Despacho Decisório tem a finalidade de conferir efeito vinculante ao Parecer nº 09/2015/CONJUR-MD/CGU/AGU, nos termos do art. 42 da Lei Complementar nº 93, de 1993.
[...]

DECISÃO:

Aprovo o entendimento adotado no Parecer nº 09/2015/CONJUR-MD/CGU/AGU, de 20 de novembro de 2014, que assim conclui:

a) é possível o deferimento da promoção em ressarcimento de preterição, após o trânsito em julgado de decisão que, no âmbito de processo penal, extinga a punibilidade do militar, desde que não incidentes as demais hipóteses legais e regulamentares impeditivas da concessão desse direito;

(Ministério da Defesa, 2017, p. 18).

Vale salientar que o citado parecer conclui ser possível o deferimento do pedido de promoção em ressarcimento de preterição em decorrência de decisão judicial transitada em julgado que reconhece a prescrição da pretensão punitiva, não afirmando peremptoriamente pelo seu necessário deferimento, cabendo à autoridade militar analisar os requisitos para a promoção em cada caso concreto.

Não obstante, os julgados do Superior Tribunal de Justiça são claros no sentido de que a extinção da punibilidade pela prescrição não configura hipótese de ressarcimento de promoção por preterição em razão de ausência de previsão legal, conforme julgados a seguir:

[...] 1. O Tribunal de origem inadmitiu o recurso especial com base nos seguintes fundamentos: a) inexistência de violação ao art. 1022 do CPC/2015; b) incidência da Súmula nº 83/STJ, no que tange a alegada ofensa ao art. 281 do CPC/1973, art. 573, § 1º, do CPP e ao art. 506, § 1º, do CPPM, pois o acórdão recorrido estaria no mesmo sentido da jurisprudência desta Corte, segundo a qual **a extinção da punibilidade pela prescrição não configura hipótese de ressarcimento por preterição na promoção, por ausência de previsão legal**, e que a lei de regência só admite os reflexos da sentença criminal na situação funcional do militar em duas hipóteses (quando nega a autoria ou declara a inexistência do fato delituoso), **não se há de entender com repercussão na esfera**

administrativa a decisão do juízo criminal que declarou extinta a punibilidade pela prescrição [...]
6. Agravo interno não provido. (STJ, AgInt no AREsp n. 1.953.187/SP, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 14/3/2022, DJe de 17/3/2022) (grifos nossos) (Superior Tribunal de Justiça, 2022).

Outrossim, a lei de regência só admite os reflexos da sentença criminal na situação funcional do militar em duas hipóteses: nos casos de sentença absolutória que comprove a inexistência material do fato ou a negativa de autoria do acusado.

Quando é prolatada uma sentença que reconhece a prescrição, tal sentença tem natureza declaratória, seja no caso da prescrição da pretensão punitiva, seja executória. Não se tratando de uma absolvição, o acusado será beneficiado apenas com a supressão dos efeitos penais da condenação, mas não dos extrapenais.

Por exemplo, o reconhecimento da prescrição em ação penal não impede a ação indenizatória no juízo cível.

Se considerarmos que, na sentença que reconhece a prescrição, ocorre apenas a extinção da punibilidade, os efeitos civis e administrativos da condenação remanesçam, eliminando-se somente os efeitos penais, não franqueando, portanto, o direito à promoção em ressarcimento de preterição. Esse é o entendimento prevalente no Superior Tribunal de Justiça, como citado no julgado acima.

Possivelmente o aspecto mais controverso desse assunto é a diferenciação entre os casos em que, ao ser reconhecida a prescrição, já havia sido proferida uma sentença condenatória dos casos ainda sem sentença condenatória. Em outras palavras: saber se há diferença

de tratamento, nesse ponto, entre as prescrições em abstrato e em concreto.

5.1 No caso de prescrição da pretensão punitiva em abstrato

Com a devida vênia, entendemos que não cabe o deferimento da promoção em ressarcimento de preterição no caso de prescrição da pretensão punitiva, mesmo antes de sentença condenatória, em processo criminal.

Conforme ensina Damásio de Jesus, a prescrição faz desaparecer o direito de o Estado exercer o *jus perseguendi in judicio* ou o *jus punitivis*, “subsistindo o crime em todos os seus requisitos” (Jesus, 2005, p. 885).

Cezar Roberto Bitencourt, outrossim, defende que deve se observar que o crime, como fato, isto é, como ilícito penal, permanece gerando os demais efeitos civis e criminais, pois uma causa posterior não pode apagar o que já se realizou no tempo e no espaço (Bitencourt, 2020, p. 2139).

Nesse sentido, o regime especial de sujeição dos militares, especialmente os das Forças Armadas, que têm a missão constitucional de lutar pela defesa da Pátria e da garantia dos poderes constitucionais, sob um regime intensamente fundamentado na hierarquia e na disciplina, provoca o reconhecimento da nocividade do ato administrativo de promoção de um militar que comprovadamente praticou crime, ainda que prescrito.

Isso porque tal militar, sendo promovido em ressarcimento de preterição, servirá de exemplo negativo para os demais militares, que

passarão a ter a certeza da ineficiência do Comando e do Estado, de maneira geral, em punir aqueles membros das Forças Armadas que cometem crimes, mesmo dentro da caserna.

Imagine-se, por exemplo, um oficial que exerce função de monitor, acompanhando os alunos de um colégio militar do Exército, sendo denunciado pela prática de um crime sexual contra vulnerável (art. 217 e seguintes, do Código Penal). Em razão da demora causada pelo excesso de processos tramitando no Poder Judiciário nacional, antes mesmo da sentença, o juízo criminal reconhece a prescrição, em decisão que transita em julgado para a acusação.

Reconhecendo-se que tal decisão teria caráter absolutório, o militar passaria a ter direito à promoção em ressarcimento de preterição, pois estaria enquadrado no art. 18 da LPOAFA (“for absolvido ou impronunciado no processo a que estiver respondendo”). Isso, evidentemente, se preenchesse os demais requisitos para a promoção e houvesse sido abrangido pelos limites quantitativos para promoção, referentes à sua turma de formação.

Caso esse militar fosse promovido, haveria manifesta lesão aos princípios da hierarquia e da disciplina, causando danos irreversíveis à organização e à ordem interna das Forças Armadas. Esse é, inclusive, o entendimento jurisprudencial do STJ, já citado em capítulo antecedente, por meio do AREsp nº 1.953.187/SP.

Além de não ser juridicamente acertado, como explanado acima, não haveria razoabilidade no reconhecimento de natureza absolutória da sentença declaratória da prescrição, pois isso traria prejuízos à hierarquia e à disciplina, fundamentais na vida

da caserna, que tem como valor intrínseco a necessidade de valorização da retidão de caráter.

5.2 No caso de prescrição da pretensão punitiva em concreto

Se reconhecemos a impossibilidade de promover um militar em ressarcimento de preterição pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva em abstrato, com mais segurança defendemos o indeferimento dos pedidos de promoção em ressarcimento nos casos em que já houve sentença condenatória.

O Superior Tribunal de Justiça, em decisão ainda mais antiga, já havia estabelecido o entendimento de que, havendo condenação criminal, não cabe repercutir eventual sentença declaratória da prescrição no âmbito administrativo, considerando a peculiaridade da carreira militar e do regime especial de sujeição dos militares das Forças Armadas, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR MILITAR. PRETENSÃO A RESSARCIMENTO POR PRETERIÇÃO NA PROMOÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO SUPERVENIENTE À CONDENAÇÃO. HIPÓTESE SEM PREVISÃO LEGAL. ART. 18 DO DECRETO Nº 77.920/76. DISSÍDIO NÃO CARACTERIZADO. ART. 255 DO RISTJ.

I - Dada a peculiaridade de que trata a lei de regência, que, como visto, só admite os reflexos da sentença criminal na situação funcional do militar em duas hipóteses (quando nega a autoria ou declara a inexistência do fato delituoso), não se há de entender com repercussão na esfera administrativa, a decisão do juízo criminal que declarou extinta a punibilidade pela prescrição superveniente à condenação.

II - Dissídio jurisprudencial não comprovado, haja vista que, olvidando as exigências das regras regimentais (RISTJ, art. 255 e §§), o recorrente se limitou apenas à ementa de julgados do antigo Tribunal Federal de Recursos, sem mostrar, através do cotejo analítico, a similitude dos casos.

Recurso não-conhecido.

(STJ, REsp n. 330.741/SC, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 1/4/2004, DJ de 17/5/2004, p. 265) (grifos nossos) (Justiça Federal da 3ª Região, 2010, p. 129).

Conforme se observa no julgamento supra, a atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a extinção da punibilidade pela prescrição não configura hipótese de promoção em ressarcimento de preterição, por ausência de previsão legal, sendo admitidos apenas reflexos da sentença criminal na situação funcional do militar nas hipóteses de negativa de autoria ou da inexistência do fato delituoso.

171

No mesmo sentido da jurisprudência da Corte Superior, tem prevalecido, nos Tribunais Regionais Federais, o entendimento de que somente é cabível promoção em ressarcimento de preterição no caso de sentença absolutória que comprove a inexistência material do fato ou a negativa de autoria do acusado.

Nesse sentido, transcreve-se o julgado abaixo do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, referente à praça do Exército, submetido ao Decreto nº 4.853, de 6 de outubro de 2003:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MILITAR. PROCESSO CRIMINAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO. PROMOÇÃO POR RESSARCIMENTO DE PRETERIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PREQUESTIONAMENTO. OMISSÃO. INOCORRÊNCIA.

1. O Embargante alega, sob o manto do requestionamento, não ter o acórdão recorrido se pronunciado sobre o art. 5º, da Constituição Federal e os arts. 9º e 37, I e § 2º, do Decreto nº 4.853/2003.

2. Com relação ao art. 5º, da Carta Magna, que dispôs sobre o princípio da isonomia, o acórdão recorrido afirmou que o fato de a Administração haver concedido o reposicionamento ao paradigma não autoriza o Judiciário a reconhecer, ao arrepio da legislação que regula a matéria, o mesmo benefício ao autor.

3. O Requerente/Embargante não preencheu as condições exigidas pelo Decreto nº 4.853/2003 para obter a promoção em ressarcimento de preterição, na medida em que, no processo criminal ao qual respondia, foi proferida sentença pela extinção da punibilidade pela prescrição e não sentença de absolvição ou de impronúncia. Apenas estas duas últimas hipóteses estão previstas no art. 37, III, do aludido Decreto como geradoras do direito pretendido; a primeira não. (grifos nossos)

4. Não se verificou hipótese legal de aplicação da promoção em ressarcimento de preterição prevista nos arts. 9º e 37, I e § 2º, do Decreto nº 4.853/2003. **Embargos de Declaração improvidos.** (grifos originais)

(TRF-5, Apelação Cível nº 0805016-27.2015.4.05.8300, Rel. Des. Cid Marconi Gurgel de Souza, 3ª Turma, Julgamento: 07/04/2016) (Tribunal Regional Federal da 5ª Região, 2016, local. 2)

Já no julgado a seguir, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região enfatizou a natureza da sentença que reconhece a prescrição:

APELAÇÃO. ADMINISTRATIVO. MILITAR. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. PROMOÇÃO EM RESSARCIMENTO DE PRETERIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. IMPROVIMENTO.

1. Cinge-se a controvérsia à análise da possibilidade, ou não, de promoção dos apelantes, em ressarcimento de preterição, contando antiguidade a partir da data em que deixaram de ser promovidos, tendo em vista a

decretação da extinção da punibilidade nos autos da ação criminal na qual eram réus.

2. O acesso na hierarquia militar, fundamentado notadamente no valor moral e profissional, é seletivo, gradual e sucessivo; e será feito mediante promoções, de conformidade com a legislação e regulamentação de promoções de oficiais e de praças, de modo a obter-se um fluxo regular e equilibrado de carreira para militares, sendo o planejamento da carreira dos oficiais e das praças atribuição de cada um dos Ministérios da Forças.

3. No caso em apreço foi declarada extinta a punibilidade em face da prescrição da pretensão punitiva. Conforme se depreende da leitura do art. 33, III, do Decreto nº 4.034/01, caberá promoção em ressarcimento de preterição na hipótese de absolvição ou impronúncia em processo criminal, o que não ocorreu na presente demanda no tocante ao art. 267 do CPM.

4. Sabe-se que a sentença extintiva da punibilidade pelo reconhecimento da prescrição tem natureza distinta das demais sentenças absolutórias, tendo em vista que, embora solucione o mérito, deixa de promover a apreciação do direito material em questão; tal sentença apenas reconhece ou declara, ao final, a ausência de viabilidade punitiva. Em consequência, tal provimento declaratório não terá o condão de repercutir na esfera administrativa-funcional do militar, tampouco dar ensejo à promoção em ressarcimento de preterição.

5. Sem honorários recursais, já que não houve condenação anterior.

6. Apelação conhecida e improvida.

(TRF-2, Apelação Cível nº 0162204-31.2014.4.02.5101; 6ª Turma; Rel. Des. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, Julgamento: 05/06/2019) (Tribunal Regional Federal da 2ª Região, 2014, n.p.)

Desse modo, entendemos que as sentenças que reconhecem a prescrição da pretensão punitiva, seja em abstrato ou em concreto, não autorizam a promoção em ressarcimento de preterição.

5.3 No caso de prescrição da pretensão executória

No caso de decisão condenatória transitada em julgado, ocorrendo a prescrição da pretensão executória, com muito menos razão, pode ser reconhecida a promoção em ressarcimento, eis que houve condenação com trânsito em julgado, sobrevindo decisão declaratória da prescrição da pretensão, neste caso, apenas executória.

Com fulcro nos fundamentos dos capítulos acima, com ainda mais força, reconhece-se a impossibilidade de promoção em ressarcimento de preterição do militar, por falta de previsão legal.

6 Conclusão

174

No presente artigo foi estudado o regime especial de sujeição dos militares, especialmente os das Forças Armadas, que têm a missão constitucional de defender a Pátria e garantir os poderes constitucionais, sob um regime intensamente fundamentado na hierarquia e na disciplina.

Analisou-se, em abstrato, a promoção de militares que praticaram atos definidos como crime, mas que foram beneficiados com a prescrição da pretensão punitiva em abstrato, em concreto e da pretensão executória.

Concluiu-se que tal militar, sendo promovido em ressarcimento de preterição, servirá de exemplo negativo para os demais militares, que passarão a ter a certeza da impunidade, sabendo que poderão ser promovidos ainda que tenham praticado crimes.

Citam-se exemplos de casos extremos, mas que chegam cotidianamente à Assessoria de Apoio para Assuntos Jurídicos da Diretoria de Avaliação e Promoções do Exército, em que a promoção de um militar sabidamente delinquente ocorreria em detrimento de outro militar sem qualquer mácula na carreira.

A natureza da decisão judicial que reconhece a prescrição é declaratória e não absolutória. Por isso, dentre os efeitos da condenação, somente os de natureza penal se extinguem, remanescendo os extrapenais, como a manutenção do militar na condição de impedido de ingressar em quadro de acesso para promoção.

Caso se entendesse o contrário, um militar que praticou qualquer crime, ainda que de natureza hedionda, passaria a ter direito à promoção em ressarcimento de preterição, pois estaria enquadrado no art. 18 da LPOAFA (“for absolvido ou impronunciado no processo a que estiver respondendo”). Isso, evidentemente, se preenchesse os demais requisitos para a promoção e houvesse sido abrangido pelos limites quantitativos para promoção, referentes à sua turma de formação.

Caso esse militar fosse promovido, haveria manifesta lesão aos princípios da hierarquia e da disciplina, causando danos irreversíveis à organização e à ordem interna das Forças Armadas, trazendo prejuízos à hierarquia e à disciplina, fundamentais na vida da caserna, que tem como valor intrínseco a necessidade de valorização da retidão de caráter.

Portanto, o militar, réu em processo criminal no qual é proferida decisão judicial que declara a prescrição da pretensão punitiva em abstrato, em concreto ou da pretensão executória, não tem direito à promoção em ressarcimento de preterição, em razão da falta de previsão legal e da natureza da decisão.

REFERÊNCIAS

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

ALVES-MARREIROS, Adriano. *Direito penal militar*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. V. 1 – 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 17 jan. 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: 17 jan. 2023.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 17 jan. 2023.

BRASIL. *Lei nº 5.821, de 10 de novembro de 1972*. Dispõe sobre as promoções dos oficiais da ativa das Forças Armadas e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5821.htm. Acesso em: 9 ago. 2023.

BRASIL. *Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980*. Estatuto dos Militares. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6880.htm. Acesso em: 17 jan. 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

JESUS, Damásio de. *Código de processo penal anotado*. 22. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

JESUS, Damásio de. *Direito penal, parte geral*; atualização André Estefam. V. 1 – 37. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

JUSTIÇA FEDERAL DA 3ª REGIÃO. *Diário Eletrônico, Edição nº 221/2010*, de 3 de dezembro de 2010, 943 p.

MAZZA, Alexandre. *Manual de direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MINISTÉRIO DA DEFESA. Despacho Decisório. *Diário Oficial da União nº 245*, de 22 de dezembro de 2017, Seção 1. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=515&pagina=18&data=22/12/2017>. Acesso em: 9 ago. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgInt no Agravo em Recurso Especial nº 1.953.187/SP. *DJe de 17/3/2022*. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1466702227/inteiro-teor-1466702237>. Acesso em: 3 ago. 2023.

TEMER, Michel. *Elementos de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros 2002.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. *Apelação Cível nº 0001738-05.2010.4.02.5101*. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-2/23476228/inteiro-teor-111711756>. Acesso em: 17 jan. 2023.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO. *Apelação Cível nº 0162204-31.2014.4.02.5101*. Disponível em: <https://www.peticoesonline.com.br/art-267-cpm>. Acesso em: 3 ago. 2023.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. *Apelação Cível nº 5009750-93.2018.4.04.7102/RS*. Disponível em: <https://www.trf4.jus.br>. Acesso em: 17 jan. 2023.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO. *Processo nº: 0805016-27.2015.4.05.8300 – Apelação*. 7 abr. 2016. Disponível em: https://www4.trf5.jus.br/data/2016/04/PJE/08050162720154058300_20160408_71033_40500004022419.pdf. Acesso em: 9 ago. 2023.

Direito Processual Orgânico

André R. C. Fontes

Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, com estágio pós-doutoral na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor de Teoria Geral do Processo na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (Uni-Rio). Desembargador no Tribunal Regional Federal da 2ª Região (Rio de Janeiro e Espírito Santo).
CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1412851482888505>

Revisores: Luciano Moreira Gorrilhas
(ORCID: 0009-0005-0678-471X; e-mail: luciano.gorrilhas@mpm.mp.br)
Fernando Hugo Miranda Teles (ORCID: 0009-0005-3088-4294; e-mail: fernando.teles@mpm.mp.br)

Data de recebimento: 10/10/2023

Data de aceitação: 11/10/2023

Data da publicação: 21/11/2023

DOI: 10.5281/zenodo.10075839

RESUMO: O artigo trata da necessidade de a disciplina organização judiciária ser transformada em direito processual orgânico.

PALAVRAS-CHAVE competência; organização; judiciária.

ENGLISH

TITLE: Organic Procedural Law.

ABSTRACT: The article deals with the need for the judicial organization discipline to be transformed into organic procedural law.

KEYWORDS: competence; organization; judiciary.

É com este título, *Direito Processual Orgânico*, que este autor apresentou à então Universidade do Rio de Janeiro (hoje, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro) – a Uni-Rio –, em 1992, um projeto substitutivo do programa do Curso de Direito recém-inaugurado (iniciado no dia 28 de outubro de 1991) para a disciplina *Organização Judiciária*.

O projeto não foi adiante, mesmo tendo sido explicado que já não era tão importante o estudo dos órgãos jurisdicionais estruturados e organizados, e, sim, a competência desses mesmos órgãos. E isso levaria à necessidade de deslocarmos nossos esforços para uma disciplina que tivesse como conteúdo programático, o que realmente seria essencial: a competência dos órgãos jurisdicionais do país. Ou seja, um Direito Processual da organização dos Tribunais e órgãos jurisdicionais em geral, ou mais propriamente, um direito processual *das competências* dos órgãos jurisdicionais, que haveríamos de denominar Direito Processual Orgânico.

A frustração do autor deste texto pelo não acolhimento da proposta não se limitou à negativa de reestruturação da disciplina, mas por causa de uma solução inesperada e muito preocupante, nomeadamente, a unificação da disciplina Organização Judiciária com a disciplina fundamental para o conjunto de Direito Processual na grade curricular (que era de Direito Processual Civil, Direito Processual Penal e Direito Processual do Trabalho), a conhecida Teoria Geral do Processo.

Sabidamente, o início de um estudo sobre a organização judiciária dos Tribunais pressupõe um conhecimento de teoria geral do processo e de disciplinas fundamentais de direito processual. Nesse entendimento, a solução proposta, *ad absurdum*, foi a fusão de um estudo avançado (como é o estudo da competência) com uma disciplina básica (a Teoria Geral do Processo).

Em uma nova provocação, agora sobre a propedêutica processual (teoria geral do processo) e sua impossibilidade de convivência temporal com

um conteúdo (avançado) de organização judiciária, em um ambiente acadêmico pluralista e diversificado, ao final, somadas as mais variadas opiniões e estancadas supostamente as discrepantes dúvidas, chegou-se ao pior resultado possível: a eliminação – pasmem! – da disciplina Teoria Geral do Processo. Ao final dos debates, não sem um esforço hercúleo na defesa da mencionada disciplina, a razão foi retomada e finalmente mantida, a Teoria Geral do Processo como disciplina, e mais ainda, como pré-requisito para as demais disciplinas de Direito Processual, a despeito de ficar (a Teoria Geral do Processo) associada aos estudos de organização judiciária – decisão mantida até nossos dias.

No biênio 2016-2017, em uma outra fase mais refletida e distantes dos primeiros debates na Uni-Rio, este autor elaborou um trabalho sistemático sobre essa tal disciplina Direito Processual Orgânico. Foi para um curso de Pós-Graduação em Direito Processual, oferecido pela prestigiosa Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (conhecida pelo acrônimo *UFF*). Sob a forma de monografia final de curso deste pesquisador, retomaram-se as premissas do *Direito* Processual Orgânico, com uma exposição sistemática das ideias do seu criador, o renomado Professor catedrático espanhol Antonio Maria Lorca Navarrete, da Universidade do País Basco.

Estas linhas são um excerto da monografia elaborada para a *UFF*, na qual o subscritor deste trabalho expõe as bases fundamentais das ideias do autor espanhol. O mencionado texto está lastreado na necessidade de deslocamento do estudo dos órgãos jurisdicionais para a sua competência e, também, como via de consequência, num compromisso com o *garantismo*.

É de curial sabença que se estuda no Brasil a competência jurisdicional como parte do conteúdo da Teoria Geral do Processo ou ainda do primeiro semestre de cada disciplina de Direito Processual. E é paladinamente sabido que o aprendizado não começa propriamente pela

organização judiciária dos Tribunais, mas por um estudo *in abstracto* da competência jurisdicional.

Constata-se que o referido ensaio talvez possa ser realizado, a partir da Constituição da República e dos Códigos de Processo Civil e Penal e da Consolidação das Leis do Trabalho, mas com certeza, a partir de conceitos estruturados e sistematizados por termos, definições e classificações da competência jurisdicional, tal como arroladas pelos mais destacados juristas. A distinção entre competência absoluta e relativa, competência do foro e do juízo, seriam bons exemplos desses estudos teóricos acadêmicos.

Alguns autores veem a competência dos órgãos jurisdicionais estruturados na Constituição da República e nas leis de organização judiciária, como objeto de uma *competência de atribuições* – expressão originada da literatura francesa, divulgada especialmente por José Frederico Marques. Ou ainda, simplesmente, denominam de estrutura da justiça no Brasil ou mesmo, e tão somente, um estudo da competência dos Tribunais.

Como se vê, o assunto da competência não é novo, mas na Espanha levou a outras discussões. E certamente, não é inédito da mesma forma, no Brasil, o assunto da competência. O que é insuficiente, embora não divulgado da mesma forma como os assuntos de competência em geral, é saber se estudar os órgãos jurisdicionais seria realmente estudar de modo aprofundado, a competência jurisdicional.

É bom lembrar que o mensageiro dessa teoria para o mundo processual é indiscutivelmente o Professor catedrático Antonio Maria Lorca Navarrete. Não devemos perder de vista, que os seus questionamentos remontam à primeira metade da década de 1980, em cujo período veio a lume a primeira edição de sua obra *Derecho Procesal Organico*.

Em nosso estudo para a Universidade Federal Fluminense, apresentamos a explicação da obra do Professor Lorca Navarrete e, acrescentamos, com certa pretensão de ineditismo e caráter inovador, que

esse movimento de deslocar o objeto da instituição (órgão jurisdicional na linguagem do Direito ou *ser* na linguagem filosófica) para a competência (*conhecer*), realizado pelo Professor Lorca Navarrente, seria um corte epistemológico. Nessa lógica, referida aparição bem poderia ser resumida como o deslocamento do *ser* para *conhecer o objeto* – uma reorientação que estaria baseada na notória *virada kantiana* para o conhecimento. Melhor explicando: uma completa reviravolta no pensamento universal, promovida por Emmanuel Kant, que revolucionou a Filosofia – que para ele era um conhecimento, ou melhor, uma Teoria do Conhecimento – e todo o pensamento científico na nossa civilização, até os dias atuais.

O giro copernicano de Kant – como é conhecido – ocorreu no campo da Filosofia, que passaria para um ponto diverso do *ser*: esse novo ponto para o sujeito cognoscente seria o *conhecer*. Mais tecnicamente, seria um campo da Gnoseologia, ou Teoria do Conhecimento. Ela poderia ser resumida assim: até a época do Renascimento, a Filosofia se orientava inteiramente para um ponto, o *ser*. A alma, o ser humano, a vida e tudo mais era algo que se deveria entender. Kant partiu para a ideia de que devemos *conhecer*. A Metafísica da época buscava explicar o que era o que estava debaixo do Sol. Eram descrições racionais que pairavam sobre todo o conhecimento. No nosso caso, seria a organização judiciária. Seria a fase ou período da Ontologia; ou seja, saber a organização judiciária. E um pensamento teórico-descritivo, as bases racionais explicariam a organização judiciária e ainda de modo a esgotar a sua compreensão. E a Filosofia antes de Kant se confundia com a Ontologia – o conhecimento do *ser*. É como se fosse o conhecimento teórico-metafísico da organização judiciária. Foi Emmanuel Kant quem empreendeu a revolução do conhecimento do *ser* para o *conhecer*. E o conhecer seria, para nós, uma disciplina formal e um objeto próprio a determinar o conhecimento de algo, especificamente, a competência jurisdicional.

Sem querer entrar em pormenores, cremos que a visão do Professor Lorca Navarrete foi uma aplicação dessa forma de pensar. Embora não ignore os próprios órgãos jurisdicionais – o que significa dizer que, juntou o conhecimento dos órgãos jurisdicionais (Ontologia) com o conhecimento da sua competência (Gnoseologia), integrando assim, em uma Ontognoseologia – concepção vislumbrada por nosso maior filósofo, Miguel Reale.

Assim, por meio da Ontognoseologia – ou seja: o estudo das inter-relações do *ser* e do *conhecer*, acentuando a importância do ato do conhecimento, sem, entretanto, deixar de lado a indagação ontológica, o Direito Processual Orgânico operaria com a estrutura dos órgãos – embora não somente como um amontoado, ainda que, ordenado de órgãos – e com as funções exercidas por esses órgãos, ditadas pela competência.

A preciosa obra do Professor Lorca Navarrete sistematiza todo o conhecimento espanhol sobre essa nova disciplina, o Direito Processual Orgânico, em caráter inicial e original, sem perder de vista o Direito Processual já consolidado. É nessa esteira que entende ser a centralização dos estudos da competência dos órgãos jurisdicionais a firmar o compromisso garantista exigido no exercício de toda a jurisdição nos Estados modernos.

As características gerais da sua obra estão baseadas na existência da jurisdição como um *prius* para se chegar a compreender o Direito Processual Orgânico. Segundo o livro, sendo a jurisdição imprescindível para a atuação dos órgãos jurisdicionais, não seria possível se realizar um estudo do Direito Processual senão em razão da vertente subjetiva que ela estabelece, o que implicaria dizer, a prévia existência da jurisdição, e mais concretamente, a dos órgãos nela investidos. Mais especialmente, deve-se lembrar de que o próprio conceito de jurisdição se expressa pela multiplicidade de competências dos órgãos investidos de *jurisdictio*. Ao assinalar a Constituição da República que ninguém será processado nem sentenciado senão por autoridade competente, está certamente a dizer que o poder

jurisdicional é exercido por juízes e Tribunais estabelecidos pela Constituição e pela lei, do que se deduz que sem jurisdição não se pode falar de tais órgãos, justamente porque são jurisdicionais e que é deles a competência para processar os litígios.

Prosseguindo em desenvolver suas ideias, entende Lorca Navarrete que o Direito Processual Orgânico tem por objeto o estudo dos órgãos jurisdicionais e dos sujeitos em atividade jurisdicional diversos das partes – a dimensão subjetiva do processo –, exigindo a ideia e existência de um ordenamento processual, que deve ser orgânico, e que se refira assim aos órgãos jurisdicionais organizados e investidos de jurisdição tal como estabelece a Constituição da República e as leis do Brasil.

Partindo de seu objetivismo renovado, um direito que emerge da própria jurisdição, na medida em que os órgãos que possuem a jurisdição a exercem em uma competência prévia definida, entende que deve estar submetido a um estudo anterior ao próprio processo abstratamente considerado.

O Direito Processual Orgânico se completaria com as leis de competência sem o qual, desconhecido nos seus elementos subjetivos e suas competências, estaria a olvidar o próprio desenvolvimento concreto da jurisdição em bases definidas e garantidas para as partes.

O livro, em comento, consolida uma Teoria do Direito Processual Orgânico em sólidas bases metodológicas e apresenta a sua exposição por meio do conceito de jurisdição e da projeção prática que levam as leis a definir a competência dos órgãos jurisdicionais e, com isso, a delinear o órgão competente (ou melhor: a competência do órgão) e sustentar umas das bases mais sólidas do garantismo – o juiz competente. Registra também que não é o assunto limitado ou destinado exclusivamente aos estudantes, mas a todos os profissionais do direito – algo que se manifesta com ofuscante nitidez.

E se em sua fase científica, o Direito Processual, como um *Direito da função jurisdicional*, a determinação científica do órgão jurisdicional investido de jurisdição e que a leva a cabo, exigiria uma disciplina própria, com próprio objeto formal, e não uma mera descrição, em gráficos, de uma organização judiciária baseada em superposição piramidal de autoridades.

O uso desse termo novo – Direito Processual Orgânico – constitui uma novidade trazida a lume por Lorca Navarrete e pretende expressar a todos nós o básico: que a função jurisdicional se desenvolve concretamente, por meio do processo, o mesmo processo que tem na competência, sabidamente, um pressuposto da sua existência. Se o Direito Processual não pode ignorar que a função jurisdicional se realiza por meio de órgãos jurisdicionais, interessaria ao Direito Processual apenas sua dimensão subjetiva, ou seja: interessaria tão somente expor a organização judiciária? Ou seria processual e orgânico, sem o qual, o processo não encontraria, em uma dimensão objetiva, suas bases, as mesmas que definem a garantia do devido processo legal, justamente com a competência, tal como definida na Constituição da República e nas leis?

A competência (jurisdicional) é um pressuposto processual. E a sua inobservância poderá resultar até mesmo uma rescisão de um julgado civil se for absoluta ou uma impugnação, até mesmo por *habeas corpus*, em um julgado criminal. Aplicar a lei contenciosamente a casos particulares, na linguagem de Pedro Lessa, de modo a que a função jurisdicional se caracterize e também se distinga dos demais poderes da soberania é, como dizia João Mendes, a própria atividade do Poder Judiciário, como força derivada da soberania nacional. E como diz o mestre paulista (ainda João Mendes) é o Poder Judiciário, especialmente constituído, para assegurar a aplicação das leis, que garantem a inviolabilidade dos direitos individuais, e ainda mais, o que é óbvio: que é a jurisdição a causa final específica da atividade do Poder Judiciário.

A organização judiciária, como um todo, não se confunde com a competência dos órgãos, ainda que essa organização estabeleça a competência de cada um deles. Se as lições acadêmicas mais conhecidas das faculdades de Direito são a de se indagar “qual é o órgão competente?”, pelo regime do Direito Processual Orgânico, esse questionamento do órgão jurisdicional seria modificado para a competência jurisdicional, naquilo que poderia ser nitidamente reconhecido como uma versão científica da competência.

Então, a pergunta seria qual é a competência, sem prejuízo de se seguir com a pergunta “de qual órgão?”. E com o seu próprio objeto formal, os conflitos de competência certamente almejavam resultados manifestamente objetivos e em premissas próprias; ou seja, por exemplo, sobre a formação da competência da *matéria* ou mesmo baseada, eventualmente, nos *sujeitos do conflito*, em sua natureza e vicissitudes, deixando de lado a ideia de ser o órgão jurisdicional o mais importante.

Em vez dessa perspectiva, seria melhor resguardar as partes de um julgamento feito, sem critérios objetivos, e sim subjetivos, tal como seria aquele voltado para o órgão jurisdicional (talvez mais ou menos em condições de julgar), ao invés do órgão realmente competente, de modo constitucional e legalmente objetivo, para o digno exercício de *jus dicere*.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes. *Direito Judiciário*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940.

ASENCIO MELADO, Jose Maria. *Derecho procesal civil*. Parte primera. Valencia: Tirant lo blanch, 1997.

BARROSO, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos. *Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BELLOCCHI, Márcio. *Jurisdição, juízes e árbitros*. São Paulo: RT, 2023.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. V. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria Geral do Processo*. 13. ed. São Paulo: RT, 1997.

CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de Filosofia do Direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: 1983.

FERREIRA, Pinto. *Curso de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1998.

GONZÁLEZ MONTES, José Luis. *Instituciones de derecho procesal*. Tomo I. 3. ed. Madri: Tecnos, 1991.

LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915.

LORCA NAVARRETE, Antonio Maria. *Derecho Procesal Organico*. 2. ed. Madri: Tecnos, 1989.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. 8. ed. São Paulo: RT, 2023.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. Vol. 1. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

NOGUEIRA, Paulo Lucio. *Curso completo de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

OLIVEIRA JUNIOR, Waldemar Mariz de. *Teoria geral do processo civil*. V. 1. São Paulo: RT, 1971.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ROBLES GARZÓN, Juan Antonio. *Conceptos básicos de derecho procesal civil*. 4. ed. Madri: Tecnos, 2013.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 1. v. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SILVA, Ovídio A. Baptista da; GOMES, Fábio Luiz. *Teoria Geral do Processo*. 6. ed. São Paulo: RT, 2011.

SILVA, Rodrigo Otávio Monteiro da. *Teoria Geral do Processo*. Curitiba: Inter Saberes, 2021.

SOUZA, André Pagani de, *et alii*. *Teoria geral do processo contemporâneo*. 6. ed. Barueri; Atlas, 2023.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. V. I 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TUCCI, Rogério Lauria. *Curso de Direito Processual Civil*. V. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.

Lavando os recursos: Reflexões sobre a Lei de Lavagem de Dinheiro no Direito Eleitoral

Patrícia Gasparro Sevilha Greco

Doutoranda e Mestra em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Analista Judiciária do TRE/PR, Chefe de Cartório. Professora e pesquisadora em Direito Eleitoral.

ORCID: 0000-0001-8879-4439

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6245626420021642>

E-mail: patriciagreco@rwgreco.com.br

Revisores: Fernando Hugo Miranda Teles (ORCID: 0009-0005-3088-4294; e-mail: fernando.teles@mpm.mp.br)

Cláudia Aguiar Britto (ORCID: 0000-0002-4229-7952; CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7455964413594325>; e-mail: claudiaaguiarbritto@gmail.com)

Data de recebimento: 10/10/2023

Data de aceitação: 16/10/2023

Data da publicação: 21/11/2023

DOI: 10.5281/zenodo.10075870

RESUMO: Este artigo examina a Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98) e sua aplicação no contexto do direito eleitoral, com foco na polêmica em torno do uso de recursos ilícitos em campanhas políticas. A Lei 9.613/98 foi promulgada para combater a lavagem de dinheiro decorrente de atividades criminosas, mas sua aplicação no âmbito eleitoral tem gerado debates acalorados devido a interpretações distintas e desafios práticos. O estudo apresenta uma análise das principais controvérsias em torno da Lei 9.613/98 no cenário eleitoral, destacando seus pontos críticos e possíveis soluções para garantir a integridade e a transparência dos processos políticos.

PALAVRAS-CHAVE: lavagem de dinheiro; campanhas eleitorais; organizações criminosas; financiamento eleitoral.

ENGLISH

TITLE: Laundering the Resources: Reflections on the Money Laundering Law in Electoral Law.

ABSTRACT: This article examines the Money Laundering Law (Law 9,613/98) and its application in the context of electoral law, focusing on the controversy surrounding the use of illicit resources in political campaigns. Law 9,613/98 was enacted to combat money laundering resulting from criminal activities, but its application in the electoral sphere has generated heated debates due to different interpretations and practical challenges. The study presents an analysis of the main controversies surrounding Law 9,613/98 in the electoral scenario, highlighting its critical points and possible solutions to guarantee the integrity and transparency of political processes.

KEYWORDS: money laundering; election campaigns; criminal organizations; election financing.

192

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 A lei de Lavagem de dinheiro (Lei 9.613/1998) – 3 A Incidência da Lei de Lavagem de Dinheiro no Direito Eleitoral – 4 Controvérsias sobre a Lei de Lavagem de Dinheiro no Direito Eleitoral – 5 Propostas para um incremento de efetividade da Lei de Lavagem de Dinheiro no Combate à Corrupção Eleitoral – 6 Considerações finais.

1 INTRODUÇÃO

A lavagem de dinheiro é uma prática criminosa que visa dissimular a origem ilícita de recursos financeiros, tornando-os aparentemente legítimos. Esse processo complexo envolve uma série de transações e movimentações que buscam encobrir a trilha do dinheiro, dificultando a identificação de sua origem criminosa. A Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98) surgiu como resposta a essa problemática, estabelecendo medidas e mecanismos para reprimir, prevenir e combater esse tipo de atividade ilícita.

O contexto da lavagem de dinheiro, todavia, se torna ainda mais instigante e polêmico quando analisado em relação ao direito eleitoral. O financiamento de campanhas políticas é uma parte essencial do processo democrático, e a busca por recursos para sustentar candidaturas e projetos políticos pode levar a situações desafiadoras. A interseção entre a lavagem de dinheiro e o direito eleitoral traz à tona questões complexas e controversas que merecem atenção e reflexão.

As eleições são momentos-chave para a sociedade escolher seus representantes e definir os rumos do país. Contudo, a captação de recursos para financiar campanhas pode gerar pressões e incentivos para que candidatos e partidos busquem financiamento em fontes questionáveis ou, até mesmo, mesmo ilegais. Isso pode criar uma sombra de suspeição sobre a legitimidade dessas campanhas e, conseqüentemente, sobre a própria representação democrática.

Nesse sentido, o presente artigo tem o objetivo de aprofundar a análise da aplicação da Lei de Lavagem de Dinheiro no contexto específico do direito eleitoral. Será examinada a pertinência e a eficácia das medidas estabelecidas pela Lei 9.613/98 para coibir a utilização de recursos ilícitos em campanhas políticas. Além disso, serão identificadas as controvérsias e desafios enfrentados pelas instituições, pelo sistema judiciário e pelos atores políticos na interpretação e aplicação da legislação de combate à lavagem de dinheiro no âmbito eleitoral.

O método adotado para tanto será o hipotético dedutivo e considerará como fontes a legislação, algumas jurisprudências relevantes, análises de especialistas e comparações internacionais por meio de doutrinas de escol, a fim de fornecer uma visão abrangente e focada no tema. O artigo buscará contribuir para o debate acadêmico e político sobre o papel da legislação e dos mecanismos de controle na promoção da transparência, integridade e legitimidade dos processos eleitorais.

Dessa forma, a partir da compreensão das dinâmicas da lavagem de dinheiro no contexto do direito eleitoral, podem-se explorar possíveis soluções para assegurar, cada vez mais, a lisura, a legitimidade e a confiabilidade das eleições e de seus resultados. Somente por meio de uma análise crítica e embasada será possível encontrar um equilíbrio entre o combate à lavagem de dinheiro e a preservação da democracia, garantindo a participação política plena e o respeito à vontade do eleitorado.

Não se olvida, entretanto, que tal combate à corrupção esbarra em uma série de questões, tanto de ordem teórica, qual é o caso, por exemplo, do *gap* normativo acerca da definição de “organizações criminosas”, quanto de ordem prática, já que a corrupção sistêmica busca, a todo custo, assumir roupagens de legalidade e desconhece fronteiras entre nações, o que dificulta, sobretudo, um combate efetivo. Ocorre que tais limitações, longe de enfraquecerem a missão de combate, devem servir de combustível para fomentar estudos, estratégias e planejamentos cada vez mais incisivos e eficazes.

2 A LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO (LEI 9.613/98)

A Lei de Lavagem de Dinheiro, também conhecida como Lei 9.613/98, foi promulgada em 3 de março de 1998 com o propósito de combater a prática de lavagem de dinheiro no Brasil. Ela representa uma resposta do Estado brasileiro aos desafios impostos pelo crescimento da criminalidade financeira, que se tornou uma preocupação global no final do século XX.

A origem da Lei de Lavagem de Dinheiro remonta ao final dos anos 80 e ao início da década de 1990, quando a comunidade internacional, por meio de organismos como a Organização das Nações Unidas (ONU) e o Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento

do Terrorismo (GAFI/FATF), começou a se mobilizar para combater a lavagem de dinheiro como forma de enfraquecer a ação do crime organizado (Schoucair, 2022, p. 4).

Conforme destacam Moro, Portella e Ferrari (2019, p. 4), a lavagem de dinheiro consubstancia-se, assim, em um problema de âmbito mundial, recebendo denominações análogas em vários países, tal como “*reciclagio del denaro*”, na Itália, “branqueamento de capitais” em Portugal, “*money laundering*” nos Estados Unidos e “*blaqueo de capitales*” na Espanha (Moro; Portella; Ferrari, 2019, p. 4).

O Brasil, reconhecendo a importância desse combate, aderiu aos esforços internacionais e, em 1998, promulgou a Lei 9.613, tornando-se um dos primeiros países da América Latina a adotar uma legislação específica de combate à lavagem de dinheiro.

Em seu artigo inaugural, a referida lei define “lavagem de dinheiro” como qualquer conduta que vise “[o]cultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.” (Brasil, 1998, *on-line*).

Desde sua promulgação, a Lei de Lavagem de Dinheiro tem passado por aperfeiçoamentos e atualizações para se adequar às mudanças do cenário nacional e internacional. A Lei 12.683/2012, por exemplo, trouxe importantes alterações à legislação, tornando-a mais abrangente e eficiente na prevenção e combate à lavagem de dinheiro, englobando não apenas o crime como objeto passível de lavagem de dinheiro, mas, sim, qualquer infração penal, incluindo-se, aí, as contravenções penais também. Essa evolução é essencial, uma vez que os métodos utilizados pelos lavadores de dinheiro têm se tornado cada vez mais sofisticados, exigindo respostas adequadas e ágeis por parte do Estado.

O propósito fundamental da Lei de Lavagem de Dinheiro é reprimir, prevenir e combater a prática de lavagem de dinheiro proveniente de atividades criminosas. Ela estabelece mecanismos para identificar e punir aqueles que utilizam recursos de origem ilícita, visando dissimular sua origem e inseri-los novamente na economia de forma aparentemente lícita.

A legislação busca dificultar a ação dos criminosos, atuando não apenas sobre os agentes diretos da lavagem de dinheiro, mas também sobre os intermediários, como instituições financeiras, profissionais liberais, empresas e outros que podem ser usados como “laranjas” para ocultar a origem criminosa dos recursos. Neste aspecto, destaca-se o importante papel assumido pelo Ministério Público brasileiro, “a fim de que, promovendo, privativamente, a ação penal, possa, ao articular os demais atores do sistema de defesa social, pleitear, em sendo o caso, a justa condenação para as lideranças da criminalidade organizada”, bem como “interromper a renovação da cadeia criminosa com a instrumentalização dos mecanismos previstos na lei de Lavagem de Capitais” (Schoucair, 2022, p. 6).

Não obstante, a Lei de Lavagem de Dinheiro tem o salutar objetivo de preservar a integridade e a transparência do sistema financeiro nacional, evitando que recursos ilícitos sejam utilizados para fins ilícitos ou mesmo para financiar atividades terroristas, criando-se, para tanto o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), e que tem por finalidade “disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas”, conforme prevê o artigo 14, *caput*, da Lei n. 9.613/1998 (Brasil, 1998, on-line), “fiscalizando, pois, as atividades financeiras que podem dar ensejo à lavagem de dinheiro” (Bonfim, 2008, p. 26-27).

Nesse sentido, a legislação determina que as instituições financeiras e demais entidades autorizadas a funcionar pelo Banco Central devem comunicar ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) as

operações que possam configurar lavagem de dinheiro ou ocultação de bens. Essa comunicação deve ser feita de forma sigilosa e tem o objetivo de permitir a investigação de transações suspeitas. Por sua vez, as instituições financeiras devem manter registros das operações financeiras realizadas por seus clientes, identificando de forma precisa a origem e o destino dos recursos. Essa exigência visa facilitar a rastreabilidade das operações e possibilitar a identificação de movimentações atípicas ou suspeitas.

A Lei 9.613/98 prevê a cooperação entre as autoridades brasileiras e as autoridades estrangeiras na investigação e repressão da lavagem de dinheiro. Isso permite a troca de informações e evidências, fortalecendo a capacidade de combate a esse tipo de crime em âmbito internacional:

Mediante a criação do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI) [...], o Brasil melhorou visivelmente a coordenação dos esforços investigativos entre suas autoridades e autoridades estrangeiras, graças ao fato de o Brasil ter uma agência central dedicada a ajudar no processamento de solicitações de cooperação internacional (Giacomet Jr., 2019). No entanto, o processamento dessas solicitações ainda tende a demorar muito, seja no Brasil ou em outras jurisdições. É lógico que quanto mais os sistemas jurídicos e as leis pertinentes nos países envolvidos diferirem entre si, mais tempo será necessário para processar qualquer pedido – especialmente na área do direito penal, uma vez que o país requerido tem de garantir que as medidas solicitadas estão de acordo com a legislação aplicável (Brun *et al.*, 2011). Por esta razão, alcançar maiores graus de harmonização jurídica é da maior importância¹ (Giuliani, 2021, p. 32).

197

¹ Livre tradução da autora. Original: “Through the creation of the Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI; Brazilian Department for Asset Recovery and International Cooperation), Brazil has visibly improved the coordination of investigative efforts between its authorities and foreign ones, thanks to Brazil having a central agency dedicated to helping process international cooperation requests (Giacomet Jr. 2019). However, processing these requests still tends to take a long time, whether in Brazil or other jurisdictions. It is only logical that the more the legal systems and pertinent laws in the countries involved differ from one another, the longer it will take to process any request – particularly in the area of criminal law, since the requested country has to make sure the measures requested are in accordance with its applicable legislation (Brun *et al.* 2011). For this reason, achieving greater degrees of legal harmonization is of utmost importance”.

Ademais, as instituições financeiras e os profissionais liberais que não cumprirem as determinações da Lei de Lavagem de Dinheiro estão sujeitos a sanções administrativas, como multas e até mesmo o fechamento das atividades. Em conjunto, essas disposições visam criar um ambiente hostil para a prática de lavagem de dinheiro, dificultando a ação dos criminosos e desestimulando a utilização do sistema financeiro para encobrir a origem ilícita de recursos. A Lei 9.613/98 tem se mostrado um importante instrumento no combate à lavagem de dinheiro no Brasil, contribuindo para a preservação da integridade do sistema financeiro e para o fortalecimento do combate à criminalidade financeira. No entanto, como será abordado nos próximos tópicos, sua aplicação no direito eleitoral traz desafios e questões complexas a serem enfrentadas.

198

3 A INCIDÊNCIA DA LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO NO DIREITO ELEITORAL

A corrida por recursos para financiar campanhas políticas pode levar candidatos e partidos a buscarem doações em diferentes fontes, o que pode incluir fontes questionáveis ou mesmo ilegais. A utilização de recursos de origem duvidosa pode criar uma sombra de suspeição sobre a legitimidade das campanhas, colocando em dúvida a representatividade e a imparcialidade dos candidatos eleitos.

A Lei de Lavagem de Dinheiro objetiva, neste mister, não apenas rastrear a origem ilícita dos recursos utilizados na lavagem, mas, conforme adverte Santano (2015, p. 130), a partir deste rastreio, “incluir a própria lavagem de dinheiro feita por meio de candidatos e partidos desde o crime organizado, o tráfico de influência que vai muito além da compra de uma agenda política”, ou seja, a reverberação da origem ilícita de tais recursos alcança, inclusive, uma possível “construção de uma rede de impunidade para

os que financiam a formação eleita do governo, ou até mesmo a expansão dessas organizações em nível transnacional pelas próprias vias do governo” e que podem ocorrer “por meio de incentivos econômicos, benefícios fiscais que favoreçam a atividade delituosa principal, dentre outras hipóteses de corrupção” (Santano, 2015, p. 130).

Vê-se, assim, que a dimensão do combate à lavagem de dinheiro na seara eleitoral ganha uma importância ainda maior, já que, ao esconder as fontes ilícitas que suportam financeiramente a campanha, pode-se, sem um combate eficaz, criar uma ponte do crime organizado com as entranhas do Estado, legitimando a prática e os grupos criminosos. Ademais, a “corrupção influencia as sociedades contemporâneas, principalmente aquelas com acentuada desigualdade social, interferindo na prestação de serviços públicos essenciais para o cidadão”, não obstante, ainda corrompe a credibilidade do país e afasta investimentos internacionais, “criando empecilhos para os investidores em razão de alterações nos padrões de regras das sociedades” (Gonçalves; Andrade, 2018, p. 272 e 281).

Por fim, a lavagem de dinheiro permite o ingresso de recursos que avolumam as receitas de campanhas, auxiliando no recrudescimento de um outro fenômeno: a plutocracia, a qual pode ser compreendida, conforme alinham Deschamps *et al.* (2020, p. 739) como:

[...] o sistema político no qual a posse de riqueza econômica está relacionada à efetivação de preferências e interesses por meio da conquista de posições e influência na estrutura do Estado, nos processos decisórios e na produção de políticas públicas. Alternando ou combinando democracia e plutocracia, candidatos com programas mais próximos aos dos grandes interesses econômicos teriam mais chances de se eleger do que outros.

Assim, a quantidade de ingressos em uma campanha tem o poder de influenciar diretamente as chances de ganho dela e, conforme alerta Deschamps *et al.* (2020, p. 739), “a questão que se coloca é quando e quanto

o dinheiro se torna um problema ao influenciar, ou mesmo determinar, os resultados das eleições e a governança pública”.

Ocorre que efeitos tão nefastos e que devem ser combatidos veementemente, esbarram em algumas sérias dificuldades, tais como outras práticas criminosas, ou o crime de falsidade ideológica e documental, dificultando sobremaneira a identificação dos responsáveis.

Não pendem dúvidas, todavia, que a utilização de recursos ilícitos em campanhas políticas pode comprometer a transparência e a legitimidade dos pleitos eleitorais. A sociedade precisa ter confiança no sistema político e na representação democrática para garantir a participação plena dos cidadãos. A percepção de que recursos ilegais estão sendo utilizados pode minar essa confiança e criar um ambiente de descrédito nas instituições democráticas. Desse modo, as decisões judiciais relacionadas à aplicação da Lei de Lavagem de Dinheiro no direito eleitoral têm um impacto significativo na dinâmica política. A interpretação da lei pelos tribunais, a dosimetria das penas e a análise de casos específicos podem definir padrões de conduta e orientar ações futuras de candidatos e partidos.

Fortalecer a transparência no financiamento de campanhas políticas é uma medida importante para prevenir a lavagem de dinheiro nesse contexto. Mecanismos de controle e fiscalização mais efetivos, bem como a conscientização dos candidatos e partidos sobre os riscos da utilização de recursos ilícitos, são essenciais para evitar que práticas criminosas se infiltrem nos processos eleitorais.

A Lei de Lavagem de Dinheiro, por sua vez, precisa lidar com a complexidade de separar o financiamento eleitoral legal do ilícito, uma vez que, em muitos casos, ambos podem coexistir dentro de uma mesma campanha. Candidatos e partidos podem receber doações legais de pessoas físicas enquanto também recebem recursos ilícitos de outras fontes. Essa

mistura de recursos pode tornar a identificação dos recursos ilícitos mais desafiadora.

Para tornar a aplicação da Lei de Lavagem de Dinheiro mais efetiva no direito eleitoral, é essencial investir em medidas preventivas. A transparência no financiamento de campanhas, a educação e conscientização dos atores políticos sobre os riscos da utilização de recursos ilícitos e o fortalecimento dos mecanismos de controle são fundamentais para evitar a ocorrência de lavagem de dinheiro no contexto eleitoral. Contudo, há controvérsias a serem superadas para que tal objetivo seja alcançado.

4 CONTROVÉRSIAS SOBRE A LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO NO DIREITO ELEITORAL

A aplicação efetiva da Lei de Lavagem de Dinheiro no direito eleitoral é uma forma de responsabilizar e punir aqueles que utilizam recursos ilícitos para financiar campanhas políticas. Isso contribui para desestimular a prática de lavagem de dinheiro nesse contexto e reforça a mensagem de que as instituições estão comprometidas com a integridade do processo eleitoral.

Harmonizar a Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98) com o Direito Eleitoral apresenta diversos desafios que refletem a complexidade e a sensibilidade dessa interseção. Ambas as áreas possuem objetivos e dinâmicas específicas, e a aplicação da legislação de combate à lavagem de dinheiro no contexto eleitoral requer uma análise criteriosa para garantir a preservação da democracia e a integridade dos processos eleitorais.

Um dos principais desafios da aplicação da Lei de Lavagem de Dinheiro à seara eleitoral é definir de forma clara e objetiva quais recursos podem ser considerados ilícitos no contexto de uma eleição. A lavagem de dinheiro no financiamento de campanhas pode envolver doações provenientes de corrupção, desvio de recursos públicos, caixa dois e outras

fontes questionáveis. No entanto, nem todas as doações ilegais são necessariamente ilícitas, uma vez que podem ser provenientes de fontes admitidas em lei, mas sem observâncias de teto de doação, ou, ainda, de fontes vedadas, ainda que de atividade lícita, qual é o caso, por exemplo, de doação de associações ou cooperativas, exatamente por serem pessoas jurídicas. Distinguir claramente o que é ilícito, por ter origem escusas, do que é ilegal, por ser meramente vedado, é fundamental para a aplicação adequada da legislação.

A calibragem proibitiva permite, assim, que, ao afastar tais práticas, o processo eleitoral receba uma maior fiscalização, intensificando ou atenuando o papel dos partidos políticos, definindo os níveis de intervenção do Estado, bem como possibilita que se ratifiquem desigualdades ou melhorem as condições de participação de diferentes grupos (Peixoto; Marques; Ribeiro, 2022, p. 98). Não obstante, a “existência de mecanismos que possibilitem a fiscalização do cumprimento das normas do sistema de financiamento impostas pelos partidos políticos é fundamental para o controle do processo eleitoral democrático” (Peixoto; Marques; Ribeiro, 2022, p. 98).

Veja-se que a proposta ora ventilada se volta a uma fiscalização mais eficiente do que, propriamente, ao estrangulamento das fontes de financiamento de campanha, pois, conforme bem relembra Santano (2015, p. 132):

[...] um sistema que tenha regras muito estritas com respeito às contribuições privadas para as campanhas eleitorais pode simplesmente motivar pagamentos ilegais, os quais por sua vez são mantidos em segredo frente aos votantes e os controladores.

Com a fiscalização advém, logicamente, a responsabilização daqueles que não estejam em conformidade com as previsões normativas, o que se reveste de outro desafio: estabelecer penas proporcionais e critérios

para a responsabilização dos envolvidos no recebimento de recursos ilícitos em campanhas. Essa proporcionalidade ganha relevo a partir do modelo de responsabilidade que se pretenda lançar aos candidatos e partidos beneficiados com as receitas obtidas do crime organizado, mediante a lavagem de dinheiro. Enquadrar automaticamente candidatos e partidos que tenham recebido doações suspeitas, numa espécie de responsabilidade objetiva, pode levar a injustiças e punir de forma desproporcional aqueles que podem não ter conhecimento sobre a origem ilícita dos recursos.

Ademais, não se pode perder de vista que o bem jurídico tutelado no crime de lavagem de dinheiro diverge daquele tutelado pelo processo eleitoral, enquanto o “crime de lavagem de dinheiro caracteriza-se como crime econômico, porque lesa bens ou interesses abrangidos pela ordem econômica; o bem jurídico tutelado é, pois, o sistema econômico-financeiro” (Brandão, 2013, p. 15), ilegalidades cometidas por meio dele na esfera eleitoral afetam a normalidade e a lisura do pleito, atacando a estrutura da democracia representativa.

Não que não haja uma continuidade protetiva em se falando de uso de recursos de organizações criminosas em campanhas políticas, ou seja, uma tutela não afasta a outra, em verdade, elas se complementam. Mas o cuidado ao se aplicar a responsabilidade objetiva pelo uso de tais recursos, ao arrepio do conhecimento de seu(s) beneficiário(s), pode ferir a própria lógica de uma disputa democrática, já que organizações criminosas poderiam se valer intencionalmente dessa possibilidade legal para prejudicar adversários políticos de seus próprios candidatos, retirando-os do cenário de disputas, fazendo pequenas doações de “braços” de menor expressividade dentro da organização.

Em se falando de organizações criminosas, outra dificuldade com a qual se deparava, até o advento da lei n. 12.850/2013, era, precisamente, a sua definição:

A definição emprestada de “organização criminosa”, com base apenas na Convenção de Palermo (Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional) e em outros documentos, sem contudo ela estar devidamente tipificada no nosso Código Penal, seria acrescentar à norma penal elementos inexistentes, o que seria uma intolerável tentativa de substituir o legislador, que não se expressou nesse sentido, segundo entendimento de vários juristas (Brandão, 2013, p. 09).

Tal lacuna conceitual precisava ser colmatada, tendo a doutrina se encarregado de tanto, associando-se a formação do crime organizado ao artigo 288 do Código Penal², em que o texto da lei trata da formação de quadrilha:

Sendo assim, podemos dizer que a organização criminosa se dá através de uma quadrilha com características especiais, tendo uma estrutura bem definida, com diversas sofisticações variadas, divisão de tarefas e grande organização de seus membros com regras próprias e bem definidas (Gimenez; Santos, 2021, p. 8).

Com a lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013, seu artigo inaugural define organização criminosa como sendo a:

[...] associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional (Brasil, 2013, *on-line*).

Mesmo que superada a questão inicial acerca do que seria organização criminosa, permanece outra de relevância e que recai na independência do poder Judiciário. Tal predicado é essencial para uma aplicação imparcial da Lei de Lavagem de Dinheiro no direito eleitoral. A politização do sistema judiciário pode gerar dúvidas sobre a imparcialidade

² Eis a redação do mencionado artigo: “Art. 288 – Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes: Pena – reclusão, de um a três anos. Parágrafo único – A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado” (BRASIL, 1940, *on-line*).

das decisões e comprometer a efetividade das medidas de combate à lavagem de dinheiro, ou, ainda, ser fortemente influenciada pela opinião pública e coberturas midiáticas, caso essa dependência não seja observada, pois é na mídia que:

[...] a corrupção se torna escândalo, ou seja, é por meio do agendamento e do enquadramento feitos pelos meios de comunicação que um conjunto de práticas e fatos é tornado público e formatado de maneira a constituir um produto, com narrativas próprias, personagens principais e um nome próprio [...] (Feres Jr.; Sassara, 2016, p. 208).

Ocorre, todavia, que não se pode afastar ou minimizar o papel de destaque que a sociedade civil tem no combate ao crime de lavagem de dinheiro no Direito Eleitoral, já que o engajamento ativo dos cidadãos e das organizações da sociedade civil pode ser uma importante força de monitoramento das atividades políticas e das doações de campanha. Cidadãos, jornalistas, organizações não governamentais e grupos de transparência podem investigar e denunciar casos suspeitos de lavagem de dinheiro, contribuindo para a identificação de práticas ilegais.

Nesse sentido, para melhor aparelhar esse corpo fiscalizatório, o mais indicado é a promoção da educação e da conscientização política. Ademais, em se falando de capacitação, não se pode olvidar daquela que deve ser destinada a candidatos, partidos e eleitores sobre os riscos e consequências da utilização de recursos ilícitos em campanhas, pois pode contribuir para a criação de uma cultura política mais ética e transparente. Com tal capacitação, a sociedade civil pode pressionar por maior transparência no financiamento de campanhas e por reformas políticas que fortaleçam a integridade do sistema eleitoral. Demandar aprimoramentos na legislação e na fiscalização é uma forma de contribuir para a efetividade do combate à lavagem de dinheiro.

Uma consequência da educação e da conscientização política é a capacitação da sociedade civil como um todo para a importante missão de observadores e fiscais de práticas suspeitas relacionadas ao financiamento de campanhas, e, com isso, aumentaria a possibilidade de se reportar qualquer indício de lavagem de dinheiro. Parcerias da sociedade civil com instituições governamentais, como o Ministério Público e a Polícia Federal, podem colaborar com investigações e compartilhar informações relevantes para o combate à lavagem de dinheiro. Essa cooperação pode potencializar os esforços de enfrentamento desse crime. Outros modos de combate, ainda nesse sentido, seriam as campanhas de conscientização, petições públicas e outras formas de pressão (*advocacy, por exemplo*), uma vez que podem influenciar o debate público e a formulação de políticas mais efetivas.

206 Como uma das formas a viabilizar o acesso às informações de receitas e despesas das campanhas, o Tribunal Superior Eleitoral disponibiliza, a cada eleição, a plataforma “Divulga Cand Contas³”, que, mais que um simples repositório, sagra-se como fonte direta de tudo quanto foi declarado em cada prestação de contas de candidatos e agremiações políticas, permitindo com isso, à sociedade civil, maior transparência nas doações de campanha.

Ademais, além das parcerias com a sociedade civil, a própria lei n. 12.850/2013 traz, em seu artigo 3º, inciso VIII, a previsão de cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais, com a finalidade de buscar provas e informações de interesse de uma investigação ou de uma instrução criminal (Brasil, 2013, *on-line*).

Tais parcerias ainda permitiriam remediar, em certa medida, outra dificuldade estrutural encontrada no efetivo combate à lavagem de dinheiro em campanhas eleitorais: os órgãos responsáveis pela aplicação da lei, como

³ Disponível em: <https://divulgacandcontas.tse.jus.br/divulga/#/> (TSE, 2023, *on-line*).

a Justiça Eleitoral e o Ministério Público, muitas vezes, enfrentam restrições de recursos humanos e financeiros, de sorte que esse auxílio paralelo da própria sociedade ou de outros órgãos públicos poderia servir como uma espécie de aporte secundário, sem, decerto, ter a pretensão ingênua de substituir o mister constitucional reservado aos órgãos competentes.

Para além da fiscalização, outro desafio à aplicação da lei de lavagem de dinheiro no âmbito eleitoral é a obtenção de provas robustas e consistentes. A complexidade das transações financeiras e a utilização de estratégias sofisticadas para ocultar a origem ilícita dos recursos podem dificultar a investigação e a obtenção de evidências sólidas para embasar a condenação dos envolvidos. Nesse intuito, a aplicação efetiva da Lei de Lavagem de Dinheiro no direito eleitoral exige uma cooperação eficiente entre diversas instituições, como a Justiça Eleitoral, o Ministério Público, a Polícia Federal e o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). A falta de integração e de compartilhamento de informações pode limitar a capacidade de identificar e punir práticas de lavagem de dinheiro no contexto eleitoral.

Ainda, sabendo-se desta dificuldade inerente ao combate da lavagem de dinheiro, a lei n. 12.850/2013 trouxe um reforço ao arsenal probatório, tal como a possibilidade de utilização de colaboração premiada, captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos, ação controlada, interceptações comunicações telefônicas e telemáticas, infiltração, por policiais, em atividades de investigação, a já mencionada cooperação entre instituições e órgãos públicos, dentre outros relacionados nos oito incisos do artigo 3º (Brasil, 2013, *on-line*).

Tais medidas se justificam na medida em que os criminosos adaptam constantemente suas práticas para escapar da detecção. Novas técnicas de lavagem de dinheiro e de financiamento ilegal de campanhas políticas surgem, desafiando a capacidade de resposta das instituições de controle. Em

alguns casos, a obtenção de informações financeiras relevantes para a investigação pode ser dificultada, principalmente quando se trata de empresas de fachada ou contas bancárias em paraísos fiscais.

Por fim, outra situação delicada que se vislumbra na aplicação da lei de combate à lavagem dinheiro no Direito Eleitoral é a interpretação de elementos subjetivos, como a ciência ou a conivência do beneficiário da origem ilícita dos recursos, uma vez que sua configuração ou não pode gerar divergências nas decisões judiciais. Explicando em outras palavras, trata-se da responsabilidade objetiva ou subjetiva do candidato ou do partido político na utilização de recursos oriundos do crime organizado. Conforme já se adiantou, para um combate mais eficaz e facilitado, a responsabilidade objetiva parece sinalizar como a melhor resposta, já que comprovar o conhecimento prévio pode acabar restando impossibilitado e, com isso, referendar uma campanha que fez uso de tais recursos espúrios.

Assim, parece que a melhor alternativa seria criar critérios objetivos e que configurariam uma pressuposição do conhecimento prévio, como, por exemplo, o recebimento de valores vultosos que compusessem percentual significativo do valor arrecadado. Cabe ao candidato ou ao partido a diligência de verificar a origem de recursos impactantes no seu orçamento de campanha, a exemplo da fiscalização que eles mesmos devem fazer em se falando de recursos de origem vedada ou recursos de origem não identificada e que devem ser imediatamente devolvidos ao doador ou depositado na conta do Tesouro Nacional, respectivamente⁴. De igual modo se pressuporia

⁴ Tais são as diretrizes repassadas pela Resolução de n. 23.607/219 do TSE: “Art. 31 [...] § 3º O recurso recebido por candidata ou candidato ou partido oriundo de fontes vedadas deve ser imediatamente devolvido à doadora ou ao doador, sendo vedada sua utilização ou aplicação financeira. § 4º Na impossibilidade de devolução dos recursos à pessoa doadora, a prestadora ou o prestador de contas deve providenciar imediatamente a transferência dos recursos recebidos ao Tesouro Nacional, por meio de Guia de Recolhimento da União (GRU). (...) Art. 32. Os recursos de origem não identificada não podem ser utilizados por partidos políticos e candidatas ou candidatos e devem ser transferidos ao Tesouro Nacional por meio de Guia de Recolhimento da União (GRU)” (TSE, 2019, *on-line*).

conhecimento prévio se a maioria dos recursos auferidos por certa campanha ou agremiação partidária, ainda que pulverizada em vários doadores, fossem frutos de lavagem de dinheiro.

Essa solução conciliadora não penalizaria o candidato ou partido político que tenha recebido eventualmente um valor irrisório e que fosse fruto de lavagem de dinheiro, inclusive, que poderia ser estrategicamente doado por adversário, caso assumida a responsabilidade objetiva. Por outro lado, não se é leniente com candidatos que tenham se beneficiado com valores consideráveis, mas que se escudariam na dificuldade de se comprovar o elemento subjetivo doloso.

Tais cautelas se fazem necessárias tanto pela importância que a legitimidade, regularidade e normalidade que uma eleição demanda, não se permitindo que seu resultado seja a consubstanciação de uma plutocracia cravada nas entranhas criminosas, como, ainda, porque há todo um histórico de uso de recursos advindos da lavagem de dinheiro em campanhas na nossa história mais recente.

Ao longo dos anos, o Brasil testemunhou diversos casos emblemáticos de lavagem de dinheiro no Direito Eleitoral, nos quais foram aplicados os dispositivos da Lei 9.613/98 para combater a utilização de recursos ilícitos em campanhas políticas. Como exemplo desses casos paradigmáticos, temos o “Mensalão”, que envolveu um esquema de pagamento de propinas a parlamentares em troca de apoio político ao governo. Parte dos recursos ilícitos utilizados no esquema foi direcionada para financiar campanhas eleitorais, configurando a lavagem de dinheiro:

Embora o neologismo "mensalão" só tenha chegado à imprensa em 6 de junho de 2005, na entrevista que o então deputado Roberto Jefferson, presidente do Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), concedeu ao jornal *Folha de S. Paulo*, o ponto inicial da crise data de maio de 2005. A revista *Veja* divulgou uma fita de vídeo em que Maurício Marinho, um funcionário dos Correios, negociava o pagamento de propina com empresários interessados em participar de uma licitação.

A partir daí, sucederam-se revelações de um grande esquema que envolveria o financiamento ilegal de campanhas eleitorais (o chamado "caixa dois", o repasse de dinheiro a partidos em troca de apoio a candidatos, o desvio de verbas de empresas públicas e a compra do voto de parlamentares em troca de um pagamento mensal (o "mensalão" propriamente dito) (Miguel; Coutinho, 2007, p. 101).

A maior operação de combate à corrupção e lavagem de dinheiro do Brasil, a Lava Jato, revelou um amplo esquema de desvios de recursos públicos envolvendo empresas estatais, empreiteiras e políticos de diversos partidos. Parte dos valores desviados também foi utilizada para financiar campanhas eleitorais de forma ilegal. João Santana, renomado marqueteiro político, foi condenado por lavagem de dinheiro em decorrência de pagamentos de caixa dois provenientes de contratos de *marketing* político de campanhas eleitorais. O caso trouxe à tona a prática recorrente de caixa dois e a ocultação de recursos ilícitos em campanhas:

210

A Operação Lava Jato, mencionada diariamente nos meios de comunicação, consiste na maior investigação sobre corrupção já realizada no Brasil (MPF, 2017). Foi deflagrada em 17 de março de 2014 pela PF, por meio da unificação de investigações que apuravam crimes financeiros e desvio de recursos do erário público (PF, 2017). Inicialmente, a investigação identificou a atuação dos principais indivíduos envolvidos no mercado clandestino de câmbio no Brasil. Também denominados *doleiros*, eles eram os responsáveis por movimentações financeiras de pessoas jurídicas e físicas relacionadas às práticas de diversos outros crimes, como tráfico internacional de drogas, corrupção de agentes públicos, fraude em processos licitatórios, sonegação fiscal e desvio de recursos públicos (PF, 2017).

O avanço das investigações da PF, bem como os procedimentos de busca e apreensão determinados pelo mesmo órgão, possibilitou a descoberta do envolvimento de agentes políticos e dos demais agentes públicos na prática dos crimes (PF, 2017). A Petrobras, maior empresa estatal do país, passou a figurar como cenário de investigação de cartéis e fraudes em processos licitatórios envolvendo a celebração de contratos com empreiteiras. Estima-se que os valores desviados da empresa pública estejam na casa dos bilhões (...) (Gonçalves; Andrade, 2019, p. 275-276).

Houve outras operações e condenações ainda, qual a Operação Caixa de Pandora, no Distrito Federal; o esquema do empresário Eike Batista

e o ex-governador do Rio de Janeiro Sérgio Cabral; e a condenação do ex-presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, todas elas com um ponto em comum: a lavagem de dinheiro, em certa medida, foi destinada ao custeio de campanhas eleitorais, ainda que de modo indireto.

Esses casos emblemáticos de lavagem de dinheiro no Direito Eleitoral demonstram a gravidade do problema e a importância de combater práticas ilegais no financiamento de campanhas políticas. As decisões judiciais proferidas nesses casos têm contribuído para estabelecer jurisprudência e orientar a aplicação da Lei de Lavagem de Dinheiro em contextos eleitorais. Tais exemplos reforçam a necessidade de transparência, fiscalização rigorosa e responsabilização dos envolvidos para preservar a integridade do sistema político e garantir a legitimidade dos processos democráticos no país.

5 PROPOSTAS PARA UM INCREMENTO DE EFETIVIDADE DA LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO NO COMBATE À CORRUPÇÃO ELEITORAL

O combate à lavagem de dinheiro no Direito Eleitoral tem gerado avanços significativos ao longo dos anos. As investigações, julgamentos e ações de fiscalização têm contribuído para coibir práticas ilegais no financiamento de campanhas políticas e para preservar a integridade dos processos eleitorais. As decisões judiciais proferidas em casos emblemáticos de lavagem de dinheiro no Direito Eleitoral têm contribuído para estabelecer jurisprudência e orientar futuras decisões. A construção de um corpo jurisprudencial sólido é essencial para a aplicação uniforme da lei e para a promoção da segurança jurídica.

Em decorrência, importantes figuras políticas, empresários e doadores têm sido condenados por lavagem de dinheiro no contexto eleitoral. As investigações têm levado à responsabilização de envolvidos em esquemas

de financiamento ilegal de campanhas, contribuindo para a punição de práticas criminosas e a garantia da justiça, bem como tem contribuído para aumentar a transparência no financiamento de campanhas políticas. A obrigatoriedade de declaração de doações, a divulgação pública das prestações de contas e o escrutínio dos órgãos de controle têm tornado o processo eleitoral cada vez mais transparente e sujeito a uma maior fiscalização.

O combate à lavagem de dinheiro no Direito Eleitoral tem exigido uma atuação integrada e coordenada entre as instituições responsáveis, como a Justiça Eleitoral, o Ministério Público, a Polícia Federal e o COAF. Esse trabalho conjunto tem fortalecido as instituições e aprimorado os mecanismos de investigação e responsabilização dos envolvidos. Todavia, apesar dos avanços no combate à lavagem de dinheiro no Direito Eleitoral, conforme se explanou no item anterior, ainda existem limitações e desafios significativos na aplicação da Lei 9.613/98 em campanhas políticas. Essas questões podem dificultar a identificação e a responsabilização de práticas ilegais no financiamento eleitoral.

Como forma de melhoria e fortalecimento do combate à lavagem de dinheiro no Direito Eleitoral, algumas propostas de aprimoramento legislativo e que visam preencher lacunas, sanar desafios e aperfeiçoar a aplicação da Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98) no contexto das campanhas políticas precisam ser consideradas, de modo que o aprimoramento da legislação contemple, especificamente, as particularidades da lavagem de dinheiro no contexto eleitoral, levando em consideração as práticas recorrentes nesse campo.

Elencam-se, aqui, seis sugestões que vão ao encontro de tal proposta de aprimoramento de mecanismos de rastreamento e identificação das doações eleitorais que possam aumentar a transparência e a fiscalização no financiamento de campanhas, facilitando a detecção de práticas ilegais.

A primeira sugestão recai no fomento de cooperação entre diferentes países para o compartilhamento de informações financeiras relevantes, podendo, com isto, auxiliar na investigação de casos que envolvam operações internacionais de lavagem de dinheiro. Essa maior cooperação internacional, com operações conjuntas e compartilhamento de inteligência, bem como abordagem integrada e concertação podem reduzir as oportunidades criminais e eliminar as condições propícias, nacionais e internacionais (Schabbach, 2013, p. 291).

A segunda sugestão recai em maiores investimentos na criação de forças-tarefas multidisciplinares e especializadas no combate à lavagem de dinheiro eleitoral, o que pode aumentar a capacidade de investigação e a efetividade no enfrentamento desse crime, desta feita, “faz-se mister a criação de um setor no aparelho estatal de contra-inteligência (sic), voltada a impedir as infiltrações” (Lucas, 2007, p. 116).

Uma terceira sugestão recai na incorporação do uso de tecnologias avançadas, como inteligência artificial e análise de dados, e pode tornar as investigações mais ágeis e eficientes na identificação de padrões de lavagem de dinheiro em campanhas eleitorais. Nesse sentido, destacam Cepik e Borba (2011, p. 394-395):

[...] um trabalho intensivo de inteligência permite um ganho qualitativo no direcionamento das ações policiais contra o crime organizado (efeito multiplicador). Por meio do mapeamento das redes criminosas, as forças de segurança podem concentrar-se sobre os nós críticos da organização, isto é, aqueles com maior centralidade e menor redundância, a fim de impactar diretamente as capacidades da organização e reduzir sua resiliência.

Como quarta sugestão, indica-se o investimento na ampliação de recursos e na capacitação adequada dos profissionais envolvidos na aplicação da lei, porquanto recursos humanos e financeiros são fundamentais para lidar com a complexidade do combate à lavagem de dinheiro. Tais capacitações

ainda podem contar com cursos em países estrangeiros que tenham adotados metodologias eficientes e que possam ser transpostas à realidade brasileira.

A quinta e sexta sugestões se complementam já que versam sobre alterações legais. Uma das sugestões de modificação na lei seria o estabelecimento de penas mais rigorosas e proporcionais aos crimes de lavagem de dinheiro eleitoral, o que tenderia a aumentar o poder de dissuasão e inibir práticas criminosas. A outra sugestão seria remodelar o sistema de financiamento eleitoral, aumentando o leque de possíveis doadores, mediante condicionantes mais éticas, evitando-se a busca em meios alternativos e ilegais.

Essas propostas de aprimoramento legislativo podem ser implementadas em conjunto para fortalecer o enfrentamento à lavagem de dinheiro no Direito Eleitoral. A busca pela integridade e legitimidade do sistema político brasileiro requer esforços contínuos de aprimoramento das leis e mecanismos de controle, bem como a colaboração entre instituições, sociedade civil e setor privado na construção de um ambiente político mais ético, transparente e justo.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As questões relativas à lavagem de dinheiro no Direito Eleitoral são complexas e exigem aprimoramento contínuo das políticas e das práticas adotadas para garantir a integridade do processo democrático. A transparência, a responsabilização e a cooperação entre instituições são pilares fundamentais para o sucesso no combate à lavagem de dinheiro em campanhas políticas.

As experiências de outros países e a cooperação internacional podem fornecer importantes lições e inspirações para o Brasil aperfeiçoar sua abordagem. O fortalecimento das instituições e dos mecanismos de controle é

essencial para garantir uma maior efetividade no enfrentamento desse desafio.

É fundamental que os eleitores estejam engajados e informados, pois sua participação ativa e consciente é crucial para pressionar por maior transparência e responsabilização dos envolvidos em práticas ilegais. A educação política e a participação em movimentos anticorrupção são caminhos para fortalecer a democracia e a integridade do processo eleitoral.

Diante dos dilemas da justiça e da preservação dos direitos políticos, é necessário buscar soluções equilibradas que garantam a aplicação da lei de forma justa e proporcional, assegurando a representatividade e a legitimidade do sistema político.

Em perspectiva futura, é essencial que o país continue avançando na adoção de políticas e mecanismos que promovam a transparência, a integridade e a ética no financiamento político. A busca por uma maior consciência pública sobre a importância dessas questões e o fortalecimento das instituições democráticas é fundamental para construir uma sociedade mais justa, responsável e participativa.

215

REFERÊNCIAS

BONFIM, Marcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edilson Mougenot. *Lavagem de Dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BRANDÃO, Luiz Sávio Salgado. *O crime de lavagem de capitais e a falta de definição sobre organização criminosa no ordenamento jurídico brasileiro à luz da lei nº 9.613/98: o caso da Igreja Renascer em Cristo*. Monografia (Pós graduação lato sensu em Direito Penal e Controle Social) – UniCEUB/ICPD. Brasília, p. 60, 2013.

BRASIL. [Lei n. 9.613, de 03 de março de 1998]. *Lei do crime de lavagem de dinheiro*. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm. Acesso em: 09 out. 2023.

BRASIL. [Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013]. *Lei das organizações criminosas*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm#art26. Acesso em: 09 out. 2023.

BRASIL. [Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940]. *Código Penal*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 08 out. 2023.

CEPIK, Marco; BORBA, Pedro. Crime organizado, estado e segurança internacional. *Contexto Internacional*, v. 33, n. 2, p. 375–405, jul. 2011.

DESCHAMPS, Jacques Paul *et al.* Dinheiro e sucesso eleitoral em 2008, 2012 e 2016 no Brasil. *Revista de Administração Pública*, v. 55, n. 3, p. 736–756, maio 2021.

FERES JÚNIOR, João; SASSARA, Luna de Oliveira. Corrupção, escândalos e a cobertura midiática da política. *Novos estudos CEBRAP*, v. 35, n. 2, p. 205–225, jul. 2016.

GIMENEZ, Lorena Keppler; SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. *Uma breve análise sobre o crime organizado e os seus principais impactos dentro do Estado Democrático de Direito*. Trabalho de conclusão de curso (Graduação em Direito) - Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha. Marília, p. 18, 2021.

GIULIANI, Emília Merlini. Money Laundering and Deprivation of Illegally Obtained Assets in Brazil: An Overview of the Current National Legislation. *International Annals of Criminology*. 59 (2021): 23-37.

GONÇALVES, Vinícius Batista; ANDRADE, Daniela Meirelles. A corrupção na perspectiva durkheimiana: um estudo de caso da Operação Lava Jato. *Revista de Administração Pública*, v. 53, n. 2, p. 271–290, mar. 2019.

LUCAS, Flávio Oliveira. Organizações criminosas e Poder Judiciário. *Estudos Avançados*, v. 21, n. 61, p. 107–117, set. 2007.

MIGUEL, Luis Felipe; COUTINHO, Aline de Almeida. A crise e suas fronteiras: oito meses de "mensalão" nos editoriais dos jornais. *Opinião Pública*, v. 13, n. 1, p. 97–123, jun. 2007.

MORO, Sérgio Fernando; PORTELLA, Irene; FERRARI, Flávia Jeane. Lavagem de Dinheiro e Suas Gerações. *Relações Internacionais no Mundo Atual*, [S.l.], v. 4, n. 25, p. 357 - 375, set. 2019. ISSN 2316-2880. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/3950>. Acesso em: 08 out. 2023.

PEIXOTO, Vitor de Moraes; MARQUES, Larissa Martins; RIBEIRO, Leandro Molhano. Financiamento de campanhas e desempenho eleitoral das mulheres nas eleições brasileiras (1998-2020). *Estudos Avançados*, v. 36, n. 106, p. 93–116, set. 2022.

SANTANO, Ana Claudia. Uma introdução ao estudo da corrupção política nas sociedades democráticas dentro do paradigma do estado de direito. *Revista Paraná Eleitoral*, 2015, vol. 4, revista 1, 2015, p. 123-138.

SCHOUCAIR, João Paulo Santos. A lavagem de dinheiro e sua leitura criminológica no Brasil. *Repositório do Ministério Público da Bahia*. 2022. Disponível em: <http://dspace.sistemas.mpba.mp.br/jspui/handle/123456789/812>. Acesso em: 08 out. 2023.

SCHABBACH, Leticia Maria. O crime organizado em perspectiva mundial. *Sociologias*, v. 15, n. 34, p. 278–293, set. 2013.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (TSE). *Divulgação de candidaturas e contas*. Disponível em: <https://divulgacandcontas.tse.jus.br/divulga/#/>. Acesso em: 09 out. 2023.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL (TSE). *Resolução nº 23.607* de 17 de dezembro de 2019. Dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos e candidatas ou candidatos e sobre a prestação de contas nas eleições. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-607-de-17-de-dezembro-de-2019>. Acesso em: 09 out. 2023.

Os desafios da integração local das mulheres refugiadas venezuelanas no Brasil¹

Cláudia Polliana Silva Mendes

Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros – UNIMONTES.

CV Lattes: <https://lattes.cnpq.br/9279613160804060>

E-mail: pollymendes40@gmail.com

Maricelma Alves dos Santos

Graduanda em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros – UNIMONTES.

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5730169332031164>

E-mail: maricelma.alves@gmail.com

Marcelo Brito

Doutorando e Mestre em Desenvolvimento Social pela Universidade Estadual de Montes Claros – UNIMONTES. Professor do Curso de Graduação em Direito da UNIMONTES.

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7388616438051060>

E-mail: professormarcelob@gmail.com

Cynara Silde Mesquita Veloso

Doutora em Direito pela PUC Minas. Mestre em Direito pela UFSC. Graduada e pós-graduada em Direito pela UNIMONTES. Professora do Curso de Graduação em Direito da UNIMONTES e da UNIFIPMoc.

Coordenadora do Curso de Direito da UNIFIPMoc.

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2302007965587293>

E-mail: cynarasilde@yahoo.com.br

¹ Trabalho realizado no âmbito do Projeto de Pesquisa do Curso de Direito da UNIFIPMoc, Refugiados venezuelanos: políticas governamentais e não governamentais na pandemia. Projeto aprovado pela Resolução CEPEX n. 134 de 26 de outubro de 2021 e coordenado pela Professora Dr.^a Cynara Silde Mesquita Veloso.

Cláudia Polliana Silva Mendes; Maricelma Alves dos Santos;
Marcelo Brito; Cynara Silde Mesquita Veloso

Revisores: Fernando Hugo Miranda Teles (ORCID: 0009-0005-3088-4294;
e-mail: fernando.teles@mpm.mp.br)
Cláudia Aguiar Britto (ORCID: 0000-0002-4229-7952; CV Lattes:
<http://lattes.cnpq.br/7455964413594325>; e-mail:
claudiaaguiarbritto@gmail.com)

Data de recebimento: 01/09/2023

Data de aceitação: 09/10/2023

Data da publicação: 21/11/2023

DOI: 10.5281/zenodo.10075931

RESUMO: A pesquisa tem por objetivo analisar os desafios da integração local das mulheres refugiadas venezuelanas no Brasil. Trata-se de pesquisa realizada com o emprego das técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, baseando-se no método dedutivo, com o uso dos métodos de procedimento histórico e hermenêutico. Os refugiados venezuelanos deslocam devido à crise humanitária vivida em seu país. Na maioria das vezes, eles deixam seu país por sofrerem grave e generalizada violação de direitos humanos. A principal forma de integração das venezuelanas no Brasil é mediante a estratégia de interiorização, e os cinco maiores desafios enfrentados por elas no país são: (a) a geração de renda e autossuficiência (55%); (b) situações que incorrem violência ou riscos na comunidade (42%); (c) acesso à moradia (aluguel, abrigos, etc.), água, saneamento e higiene (38%); (d) saúde (38%); e (e) educação (35%). Vale ressaltar que o problema afeta principalmente a população venezuelana feminina (ACNUR, 2020). Ademais, outros desafios apontados pelos venezuelanos, principalmente pelas mulheres, dizem respeito ao apoio econômico e assistência social, participação comunitária, reunificação familiar, acesso à documentação, alimentação, informação e comunicação, além da integração local e interiorização. Ciente dessa realidade, a ACNUR, em parceria com a ONU Mulheres e o Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA), desenvolveu o programa conjunto “Empoderamento Econômico de Mulheres Refugiadas e Migrantes no Brasil”, com o objetivo de assistir as venezuelanas e amenizar a situação.

PALAVRAS-CHAVE: integração local; refugiadas; mulheres venezuelanas.

ENGLISH

TITLE: The challenges of local integration of Venezuelan refugee women in Brazil.

ABSTRACT: The research aims to analyze the challenges of local integration of Venezuelan refugee women in Brazil. This is a study conducted using bibliographic and documentary research techniques, based on the deductive method, using historical and hermeneutical procedures. Venezuelan refugees are displaced due to the humanitarian crisis in their country. Most of the time, they leave their country due to serious and widespread human rights violations. The main form of integration for Venezuelans in Brazil is through the relocation strategy, yet the five biggest challenges they face in Brazil are: (a) income generation and self-sufficiency (55%); (b) situations that involve violence or risks in the community (42%); (c) access to housing (rent, shelters, etc.), water, sanitation, and hygiene (38%); (d) health (38%), and (e) education (35%). It must be emphasized that this problem mainly affects the female Venezuelan population (UNHCR, 2020). Furthermore, other challenges pointed out by Venezuelans, especially women, relate to economic support and social assistance, community participation, family reunification, access to documentation, food, information and communication, as well as local integration and interiorization. Aware of this reality, UNHCR, in partnership with UN – Women and the United Nations Population Fund (UNFPA) –, has developed the joint program “Economic Empowerment of Refugee and Migrant Women in Brazil”, aiming to assist Venezuelan women and alleviate the situation.

KEYWORDS: local integration; refugees; Venezuelan women.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Compreensão conceitual e aspectos gerais acerca dos refugiados – 3 Os refugiados à luz do aparato jurídico brasileiro e internacional – 4 Um olhar sobre a realidade das mulheres refugiadas venezuelanas no Brasil e a política de proteção à mulher – 5 Considerações finais.

1 INTRODUÇÃO

O tema da presente pesquisa é a integração das mulheres refugiadas venezuelanas no Brasil. Buscam-se esclarecer quais são os desafios enfrentados pelas mulheres refugiadas venezuelanas na integração local, constituindo, portanto, o problema a ser investigado nesta pesquisa. Partiu-se do pressuposto de que um dos principais desafios enfrentados pelas mulheres refugiadas venezuelanas na integração local é o idioma, visto que elas não são falantes da língua portuguesa, o que dificulta ainda mais a integração.

Ademais, este trabalho se justifica pela relevância do tema atualmente, visto que o refúgio ocorre diariamente, já que o Brasil é um dos berços acolhedores de refugiados em situações de vulnerabilidade de diversas nações. Até janeiro de 2023, 53.485 venezuelanos foram reconhecidos como refugiados no Brasil, sendo 30.236 do gênero masculino e 23.071 do gênero feminino, devido à grave e generalizada violação de direitos humanos (ACNUR, 2022).

Trata-se de pesquisa quali-quantitativa feita com o emprego da técnica bibliográfica e documental, baseando-se no método dedutivo, com o uso dos métodos de procedimento histórico e hermenêutico.

Os refugiados venezuelanos saem da Venezuela devido à crise humanitária sofrida em seu país. Eles são acolhidos no Brasil pela Agência da ONU para Refugiados – ACNUR, amparados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88; pela Lei n. 9.474 de 1997; e pela Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017; bem como pelos instrumentos internacionais do direito dos refugiados, a Convenção das Nações Unidas de 1951 – relativa ao Estatuto dos Refugiados e seu Protocolo de 1967 – e a declaração de Cartagena de 1984.

A principal forma de integração das venezuelanas no Brasil é mediante a estratégia de interiorização. Por meio do relatório “Vozes das

pessoas refugiadas no Brasil”, realizado pela ACNUR no Brasil em 2020, os refugiados apontaram os cinco maiores desafios enfrentados por eles no Brasil, sendo eles: (a) a geração de renda e autossuficiência (55%); (b) situações que incorrem violência ou riscos na comunidade (42%); (c) acesso à moradia (aluguel, abrigos, etc.), água, saneamento e higiene (38%); (d) saúde (38%); e (e) educação (35%). Vale ressaltar que o problema afeta principalmente a população venezuelana feminina (ACNUR, 2020).

Visando amenizar essa situação, a ACNUR, em parceria com a ONU Mulheres e o Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA), desenvolveu o programa conjunto “Empoderamento Econômico de Mulheres Refugiadas e Migrantes no Brasil”. O programa teve início em 2021 e será implantado até 2023 e foi financiado pelo governo de Luxemburgo. O programa visa garantir que políticas e estratégias de empresas públicas, privadas e instituições fortaleçam os direitos econômicos e as oportunidades de desenvolvimento entre venezuelanas refugiadas e migrantes.

A pesquisa tem como objetivo geral analisar os desafios da integração local das mulheres refugiadas venezuelanas. Os objetivos específicos são: compreender o conceito e os aspectos gerais acerca dos refugiados; esclarecer os direitos dos refugiados à luz do aparato jurídico brasileiro e internacional; bem como analisar a realidade das mulheres refugiadas venezuelanas no Brasil e a política de proteção da mulher refugiada.

2 COMPREENSÃO CONCEITUAL E ASPECTOS GERAIS ACERCA DOS REFUGIADOS

2.1 Refugiados: Causas gerais do refúgio

Conforme Sousa (2019), o advento do refúgio ganhou visibilidade em meados do século XX, em decorrência da violência que abrangeu grande

parte da humanidade. Nesse sentido, Hobsbawn *apud* Sousa (2019, p. 6) destaca que a “Primeira Guerra Mundial e a Revolução Russa forçaram milhões de pessoas a se deslocarem como refugiados, ou por compulsórias ‘trocas de população’ entre Estados, que equivaliam à mesma coisa”. Diante disso, entende-se que muitas pessoas foram obrigadas a deixar seu estado de origem e buscar abrigo em outros estados por questões de segurança.

A Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, em seu artigo 1º, parágrafo 2º, conceitua os refugiados como:

[...] qualquer pessoa que, em virtude de acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a determinado grupo social ou opiniões políticas, encontre-se fora do país de sua nacionalidade e não possa ou, em virtude desses temores, não queira voltar a ele, ou que, carecendo de nacionalidade e estando fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não possa ou, devido a tais temores, não queira voltar a ele (Brasil, 1951, p. 2).

Nota-se que a convenção, ao estabelecer o conceito de refugiado, levou em conta a proteção e os direitos humanos das pessoas que foram forçadas a deixar seus países devido a perseguições. Mas, o conceito, ainda assim, se tornou insuficiente para abranger todas as situações existentes em termos de refúgio.

Na Grécia Antiga, usava-se o termo grego *asylon*, que evidenciava proteção às pessoas. Vale ressaltar que os termos asilo e refúgio são diferentes. Ambos protegem o ser humano assegurando os requisitos mínimos à sobrevivência com dignidade (Sousa, 2019). Mas asilo, conforme Jubilit (2007), tem abrangência limitada a perseguições políticas, enquanto o refúgio é amplo, abrangendo qualquer pessoa vítima de perseguições diversas em seu estado ou país de origem.

Atualmente, o vocábulo asilo foi ressignificado, passando a refugiado, tendo seu conceito ampliado pela ACNUR (2021), ao estabelecer que refugiados:

São pessoas que estão fora de seu país de origem devido a fundados temores de perseguição relacionados a questões de raça, religião, nacionalidade, pertencimento a um determinado grupo social ou opinião política, como também devido à grave e generalizada violação de direitos humanos e conflitos armados.

Sendo assim, os refugiados são migrantes que saem do seu país de origem em busca de proteção, pois fogem de violências, opressões políticas, desigualdades étnicas, raciais, de gênero, entre outros fatores que acarretam a migração.

A declaração de Cartagena, em sua terceira conclusão, apresenta um conceito amplo para o termo refugiado, declarando que refugiados são pessoas que fugiram dos seus países, visto que:

[...] sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública (ACNUR, 1984, p.3).

Diante disso, percebe-se que as causas do refúgio são diversas.

Conforme a ACNUR (2021), cerca de 89,3 milhões de pessoas, no mundo, foram forçadas a deixar suas residências, devido a conflitos sociais, políticos e econômicos, número superior ao quantitativo da Segunda Guerra Mundial. Além disso, esses refugiados buscam abrigos em toda nação, mas principalmente em países vizinhos. A ACNUR em parceria com o Comitê nacional dos refugiados – CONARE, desenvolveu um painel interativo de decisões sobre refúgio no Brasil, compreendendo o período de janeiro de 1985 a agosto de 2022, em que evidencia a dimensão da situação no Brasil.

Os dados indicados no painel demonstraram que as decisões envolveram 121 nacionalidades. Foi analisado o mérito de 73.556 decisões, abrangendo diversas faixas etárias e gêneros. Ademais, foram deferidas 86,7% das decisões e indeferidas 12,8%. Desse modo, cerca de 63.783 pessoas foram reconhecidas como refugiadas. Dentre as nacionalidades, destaca-se a Venezuela com 51.796 dos refugiados, representando 70,42% do total das decisões deferidas; a República Árabe da Síria com 5,27%; Senegal com 4,43%; e Angola com 2,95%. Outro dado importante que se destacou foi a idade de 18 a 45 anos, sendo a maioria do sexo masculino (ACNUR, 2021).

O painel mostrou também os motivos alegados na justificativa do pedido de refúgio, sendo eles: grave e generalizada violação de direitos humanos com 48.450 decisões; opiniões políticas, 990 determinações; grupos sociais com 483 deliberações; religião, 164 disposições; raça, 89 resoluções; nacionalidade, 40 situações; além do mais, teve 7.698 ocorrências sem declaração de motivos (ACNUR, 2021). Diante disso, nota-se que muitas são as razões que levam as pessoas a se refugiarem em outros países, mas a grave e generalizada violação de direitos humanos, superou todos os outros motivos.

Em suma, a situação dos refugiados é preocupante, visto que o número de pessoas que buscam por refúgio cresce a todo momento, atingindo todos os países, credos, gêneros e idades. Nesse sentido, torna-se cada vez mais urgente a necessidade de políticas públicas de acolhimento a essas pessoas, com o intuito de garantir condições básicas de sobrevivência a todos e que acima de tudo elas sejam percebidas como seres humanos dotados de direitos.

2.2 Refugiados venezuelanos no Brasil

Os refugiados são pessoas que, por diversas razões, são obrigadas a deixarem seus países e se refugiarem em outros, em busca de proteção.

Ademais, atualmente no Brasil, crescem as discussões acerca de refugiados, visto a crescente migração de venezuelanos em decorrência da crise sanitária vivida em seu país.

Os venezuelanos buscam refúgio no Brasil devido à crise humanitária que atingiu a Venezuela e intensificou-se com a morte de Hugo Chávez em 2013, período em que Nicolás Maduro assumiu o poder por seis anos. Além do mais, em 2018, devido a questões políticas, surge um conflito entre os poderes, gerando transtorno à sociedade, que se viu forçada a deixar seu país. Ademais, um dos motivos pelos quais os venezuelanos migram para o Brasil está na localização geográfica, além de questões sociais e culturais, visto que o país é fronteiro com Roraima (Brasil, 2019).

Para além disso, devido ao grande fluxo de migrantes venezuelanos no Brasil em 2018, o governo Federal criou o Comitê Federal de Assistência Emergencial – CFAE para acolhimento a pessoas em situação de vulnerabilidade. Conforme o relatório semestral do CFAE, o acolhimento ocorreu em três fases. A primeira tinha o foco nas fronteiras, que fazia o controle e regularização migratória, o atendimento e proteção social, atendimento de saúde e imunização. A segunda fase, o acolhimento, era responsável pelo abrigo, alimentação, proteção e saúde. Por fim, a terceira fase, a interiorização, em que eles eram deslocados para outras cidades a fim de promover a integração socioeconômica e o esvaziamento das cidades fronteiriças (Brasil, 2019).

Consoante o relatório semestral do CFAE, o Ministério da Cidadania (MC) disponibilizou recursos para desenvolvimento de ações socioassistenciais com a finalidade de atender migrantes e refugiados venezuelanos, para todos os estados que acolheram os refugiados no processo de interiorização. Ademais, conforme Geraldo e Beltrame (2022), a estratégia de interiorização desenvolvida pelo governo federal já beneficia mais de 76 mil refugiados venezuelanos, atingindo mais de 800 municípios brasileiros.

Em razão da proximidade com a Venezuela, o estado de Roraima, nas cidades de Pacaraima e Boa Vista, é o mais atingido pelos refugiados venezuelanos. Sendo assim, a estratégia de interiorização dos refugiados veio somar, pois estes são redistribuídos em diversas cidades e estados do país, com apoio da Organização das Nações Unidas (ONU) em parceria com a ACNUR. Segundo Geraldo e Beltrame (2022), ao serem realocados para outros destinos, os refugiados são assistidos por três meses, visando à inserção econômica e social no novo local de destino. Para mais, no processo de interiorização, a ACNUR dá suporte desde o pré-embarque até a integração na nova cidade, visto que ela mobiliza diversos setores objetivando facilitar a integração social (Geraldo; Beltrame, 2022).

Percebe-se o grande esforço dessas instituições em amparar e garantir os direitos dos refugiados. Nesse sentido, Egas, *apud* Geraldo e Beltrame (2022), representante da ACNUR no Brasil, defende que:

Seja aonde for, na fronteira ou no interior do país de acolhida, as pessoas forçadas a se deslocar devem ser bem-vindas, sem discriminação e com base em um tratamento humanizado. Com apoio do ACNUR, de seus parceiros e da população local, as pessoas refugiadas e migrantes podem acessar serviços e oportunidades para reconstruírem a vida com suas famílias.

Geraldo e Beltrame (2022) evidenciam que, quanto às modalidades de interiorização, além da interiorização constitucional, há outras formas de reintegrar as pessoas, seja por meio da reunificação social, reunião social e vaga de emprego sinalizada. Dentre elas, destaca-se a reunião social, visto que ela representa 46% dos deslocamentos.

A interiorização constitucional contempla os venezuelanos que se encontram em Roraima e precisam de abrigo na cidade de destino (ACNUR, 2023). A reunificação social é destinada a venezuelanos que possuem familiares com parentesco comprovado, residam fora de Roraima e possuam condições para ajudá-los no novo destino. A reunião social se assemelha a

reunificação social e é oferecida para quem tem amigos fora de Roraima e que tenha condições de recepcioná-los e ajudá-los na cidade de destino. Essa modalidade exige comprovante de renda e ausência de registro criminal de quem irá recepcionar. A vaga de emprego sinalizada é destinada a venezuelanos que estão em Roraima e serão interiorizados já contratados por uma empresa (ACNUR, 2023).

Conclui-se que a situação dos refugiados venezuelanos no Brasil é complexa, visto que eles chegam ao Brasil sem muitos recursos devido à grave situação humanitária em seus países. Mas, apesar disso, eles são acolhidos e assistidos dentro das possibilidades ofertadas pelo Brasil. Vale ressaltar que a ACNUR apoia todas as modalidades de interiorização, observando todas as fases, desde o antes, o durante e o pós-destino.

3 OS REFUGIADOS À LUZ DO APARATO JURÍDICO BRASILEIRO E INTERNACIONAL

229

3.1 A proteção dos refugiados na legislação brasileira

No que se refere à proteção dos direitos dos refugiados, o ordenamento jurídico brasileiro compõe-se das seguintes legislações: A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88; a Lei n. 9.474 de 1997; e a Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017.

A CRFB/1988, conhecida como constituição cidadã, em seu artigo 1º, inciso III, protege a dignidade da pessoa humana, atributo essencial, visto que é o alicerce de todos os princípios fundamentais. Conforme Ferraz Filho (2018, p. 38), “a dignidade humana constitui, por assim dizer, um valor único e individual, que não pode, seja qual for o pretexto, ser sacrificado por interesses coletivos”. Assim, a CRFB/1988 ampara o ser humano em sua essência, sem nenhuma distinção.

O artigo 4º da CRFB/1988 estabelece os princípios norteadores das atividades políticas brasileiras nas relações internacionais:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político (Brasil, Constituição da República Federativa, 2018, p. 42/45).

Assim, a CRFB/1988 não trata exclusivamente dos refugiados, mas vai além ao tratar das relações internacionais, ou seja, toda relação internacional está fundamentada sob estes princípios constitucionais no Brasil. Ademais, sendo os refugiados uma das vertentes das relações internacionais, eles se encontram amparados pelos princípios desse artigo.

Faz-se necessário ressaltar a importância do inciso II do Art. 4º da CRFB/1988, que enfatiza a prevalência dos direitos humanos. Nesse sentido, a Constituição Federal prioriza os direitos fundamentais nas relações internacionais, sendo obrigatória a observância desse princípio. Nesse sentido, Ferraz Filho (2018, p. 43), esclarece que:

Prevalência quer dizer sobreposição a outros pontos de vista da mesma problemática, isto é, quando existir conflito entre direitos humanos e quaisquer outros benefícios que possam existir, sob algum ponto de vista, para o Brasil, a nação, em todos os níveis, esferas e poderes dará prevalência àqueles relativos aos direitos da pessoa humana (Ferraz Filho, 2018, p. 43).

Esse entendimento corrobora com o artigo 1º, inciso III, da CF, que estabelece que a dignidade da pessoa humana é um princípio basilar e essencial ao ser humano. Em suma, percebe-se que a constituição federal se preocupa em assegurar a dignidade da pessoa humana independentemente das circunstâncias.

Além da CRFB/88, existe a Lei n. 9.474/97, que trata exclusivamente dos refugiados. De modo geral, a lei esclarece o conceito de refugiados, determina as condições de refúgio, aponta os direitos e deveres dos solicitantes do refúgio, cria o órgão competente para solucionar as demandas, esclarece todas as etapas no processo de refúgio, além de deliberar sobre as cláusulas de cessação da condição de refugiado e da perda da referida condição.

A Lei n. 9.474/97, em seu art. 1º, reconhece como refugiados os indivíduos que:

I- devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país; II- não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior; III- devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país (Brasil, 2022, p.1).

231

O Brasil é um dos países signatários da Convenção de 1951, que ampara os refugiados e apátridas no mundo. Diante disso, ele criou a Lei n. 9.474/97, com amplo conceito de refugiado, visando acolher de modo mais efetivo e abrangente aqueles que necessitam de proteção internacional, reafirmando seu compromisso e responsabilidade em resguardar o direito daqueles que sofrem com a violação dos direitos humanos em seu país de origem (ACNUR, 2021).

Outro fator importante na Lei n. 9.474/97 é a criação do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE). Ele é vinculado ao ministério da justiça e delibera sobre os procedimentos de solicitações de reconhecimento da condição de refugiado no Brasil. Trata-se de um órgão importante, visto que dá o suporte necessário para o refugiado se estabelecer no país de modo regular.

Destaca-se, outra legislação importante na proteção aos estrangeiros é a Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017, que disciplina a migração no país e estabelece princípios e diretrizes a serem observados durante a estadia ou permanência no país. No que se refere a princípios e garantias, a política migratória brasileira é regida por princípios imprescindíveis tais como: não discriminação, acolhida humanitária, igualdade de tratamento e de oportunidade ao migrante e a seus familiares; ambos descritos no artigo 3º.

A proteção ao estrangeiro em territórios brasileiros está prevista no artigo 4º da Lei n. 13.445/2017, que equipara os estrangeiros em igualdade de direitos aos nacionais “quanto à inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (Brasil, 2022, p. 3). Assim, a lei reforça a garantia aos direitos fundamentais dos estrangeiros já assegurados pela CRFB/88.

O Brasil possui diversas legislações para a proteção dos refugiados em territórios nacionais. Os refugiados são amparados por leis que regulam a concessão do *status* de refugiado no Brasil, bem como sua entrada e permanência, além da concessão de autorização de residência para fins de refúgio. Ademais, são garantidos a eles os direitos e princípios fundamentais, sendo assegurada a igualdade de direitos entre brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil.

3.2 Proteção internacional dos refugiados

Um dos principais instrumentos internacionais do direito dos refugiados é a Convenção das Nações Unidas de 1951, relativa ao Estatuto dos Refugiados e seu Protocolo de 1967. Conforme Rodrigues (2022), a partir dessas normas, estabeleceram-se os princípios de proteção dos refugiados e foram nomeados o Alto Comissariado das Nações para

Refugiados (ACNUR) e os Estados partes da Convenção e do Protocolo como responsáveis pela sua implementação.

De acordo com Rodrigues (2022), a Convenção das Nações Unidas relativa ao Estatuto dos Refugiados foi adotada em 28 de julho de 1951, pela Conferência de Plenipotenciários realizada em Genebra, na qual teve a participação de vinte e seis países, dentre eles, Brasil e Colômbia, primeiros países latino-americanos a assinar a convenção de 1951; mas entrou em vigor em 22 de abril de 1954. O autor ainda evidencia que, em 2021, a convenção somava 146 Estados partes.

A convenção das Nações Unidas faz esclarecimentos importantes quanto aos refugiados. Em seu artigo 1º, ela esclarece o termo “refugiado”. O artigo subdivide em sete alíneas e dois itens, nos quais são delimitadas as situações nas quais a convenção será aplicada pelo alto comissariado, bem como os casos de não aplicação dessa norma. O item 2 do artigo 1º da convenção deixa claro que o termo refugiado será aplicado a pessoas:

2) Que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele (ACNUR, 2007, p. 2).

A Convenção das Nações Unidas estabelece em seu artigo 2º sobre os direitos e os deveres dos refugiados para com o país em que se encontram, devendo observar as leis para a manutenção da ordem pública. A convenção evidencia alguns direitos básicos dos refugiados tais como: assistência pública, educação, alojamentos, liberdade de movimento, trabalho remunerado, documentação, entre outros.

Quanto ao protocolo de 1967, relativo ao estatuto dos refugiados, ele reafirma o direito dos refugiados de buscarem refúgio em outros países em caso de necessidade, sem limitação geográfica. Além do que, o protocolo convoca os Estados-membros a se comprometerem com o exercício do disposto na legislação, bem como colaborar com o Alto comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR) na observação e aplicação do disposto no protocolo. O protocolo entrou em vigor em 4 de outubro de 1967, mas só obteve adesão do Brasil em abril de 1972. O autor ainda ressalta que em 2021 o protocolo possuía 147 Estados-membros (Rodrigues, 2022).

A Convenção das Nações Unidas de 1951, relativa ao Estatuto dos Refugiados e o Protocolo de 1967, é importante instrumento de proteção aos refugiados. Essas normas são os meios pelos quais é assegurado a qualquer pessoa exercer seus direitos de buscar refúgios em outros países, em caso de necessidades. Ademais, ancorados nessas bases jurídicas, surgiam novos aportes jurídicos, como a declaração de Cartagena 1984, para proteção dos refugiados (Rodrigues, 2022).

A declaração de Cartagena de 1984 ampliou o conceito do termo refugiado, previsto no artigo 1º da convenção de 1951, trazendo impactos positivos no âmbito do direito internacional. Em sua terceira conclusão, a declaração aduz que:

[...] o conceito de refugiado recomendável para sua utilização na região é o que, além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, considere também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública (ACNUR, 1984, p. 3).

A declaração de Cartagena foi além da expansão do conceito de refugiado, pois ao ampliar tal conceito, além de atingir maior rol de pessoas, despertou para a proteção aos direitos humanos.

4 UM OLHAR SOBRE A REALIDADE DAS MULHERES REFUGIADAS VENEZUELANAS NO BRASIL E A POLÍTICA DE PROTEÇÃO À MULHER

4.1 Uma análise sobre as mulheres venezuelanas refugiadas no Brasil e a política de proteção

Segundo o painel interativo de decisões sobre refúgio no Brasil, desenvolvido pela ACNUR em parceria com o Comitê Nacional dos Refugiados – CONARE, de janeiro de 1985 a dezembro de 2022, cinquenta e três mil trezentos e sete venezuelanos foram reconhecidos como refugiados no Brasil. Os motivos do refúgio são diversos, mas prevaleceu a grave e generalizada violação de direitos humanos, com 47.766 decisões. Além disso, há ainda 40.105 decisões sem análise de mérito. O Painel evidencia também que, dentre os 53.307 refugiados venezuelanos, reconhecidos no Brasil, 23.071 são mulheres. Quanto às decisões sem análise de mérito, o painel não apresenta especificações sobre gênero (ACNUR, 2022).

Consoante a ACNUR (2022), a pesquisa “Limites e desafios à integração local de refugiadas, refugiados e pessoas migrantes da Venezuela interiorizadas durante a pandemia de Covid-19”, realizada pela ACNUR (Agência da ONU para Refugiados), a ONU Mulheres e UNFPA (Fundo de População das Nações Unidas), divulgada em dezembro de 2021, evidencia a desigualdade de gênero entre os venezuelanos presentes no Brasil. A pesquisa demonstra que, dentre os venezuelanos que permanecem em Roraima, 54% são mulheres e 46% são homens. Dentre eles, 10,2% das mulheres possuem

ensino superior completo, enquanto 2,4% dos homens atingiram o mesmo patamar.

Em relação ao processo de interiorização, as mulheres representam 42% das beneficiárias, enquanto os homens representam 52%. Além disso, na estratégia de interiorização, 54% das mulheres se deslocam por reagrupamento familiar. No que se refere ao processo de interiorização com Vaga de Emprego Sinalizada (VES), apesar de as mulheres serem mais qualificadas, elas possuem menos da metade das possibilidades de interiorização com emprego garantido. O estudo também demonstra que cerca de 66 mil venezuelanos foram interiorizados desde 2018 pela Operação Acolhida e dentre eles somente 3% das mulheres se beneficiaram da VES, enquanto 7% dos homens foram contemplados (ACNUR, 2022).

Dentre a população interiorizada, 68% vivem com o cônjuge no mesmo domicílio e 81% possuem pelo menos um filho. Já a população que permanece em Roraima, 62% vivem com o cônjuge no mesmo domicílio e 91% possuem pelo menos um filho. A taxa de fecundidade das mulheres venezuelanas interiorizadas é de 2,16 filhos, superior às brasileiras com 1,76 filhos (ACNUR, 2022).

Quanto à compreensão da língua portuguesa, a pesquisa revela que 68% da população venezuelana, interiorizada, compreendem bem a língua portuguesa, 35% das mulheres e 28% dos homens revelam dificuldade de compreensão. Dentre os abrigados em Roraima, 65% apresentam dificuldade de compreensão, independentemente de gênero. Quanto aos menores de 18 anos, 68% dos interiorizados e 41% dos permanentes em Roraima se encontram matriculados em creches e escolas (ACNUR, 2022).

Além disso, a pesquisa explica que a informalidade e o desemprego prevalecem entre as mulheres. Elas representam 54% da população que permanece acolhida nos abrigos em Roraima, com índice de desemprego de 34%, enquanto os homens são 28%. Quanto aos venezuelanos interiorizados,

a pesquisa revela que o índice total de desemprego é 18%, sendo que 9% são homens e 30% de mulheres. Já os venezuelanos abrigados em Roraima, o índice total é de 31%, sendo 34% de mulheres e 28% homens. Além disso, a informalidade laboral atinge 22% das mulheres interiorizadas e 11% dos homens (ACNUR, 2022).

Quanto à renda mensal, a pesquisa esclarece que há diferença entre gêneros e raça. A maioria da população interiorizada, cerca de 68%, se ocupa do setor privado, tem 18 anos ou mais e tem como renda principal R\$ 1.325, enquanto a renda mensal das mulheres é de R\$ 1.043. Há uma disparidade quanto à raça/cor, pois os homens brancos recebem R\$ 1.591 e as mulheres negras recebem R\$ 1.041. Além disso, há diferenças de gênero quanto ao lapso temporal após a interiorização. As mulheres ficam desempregadas cerca de 7,7 meses, enquanto os homens ficam desocupados por 6 meses (ACNUR, 2022).

Quanto à população abrigada em Roraima, o estudo aponta que a situação ainda é mais crítica, visto que o rendimento mensal principal da população venezuelana com faixa etária de 18 ou mais anos é R\$ 594, quase metade do salário mínimo vigente em 2021 no Brasil. As mulheres são remuneradas com R\$ 549,5 e os homens com R\$ 628. Já o lapso temporal após a chegada ao Brasil é inferior entre as mulheres. As mulheres ficam cerca de 10,7 meses desempregadas e os homens cerca de 11,9 meses desocupados.

Outro fator relevante apontado pela pesquisa foi quanto à moradia. Cerca de 93,7% das famílias interiorizadas vivem em imóveis alugados, 34,4% dessas pessoas interiorizadas e 82% das famílias abrigadas não possuem contas bancárias no Brasil. Além disso, o percentual de mulheres que possuem conta bancária no Brasil é muito inferior aos homens, tanto na população interiorizada como na abrigada (ACNUR, 2022).

Diante disso, conforme a ACNUR, “Apesar de apresentarem maior escolaridade, mulheres refugiadas e migrantes acessam menos oportunidades, recebem salários menores e permanecem por mais tempo em abrigos de Roraima” (ACNUR, 2022, *on-line*).

Quanto à saúde, a pesquisa mostra que as famílias venezuelanas recebem assistência expressiva durante o pré-natal. Entre as famílias interiorizadas, 88,2% são assistidas e 85,2% das abrigadas em Boa Vista também foram acompanhadas. Em meio às famílias interiorizadas, 17% das crianças nasceram no Brasil e, nas famílias abrigadas em Roraima, 14% das crianças nasceram no Brasil. Dentre as mulheres interiorizadas que tiveram filhos no Brasil, 38% expressaram o desejo de ter filhos no momento, 33,6% pretendem esperar mais tempo e 28,4% não pretendem engravidar. Além disso, a maioria da população venezuelana no Brasil possui o Cartão do Sistema Único de Saúde (SUS). Quanto ao CadÚnico, praticamente metade das famílias interiorizadas não tem registro; e entre as abrigadas, o índice é menor ainda, 36,8% (ACNUR, 2022).

Outro fator interessante apontado pela pesquisa foi quanto às perspectivas para o futuro. Cerca de 96,2% das famílias interiorizadas expressaram o desejo de permanecer no Brasil, 98,8% da população abrigada declararam o desejo de permanência no Brasil. Além disso, 75% estão otimistas com o futuro, 72,2% pretendem ser interiorizados e 59,03% já se cadastraram para a estratégia de interiorização. Nesse quesito, a diferença de gênero é pequena (ACNUR, 2022).

Percebe-se que as mulheres são mais vulneráveis e estão mais sujeitas ao desemprego. Conforme a ACNUR (2022), visando amenizar essa situação, a Agência da ONU para Refugiados (ACNUR), em parceria com a ONU Mulheres e o Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA) desenvolveram o programa conjunto “Empoderamento Econômico de Mulheres Refugiadas e Migrantes no Brasil”. O programa iniciou em 2021 e

será implantado até 2023 e foi financiado pelo governo de Luxemburgo. O programa visa garantir que políticas e estratégias de empresas públicas, privadas e instituições fortaleçam os direitos econômicos e as oportunidades de desenvolvimento entre venezuelanas refugiadas e migrantes.

O programa divide-se em três frentes:

A primeira trabalha diretamente com empresas, instituições e governos nos temas e ações ligadas a trabalho decente, proteção social e empreendedorismo. A segunda aborda diretamente mulheres refugiadas e migrantes, para que tenham acesso a capacitações e a oportunidades para participar de processos de tomada de decisões ligadas ao mercado laboral e ao empreendedorismo. E a terceira frente trabalha com refugiadas e migrantes, para que tenham conhecimento e acesso a serviços de resposta à violência baseada em gênero (ACNUR, 2022 *on-line*).

Conforme a ACNUR (2022), as três frentes estão comprometidas com o empoderamento feminino por meio de 15 ousados planos de ação; visam capacitar 15 mil mulheres venezuelanas refugiadas e migrantes em temas de empreendedorismo, trabalho autônomo, educação financeira, com acesso a oportunidades no mercado laboral e beneficiadas com transferências financeiras; anseiam por apoiar mais de 3 mil mulheres e meninas venezuelanas refugiadas e migrantes ao acesso a serviços de resposta à violência de gênero; além de buscar fortalecer as capacidades de 6 mil profissionais de instituições envolvidas na resposta humanitária para prevenir e responder casos de exploração, abuso e assédio sexual.

239

4.2 Os desafios da integração local das mulheres refugiadas venezuelanas

Um dos principais pilares da integração de refugiados venezuelanos no Brasil é a estratégia de interiorização. Esse método contempla um maior índice de pessoas do sexo masculino e menor índice do sexo feminino. Isso se justifica por múltiplas situações que se tornam desafiadoras para os refugiados, principalmente para as mulheres. Em conformidade com o

relatório “Vozes das pessoas refugiadas no Brasil”, realizado pela ACNUR no Brasil em 2020, os cinco maiores desafios apontados pelos refugiados se referem à geração de renda e autossuficiência (55%), situações que incorrem violência ou riscos na comunidade (42%), acesso à moradia (aluguel, abrigos, etc.), água, saneamento e higiene (38%), saúde (38%) e educação (35%) (ACNUR, 2020).

A pesquisa contou com 118 grupos focais de discussão, contendo 600 participantes de sete nacionalidades, dos quais 98,2% são venezuelanos. Dentre eles, 58% são mulheres não indígenas e 47% mulheres indígenas. Quanto à geração de renda e autossuficiência apontadas por (55%) dos participantes, eles ressaltam que as oportunidades de emprego são limitadas e faltam recursos para o microempreendedorismo, dificultando o atendimento de suas necessidades básicas. Igualmente, o relatório enfatiza que a situação se torna mais desafiadora para os idosos e pessoas com deficiências (ACNUR, 2020).

Além disso, os refugiados apontam as principais barreiras que os distanciam do mercado de trabalho no Brasil, sendo o idioma a causa basilar, seguido da falta de reconhecimento de experiências anteriores, falta de sensibilidade das empresas, desconhecimento das empresas sobre os direitos dos refugiados e falta de reconhecimento dos documentos válidos dos refugiados, falta de documentos e *status* legal no país, dificuldade de revalidação de diplomas e certificados em nível técnico, discriminação por sua nacionalidade. Todos esses fatores contribuem para a vulnerabilidade dos refugiados no Brasil (ACNUR, 2020).

A taxa de desemprego é ainda mais evidente entre as mulheres. As mulheres indígenas Warão reclamam da dificuldade de geração de renda por meio dos artesanatos, enquanto as mães monoparentais apontam a maternidade como agravante da situação. Segundo a venezuelana Ysabel, que possui curso superior em enfermagem, uma das dificuldades para a inserção

no mercado de trabalho é a maternidade. Ela declara que “é muito mais difícil para as mulheres, porque chegamos sem teto e sem o idioma, e a mulher precisa ficar com os filhos. Há alguns trabalhos para as mulheres, mas, se não há quem fique com as crianças, elas não podem sair” (Ysabel *apud* ACNUR, 2022). Ysabel criou quatro filhos sozinha e aponta a falta de apoio e oportunidade como um empecilho para as mulheres venezuelanas se ingressarem no mercado de trabalho.

Quanto aos riscos de violência e segurança comunitária apontado por (42%) dos participantes, eles enfatizam a violência intrafamiliar gerada pelo desemprego, uso de álcool e drogas. Além do mais, eles destacam a insegurança nos bairros e abrigos onde vivem, além da xenofobia e racismo. Eles apontam o crescimento da violência contra a população de rua, as mulheres e a população LGBTIQ+. Ademais, 29% deles evidenciam o desconhecimento de canais de ajuda para denunciar violência infantil e 56% relatam não ter acesso a apoio psicossocial para as crianças. Dentre outros, a violência gera impactos negativos ao bem-estar mental, traumas, afeta a autoestima, gera problemas de saúde sexual e reprodutiva, acometendo toda população refugiada (ACNUR, 2020).

Os participantes da pesquisa ressaltam ainda que a violência baseada no gênero é normalizada em algumas comunidades, dificultando que a situação seja vista como um problema social. Além disso, pesquisa revela que meninas de 13 a 17 anos relatam serem assediadas, nas ruas, por homens mais velhos, além de sofrerem pressão social para se envolverem com bebidas. Isso gera insegurança ao se deslocarem sozinhas, e elas não encontram apoio no seio familiar. Além do que, as mulheres evidenciam o desconhecimento sobre a lei Maria da Penha e o medo de denunciar as situações quando envolve filhos e quando o abrigo situa-se em meio ao tráfico de drogas. Para mais, as mulheres também abordaram o racismo

institucional gerador de discrepância de tratamento, de oportunidades e salarial entre refugiadas negras e não negras (ACNUR, 2020).

No que se refere ao acesso à moradia (aluguel, abrigos, etc.), água, saneamento e higiene apontados por (38%) dos participantes, o principal desafio registrado é quanto à população em situação de rua, a precariedade em alguns abrigos e a dependência financeira para suprirem as necessidades básicas. A pesquisa revela que, devido a esses fatores, os refugiados ficam mais vulneráveis a riscos à saúde por causa das precárias condições de saneamento, insegurança alimentar, violência e abuso sexual, impactos negativos na saúde mental e autoestima, riscos de despejo, além de estarem sujeitos a mecanismos negativos de sobrevivência (ACNUR, 2020).

Os atípicos revelam também que o aluguel é um dos principais gastos dos refugiados e alegam a desinformação sobre regras e legislação nacional sobre o aluguel de moradias no Brasil, além da discriminação e condições abusivas de aluguel, por serem refugiados. Para mais, a análise apontou falta de infraestrutura adequada quanto a alugueis, abrigos e ocupações espontâneas, nos quesitos: acessibilidade, água potável, saneamento básico e higiene, questões relacionadas à segurança. A população indígena apontou como principal desafio a dificuldade de acesso à agricultura como meio de subsistência e a falta de informação sobre programas de assistências do governo e economia doméstica (ACNUR, 2020).

No que diz respeito à saúde, para 38% dos participantes, o acesso à saúde e a medicamentos é um desafio. Muitos não conseguem tratamentos para saúde mental, nem medicamentos, inclusive para HIV. Além de não terem acesso às informações sobre saúde sexual e reprodutiva. Um agravante é a “questão da língua e [...] a dificuldade de comunicação da população de interesse nos centros de saúde, além da percepção de que o atendimento médico ao brasileiro é melhor que o dado ao venezuelano” (ACNUR, 2020, p. 25). Ademais, o estudo evidencia resistência das famílias, em algumas

comunidades, quanto à saúde sexual e reprodutiva das adolescentes meninas, dificultando o acesso das meninas ao ginecologista.

Já no quesito educação, 35% dos participantes apontam baixa no número de matrículas de crianças em idade escolar. A redução se justifica pela falta de acesso a material escolar, transporte e informações quanto à disponibilidade de matrículas. Além disso, o exame revela inúmeras evasões escolares durante o período pandêmico, tendo como principais causas: o idioma, a xenofobia, racismo e *bullying*. Para mais, a insuficiência quanto ao português foi apontada como uma das principais causas que dificultam o acesso não só a educação, mas aos demais âmbitos no Brasil (ACNUR, 2020).

Além desses cinco principais desafios priorizados pelos refugiados venezuelanos, eles também apontaram como desafios, aqui no Brasil, o apoio econômico e assistência social, participação comunitária, reunificação familiar, acesso à documentação, alimentação, informação e comunicação, além da integração local e interiorização.

243

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa objetivou analisar os desafios da integração local das mulheres refugiadas venezuelanas no Brasil. A busca pelo refúgio despontou desde o século XX e perdura até os dias atuais. Os refugiados venezuelanos saíram de seu país devido à crise humanitária sofrida na Venezuela, sendo que a maioria deles foram motivados a se ausentarem do país de origem devido à grave e generalizada violação de direitos humanos. A crise atinge todos os gêneros, idades e credos no país.

O Brasil não só acolhe os refugiados, mas ampara-os tutelando seus direitos por meio da CRFB/88, equiparando-os aos nacionais no quesito direitos fundamentais, mas sem descuidar do bem-estar e segurança dos

brasileiros. Além disso, eles são resguardados no Brasil pela Lei n. 9.474 de 1997, estabelecendo mecanismos de implementação do estatuto do refugiado de 1951, bem como outras providências; e pela Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017, evidenciando os direitos e deveres do migrante.

Os refugiados também são resguardados, no Brasil, pelos instrumentos internacionais do direito dos refugiados, a Convenção das Nações Unidas de 1951, relativa ao Estatuto dos Refugiados e seu Protocolo de 1967 e a declaração de Cartagena de 1984, que esclarecem e ampliam o conceito de refugiados, tornando-o abrangente, ao tutelar tanto os direitos humanos como os direitos humanitários, garantindo sempre os direitos fundamentais aos refugiados.

A realidade das mulheres refugiadas venezuelanas no Brasil e a política de proteção à mulher ainda são muito complexas. A disparidade de gênero no Brasil é uma realidade, e as mulheres em condição de refúgio ainda são mais afetadas. A maior parte das venezuelanas refugiadas no Brasil ainda desconhecem a existência da Lei Maria da Penha, que é a lei de proteção às mulheres em situação de violência doméstica. Além disso, elas são mais atingidas no quesito trabalho, saúde, educação, segurança e moradia. Um dos agravantes da situação é a dificuldade com o idioma. Apesar de apresentarem o maior índice de escolaridade, elas enfrentam problemas linguísticos que dificultam a plena integração no país.

Cabe ressaltar que a ACNUR, em parceria com a ONU Mulheres e o Fundo de População das Nações Unidas (UNFPA), desenvolveu o programa conjunto “Empoderamento Econômico de Mulheres Refugiadas e Migrantes no Brasil”, para amenizar essa situação.

REFERÊNCIAS

ACNUR. *Dados sobre refúgio no Brasil*. 2021 Disponível em: [https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/dados-sobre-refugio-no-brasil/#:~:text=Em%202021%2C%2072%2C%25,Roraima%20\(14%2C7%25\)](https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/dados-sobre-refugio-no-brasil/#:~:text=Em%202021%2C%2072%2C%25,Roraima%20(14%2C7%25).). Acesso em: 15 out. 2022.

ACNUR. *Painel Interativo de Decisões sobre Refúgio no Brasil*. 2022. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTk3OTdiZjctNGQwOC00Y2FhLTgxYTctNDNIN2ZkNjZmMwVlliwidCI6ImU1YzM3OTgxLTY2NjQtNDEzNC04YTBjLTY1NDNkMmFmODBiZSIsImMiOjh9&pageName=ReportSection>. Acesso em: 15 out. 2022.

ACNUR. *Estratégia de interiorização*. 2023. Disponível em: <https://help.unhcr.org/brazil/informativo-para-a-populacao-venezuelana/programa-de-interiorizacao/>. Acesso em: 28 maio 2023.

ACNUR. *Convenção de 1951*. ACNUR/ Cáritas Arquidiocesana do Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 26 jan. 2023.

ACNUR. *Protocolo de 1967 Relativo ao Estatuto dos Refugiados*. 1967. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Protocolo_de_1967.pdf. Acesso em: 26 jan. 2023.

ACNUR. *Declaração de Cartagena 1984*. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf. Acesso em: 26 jan. 2023.

ACNUR. *Convenção de 1951 sobre Refugiados: 70 anos de proteção que salvam vidas de pessoas forçadas a se deslocar*. 2021. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2021/07/28/convencao-de-1951-sobre-refugiados-70-anos-de-protacao-que-savam-vidas-de-pessoas-forçadas-a-se-deslocar/>. Acesso em: 28 maio 2023.

ACNUR. *Falta de emprego limita integração socioeconômica de mulheres venezuelanas no Brasil*. 2022. Disponível em:

Cláudia Polliana Silva Mendes; Maricelma Alves dos Santos;
Marcelo Brito; Cynara Silde Mesquita Veloso

https://www.acnur.org/portugues/2022/02/04_falta-de-emprego-limita-integracao-socioeconomica-de-mulheres-venezuelanas-no-brasil/. Acesso em: 08 fev. 2023.

ACNUR. *Entenda os principais desafios das pessoas refugiadas no Brasil*. 2021. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2021/11/18/entenda-os-principais-desafios-das-pessoas-refugiadas-nobrasil/#:~:text=Em%20rela%C3%A7%C3%A3o%20ao%20acesso%20C3%A0,como%20os%20de%20sa%C3%BAde%20mental>. Acesso em: 13 fev. 2023.

ACNUR. *Vozes das pessoas refugiadas no Brasil*. 2020. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2021/06/ACNUR-Relatorio-Vozes-das-Pessoas-Refugiadas-reduzido.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2023.

ANNONI, Danielle. *Direito internacional dos refugiados e o Brasil*. Curitiba, Gedai/UFPR, 2018.

BRASIL. *Serviços e informação do Brasil*. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/especial-venezuelanos>, 2019. Acesso em: 15 out. 2022.

BRASIL. *Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados*. 1951. https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 28 maio 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2018].

BRASIL. *Lei n. 9.474, de 22 de julho de 1997*. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/norma/551350/publicacao/15786786>. Acesso em: 28 out. 2022.

BRASIL. *Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017*. Disponível em: <https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/trabalho-estrangeiro/nova-legislacao/item/download/LEI%20N%C2%BA%2013.445,%20DE%2024%20DE%20MAIO%20DE%202017.pdf>. Acesso em: 28 out. 2022.

CFAE. *Relatório Semestral. Janeiro a junho 2022*. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/acolhida/transparencia/relatorios/1o-relatorio-geral-operacao-acolhida-1.pdf>. Acesso em: 15 out. 2022.

GERALDO, Camila Ignacio; BELTRAME, Vanessa. Interiorização beneficária mais de 76 mil pessoas refugiadas e migrantes da Venezuela no Brasil.

ACNUR, 2022. Disponível em:

<https://www.acnur.org/portugues/2022/06/12/interiorizacao-beneficia-mais-de-76-mil-pessoas-refugiadas-e-migrantes-da-venezuela-no-brasil/>. Acesso em: 15 out. 2022.

JUBILUT, Liliana Lyra. *O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no orçamento jurídico brasileiro / Liliana Lyra Jubulut*. São Paulo: Método, 2007.

ONUBR-ORGANIZAÇÃO NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *Avanços e desafios da proteção aos refugiados no Brasil*. Brasília, dezembro, 2014. Disponível em: <https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-07/UN-Position-Paper-Protection-of-Refugees.pdf>. Acesso em: 15 out. 2022.

ONUMULHERES. *Sumário Executivo Limites e desafios à integração local de refugiadas refugiados e pessoas migrantes da Venezuela interiorizadas durante a pandemia de Covid 19*. 2021. Disponível em:

<http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2021/12/Sumario-Executivo-Limites-e-desafios-a-integracao-local-de-refugiadas-refugiados-e-pessoas-migrantes-da-Venezuela-interiorizadas-durante-a-pandemia-de-Covid-19-dez.2021.pdf>. Acesso em: 08 fev. 2023.

REFUGIADOS. ACNUR – Agência da ONU para Refugiados. 2021.

Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/quem-ajudamos/refugiados/>. Acesso em: 15 de out. 2022.

RODRIGUES, Gilberto Marcos Antonio. Convenções sobre refugiados.

Enciclopédia Jurídica PUCSP, 2022. Disponível em:

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/514/edicao-1/convencoes-sobre-refugiados>. Acesso em: 28 jan. 2023.

SOUSA, Suzyanne Valeska Maciel de. O conceito de refugiado:

historicidade e institucionalização. *30 Simpósio Nacional de História*. Recife, 2019. Disponível em:

[Snh2019.anpuh.org/resources/anais/8/1554764413_arquivo_historicidadedoc-onceitoderefugiado_anpuh-recife.pdf](https://snh2019.anpuh.org/resources/anais/8/1554764413_arquivo_historicidadedoc-onceitoderefugiado_anpuh-recife.pdf). Acesso em: 15 out. 2022.

O desinteresse da Administração Militar na reinclusão do desertor e suas repercussões processuais na instrução provisória de deserção

Rafael Martins Liberato de Oliveira

Pós-graduado em Direito Público pela Faculdade Baiana de Direito (2016). Graduado em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2014).

Promotor de Justiça Militar.

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4979167532874116>

e-mail: rafaelmartinsliberato@gmail.com

Revisores: Cláudia Márcia Ramalho Moreira Luz (e-mail:

claudia.luz@mpm.mp.br)

Fernando Hugo Miranda Teles (ORCID: 0009-0005-3088-4294; e-mail:

fernando.teles@mpm.mp.br)

Data de recebimento: 10/10/2023

Data de aceitação: 11/10/2023

Data da publicação: 21/11/2023

DOI: 10.5281/zenodo.10076000

RESUMO: No presente artigo, baseado em pesquisa teórica e aplicação do método dedutivo mediante revisão de literatura e análise de textos legais, buscamos demonstrar a existência de uma discricionariedade regrada conferida pelo ordenamento jurídico aos comandantes quanto à reinclusão de desertores, especialmente nos casos em que a captura ou apresentação voluntária não ocorre depois de decorridos longos períodos, havendo indicativos de que o trânsito pode já não atender a todas as condições necessárias à prestação do serviço militar. Sustentamos que essa possibilidade é decorrência de uma interpretação sistemática das normas envolvidas, à luz de determinados princípios constitucionais. Defendemos, ademais, que a manifestação expressa ou tácita do desinteresse da Administração Militar na reinclusão do desertor, respeitada a independência

funcional dos membros Ministério Público Militar e da Justiça Militar da União, pode gerar repercussões processuais na instrução provisória de deserção, culminando na própria extinção do procedimento, em razão da ausência de interesse de agir, considerada por parte da doutrina como uma das condições da ação penal.

PALAVRAS-CHAVE: deserção; Administração Militar; discricionariedade; serviço militar; extinção da punibilidade; interesse de agir.

ENGLISH

TITLE: The lack of Military Administration interest in the reintegration of deserters and its procedural repercussions in the provisional desertion proceedings.

ABSTRACT: In this article, based on theoretical research and the application of deductive methodology through a literature review and analysis of legal texts, we aim to demonstrate the existence of a regulated discretion granted by the legal system to commanders regarding the reintegration of deserters, especially in cases where capture or voluntary presentation does not occur after extended periods, with indications that the defector may no longer meet all the necessary conditions for military service. We argue that this possibility is a result of a systematic interpretation of the involved norms in light of specific constitutional principles. Furthermore, we contend that the expressed or tacit manifestation of the Military Administration's lack of interest to promote the deserter's reintegration, while respecting the functional independence of the members of the Military Public Prosecutor's Office and the Military Justice, may have procedural repercussions in the provisional desertion proceedings, potentially leading to the termination of the procedure itself due to a lack of standing to bring an action, as considered by certain doctrinal perspectives as one of the conditions for criminal action.

KEYWORDS: desertion; Military Administration; discretion; military service; extinction of punishability; interest to act.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Do regramento legal das instruções provisórias de deserção e casos expressos de arquivamento – 3 Da discricionariedade regrada da Administração Militar na reinclusão de desertores: uma consequência necessária da incidência de princípios constitucionais – 4 Das consequências processuais da manifestação da Administração Militar e a possível extinção da instrução provisória de deserção por ausência de interesse de agir – 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A partir de uma leitura conjugada dos parágrafos primeiro a terceiro do art. 457 do Código de Processo Penal Militar¹, conclui-se que, na deserção de praça, a reinclusão (se praça sem estabilidade) ou reversão ao serviço ativo (se praça estável) são condições de procedibilidade para a apresentação e recebimento de denúncia².

251

¹ Art. 457. Recebidos do comandante da unidade, ou da autoridade competente, o termo de deserção e a cópia do boletim, ou documento equivalente que o publicou, acompanhados dos demais atos lavrados e dos assentamentos, o Juiz-Auditor mandará autuá-los e dar vista do processo, por cinco dias, ao procurador, que requererá o que for de direito, aguardando-se a captura ou apresentação voluntária do desertor, se nenhuma formalidade tiver sido omitida, ou após o cumprimento das diligências requeridas (Redação dada pela Lei nº 8.236, de 20.9.1991)

Inspecção de saúde

§ 1º O desertor sem estabilidade que se apresentar ou for capturado deverá ser submetido à inspeção de saúde e, quando julgado apto para o serviço militar, será reincluído (Redação dada pela Lei nº 8.236, de 20.9.1991)

§ 2º A ata de inspeção de saúde será remetida, com urgência, à auditoria a que tiverem sido distribuídos os autos, para que, em caso de incapacidade definitiva, seja o desertor sem estabilidade isento da reinclusão e do processo, sendo os autos arquivados, após o pronunciamento do representante do Ministério Público Militar. (Redação dada pela Lei nº 8.236, de 20.9.1991)

Reinclusão

§ 3º Reincluída que a praça especial ou a praça sem estabilidade, ou procedida à reversão da praça estável, o comandante da unidade providenciará, com urgência, sob pena de responsabilidade, a remessa à auditoria de cópia do ato de reinclusão ou do ato de reversão. O Juiz-Auditor determinará sua juntada aos autos e deles dará vista, por cinco dias, ao procurador que requererá o arquivamento, ou o que for de direito, ou oferecerá denúncia, se nenhuma formalidade tiver sido omitida, ou após o cumprimento das diligências requeridas.

² Nesse sentido, a súmula nº 12 do Superior Tribunal Militar.

No caso da deserção de oficial, a lei processual penal militar não prevê condição de procedibilidade para a apresentação de denúncia pelo Ministério Público. Todavia, o prosseguimento do processo após o recebimento da exordial acusatória dependerá da captura ou apresentação voluntária do oficial desertor, na forma do art. 454, § 4º, do CPPM³.

Em outros termos, seja qual for a modalidade de deserção, o exame do mérito da pretensão punitiva estatal pelo Poder Judiciário pressupõe a prévia captura ou apresentação voluntária do agente do crime. No caso dos oficiais, isso é necessário para o prosseguimento do processo às fases posteriores ao recebimento da denúncia. No tocante às praças, a exigência decorre da necessidade de prévia reinclusão ou reversão, conforme o caso, já que o *status* de militar do denunciado é condição imposta pela lei para o recebimento da denúncia.

Por outro lado, o art. 132 do Código Penal Militar estabelece um regramento especial para o cômputo do prazo prescricional referente ao crime de deserção ao determinar que, em se tratando do referido delito, “embora decorrido o prazo da prescrição, esta só extingue a punibilidade quando o desertor atinge a idade de quarenta e cinco anos, e, se oficial, a de sessenta”.

A aplicação conjunta de todos esses dispositivos legais conduz a uma conclusão incontornável: nos casos em que o agente jamais se apresenta ou vem a ser capturado, as instruções provisórias de deserção poderão se arrastar por décadas, sem qualquer resultado prático, até a consumação da prescrição, o que somente ocorrerá quando o desertor completar a idade

³ Art. 454. Transcorrido o prazo para consumir-se o crime de deserção, o comandante da unidade, ou autoridade correspondente ou ainda a autoridade superior, fará lavrar o termo de deserção circunstanciadamente, inclusive com a qualificação do desertor, assinando-o com duas testemunhas idôneas, publicando-se em boletim ou documento equivalente, o termo de deserção, acompanhado da parte de ausência. (Redação dada pela Lei nº 8.236, de 20.9.1991)
(...)

§ 4º Recebida a denúncia, o Juiz-Auditor determinará seja aguardada a captura ou apresentação voluntária do desertor.

legalmente exigida. Não se trata de um problema exclusivamente teórico, mas sim de uma situação extremamente comum nas auditorias de todo o país.

Cabe destacar que, em muitos desses casos, a atuação da Administração Militar se limita à lavratura do termo de deserção, atendendo às formalidades prescritas pela lei, e seu encaminhamento à auditoria competente, sem qualquer realização de diligências com o propósito de captura dos desertores, a não ser aquelas que venham a ser requisitadas pelo MPM. Quando as diligências adotadas nos primeiros anos posteriores à consumação da deserção restam infrutíferas, raramente esses procedimentos produzem resultados práticos, limitando-se comumente a sucessivas vistas ao Ministério Público, apenas para que o membro oficiante manifeste que, no seu entender, já não há mais diligências cabíveis a serem requisitadas.

É evidente que disso surgem diversos inconvenientes, notadamente o dispêndio de recursos materiais e humanos em procedimentos fadados ao arquivamento. Frise-se que, em muitas das instruções provisórias de deserção mais antigas, mesmo na improvável hipótese de captura ou apresentação voluntária do agente, a sua reinclusão às fileiras das Forças Armadas se torna inviável em razão de fatos supervenientes (v.g., o caso dos conscritos que desertam e, nos anos seguintes, tornam-se arrimos de família).

Diante desse cenário, promotores atuantes perante a 4ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar passaram a defender, em suas manifestações, uma tese segundo a qual, no caso de instruções provisórias de deserção que tramitam há mais de dez anos ou nas quais o agente do crime, em se tratando de praça sem estabilidade, já tenha completado trinta anos de idade ou mais, poderá ser encaminhado ofício ao respectivo comandante, para que este manifeste o interesse ou não da Administração Militar na reinclusão do desertor. Em caso de manifestação da autoridade pelo desinteresse na reincorporação do agente à Força ou se, no entender do Ministério Público e do Judiciário, esse desinteresse resultar de outras

circunstâncias, a exemplo da absoluta inexistência de diligências adotadas pela autoridade militar com o fito de promover a localização e captura do desertor, a IPD poderá, segundo essa compreensão, ser arquivada por ausência de interesse de agir.

A tese em questão vem sendo acolhida pelos magistrados da referida auditoria, o que culminou no arquivamento de diversas instruções provisórias de deserção que ali tramitavam há muitos anos, décadas em alguns casos.

Ocorre que o procedimento adotado por aquele órgão jurisdicional de primeira instância encontrou resistência na Corregedoria do Superior Tribunal Militar. Em 02 de junho de 2022, o então Corregedor, Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz, encaminhou o OFÍCIO CORREGEDORIA - Nº 2668353, tendo como destinatário o Comandante Militar do Leste, o General de Exército André Luiz Novaes Miranda.

Reproduzimos, a seguir, o inteiro teor do citado documento:

Senhor Comandante,

1. Cumprimentando-o cordialmente, venho à honrosa presença de Vossa Excelência para abordar o assunto abaixo relatado, o qual chegou ao conhecimento desta Corregedoria da Justiça Militar no contexto da jurisdição correicional deste signatário, prevista no art. 14, inciso I, alínea "b", da Lei n. 8.457/1992 (Lei de Organização Judiciária Militar): 1.1 Ao proceder a análise correicional da Instrução Provisória de Deserção número 000004-76.2003.7.01.0401, que tramitou na 4ª Auditoria da 1ª CJM (RJ), oriunda do 2º Regimento de Cavalaria de Guarda, observou-se prática inconveniente na prestação de informações do Comando, dando ensejo a fundamento de arquivamento do procedimento, sem amparo no rito próprio. 1.2 Desse modo, diligência promovida pelo Ministério Público Militar em 18.04.22 (4ª PJM/RJ), solicitou ao Comando da OM "informar se remanesce interesse na reinclusão" do desertor ALEXANDRE DA SILVA ALVES PINTO. Ocorre que o desertor não estava apresentado ou capturado. 1.3 Por meio de Ofício de 20.04.22, o Comando informou: "manifesto o não interesse(sic) na reinclusão do senhor ALEXANDRE DA SILVA ALVES PINTO, desertor desta Organização Militar (OM) sob o IPD 000004-76.2003.7.01.0401" (grifo nosso). 1.4 Em decorrência da informação, o MPM requereu ao Juízo o arquivamento da IPD com base no art. 457, § 2º, do CPPM, ao nosso sentir, inadequado ao caso em tela, pois o desertor não estava

apresentado, como também a autoridade militar não possui atribuição discricionária para agir por conveniência nessa sede. 1.5 O Juízo deferiu a promoção de arquivamento ao fundamento de "carência da condição para o exercício da ação penal militar". 2. Da análise correicional, evidencia-se a inadequação da extinção anômala do Procedimento de Deserção, inspirada na manifestação do Comando da OM e totalmente divorciada do rito previsto no Código de Processo Penal Militar: artigos 456 e 457. Nesse sentido, cabe recordar que o desertor capturado ou que se apresente deve ser submetido a inspeção de saúde e, caso considerado apto, será obrigatoriamente reincluído. A lei não permite outra via alternativa, devendo os incidentes serem decididos em Juízo. 2.1 Ao responder consulta atípica do MPM, data vênua o Comando laborou em equívoco e excedeu suas atribuições de Polícia Judiciária Militar, pois não compete a autoridade administrativa manifestar opinião acerca da conveniência da reinclusão de desertor foragido, opinando sobre hipótese, em verdadeira análise virtual. 2.2 A resposta iluminou o Órgão Agente e constituiu amparo para a imprópria extinção da IPD, ainda não alcançada a prescrição, não apresentado o desertor e, por consequência, a divergir do rito estabelecido na lei, pois a prescrição somente seria alcançada após a idade de 45 anos, segundo dispõe o art. 132 do Código Penal Militar. 2.3 No exame desta Corregedoria, a manifestação do Comando nos termos verificados é prática irregular a ser imediatamente obstada com a segura orientação jurídica para as Organizações Militares, de modo a não se expressar entendimento que contrarie o Direito Positivo. 3. Sendo assim, encareço esse Grande Comando a divulgar orientação jurídica aos Comandos subordinados, especificamente quanto ao aspecto ventilado, a fim de se evitar precipitações opinativas que possam dar azo ao arquivamento de Instruções Provisórias de Deserção para além das hipóteses legais. 4. Preveleço-me desta oportunidade para renovar os votos de elevada estima e consideração.

Atenciosamente,

Dr. PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ
Ministro-Corregedor da Justiça
Militar

Desta forma, os argumentos esposados pelo eminente Ministro, em síntese, focaram-se na alegada ausência de amparo legal do procedimento acolhido pela 4ª Auditoria da 1ª CJM, já que, no seu entender, a lei não conferiria ao Comandante a possibilidade de juízo discricionário sobre a conveniência e oportunidade da reinclusão do desertor, e, não tendo ocorrido a captura ou apresentação voluntária do agente do crime, a instrução

provisória de deserção referida no ofício somente poderia ser extinta após o decurso do prazo prescricional fixado pelo 132 do Código Penal Militar.

No presente artigo, manifestaremos as razões pelas quais discordamos do respeitável posicionamento externado pela Corregedoria do STM.

Iniciaremos por uma análise sobre o regramento legal das instruções provisórias de deserção, incluindo as hipóteses de extinção desse procedimento de polícia judiciária militar. Trataremos sobre a natureza jurídica não vinculante do entendimento firmado no OFÍCIO CORREGEDORIA – Nº 2668353. Em seguida, examinaremos a possibilidade de manifestação da Administração Militar sobre o seu (des)interesse na reinclusão de desertores, à luz dos princípios constitucionais aplicáveis, defendendo que se trata de ato administrativo submetido a uma discricionariedade regradada. Por fim, defenderemos que o posicionamento, expresso ou tácito, da Administração Militar, pode trazer repercussões processuais, culminando na extinção da IPD por ausência de interesse de agir, sempre respeitada a independência funcional dos membros do Ministério Público e do Judiciário atuantes no caso.

256

2 DO REGRAMENTO LEGAL DAS INSTRUÇÕES PROVISÓRIAS DE DESERÇÃO E CASOS EXPRESSOS DE ARQUIVAMENTO

A Instrução Provisória de Deserção (IPD) é um dos procedimentos de polícia judiciária militar previstos e regulamentados no CPPM. Como aduz Cícero Robson Coimbra Neves (2018, p. 676):

O terceiro procedimento de polícia judiciária militar consiste no referente à apuração do crime de deserção, intitulado procedimento de deserção, termo de deserção ou instrução provisória de deserção, cujas disposições se aplicam integralmente aos crimes dos arts. 187, 188, I a III, e 192 do Código Penal Militar, todos eles consumados com o transcurso de oito dias após um ato específico (falta ao

serviço, não retorno à Unidade após férias, fuga após cometimento de crime etc.).

O Código Processual Penal castrense prevê dois procedimentos distintos que podem reger as instruções provisórias, a depender das condições pessoais do desertor. Caso se trate de oficial, a IPD será regida de acordo com as regras previstas nos artigos 454 e 455. Em se tratando de praça, aplicam-se as regras previstas nos artigos 456 e 457.

A fase preambular de ambos os procedimentos é regida pelas normas gerais dos artigos 451 a 453, concernentes às formalidades sobre lavratura e os efeitos do termo de deserção. O art. 452 possui especial relevância, ao prescrever que o termo de deserção tem o caráter de instrução provisória e sujeita o desertor desde logo à prisão.

A diferença mais fundamental consiste nos requisitos para início e prosseguimento da ação penal. Na deserção de oficial, não há previsão de condição de procedibilidade a ser observada antes do recebimento da denúncia, porém, após este marco, o processo somente prosseguirá com a captura ou apresentação voluntária do desertor. Já na deserção de praça, o agente do crime será excluído do serviço ativo, se não possuir estabilidade, ou agregado, em se tratando de praça estável. Em caso de captura ou apresentação voluntária, a praça sem estabilidade será reincluída, após se submeter à inspeção de saúde que ateste a sua aptidão para o serviço militar. A praça com estabilidade, por sua vez, será revertida ao serviço ativo, sem necessidade de se submeter à inspeção de saúde. Somente após a reinclusão ou reversão, conforme o caso, a denúncia poderá ser recebida (condição de procedibilidade).

Existe, portanto, em todos os processos de deserção, a exigência de captura ou apresentação voluntária do acusado como um requisito imprescindível à conclusão da ação penal. Sem a presença do desertor, ao

menos nas fases iniciais do procedimento, o juiz não poderá proferir sentença de mérito, seja absolutória ou condenatória.

A primeira hipótese legalmente prevista de arquivamento da IPD é apresentada pelo art. 457, § 2º, do CPPM, incidindo nos casos em que a ata de inspeção de saúde informar conclusão pela incapacidade definitiva da praça desertora sem estabilidade para o serviço militar. Trata-se, inclusive, de uma consequência lógica resultante da condição de procedibilidade acima referida. Não podendo o desertor ser reincluído, será inviável a apresentação de denúncia pelo Ministério Público Militar.

No art. 457, 3º, há menção expressa à possibilidade de o *Parquet* das Armas requerer o arquivamento do feito, mesmo após a reinclusão ou reversão ao serviço ativo da praça desertora. Implicitamente, neste ponto, a lei se refere à possibilidade de extinção da IPD por outros motivos, tais como a ocorrência de nulidades insanáveis no curso do procedimento ou a presença de circunstâncias que afastem a ocorrência do crime, tais como excludentes de ilicitude ou de culpabilidade.

Por fim, outra hipótese de extinção da IPD pode ocorrer quando incidir causa extintiva da punibilidade do agente, especialmente a prescrição. No caso dos desertores tânsfugas (aqueles que não foram capturados e nem se apresentaram), o art. 132 do CPM prevê um regramento específico para o cômputo do prazo prescricional, dispondo que no “crime de deserção, embora decorrido o prazo da prescrição, esta só extingue a punibilidade quando o desertor atinge a idade de quarenta e cinco anos, e, se oficial, a de sessenta”.

A doutrina apresenta algumas razões que justificam a existência desse regramento especial (Neves, 2015, p. 149-150). Uma delas seria o propósito de o legislador estabelecer a prescritibilidade do crime de deserção no caso do tânsfuga, que sem a dita norma se tornaria “imprescritível”, em razão da natureza permanente do delito. A outra seria estabelecer um limite etário a partir do qual existe uma presunção absoluta (*juris et de jure*) no

sentido de que o agente não mais poderá servir aos propósitos do serviço militar. Essa percepção é reforçada pelo fato de que o art. 5º da Lei 4.375/1964 (Lei do Serviço Militar Obrigatório) estabelece que a “obrigação para com o Serviço Militar, 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).

De todo modo, o regramento em questão representa um expressivo alargamento do prazo prescricional no crime de deserção, que em alguns casos poderá chegar a décadas. Por isso não é incomum, em diversas auditorias do país, a identificação de IPDs que tramitam há dez, vinte ou mais anos, mesmo sendo extremamente remota a probabilidade de que tais desertores sejam capturados (até porque normalmente as diligências para a captura não se prolongam por tanto tempo) ou venham a se apresentar espontaneamente. Ademais, mesmo na improvável hipótese de captura ou apresentação voluntária em tais casos, o longo período decorrido faz supor que parcela considerável desses indivíduos, por diversas razões, já não detêm mais as condições necessárias para a prestação do serviço militar.

Diante disso, é inevitável o surgimento do questionamento quanto à adequação e razoabilidade da não previsão de outras hipóteses de extinção das instruções provisórias de deserção, sem que se faça necessário aguardar que os trânsfugas completem os elevados limites etários legalmente previstos. Como desenvolveremos a seguir, pensamos que, em certas circunstâncias, outras hipóteses de arquivamento da IPD podem surgir, com fulcro na aplicação direta de princípios constitucionais e na interpretação sistemática e teleológica do conjunto de normas que regem os aspectos materiais e processuais do delito em questão.

3 DA DISCRICIONARIEDADE REGRADA DA ADMINISTRAÇÃO MILITAR NA REINCLUSÃO DE DESERTORES: UMA

CONSEQUÊNCIA NECESSÁRIA DA INCIDÊNCIA DE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Uma interpretação literal do já mencionado art. 457, § 1º, do Código de Processo Penal Militar, reforçada pelo que dispõe o art. 128, § 3º, da Lei nº 6.880/1980⁴ (Estatuto dos Militares), e, com ainda maior ênfase, o art. 80 do Decreto nº 57.654/1966⁵, pode conduzir à conclusão de que, em havendo captura ou apresentação voluntária do desertor, e sendo este considerado apto para o serviço após inspeção de saúde, a Organização Militar estará obrigada a promover a sua reinclusão às fileiras da Força, não havendo espaço para qualquer margem de discricionariedade do Comandante quanto a isso.

Todavia, entendemos que essa percepção inicial não resiste a uma leitura sistemática dessas normas, à luz de princípios constitucionais.

É cediço que a distinção fundamental entre atos administrativos vinculados e discricionários reside na maior ou menor liberdade conferida ao agente público no momento da sua prática. Enquanto naqueles a lei elenca todos os elementos do ato administrativo, incluindo o motivo e o objeto, nestes últimos existe espaço para juízo de conveniência e oportunidade pelo administrador.

O poder discricionário é uma ferramenta imprescindível para que a Administração Pública (inclusive no âmbito da Administração Militar) possa

⁴ Art. 128. A deserção do militar acarreta interrupção do serviço militar, com a conseqüente demissão ex officio para o oficial, ou a exclusão do serviço ativo, para a praça.
(...)

§ 3º O militar desertor que for capturado ou que se apresentar voluntariamente, depois de haver sido demitido ou excluído, será reincluído no serviço ativo e, a seguir, agregado para se ver processar.

⁵ Art. 80. Os insubmissos e desertores, quando se apresentarem ou forem capturados, serão **obrigatoriamente** incorporados ou reincluídos, se julgados aptos para o Serviço Militar, em inspeção de saúde. A incorporação ou reinclusão deverá ser efetuada, em princípio, na Organização Militar para que haviam sido anteriormente designados.

Parágrafo único. Os absolvidos nos processos e os condenados que tenham cumprido pena completarão ou prestarão o Serviço Militar inicial, ressalvado o disposto no parágrafo 5º do Art. 140, deste Regulamento. (g.n.)

cumprir adequadamente os seus objetivos constitucionais, já que seria impossível ao legislador prever todas as situações concretas nas quais o gestor precisará fazer escolhas por um outro caminho. Como leciona José dos Santos Carvalho Filho (2017, p. 68):

A lei não é capaz de traçar rigidamente todas as condutas de um agente administrativo. Ainda que procure definir alguns elementos que lhe restringem a atuação, o certo é que em várias situações a própria lei lhes oferece a possibilidade de valoração da conduta. Nesses casos, pode o agente avaliar a conveniência e a oportunidade dos atos que vai praticar na qualidade de administrador dos interesses coletivos. Nessa prerrogativa de valoração é que se situa o poder discricionário. **Poder discricionário, portanto, é a prerrogativa concedida aos agentes administrativos de elegerem, entre várias condutas possíveis, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público.** Em outras palavras, não obstante a discricionariedade constitua prerrogativa da Administração, seu objetivo maior é o atendimento aos interesses da coletividade. Conveniência e oportunidade são os elementos nucleares do poder discricionário. A primeira indica em que condições vai se conduzir o agente; a segunda diz respeito ao momento em que a atividade deve ser produzida. Registre-se, porém, que essa liberdade de escolha tem que se conformar com o fim colimado na lei, pena de não ser atendido o objetivo público da ação administrativa. Não obstante, o exercício da discricionariedade tanto pode concretizar-se ao momento em que o ato é praticado, quanto, a posteriori, ao momento em que a Administração decide por sua revogação. (g.n.)

261

Examinando o mesmo conceito com foco na Administração Militar, Jorge Luiz Nogueira de Abreu (2023, p. 65) leciona que o poder discricionário se faz presente sempre que a lei facultar, implícita ou explicitamente, ao administrador a prática de determinados ato com base em critérios subjetivos, i.e., apoiado em um juízo de conveniência e oportunidade.

Desta forma, ainda que a lei não disponha de modo expresse, a discricionariedade do ato pode estar implícita, por exemplo, a partir da utilização pelo legislador de conceitos jurídicos indeterminados (v.g., “ordem pública”, “interesse coletivo” etc.). Em certos casos, entendemos que também

é possível inferir a natureza discricionária do ato a partir da interpretação sistemática das normas envolvidas, especialmente quando conclusão diversa puder implicar a vulneração de valores constitucionalmente resguardados.

Por outro lado, a doutrina administrativista é unânime ao esclarecer que discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, já que o agente público sempre deve motivar a sua conduta no ordenamento jurídico, guiado necessariamente pelo propósito de atender ao interesse público no caso concreto, sob pena de desvio de poder.

Postas tais premissas, identificar se existe algum grau de discricionariedade no ato de reinclusão da praça desertora passa, inicialmente, pela própria identificação de qual é o bem jurídico resguardado pela previsão legal, bem como de quais são os princípios constitucionais que conformam a atividade militar.

O crime de deserção (art. 187) e seus casos assimilados (art. 188) estão previstos no título III do Código Penal Militar, intitulado “Dos crimes contra o Serviço Militar e o Dever Militar”. Como asseveram Cícero Coimbra e Marcelo Streifinger (2021, p. 1.105), o tipo penal em questão tutela “o serviço militar afetado pelo fato de o agente não estar presente”, bem como o “dever militar, o comprometimento, a vinculação do homem aos valores éticos e funcionais da caserna e de sua profissão”.

Não restam dúvidas de que o serviço militar (obrigatório ou não) é um dos instrumentos necessários ao atendimento das missões precípua das Forças Armadas, dispostas no art. 142 da Constituição Federal de 1988. Ademais, os princípios da hierarquia e da disciplina, expressamente mencionados no dispositivo constitucional em questão são não apenas elementos estruturantes das instituições militares, mas também condicionantes da interpretação/aplicação de todas as normas espalhadas pelo ordenamento jurídico a respeito dessas instituições. Como assinala Alexandre Reis de Carvalho (2005, n.p.):

(...) hierarquia e disciplina são conceitos em que se baseiam, estruturam e organizam as Forças Armadas, encontrando-se consagrados na atual Carta Magna com verdadeiros princípios constitucionais, não por estarem inseridos no texto constitucional, **mas pela sua orientação de cunho axiológico**, compeço a própria essência da regulação política do Estado (acerca desta questão, analisaremos oportunamente a natureza jurídica dos princípios). **Não por acaso, mas pela sua inquestionável importância, a hierarquia e a disciplina militar, inerentes a todas instituições militares, fazem jus a efetiva tutela do Direito Constitucional, Penal e Administrativo.**(g.n.)

Desta forma, parece-nos evidente que a Administração Militar jamais pode se afastar desses vetores axiológicos, mesmo quando isso implique a aplicação direta de princípios constitucionais, em detrimento da literalidade de normas legais, se do contrário puder resultar o comprometimento de valores constitucionalmente resguardados. Em outras palavras, em todas as suas atuações os comandantes devem levar em consideração o cumprimento da missão das Forças Armadas, inclusive de modo a preservar os preceitos da hierarquia e da disciplina no seio da organização sob sua responsabilidade.

É por essa razão que entendemos inadequada a interpretação segundo a qual apenas quando a ata de inspeção de saúde revelar a inaptidão do desertor para o serviço militar a organização militar estará dispensada do dever de promover a sua reinclusão.

Para melhor visualizarmos os inconvenientes resultantes de uma visão intransigente no sentido contrário, apresentamos a seguinte situação hipotética. Determinado conscrito se ausenta injustificadamente por mais de oito dias da organização militar em que servia, consumando o crime de deserção. Em cumprimento ao que dispõe o art. 456, § 4º, do CPPM, é promovida a sua exclusão do serviço ativo. Meses depois, durante operação policial em uma comunidade, o ex-militar é preso em flagrante delito, portando ilegalmente um fuzil e significativa quantidade de droga, em

circunstâncias que indicam ter sido recrutado por uma conhecida organização criminosa.

Frise-se que, embora pareça um exemplo extremo, situações como essa, infelizmente, não são incomuns, especialmente no Rio de Janeiro, onde jovens com experiência militar e em situação de vulnerabilidade econômica e social muitas vezes acabam sendo aliciados pelas facções criminosas, que exercem o seu domínio em diversas regiões da cidade, um problema social e de segurança pública complexo e que gera consequências às quais nenhuma instituição está imune, incluindo as Forças Armadas.

Pergunta-se: nesse caso, se a ata de inspeção de saúde informar que o desertor encontra-se física e mentalmente apto para o serviço militar, estará o Comandante obrigado a promover a sua reinclusão, a fim de que o agente possa responder a processo pelo crime de deserção, nos termos do art. 457, § 1º, do CPPM? Parece-nos evidente que não, e uma leitura sistemática do conjunto normativo supracitado autoriza essa conclusão.

Primeiramente, são flagrantes os riscos que seriam gerados à tropa (e indiretamente a toda a sociedade), se fosse autorizada a presença de agentes envolvidos com o crime organizado no seio das Forças Armadas, sendo óbvias as consequências deletérias que isso implicaria para a manutenção da hierarquia e da disciplina na tropa.

Ademais, a idoneidade moral é um aspecto a ser considerado tanto na seleção de candidatos ao oficialato e de graduados⁶, como naquela

⁶ Nesse sentido, o art. 11 do Estatuto dos Militares:

Art. 11. Para matrícula nos estabelecimentos de ensino militar destinados à formação de oficiais, da ativa e da reserva, e de graduados, além das condições relativas à nacionalidade, idade, aptidão intelectual, capacidade física e **idoneidade moral**, é necessário que o candidato não exerça ou não tenha exercido atividades prejudiciais ou perigosas à segurança nacional. (g.n.)
Parágrafo único. O disposto neste artigo e no anterior aplica-se, também, aos candidatos ao ingresso nos Corpos ou Quadros de Oficiais em que é exigido o diploma de estabelecimento de ensino superior reconhecido pelo Governo Federal.

referente ao serviço militar obrigatório⁷. Parece-nos óbvio, diante disso, que também no momento da reinclusão do desertor, o Comandante pode e deve averiguar se esse requisito permanece sendo preenchido pelo ex-militar.

Todavia, considerando a indeterminação jurídica do conceito de idoneidade moral, que demanda valorações à luz das especificidades de cada caso concreto, essa resposta somente encontra algum respaldo jurídico se considerarmos que o ato de reinclusão do desertor, diferentemente do que sustenta parte da doutrina, não é vinculado, mas sim que está submetido a uma espécie de discricionariedade regrada.

Antes de se proceder à reinclusão, deverá ser averiguado se o desertor ainda preenche todos os requisitos para o exercício da atividade militar, bem como se, diante das circunstâncias concretas do caso, a reinserção do agente na tropa é conveniente e oportuna à luz da hierarquia e da disciplina e dos demais princípios que regem a vida na caserna. Somente no caso de resposta afirmativa, o ato administrativo em questão deve ser praticado.

Esse juízo de valor a ser feito pelo comando, por outro lado, está condicionado não apenas pela lei e pelos regulamentos próprios, mas também e especialmente pelos princípios constitucionais que regem a Administração Militar e a Administração Pública como um todo, incluindo aqueles implícitos no texto constitucional, como a proporcionalidade e a razoabilidade.

⁷ A Lei do Serviço Militar, em seu art. 13, insere o “aspecto moral” como um dos que devem ser avaliados no momento da seleção dos convocados para o serviço militar obrigatório, assim como dos voluntários. O Decreto nº 57.654 de 20 de janeiro de 1966, que a regulamenta, trata da idoneidade moral como critério de seleção em diversos dispositivos e o seu art. 109, “2”, dispõe que são isentos do serviço militar “os convocados que estiverem cumprindo sentença por crime doloso, ou que, **quando da seleção apresentarem indícios de incompatibilidade que, comprovados em exame ou sindicância, revelem incapacidade moral para integrarem as Forças Armadas**, bem como os que, depois de incorporados, forem expulsos das fileiras.” O trecho em negrito denota o caráter subjetivo dessa avaliação, visto que não se especifica por que seriam considerados “indícios que revelam incompatibilidade moral” para que o indivíduo examinado venha a integrar as Forças Armadas, o que reforça a conclusão pela natureza discricionária (regrada) do ato de incorporação. (g.n.)

Com relação ao princípio da razoabilidade, Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (2019, p. 492) apontam quatro acepções que esse conceito pode assumir, das quais duas interessam para a discussão proposta neste estudo, quais sejam, a razoabilidade como *coerência* e a razoabilidade como *equidade*. Segundo os autores, a razoabilidade como coerência veda que o Estado atue de maneira contraditória, ao passo em que a razoabilidade como equidade permite que, em hipóteses excepcionais, as normas gerais sejam adaptadas, em sua aplicação, às circunstâncias do caso concreto, ou ainda que se negue a aplicação da norma, quando esta provocar grave e flagrante injustiça.

Caso se considere o ato de reinclusão do desertor como vinculado, o princípio da razoabilidade poderá ser lesado nessas duas acepções, a depender das circunstâncias do caso concreto.

No primeiro caso (razoabilidade como coerência), ausência de simetria entre os requisitos exigidos para o ingresso inicial nas Forças Armadas e aqueles observados no momento da reinclusão, quando somente a aptidão física seria avaliada.

No segundo caso (razoabilidade como equidade) o princípio estaria vulnerado, por exemplo, caso se entendesse como compulsória a reincorporação dos desertores que se tornaram arrimos de família após a prática do crime. Isso porque, assim como a inaptidão, definitiva ou por tempo superior a noventa dias, para o serviço militar em caso de moléstia ou acidente (circunstância que pode ser avaliada no momento da inspeção de saúde), a aquisição da condição de arrimo de família após a incorporação também é uma das causas legais que levam à desincorporação do militar (art. 31, § 2º, alínea “b”, da Lei do Serviço Militar). Desta forma, dispensar da reinclusão (e por conseguinte de eventual ação penal pelo crime de deserção) apenas os desertores que se enquadram no primeiro caso, deixando de aplicar

essa interpretação benéfica aos que se tornaram arrimos de família durante o período em que estavam foragidos seria fonte de grave e flagrante injustiça.

Nos casos dos trânsfugas que permanecem foragidos por longos períodos, o juízo discricionário da Administração Militar não se dá com relação à reinclusão do desertor, já que nem sequer existe a possibilidade de se deliberar sobre isso enquanto o agente permanecer nesta condição, mas sim no tocante à continuidade das diligências para a captura do fugitivo.

Como pondera Jorge Cesar de Assis (2010), toda deserção se origina de uma anterior transgressão disciplinar de ausência. *In verbis*:

Ora, não se olvide igualmente que para se chegar até o crime de deserção o militar terá que, necessariamente passar pela transgressão disciplinar da ausência. Diríamos, guardadas as devidas proporções que tanto a transgressão disciplinar quanto o crime militar são violações do mesmo dever militar, ou seja, que a deserção é uma infração (ou violação) progressiva, onde o militar evolui da simples transgressão da disciplina para o cometimento do crime, sem solução de continuidade.

Consumada a deserção, não há que se falar em verificação da responsabilidade disciplinar da ausência inicial, que agora restou absorvida pelo crime, tornando-se ante-factum impunível. Significa dizer que se o ausente retornar ao Quartel em prazo inferior a oito dias, responderá tão-somente pela transgressão do regulamento disciplinar.

Não restam dúvidas, portanto, de que, desde a fase anterior à consumação do crime de deserção, a organização militar já pode adotar medidas em face do ausente, no exercício do poder disciplinar. Todavia, a lei não estabelece quais diligências devem ser adotadas no sentido de localizar o transgressor.

Veja-se que, mesmo após a consumação do crime de deserção, o Código de Processo Penal Militar prevê como medidas obrigatórias tão somente a lavratura do termo de deserção, com observância de algumas formalidades, e o seu encaminhamento à auditoria competente, bem como exclusão do desertor serviço ativo (em caso de praça sem estabilidade) ou sua agregação (em se tratando de praça com estabilidade ou oficial).

É certo que a autoridade militar pode adotar diligências necessárias à captura do desertor, inclusive de ofício, não apenas com base nos poderes de polícia judiciária militar, mas também na obrigação legal de promover a prisão dos desertores, o que pode acontecer a qualquer momento, como esclarecem os artigos 243⁸ e 452⁹, ambos do CPPM.

Além disso, a autoridade deverá, obviamente, cumprir as diligências que forem requisitadas pelo Ministério Público Militar no curso da instrução provisória de deserção.

A questão que se coloca nos procedimentos mais antigos é até quando a realização de novas diligências se mostrará razoável, proporcional e condizente com os interesses da Força e, especialmente, com o interesse público subjacente a toda e qualquer atividade administrativa. Por exemplo, no caso de um ex-militar que desertou há mais de vinte anos, faltando poucos dias para completar o período de serviço militar obrigatório, e hoje se encontra na faixa dos quarenta anos de idade, havendo registros que indicam já possuir filhos dependentes, haverá algum sentido prático no dispêndio de mais recursos públicos visando à sua captura? Definitivamente, parece-nos que não.

Neste ponto, além do já mencionado princípio da razoabilidade, também incidem os princípios da eficiência, da razoável duração do processo e da proporcionalidade.

Como assinala Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2005, p. 84):

O princípio da eficiência (...) pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a administração pública,

⁸ Art. 243. Qualquer pessoa poderá e os militares deverão prender quem fôr insubmisso ou desertor, ou seja encontrado em flagrante delito.

⁹ Art. 452. O termo de deserção tem o caráter de instrução provisória e destina-se a fornecer os elementos necessários à propositura da ação penal, sujeitando, desde logo, o desertor à prisão.

também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

Destarte, uma atuação estatal eficiente deve privilegiar a maximização dos resultados com o menor dispêndio possível de recursos. Isso não ocorrerá quando se insiste na continuidade de esforços para capturar desertores que se encontram foragidos durante períodos muito longos, havendo poucas chances de êxito e sendo que, mesmo nos casos em que a improvável captura ou apresentação voluntária ocorra, muitos desses indivíduos não mais atenderão às condições necessárias para a prestação do serviço militar.

Em tais casos, nem mesmo a função preventiva geral do Direito Penal estará sendo atendida, já que a composição da tropa, passados muitos anos, já não mais corresponde àquela que foi integrada pelos desertores. O propósito de reafirmar a hierarquia, a disciplina e a coesão na tropa demanda uma atuação rápida, a fim de desestimular novas deserções no seio da organização militar. Por isso é importante que todos os esforços de captura sejam empreendidos com a maior rapidez possível, de preferência nas primeiras semanas ou meses posteriores à consumação do crime.

Já o princípio da razoável duração do processo foi positivado no art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988 mediante Emenda Constitucional nº 45 de 2004. Ao comentar o referido dispositivo constitucional, aplicável tanto no âmbito judicial como no administrativo, Manoel Antônio Teixeira Filho, citado por Manoel Jorge e Silva Neto (2013, pp. 1059-1060), esclarece que não há sinonímia entre as expressões “razoável duração do processo” e “celeridade processual”:

O adjetivo razoável (duração do processo) sugere aquilo que é ‘conforme à razão, ao direito, à equidade; o que é moderado, comedido’ (...). Nesse sentido, duração razoável contrapõe-se à celeridade. Logo, o conceito de ‘razoável duração do processo’ não se harmoniza com o de ‘celeridade’. O que está subjacente nessas expressões, como elemento comum, é o tempo processual. Sendo uma das

dimensões humanas, o fator tempo não pode ser ignorado em tema de duração do processo. Via de regra, o tempo é um aliado do réu e um verdugo do autor, por motivos algo óbvios. Falar de duração razoável do processo corresponde a colocar interesses das partes no mesmo plano axiológico; cogitar de celeridade processual implica dar preeminência ao interesse do autor, ou seja, daquele que, por definição, busca esse serviço público a cargo do Estado-juiz, desse monopólio estatal, a que se denomina prestação jurisdicional.

Conclui-se, desta forma, que a noção de razoável duração do processo pressupõe que os litígios sob tutela estatal (inclusive quando o próprio Estado for um dos litigantes) não devem ser prolongados para além do tempo necessário e adequado ao seu grau de complexidade.

Ademais, a eficácia irradiante inerente a todo e qualquer direito fundamental (Mendes; Gonet Branco, 2017, p. 154) faz concluir que a referida norma deve gerar consequências em todo o ordenamento jurídico. E a interpretação pela possibilidade de a Administração Militar manifestar o seu desinteresse na reinclusão de desertores em casos antigos vai ao encontro desse princípio, já que permite a solução definitiva dessas situações conflitivas, impedindo que tais instruções provisórias de deserção continuem sendo prolongados para além do prazo de tramitação que seria razoável.

Por fim, a conclusão pela existência de discricionariedade regrada dos comandantes no tocante à reinclusão de desertores que permanecem na condição de transfugas durante períodos muito longos também se coaduna com o princípio da proporcionalidade, já que, no nosso entender, uma adequada aplicação da técnica de ponderação de interesses (Mendes; Gonet Branco, 2017, pp. 165-171) leva à conclusão pela necessidade de se dar prevalência aos princípios supramencionados, em detrimento de eventuais interesses que possam existir na manutenção dessas instruções provisórias de deserção, estes últimos normalmente calcados em argumentos abstratos e divorciados das circunstâncias do caso concreto.

Cabe destacar, em conclusão, que o desinteresse da Administração Militar da administração militar na reinclusão do desertor também pode ocorrer de forma tácita, nos casos em que, malgrado decorridos longos períodos, constata-se que a autoridade não adotou quaisquer diligências, de ofício, ao longo dos anos, no sentido de promover a localização e a captura do desertor. Evidentemente, essa compreensão dependerá das peculiaridades do caso concreto. Todavia, de um modo geral é possível concluir que, após uma duradoura omissão, eventual manifestação da Administração Militar pela subsistência de interesse na inclusão do desertor pode até mesmo ser interpretada como uma vulneração ao princípio da proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*), plenamente aplicável às relações entre a Administração Pública e o cidadão (Feldhaus, 2014).

4 DAS CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS DA MANIFESTAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO MILITAR E A POSSÍVEL EXTINÇÃO DA INSTRUÇÃO PROVISÓRIA DE DESERÇÃO POR AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR

Fixada a premissa segundo a qual é possível aos comandantes, em determinados casos e à luz dos princípios constitucionais e legais que regem a atividade militar, emitirem juízo de conveniência e oportunidade quanto à subsistência de interesse na reinclusão de desertores, resta examinar quais consequências esse posicionamento pode ensejar no andamento das instruções provisórias de deserção em curso.

Como já destacado em tópicos anteriores, o CPPM estabeleceu o *status* de militar do acusado (e, portanto, a sua prévia reinclusão ou reversão ao serviço ativo, conforme o caso) como uma condição de procedibilidade da ação penal no crime de deserção, sem a qual a denúncia não poderá ser recebida pelo juiz. Portanto, o desinteresse na reinclusão do desertor pode ser

interpretado como uma circunstância que leva à ausência de interesse de agir, inviabilizando, em definitivo, a propositura de exordial acusatória.

Ao tratar sobre o interesse de agir como uma das condições da ação penal, Eugênio Pacelli (2017, pp. 68-69) leciona que:

De modo geral, na teoria do processo, afirma-se que o interesse de agir encontra-se ligado à necessidade da escolha jurisdicional para a composição do conflito surgido entre quem se alega titular de um direito subjetivo, oponível a outro, e este, devedor da obrigação a ele correspondente, na clássica conceituação do direito privado, no sentido de que a um direito corresponde um dever. A via jurisdicional, para ser acionada, exigiria, então, o esgotamento prévio e anterior de todas as possibilidades possíveis de autocomposição. Se assim se dá no processo civil, o mesmo não ocorre no processo penal, em que, a partir da processualização da persecução penal, não se pode pensar em imposição de sanção penal senão após o devido processo legal. É claro que nas ações penais não condenatórias (ação de revisão, mandado de segurança, habeas corpus etc.) o interesse de agir, como condição da ação, pode perfeitamente ser aplicável ao processo penal, com a mesma configuração que lhe dá a chamada teoria geral do processo. **No âmbito específico do processo penal, entretanto (e o mesmo ocorre no processo civil, como um verdadeiro plus ao conceito de interesse), desloca-se para o interesse de agir a preocupação com a efetividade do processo, de modo a ser possível afirmar que este, enquanto instrumento da jurisdição, deve apresentar, em juízo prévio e necessariamente anterior, um mínimo de viabilidade de satisfação futura da pretensão que informa o seu conteúdo.** É dizer: sob perspectiva de sua efetividade, o processo deve mostrar-se, desde a sua instauração, apto a realizar os diversos escopos da jurisdição, isto é, revelar-se útil. Por isso, fala-se em interesse-utilidade. Assim, no campo processual penal, tal concepção é bastante proveitosa, sobretudo no que respeita às hipóteses de reconhecida e incontestável probabilidade de aplicação futura da prescrição retroativa. **Com efeito, diante da constatação, feita nos próprios autos do procedimento de investigação (inquérito policial ou qualquer outra peça de informação), da impossibilidade fática de imposição, ao final do processo condenatório, de pena em grau superior ao mínimo legal, é possível, desde logo, concluir pela inviabilidade da ação penal a ser proposta, porque demonstrada, de plano, a inutilidade da atividade processual correspondente.** E assim ocorre porque, em tais hipóteses, o prazo prescricional inicialmente considerado, isto é, pela pena em abstrato (art. 109, CP), seria sensivelmente reduzido após a eventual sentença

condenatória (com a pena concretizada). Semelhante operação seria possível antes mesmo do início da ação penal, à vista das condições pessoais do agente imputado ou das circunstâncias objetivas do fato, que impediriam, em sede de juízo prévio, a imposição de pena acima do mínimo previsto no tipo penal adequado ao fato apurado na investigação. (g.n.)

Sabendo-se, de antemão, que o desertor não virá a preencher a condição subjetiva exigida para que venha a ser processado pelo crime de deserção, já que a Administração Militar não mais possui interesse na sua reinclusão, conclui-se pela carência de utilidade na manutenção da IPD.

Trata-se, no nosso entender, de uma causa supralegal de extinção da punibilidade aplicável especificamente ao crime de deserção. Embora não esteja prevista no art. 123 do Código Penal Militar, ela decorre do regime processual adotado pelo legislador quanto ao referido delito, a partir de uma leitura sistemática das normas que o compõem, sob a incidência de princípios constitucionais.

Evidentemente, o posicionamento da Administração Militar não é vinculante com relação ao Ministério Público, o *dominus litis* da ação penal. Deve ser respeitada a independência funcional dos membros *Parquet* e do Judiciário atuantes no caso. Por outro, lado, parece-nos que contrariar o posicionamento externado pela organização militar na qual o desertor servia impõe, ao menos, um ônus argumentativo no sentido de se demonstrar a subsistência do interesse de agir na manutenção do procedimento.

No âmbito da atuação perante a 4ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar, parte dos membros do MPM atuantes vêm adotando como praxe a realização de consultas aos comandantes nos casos de instruções provisórias de deserção que tramitam há mais de dez anos ou, em se tratando de indivíduos que desertaram durante a prestação do serviço militar obrigatório, quando o desertor já possui trinta anos de idade ou mais.

A consumação da deserção quando faltava um período muito curto (poucos dias ou semanas) para que o desertor completasse o período de serviço militar obrigatório é outro fator que pode ser levado em consideração, inclusive em razão do que dispõe o art. 34-A¹⁰ da Lei n° 4.375/1964, acrescido pela Lei n° 13.954/2019. Se é possível concluir, de plano, que o licenciamento do militar ocorrerá antes que haja tempo hábil para apresentação de denúncia pelo MPM e recebimento desta pelo juiz, trata-se de circunstância que reforça, em muito, a conclusão de que a IPD em questão não possui mais aptidão para a produção de qualquer resultado útil.

Registre-se que, em que pese seja importante, por razões de segurança jurídica e isonomia, que os operadores do direito que concordam com a tese observem critérios objetivos e coerentes em suas manifestações, parece-nos inevitável a conclusão de que tais critérios podem variar a depender da realidade local de cada auditoria e das particularidades regionais. Por exemplo, no caso de organizações militares situadas em áreas remotas da região Norte, marcadas pelas grandes distâncias, bem como pelas dificuldades de acesso e de comunicação, é natural que o significado da passagem do tempo adquira contornos diferentes do que se observa nas grandes cidades, marcadas por um maior dinamismo das relações sociais, e onde o recrutamento de jovens para a prestação do serviço militar encontra menos obstáculos.

Desta forma, afastam-se os riscos de arbitrariedades e de extinções prematuras de instruções provisórias de deserção, pois a conclusão pela ausência de interesse de agir em tais casos somente será verificada mediante análise e ponderação de três instituições: o Comando da Organização Militar que o desertor integrava; o Ministério Público Militar, na condição de

¹⁰ Art. 34-A. Os militares temporários indiciados em inquérito policial comum ou militar ou que forem réus em ações penais de igual natureza, **inclusive por crime de deserção**, serão licenciados ao término do tempo de serviço, com a comunicação à autoridade policial ou judiciária competente e a indicação dos seus domicílios declarados. (g.n.)

dominus litis da ação penal e fiscal do cumprimento da lei penal militar; bem como o Judiciário, no papel de fiscal anômalo do princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Longe de significar a defesa de um procedimento carente de embasamento legal, essa proposta reforça a necessidade de uma leitura sistemática e atualizada das normas atinentes ao crime de deserção, maximizando a eficácia dos princípios constitucionais aplicáveis.

5 CONCLUSÃO

Em que pesem os respeitáveis argumentos expostos pelo então Ministro-Corregedor do Superior Tribunal Militar no OFÍCIO CORREGEDORIA - N° 2668353 de 02 de junho de 2022, entendemos que os comandantes que manifestaram desinteresse na reinclusão de determinados desertores que permaneceram na condição de trânsfugas por longos períodos, manifestações estas exaradas após consultas promovidas pelo Ministério Público Militar, não agiram em desconformidade com a legislação administrativa e processual penal militar.

De fato, a interpretação literal art. 457, § 1º, do Código de Processo Penal Militar, reforçada pelo que dispõe o art. 128, § 3º, da Lei n° 6.880/1980 (Estatuto dos Militares), e, com ainda maior ênfase, o art. 80 do Decreto n° 57.654/1966, parece conduzir à conclusão de que a reinclusão ou reversão ao serviço do desertor que venha a ser capturado ou que se apresente voluntariamente é sempre obrigatória, inexistindo espaço para qualquer juízo discricionário por parte do Comandante da Organização Militar.

Ocorre que uma interpretação sistemática não apenas das normas que regem o tratamento processual do crime de deserção, mas também daquelas atinentes à prestação do serviço militar, conduzem a uma conclusão no sentido inverso, sendo essa uma consequência necessária da aplicação de

determinados princípios constitucionais, tais como os da eficiência, razoabilidade e proporcionalidade.

Esse conjunto normativo aponta para existência de uma espécie de discricionariedade regradada da Administração Militar no momento da reinclusão do desertor. Diferentemente do que uma interpretação muito apegada à literalidade do CPPM pode sugerir, a conclusão pela aptidão física do desertor para o serviço militar após inspeção médica não é o único fator a ser considerado neste momento. O Comandante também deve aferir a presença das demais condições necessárias à prestação do serviço militar, especialmente as dispostas na Lei do Serviço Militar e no Estatuto dos Militares.

276 Ante a presença de conceitos jurídicos indeterminados em tais normas, abre-se espaço para um juízo discricionário do Comandante, que deve levar em consideração não apenas as referidas disposições legais, mas também a conveniência e oportunidade da reinclusão do desertor à luz da necessidade de manutenção da hierarquia, da disciplina e da coesão da tropa no âmbito da organização militar.

Em decorrência disso, no caso de instruções provisórias de deserção que tramitam por longos períodos aguardando a captura ou apresentação voluntária do agente do crime, é legítima a manifestação da Administração Militar pela não subsistência de interesse na sua eventual reinclusão nas fileiras da Força, notadamente quando as circunstâncias do caso indicam que o desertor pode já não mais preencher todas as condições necessárias à adequada prestação do serviço militar e cumprimento integral dos deveres militares.

Por outro lado, respeitada a independência funcional de membros do Ministério Público Militar e juízes, a manifestação da Administração Militar pode trazer repercussões processuais, possibilitando a conclusão pela

ausência de interesse de agir na propositura de eventual ação penal e o consequente arquivamento da instrução provisória de deserção.

Isso porque, em tais casos, o posicionamento externado pela autoridade militar autoriza o prognóstico de que o desertor não virá a readquirir o *status* de militar, não podendo, por conseguinte, ser processado pelo crime de deserção, o que culmina na conclusão pela inexistência de interesse-utilidade na manutenção da IPD, justificando o seu arquivamento.

Deste modo, o desinteresse da Administração Militar na reinclusão do desertor caracteriza verdadeira causa supralegal de extinção da punibilidade não prevista no art. 123 do Código Penal Militar, mas decorrente do regime processual adotado pelo legislador quanto ao referido delito, a partir de uma leitura sistemática das normas que o compõem, sob a incidência de princípios constitucionais, o que legitima o arquivamento de instruções provisórias de deserção sob esse fundamento.

277

REFERÊNCIAS

ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. *Direito administrativo militar*. 3. ed. Leme/SP: Mizuno, 2023.

ASSIS, Jorge Cesar de. Prazo para a consumação da deserção: afinal, são quantos dias? *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 06 mar. 2010. Disponível em: <https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/19354/prazo-para-a-consumacao-da-desercao-afinal-sao-quantos-dias>. Acesso em: 09 de out. 2023.

BRASIL. Congresso Nacional. *Constituição Federal de 1988*, Brasília/DF, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 06 out. 2023.

BRASIL. *Decreto n° 57.654*, de 20 de janeiro de 1966, Brasília/DF, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d57654.htm. Acesso em: 06 out. 2023.

BRASIL. *Decreto-Lei n° 1.001*, de 21 de outubro de 1969 – Código Penal Militar, Brasília/DF, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm. Acesso em 06 out. 2023.

BRASIL. *Decreto-Lei n° 1.002*, de 21 de outubro de 1969 – Código de Processo Penal Militar, Brasília/DF, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6880.htm. Acesso em: 06 out. 2023.

BRASIL. *Lei n° 4.375*, de 17 de agosto de 1964 – Lei do Serviço Militar, Brasília/DF, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4375.htm#:~:text=LEI%20No%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: 06 out. 2023.

BRASIL. *Lei n° 6.880*, de 09 de dezembro de 1980 – Estatuto dos Militares, Brasília/DF, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm. Acesso em: 06 out. 2023.

CARVALHO, Alexandre Reis. A tutela jurídica da hierarquia e da disciplina militar: aspectos relevantes. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, a. 10, n. 806, 17 set. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7301>. Acesso em: 8 out. 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 18 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FELDHAUS, Eduardo. Vedação do comportamento contraditório no âmbito da Administração Pública. *Revista Jurídica da Defensoria Pública da Bahia*. - Salvador: Defensoria Pública da Bahia, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Direito constitucional*. 12 ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. *A Prescrição do crime de Deserção*. In: ASSIS, Jorge Cesar de (coord.). *Deserção: um estudo minucioso sobre o crime militar por excelência*. Curitiba: Juruá, 2015.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar*. São Paulo: JusPodium, 2021.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Processual Penal Militar*. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2018.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SILVA NETO, Manoel Jorge. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BDI de obras públicas: parâmetros para a justiça social

Andréa Lúcia de Araújo Cavalcanti Ormond

Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes (UCAM-RJ). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ). Graduada em Letras Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ).

Analista judiciária do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região.
Ex-advogada parecerista da Companhia Paulista de Trens Metropolitanos.

ORCID: 0009-0006-5610-3406

Email: andrea.ormond@uol.com.br

Revisores: Cláudia Márcia Ramalho Moreira Luz (e-mail: claudia.luz@mpm.mp.br)

Manoel Veridiano Fukuara Rebello Pinho (CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6102399584805927>; e-mail: manoeipinho82@gmail.com)

Data de recebimento: 24/09/2023

Data de aceitação: 16/10/2023

Data da publicação: 21/11/2023

DOI: 10.5281/zenodo.10076032

RESUMO: O presente artigo, por meio da revisão bibliográfica, examina um elemento de extrema relevância nas licitações: o BDI (“benefícios ou bonificações de despesas indiretas”) de obras públicas. No capítulo inicial são elencadas premissas da Administração Pública. No capítulo 2, tratamos do planejamento contratual para então correlacioná-lo, no capítulo 3, ao conceito de BDI. Conforme diretrizes da governança pública, o adequado planejamento impede desvios como o “jogo de planilhas”. O capítulo 4 dedica-se à Análise Econômica do Direito – disciplina importante em um cenário de recursos escassos –, com enfoque na Lei nº 13.665/18 e em decisões do Supremo Tribunal Federal. No capítulo 5, a jurisprudência do Tribunal de Contas da União revela mecanismos de controle para a questão ora debatida. Conclui-se, por fim, que o dimensionamento do BDI é fundamental para a gestão de contratos públicos e para a fruição de projetos que efetivamente contribuam para a justiça social no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: direito público; BDI; licitação; governança; controle externo; justiça social.

ENGLISH

TITLE: BDI in public works projects: parameters for social justice.

ABSTRACT: This article, through bibliographic review, examines a relevant element in bidding procedures: the BDI (“Budget Difference Income”) in public works projects. The overview chapter lists Public Administration premises. Chapter 2 reviews the planning of public contracts before turning, in chapter 3, to its correlation with the concept of BDI. According to public governance guidelines, adequate planning prevents deviations such as the “spreadsheet ploy”. Chapter 4 is dedicated to the Economic Analysis of Law – an important discipline in the scenario of scarce resources –, focusing on Federal Law No.13.665/18 as well as decisions of the Federal Court of Justice (Supremo Tribunal Federal). In chapter 5, the jurisprudence of the Federal Audit Court (Tribunal de Contas da União) reveals control mechanisms for the issue now debated. In conclusion, the essay aims to draw lessons from the dimensioning over the BDI, which is fundamental for contract management in the public sector and for the fruition of projects that may effectively contribute to social justice in Brazil.

KEYWORDS: public law; BDI; bidding procedures; public governance; external advisement; social justice.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Aspectos controvertidos no planejamento contratual – 3 Benefícios e despesas indiretas (BDI) na era da governança pública – 4 Análise Econômica do Direito – 5 Controle do BDI pelo Tribunal de Contas da União – 6 Breve síntese.

1 INTRODUÇÃO

Ao contratar determinada obra, a Administração Pública está jungida a trâmites seguros e descritos em lei. Não compete aos gestores

inventar ritos de negociação, haja vista que obedecem tanto à Carta Maior quanto à legislação infraconstitucional.

“Licitar” implica em escolher a proposta mais vantajosa para a Administração, dentre o maior número possível de participantes. A ideia é adotar um sistema de meritocracia, que atenda à República.

Na *res publica*, cidadãos são iguais (CF, art. 5º, *caput*). Logo, não cabem favoritismos. A regra é licitar – ressalvados os casos previstos em lei – e garantir igualdade entre os concorrentes. Assim dispõe o artigo 37, XXI, da Constituição Federal (*in verbis*):

XXI – **ressalvados os casos especificados na legislação**, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure **igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as **condições efetivas da proposta**, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (Grifou-se)

283

Licitações envolvem saberes interdisciplinares e agentes econômicos diversos – públicos ou privados; consumindo, produzindo ou escolhendo. O artigo 170 da Constituição Federal é claro ao regular o comportamento dos agentes. Submete-os à busca da **justiça social** e a princípios como o da redução das desigualdades regionais e sociais.

O BDI (“benefícios ou bonificações e despesas indiretas”) de obras ou serviços públicos – também conhecido como LDI (“lucro e despesas indiretas”) – comporta questões seríssimas, que podem desvirtuar a lisura do procedimento licitatório.

Em síntese, BDI é a “taxa correspondente às despesas indiretas e ao lucro que, aplicada ao custo direto de um empreendimento (materiais, mão-de-obra, equipamentos), eleva-o a seu valor final” (Mendes; Bastos, 2001, p. 13).

Desde a fase interna da licitação até a execução contratual, o BDI é elemento de quizília, apto a provocar resultados devastadores nos cofres públicos.

Licitantes mal-intencionados realizam, por exemplo, “jogos de planilhas”. Diminuem itens do BDI e os superfaturam alhures, na proposta. No futuro, a recomposição do jogo levará à indústria de termos aditivos e até mesmo à impossibilidade de execução da avença.

O correto dimensionamento do BDI evita danos ao erário e à sociedade. Conseqüentemente, na fase interna da licitação, o planejamento contratual assume posição de destaque (capítulo segundo, *infra*).

A fase interna envolve a gestação do objeto a ser licitado: ocupa os setores que analisam a conveniência e a oportunidade da matéria. Envolve, ainda, o exame de legalidade, efetuado pelas assessorias jurídicas.

A fase interna deságua na fase externa do certame. Nesta, os itens que compõem o BDI (capítulo terceiro) são verificados *in concreto*, durante a execução do contrato. No cenário contemporâneo, tem-se verificado a utilização de mecanismos de governança pública, com vistas à entrega de melhores resultados à sociedade.

O debate sobre o BDI também nos leva à Análise Econômica do Direito (capítulo quarto), disciplina importante para a alocação racional dos recursos, sobretudo no Brasil, país premido por restrições orçamentárias. A Lei nº 13.655/18 e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal laboram em tal sentido.

Por seu turno, o Tribunal de Contas da União fornece julgados específicos sobre o BDI, na miríade dos contratos públicos (capítulo quinto). Trata-se de resguardar o orçamento federal e permitir à Administração que canalize recursos para demandas que efetivamente atendam aos interesses da sociedade.

Após esse breve alinhavar de ideias, passemos aos capítulos que seguem.

2 ASPECTOS CONTROVERTIDOS NO PLANEJAMENTO CONTRATUAL

Nem toda ordem é legal. Para sabermos se uma ordem é hígida – pronta para ser seguida –, precisamos saber se foi criada por meio do devido processo legal.

A lei é faceta bastante clara do sistema de freios e contrafreios da República. Sistema que se origina da concepção tripartite de Poderes institucionais (CF, art. 2º).

Quando o Legislativo impõe uma diretriz legal, compete à Administração Pública executá-la. É sabida a distinção de que (a) administrados fazem aquilo que **não é** interditado pela lei e (b) a Administração cumpre aquilo que **é** determinado em lei.

O devido processo legal decompõe-se em dois aspectos: procedimental – voltado para o rito – e substantivo – voltado para a substância dos valores jurídicos.

Como visto, o **princípio da legalidade** é o norte – bastante complexo, por sinal – de toda a Administração Pública. Assim reza a jurisprudência do Egrégio Supremo Tribunal Federal:

A imposição de restrições de ordem jurídica, pelo Estado, quer se concretize na esfera judicial, quer se realize no âmbito estritamente administrativo [...], supõe, para legitimar-se constitucionalmente, o efetivo respeito, pelo Poder Público, da garantia indisponível do “due process of law”, assegurada, pela Constituição da República (art. 5º, LIV), à generalidade das pessoas, inclusive às próprias pessoas jurídicas de direito público, eis que o Estado, em tema de limitação ou supressão de direitos, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva e arbitrária (AC 2893 MC, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, j. 22/6/2011, p. 29/3/2012).

No direito pátrio, as licitações encontram-se devidamente regradadas pela Constituição Federal (CF, art. 37, XXI), pela plêiade de leis – v.g., nº 14.133/21 (“Lei de Licitações e Contratos Administrativos”), nº 10.520/02¹, nº 12.462/11², Lei 13.303/21³ – e demais atos normativos – como o Decreto nº 7.892/13, que regulamenta o Sistema de Registro de Preços.

Entidades da Administração Pública também formulam regras para orientar os setores envolvidos nas licitações e no planejamento dos contratos. Trata-se do Poder Executivo exercendo a função atípica de legislador. Por óbvio, a orientação precisa guardar consonância com as diretrizes maiores do ordenamento. Recentemente, a Portaria SEGES/MGI nº 1.769, de 25 de abril de 2023⁴, expedida pelo Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços Públicos, reporta-se à já mencionada Lei nº 14.133/21.

A licitação não é um fim em si mesmo. É um meio. “[...] Tem caráter instrumental, porquanto espelha um meio para que a Administração alcance fim por ela colimado” (Carvalho Filho, 2007, p. 215). Assim sendo, o edital da licitação delimita o objeto – i.e., o fim público – que, por seu turno, estará nas propostas dos licitantes.

O plexo de conceitos descrito até agora nos remete a outros princípios constitucionais, como os da **eficiência** e da **moralidade** (CF, art. 37, *caput*).

¹ “Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.”

² “Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC”, além de outras providências.

³ “Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.”

⁴ “Dispõe sobre o regime de transição de que trata o art. 191 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.”

Na República não se toleram favoritismos; não se toleram quaisquer atos que atentem contra as premissas éticas do ordenamento (CF, art. 37, § 4º). Milita-se pelo mérito. Milita-se pela escolha do melhor proponente, por suas intrínsecas qualidades, verificadas de modo objetivo. Chegamos, portanto, a outro princípio: a **isonomia**. Conforme a ADI nº 2.716, a isonomia leva à busca de **agentes econômicos** que sejam realmente capacitados para a **satisfação do interesse público**:

A licitação é um procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia. Está voltada a um duplo objetivo: o de proporcionar à administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso – o melhor negócio – e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela administração. [...] Procedimento que visa à satisfação do interesse público, pautando-se pelo princípio da isonomia, a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público (ADI 2716, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. 29/11/07, DJE 6/3/08).

287

A Lei de Licitações e Contratos Administrativos foi feliz ao elencar princípios gerais e setoriais, aplicáveis aos procedimentos licitatórios:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Nesse ponto, deve-se atentar para o fato de que licitações envolvem a participação do Estado como agente econômico. Submetem-se,

portanto, ao Título VII – “Da ordem econômica e financeira” – da Constituição Federal, que se inicia com o artigo 170. Dada a relevância, transcrevemos o dispositivo na íntegra:

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

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (Grifou-se)

Por razões de fomento (CF, art. 174⁵), o Estado pode (e deve) incentivar práticas desejáveis e repelir aquelas contrárias a valores fundamentais. Nesses casos não se estará diante de favoritismos. A mencionada Lei nº 14.133/21 permite que seja exigido do contratado um percentual mínimo de determinados colaboradores (art. 25, § 9⁶). É a positivação da **função regulatória das licitações**.

Ainda no âmbito do direito administrativo, as empresas estatais – submetidas ao regime da Lei nº 13.303/21, diferentemente das normas

⁵ “Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.”

⁶ “§ 9º O edital poderá, na forma disposta em regulamento, exigir que percentual mínimo da mão de obra responsável pela execução do objeto da contratação seja constituído por:

I - mulheres vítimas de violência doméstica;

II - oriundos ou egressos do sistema prisional.”

gerais – também configuram exceções criadas pelo Estado para que, em essência, o espírito da Constituição seja respeitado.

Atualmente, o agronegócio brasileiro é responsável por 20 a 25% da economia nacional justamente por sua modernização nos últimos 50 anos, período que, não por acaso, coincide com a criação da Embrapa.

A empresa pública foi certamente uma das grandes responsáveis por parcela dessa transformação, integrada a políticas agrícolas de fomento, crédito, seguro agrícola etc. (Octaviani; Nohara, 2021, p. 228. Grifou-se).

Tratada a base epistemológica da licitação, passemos ao seu cotidiano, à sua implementação prática.

O procedimento licitatório possui **etapa interna** – até a publicação do edital – e **etapa externa** – posterior à publicação do edital.

Na etapa interna, a Administração prepara o terreno para que os princípios administrativos sejam encontrados no certame. Na etapa externa, os princípios são alcançados *in concreto*, no contato direto com os terceiros, alheios ao corpo da Administração:

A interna é aquela em que a promotora do certame, em seu recesso, pratica todos os atos condicionais à sua abertura; antes, pois, de implementar a convocação dos interessados. A etapa externa [...] é aquela [...] de relacionamento entre a Administração e os que se propõem afluír ao certame (Mello, 2006, p. 547).

Pois bem. Na fase interna podemos verificar a cisão entre o plano da legalidade e o plano da conveniência e da oportunidade. Os *desejos* do gestor precisam curvar-se à legalidade. Em outras palavras, o binômio **conveniência-oportunidade** precisa curvar-se à **legalidade**.

Não à toa, assessorias jurídicas de instituições públicas (Lei nº 14.133/21, art. 53) examinam as justificativas técnicas e a necessidade de realização do certame. As assessorias praticam um filtro que, bem

realizado, evitará resultados drásticos – entre eles, a anulação do edital ou, conforme o art. 137, VIII⁷, a fulminação do contrato administrativo, por razões de interesse público.

O **planejamento** é, portanto, crucial para a sobrevivência do procedimento licitatório. Desde o seu nascedouro até o esgotamento de todos os seus efeitos na ordem social.

É bem de se ver que o interesse primário e o interesse secundário da Administração são aspectos que ganharam repercussão no direito administrativo contemporâneo. Eis o magistério do Ministro Luís Roberto Barroso:

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 determinada relação jurídica – quer se trate da União, quer se trate 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 (Barroso, 2013, p. 100, grifos no original).

O **essencial** – interesse primário – e o **adjetivo** – interesse secundário – requerem a atenção do intérprete. Afinal, a ordem econômica submete-se à livre iniciativa (CF, art. 170, *caput*), mas também à intervenção do Estado, nos limites previstos pelo constituinte originário (CF, art. 172, *ss.*).

Prever, controlar e, se necessário, punir. Eis a tríade para a Administração Pública. Sem ela, a sociedade brasileira permaneceria à mercê de condutas desviantes e à margem da **justiça social**:

⁷ “Art. 137. Constituirão motivos para extinção do contrato, a qual deverá ser formalmente motivada nos autos do processo, assegurados o contraditório e a ampla defesa, as seguintes situações:
VIII - razões de interesse público, justificadas pela autoridade máxima do órgão ou da entidade contratante”.

O Estado de direito descobriu que lhe é essencial a busca da justiça social. Deu-se conta, ainda, de que a **sociedade se tornou acentuadamente plúrima, em termos de concepção de vida e de interesses essenciais**, e de que a todos os membros da comunidade é devida a consideração e o respeito em termos de proteção normativa básica (Mendes; Branco, 2019, posição 1.696. Grifou-se).

José Afonso da Silva, em passagem lapidar, define as engrenagens da justiça social:

Um regime de justiça social será aquele em que cada um deve **poder dispor dos meios materiais** para viver confortavelmente segundo as exigências de sua natureza física, espiritual e política. **Não aceita as profundas desigualdades, a pobreza absoluta e a miséria** (Silva, 2003, p. 765. Grifou-se).

O dimensionamento adequado do BDI é uma das estratégias para alocação de recursos públicos. Recursos que possam corrigir as profundas desigualdades na distribuição de riquezas. Como exemplo, vejamos acórdão do Tribunal de Contas da União. Aqui se destaca a **alta materialidade** de achados em auditoria de obras públicas. Após a adequação do BDI, logrou-se economia aos cofres públicos na ordem de 839 (oitocentos e trinta e nove) milhões de reais – **quase um bilhão de reais**:

169. Na primeira diligência, a SeinfraRodov pontuou **falhas no valor do percentual utilizado para o BDI de referência**, nos preços dos materiais betuminosos e do insumo “cimento a granel” e nos quantitativos dos serviços de “tapa buraco”, “remendo profundo”, “serragem de juntas” e “roçada”. **Estima-se em R\$ 447,6 milhões os benefícios resultantes das alterações do orçamento** resultantes dos apontamentos realizados nessa diligência.

170. Na segunda diligência se comunicou à ANTT equívocos em uma nova versão do EVTEA, que contemplava, além das correções realizadas em função da diligência prévia, modificações nas soluções de ampliação de capacidade adotadas, principalmente em relação à BR-262/MG. A Unidade Técnica do TCU apontou a necessidade de correções na quantificação de postes e luminárias, na quantificação de serviços de restauração, nos custos de desocupação, em itens

do projeto de aumento de capacidade da BR-262/MG (terraplenagem, drenagem, pavimento, meio ambiente e desapropriação), na instalação das barreiras de segurança duplas e simples e nos retornos de nível. **Das correções resultantes dos pontos apresentados nessa diligência resultou um benefício estimado de R\$ 391,6 milhões.** (Acórdão nº 1769/2021, Plenário, Processo 028.116/2020-8, Relator Raimundo Carneiro, 28/7/2021. Grifou-se).

3 BENEFÍCIOS E DESPESAS INDIRETAS (BDI) NA ERA DA GOVERNANÇA PÚBLICA

Como exposto anteriormente, BDI é o **percentual** a ser aplicado sobre os custos diretos de uma obra ou serviço públicos.

O BDI tem por objetivo garantir o lucro do contratado e adimplir as despesas indiretas. Acopla-se ao custo direto e, dessa forma, compõe o preço final proposto pelo licitante.

De um lado, o BDI atende aos interesses do particular (lucro). De outro, previne delírios na gestão das planilhas orçamentárias.

Os **custos diretos** de uma obra referem-se aos insumos necessários para a produção do objeto – gastos com material, equipamentos, mão de obra, administração local e outros. Têm caráter objetivo e são medidos objetivamente pelas quantidades lançadas na planilha do edital.

Custos indiretos possuem caráter complexo. Não se relacionam diretamente com os insumos, pois dependem de fatores externos e cambiantes. Voltaremos ao tema adiante, neste capítulo.

Lucro, por sua vez, é a remuneração pela atividade econômica do contratado.

Quanto ao BDI, a antiga Lei nº 8.666/93 previu a obrigatoriedade de o edital da licitação estabelecer “o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global” (art. 40, X), sem mencionar o acrônimo. A Lei do Regime

Diferenciado de Contratações Públicas (Lei nº 12.462/11) mencionou-o brevemente, no art. 17, III⁸.

Nos diplomas, a intenção do legislador foi dar transparência aos custos, deixá-los visíveis para a coletividade. “[...] Tudo com vistas a evitar que o contratado possa, futuramente, manejar esses preços em desfavor da Administração Pública, naquilo que se convencionou denominar de ‘jogo de planilhas’” (Garcia, 2013, p. 12).

Por “**jogo de planilhas**” entende-se a reorganização de insumos – e, consequentemente, de custos –, com o fim de remodelar a proposta vencedora do certame. Exemplo 1: preço baixo e razoável pode transformar-se em preço caro e irrazoável, durante a execução do contrato. Exemplo 2: preço alto precisa ser refreado pelo edital. Nas duas hipóteses, compete ao instrumento convocatório a correta estimativa do BDI.

Podemos traçar um paralelo entre o BDI e outra conhecida controvérsia: o “valor de outorga” em concessões de serviços públicos. Valor de outorga é a quantia que o licitante vencedor paga ao poder concedente. Hugo de Brito Machado qualifica o “valor de outorga” como tributo oculto ou disfarçado, verdadeira “maquiagem” no contrato administrativo:

Como a empresa vai pagar ao poder concedente aquele *valor da outorga*, ela naturalmente o inclui como custo de sua atividade. E, assim, esse valor é considerado na fixação da tarifa correspondente, cobrada do usuário do serviço, que, por essa via, paga o tributo oculto na mesma (Machado, 2007, p. 98. Grifos no original).

Atento à realidade administrativa, o Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços sugeriu a **disseminação do método *Building***

⁸ “III - nas licitações de obras ou serviços de engenharia, após o julgamento das propostas, o licitante vencedor deverá reelaborar e apresentar à administração pública, por meio eletrônico, as planilhas com indicação dos quantitativos e dos custos unitários, bem como do detalhamento das Bonificações e Despesas Indiretas (BDI) e dos Encargos Sociais (ES), com os respectivos valores adequados ao lance vencedor.”

Information Modelling (BIM) para obras públicas⁹, em documento datado de 2018:

BIM é o conjunto de tecnologias e processos integrados que permite a criação, utilização e atualização de modelos digitais de uma construção, de modo colaborativo, servindo a todos os participantes do empreendimento, potencialmente durante todo o ciclo de vida da construção (p. 5).

O mesmo documento enumera as qualidades do BIM: (a) assegurar ganhos de **produtividade** ao setor de construção civil; (b) proporcionar ganhos de **qualidade** nas obras públicas; (c) aumentar a **acurácia no planejamento** de execução de obras proporcionando maior **confiabilidade de cronogramas e orçamentação**; (d) contribuir com ganhos em sustentabilidade por meio da redução de resíduos sólidos da construção civil; (e) reduzir prazos para conclusão de obras; (f) contribuir com a melhoria da transparência nos processos licitatórios; (g) **reduzir necessidade de aditivos contratuais** de alteração do projeto, de elevação de valor e de prorrogação de prazo de conclusão e de entrega da obra; (h) elevar o nível de qualificação profissional na atividade produtiva; (i) estimular a **redução de custos existentes no ciclo de vida** dos empreendimentos (Ibid, p. 10).

Todo esse movimento administrativo está diretamente ligado ao conceito de **governança pública**.

Sob o prisma da ciência da Administração, cada vez mais interligada à gestão profissional do setor público, governança refere-se à adoção de boas práticas para entendimento e atendimento das necessidades e das expectativas de partes interessadas (*stakeholders*). Estas, segundo a norma ISO 9001:2015, são pessoas ou organizações que afetam ou são afetadas por determinada organização, garantindo-lhe sucesso ou ruína.

⁹ A matéria foi tratada nos Decretos Federais n.ºs 9.377/18 e 9.983/19, que inclusive estabeleceram normas sobre o Comitê Gestor da Estratégia BIM BR.

Sob o prisma jurídico, a governança pública refere-se ao “conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade” (Decreto nº 9.023/17, art. 2º, I).

Assim sendo, a governança pública tem por objetivo dar **efetividade** aos recursos que foram direcionados a políticas públicas. Noutros termos, a governança visa à **justiça social** e à geração de **valor público**. “Valor público”, na atual quadra do direito administrativo, pode ser compreendido como a reivindicação – pela sociedade – da riqueza que ajudou a criar, inclusive mediante contribuições ao erário. Atente-se para o inciso II, art. 2º, do mesmo Decreto nº 9.023/17:

II - valor público - produtos e resultados gerados, preservados ou entregues pelas atividades de uma organização que representem **respostas efetivas e úteis às necessidades ou às demandas** de interesse público e **modifiquem aspectos do conjunto da sociedade ou de alguns grupos específicos** reconhecidos como destinatários **legítimos de bens e serviços públicos**. (Grifou-se)

295

Voltando os olhos à atuação cotidiana dos gestores, verifica-se que o BDI traz uma especial dificuldade ao tentarem entregar resultados à sociedade. Como quantificar os **custos indiretos**? Marçal Justen Filho leciona a respeito:

A composição de custos indiretos não é uniforme. No Brasil, os custos financeiros apresentam enorme variação. [...] A multiplicidade de encargos perante o poder público dificulta o dimensionamento exato dos custos.

Em muitos casos, o empresário nem sequer consegue avaliar a sua margem de lucro. Portanto, é até perigoso adotar a premissa de que existiria um BDI determinado e preciso para cada tipo de atividade (Justen Filho, 2014, p. 738).

Nesse sentido, o Decreto nº 7.983/2013 estabeleceu “regras e critérios para elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia, contratados e executados com recursos dos orçamentos da União”. No artigo 9º, encontramos os **componentes do BDI**:

Art. 9º. O preço global de referência será o resultante do custo global de referência **acrescido do valor correspondente ao BDI**, que deverá evidenciar em sua composição, no mínimo:

I - **taxa de rateio da administração central**;

II - **percentuais de tributos** incidentes sobre o preço do serviço, **excluídos aqueles de natureza direta e personalística** que oneram o contratado;

III - taxa de **risco, seguro e garantia** do empreendimento; e

IV - taxa de **lucro**.

§ 1º Comprovada a inviabilidade técnico-econômica de parcelamento do objeto da licitação, nos termos da legislação em vigor, os itens de fornecimento de materiais e equipamentos de natureza específica que possam ser fornecidos por empresas com especialidades próprias e diversas e que representem percentual significativo do preço global da obra devem apresentar incidência de taxa de BDI reduzida em relação à taxa aplicável aos demais itens.

§ 2º No caso do fornecimento de equipamentos, sistemas e materiais em que o contratado não atue como intermediário entre o fabricante e a administração pública ou que tenham projetos, fabricação e logísticas não padronizados e não enquadrados como itens de fabricação regular e contínua nos mercados nacional ou internacional, o BDI poderá ser calculado e justificado com base na complexidade da aquisição, com exceção à regra prevista no § 1º. (Grifou-se)

A **administração central** (inciso I) está no campo dos **custos indiretos** – aluguel de escritório, pagamento de diretores. Em suma, o suporte técnico-operacional para manter a sede da empresa contratada. A **administração local** refere-se aos **custos diretos** – taxas, emolumentos, equipamentos; em suma, todo o material de apoio a atividades típicas de **execução da obra** propriamente dita. Por tal motivo, os gastos com a administração local são descritos objetivamente na planilha da proposta. Logo, são custos diretos.

Quanto aos **tributos de caráter personalístico** (inciso II), sabemos que eles defluem da própria condição do contratado (*e.g.*, COFINS, PIS, ISS). Assim sendo, não podem ser suportados pelo erário. Estão no campo dos custos diretos e previsíveis. Estão, portanto, excluídos do BDI.

Os incisos III e IV do dispositivo ratificam a necessidade de o BDI envolver **elementos imprevisíveis**, que não possuem uma aritmética objetiva. Envolve as incertezas econômicas e precisam ser ponderados no objeto do contrato.

O parágrafo 1º versa sobre serviços acessórios à obra – podem ser executados por empresa que não a contratada. O parágrafo 2º elenca situações específicas, que possuem BDI diferenciado.

Inovando em relação à antiga Lei nº 8.666/93, o artigo 23, § 2º, da Lei nº 14.133/21 também ofereceu parâmetros concretos para a estimativa do BDI:

§ 2º No processo licitatório para contratação de obras e serviços de engenharia, conforme regulamento, o valor estimado, acrescido do percentual de Benefícios e Despesas Indiretas (BDI) de referência e dos Encargos Sociais (ES) cabíveis, será definido por meio da utilização de parâmetros na seguinte ordem:

I - composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente do Sistema de Custos Referenciais de Obras (Sicro), para serviços e obras de infraestrutura de transportes, ou do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices de Construção Civil (Sinapi), para as demais obras e serviços de engenharia;

II - utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenham a data e a hora de acesso;

III - contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente;

IV - pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento.

Por fim, para a correta apreensão do conceito de BDI, ressaltamos novamente um detalhe já comentado. BDI é um **percentual** “aplicado sobre o custo para chegar ao preço de venda a ser apresentado ao cliente” (TCU, Decisão 255/1999, Primeira Câmara). Não enseja um valor absoluto, mas sim aferido no caso concreto. Tal fato dá-se em virtude de o controle sobre o BDI ser repleto de nuances econômicas, como veremos no próximo capítulo.

4 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Economia e direito são dimensões complementares – e não idênticas – da vida social:

[...] os seres humanos, ao efetuar escolhas, ponderam os custos e benefícios em busca da maximização dos benefícios. As regras jurídicas, por sua vez, moldam e direcionam os incentivos para influenciar a decisão a ser tomada pelo indivíduo, adequando-a à satisfação do interesse público (Oliveira, 2019, posição 16.779).

O princípio da **eficiência** – um dos paradigmas da ciência econômica – foi positivado no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Emenda Constitucional nº 19 de 1998. Naquele momento, o Estado se esforçava para realizar a transição do modelo burocrático para o modelo gerencial. A partir de 1995, a Reforma do Aparelho do Estado havia buscado enxergar no cidadão um cliente com interesses, em vez de mero receptor de ordens frias e formais. Maria Sylvia Di Pietro bem sintetiza a roupagem jurídica do princípio da eficiência:

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação **ao modo de atuação do agente público**, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao **modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública**, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na

prestação do serviço público (Di Pietro, p. 111. Grifos no original).

Desde aquele ano de 1998, novos arranjos sociais causaram mudanças no universo jurídico. Em tempos de sociedade da informação e *big data* – com incrível acúmulo de dados sobre Estado, cidadãos e Terceiro Setor –, a Administração teve de se adaptar a um modelo pós-positivista. José Faleiros Júnior estabeleceu três linhas-mestras sobre o que denomina “**Administração Pública digital**”:

[...] (i) a implementação de políticas de **governança** (*compliance*) para a proliferação de uma cultura de conformidades que previna ilícitos; (ii) a **consensualização** lastreada em aparatos tecnológicos, visando à aproximação do povo (verdadeiro detentor do poder) aos processos decisoriais para elevar sua legitimidade; (iii) a **procedimentalização digital**, permitindo uma revisitação da clássica disciplina dos atos e processos administrativos a partir dos primados da transparência e da celeridade, em substituição à tecnocracia (Faleiros Júnior, 2020, p. 34-35. Grifou-se).

299

Atravessando as décadas de 1990, 2000 e 2010, o princípio da eficiência permanece relevante. Com ele, o legislador brasileiro aprofundou a parcimônia na alocação de recursos públicos e atingiu um momento especial na publicação da Lei nº 13.655/18.

A Lei nº 13.655/18 alterou o Decreto-Lei nº 4.657/42, originalmente batizado como “Lei de Introdução do Código Civil” (LICC), promulgado em 1942, durante a Segunda Guerra Mundial. Por meio da Lei nº 12.376, a LICC passou a ser denominada “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)”.

Em 2018, a Lei nº 13.655 atestou de vez a convivência umbilical entre normas de direito privado e normas de direito público. Nascida no século XXI, em cenário de crises orçamentárias e de escassez de recursos, seus dispositivos deixaram clara a adoção do **consequencialismo** – outro

paradigma da ciência econômica. O agente público precisa obrigatoriamente avaliar as consequências de suas decisões. Transcrevemos os artigos 20 a 22 da LINDB, na redação que lhes foi conferida pela Lei nº 13.655/2018. *In verbis*:

Art. 20 . Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as **consequências práticas da decisão**.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas **consequências jurídicas e administrativas**.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Art. 22. Na interpretação de **normas sobre gestão pública**, serão considerados os **obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados**.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente.

§ 2º Na aplicação de sanções, serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente.

§ 3º As sanções aplicadas ao agente serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato. (Grifou-se)

A dicção da Lei traz um léxico para o qual devemos atentar: “dificuldades reais do gestor”, “políticas públicas”, consequências “práticas”, “jurídicas” e “administrativas” de decisões “judiciais”, “controladoras” e “administrativas”. Para fins de segurança jurídica, os “direitos dos administrados” permanecem protegidos pela Lei.

Da análise, vê-se como o consequencialismo e a eficiência casam-se com o que se convencionou chamar por “Análise Econômica do Direito” (AED). A AED reporta-se à:

[...] avaliação mais acurada das prováveis consequências de uma decisão ou política pública dentro do contexto legal, político, social, econômico e institucional em que será implementada. Em suma, precisamos de uma teoria sobre o comportamento humano. É nesse contexto que começa a ser discutida e considerada no Brasil a Análise Econômica do Direito, cujo propósito é precisamente introduzir uma metodologia que contribua significativamente para a compreensão de fenômenos sociais e que auxilie na **tomada racional de decisões jurídicas** (Gico Jr., 2021, pp. 26-27. Grifou-se).

301

Na perspectiva juseconômica, o BDI deve ser acompanhado *ex ante* – desde a fase interna da licitação – e *ex post* – na fase externa e na atuação das Cortes de Contas. A manipulação do BDI de obras públicas é exemplo de aplicação dos conceitos econômicos de assimetria informacional e *moral hazard*:

Outro problema que assola as contratações do governo para grandes obras é a questão do **Moral Hazard (risco moral)**. Nesse caso, a vantagem informacional surge após a assinatura do contrato. Seria o caso, por exemplo, de uma empresa começar a executar um contrato e ir baixando a qualidade do insumo utilizado, com o fito de reduzir seus custos. A exemplo do que vimos na seleção adversa, o *moral hazard* é um exemplo claro da presença de **assimetrias de informação** em procedimentos licitatórios.

No *Moral Hazard*, é importante centrar atenção nas mudanças do projeto original, depois da assinatura do contrato, e os custos daí derivados, que é um recente e importante ponto de investigação para a doutrina moderna (Nóbrega, 2021, pp. 619-620. Grifou-se).

Por sinal, a **microeconomia** – ramo que estuda o comportamento econômico de empresas, lugares e indivíduos – já estava presente em julgado célebre do Supremo Tribunal Federal, no distante ano de 2003. Sem a utilização do acrônimo “AED”, o Ministro Relator Sydney Sanches manifestou-se pelo argumento consequencial. Os autos diziam respeito à Reforma da Previdência de 1988 (art. 14 da EC nº 20/98) e à necessidade de proteção de valores constitucionais (não discriminação por sexo):

E, na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá por apenas R\$ 1.200,00 por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora.

Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu a diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, XXX), proibição que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal. [...]

Não é crível que o constituinte derivado, de 1988, tenha chegado a esse ponto, na chamada Reforma da Previdência Social, desatento a tais consequências (ADI 1946, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, j. 3/4/03, DJE 16/5/03. Grifos no original).

Vinte anos depois, na era digital, a E. Corte adota explicitamente a AED, por meio de teses como “maximização de riqueza” e “teoria dos jogos”:

21. Consectariamente, partindo de um pressuposto de Análise Econômica do Direito, em que se busca a **maximização da riqueza**, afere-se que a exigência fiscal já datada de quase uma década não tem impactado os resultados das empresas que operam no mercado de mineração, mostrando-se exações suportáveis pelos contribuintes. Não há efeito confiscatório desproporcional.

22. À luz de uma **teoria dos jogos**, caso adotada a premissa do teto limite de recolhimento, é possível que o particular, assumindo uma posição agressiva, incremente sua capacidade produtiva, ultrapassando o teto que venha a ser fixado na legislação para recolhimento da taxa, momento em que o

modelo tenderá a produzir a maximização de benefícios ao particular, em detrimento do outro jogador, no caso o Estado, e mesmo da própria coletividade, que conviverá com uma exploração da atividade mineral em escala exponencial (ADI 4787, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 1/8/2022, DJE 13/10/2022. Grifou-se).

Outras premissas, do pragmatismo e do consequencialismo, também têm sido reiteradas pelo STF, com especial atenção ao papel do Poder Judiciário. Os votos destacam as consequências práticas de decisões na esfera judicial, aquelas a que a nova LINDB reportou-se, nos já mencionados arts. 20 e 21:

13. A excessiva demora e ineficiência do cumprimento das decisões judiciais, sob a perspectiva da análise econômica do direito, é um dos fatores integrantes **do processo decisório de escolha racional realizado pelo agente** quando deparado com os incentivos atinentes à propositura de uma ação, à interposição de um recurso, à celebração de um acordo e à resistência a uma execução. Num cenário de inefetividade generalizada das decisões judiciais, é possível que o devedor não tenha incentivos para colaborar na relação processual, mas, ao contrário, seja motivado a adotar medidas protelatórias, contexto em que, longe de apresentar estímulos para a atuação proba, célere e cooperativa das partes no processo, a legislação (e sua respectiva aplicação pelos julgadores) estará promovendo incentivos perversos, com maiores *payoffs* apontando para o descumprimento das determinações exaradas pelo Poder Judiciário (ADI 5941, Rel. Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 09/02/2023, DJE 27/04/2023. Grifou-se).

303

5 CONTROLE DO BDI PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

Passando ao âmbito das Cortes de Contas, os julgados traduzem o cotidiano dos administradores públicos.

No regime democrático brasileiro, os Tribunais de Contas são braços institucionais que garantem a transparência da administração direta e indireta (CF, art. 34, VII, *d*). São órgãos com densidade normativa. Auxiliam o Poder Legislativo na missão do **controle externo**, consectário do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, *caput*).

A missão do controle externo envolve a verificação da “legalidade, da legitimidade e da economicidade dos atos contábeis, financeiros, orçamentários, operacionais e patrimoniais da administração direta e indireta” (Silva, 2003, p. 728). Aqui encontramos os ditames do artigo 70, *caput*, da Constituição Federal.

O controle externo possibilita que recursos públicos sejam fiscalizados e canalizados para interesses legítimos. A malversação de recursos atenta contra a **justiça social** e impede a presença do Estado em áreas significativas, como saneamento básico, educação, saúde, transportes.

Por envolver questões ligadas à esfera administrativa e financeiro-orçamentária, os julgados das Cortes de Contas possuem uma intrincada combinação de disciplinas. Não apenas o direito em si, mas tópicos de outras ciências.

No que se refere ao BDI, cumpre “destacar [...] o **caráter de interdisciplinaridade** desse tema da engenharia de custos com outras áreas de conhecimento, como: Contabilidade, Administração, Economia, Direito e Estatística” (TCU, Acórdão nº 2.622/2013, Plenário. Grifou-se).

Não à toa, para coibir o famoso “jogo de planilhas”, é necessário combinar elementos daquelas diversas ciências. Vejamos, no acórdão abaixo, o combate do TCU à má utilização de termos aditivos. Segundo a Corte, o BDI previsto no edital de licitação precisa ser mantido – e não distorcido – pelos aditamentos contratuais:

Na hipótese de **celebração de aditivos em contratos de obras públicas para a inclusão de novos serviços**, o preço desses serviços deve ser calculado considerando o custo de referência e a taxa de BDI de referência especificada no orçamento-base da licitação, subtraindo desse preço de referência a diferença percentual entre o valor do orçamento-base e o valor global do contrato obtido na licitação, com vistas a garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e a manutenção do percentual de desconto ofertado pelo contratado, em atendimento ao art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e aos arts. 14 e 15 do Decreto

7.983/2013 (Acórdão nº 2699/2019, Plenário, Processo 041.108/2018-3, Relator Ministro Augusto Nardes, 6/11/2019. Grifou-se).

O voto do Relator Ministro faz alusão explícita ao Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices da Construção Civil (SINAPI) – posteriormente adotado pelo artigo 23, § 2º, da Lei nº 14.133/21, como vimos no capítulo 3. O SINAPI fornece tabelas de preços na construção civil, elaboradas por intermédio da Caixa Econômica Federal e do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística:

[...] foi inserido no ordenamento jurídico pátrio, a partir da Lei 11.768, de 14/8/2008 (LDO 2009), dispositivo que prevê que “A diferença percentual entre o valor global do contrato e o obtido a partir dos custos unitários do SINAPI não poderá ser reduzida, em favor do contratado, em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária.” (art. 109, § 6º daquela lei).

9. Tal dispositivo visou **mitigar a lesiva prática do jogo de planilha**, que consiste na modificação da equação econômico-financeira originalmente pactuada, mediante a prolação de termos aditivos que promovam a redução ou exclusão de itens da planilha com preços para os quais a contratada havia ofertado inicialmente descontos e a majoração de itens sem desconto ou inserção de itens novos a preços de mercado (Ibid.).

305

Na esfera do planejamento, compete à Administração entender o objeto e verificar a correta apuração do BDI. O verbete nº 253 de Súmula do TCU versa sobre materiais que apresentam taxa de BDI reduzida:

Comprovada a inviabilidade técnico-econômica de parcelamento do objeto da licitação, nos termos da legislação em vigor, os **itens de fornecimento de materiais e equipamentos de natureza específica** que possam ser fornecidos por empresas com especialidades próprias e diversas e que representem **percentual significativo do preço global da obra** devem apresentar incidência de taxa de Bonificação e Despesas Indiretas - **BDI reduzida** em relação à taxa aplicável aos demais itens (TCU, Enunciado nº 253 de Súmula, Plenário, sessão de 31/3/2010, grifou-se).

Como visto, o enunciado determina a redução do BDI para os casos em que for inviável o parcelamento do objeto – art. 23, § 1º da antiga Lei nº 8.666/93, correspondente ao art. 47, II, da atual Lei nº 14.133/21.

O parcelamento é método inteligente, que extrai a máxima eficiência do objeto e auxilia o gestor a alcançar a finalidade pública pretendida. Na ocasião em que o verbete nº 253 foi aprovado, o Tribunal manifestou-se nos termos que seguem:

[...] A redação da súmula deve expressar o entendimento acolhido pela Comissão de Jurisprudência, de que a **redução do BDI somente se justifica no fornecimento de equipamentos e materiais que possam ser contratados diretamente do fabricante ou de fornecedor com especialidade própria e diversa da contratada principal.** Em todos os precedentes do Tribunal, o **objetivo de diferenciar o BDI**, conforme proposto no presente projeto de súmula, **é reduzir o seu valor em relação ao BDI do empreendimento**, razão pela entendemos que a redação deve expressar esse objetivo (Acórdão nº 624/2010, Plenário, Processo TC 008.450/2009-4, Relator Ministro Augusto Nardes, 31/3/2010. Grifou-se).

O objeto licitado – seus itens e custos – deve ser descrito com rigor. O princípio da legalidade tem por consequência o **caráter vinculatório do edital** (Lei nº 8.666, art. 3º, *caput*; Lei nº 14.133/21, art. 5º): o edital fornece a carta de navegação para o certame. Se o objeto não é delineado, a Administração abre espaço para favoritismos. O objeto tem de ser perfunctório, sem termos dúbios e genéricos. Reza o verbete nº 258 do TCU:

As composições de custos unitários e o detalhamento de encargos sociais e do BDI integram o orçamento que compõe o projeto básico da obra ou serviço de engenharia, devem constar dos anexos do edital de licitação e das propostas das licitantes e não podem ser indicados mediante uso da expressão “verba” ou de unidades genéricas (TCU, Enunciado nº 258 de Súmula, Plenário, sessão de 9/6/2010).

Frise-se que o BDI é utilizado para cobrir custos indiretos. Se fossem conhecidos por mera subsunção objetiva, tais eventos seriam custos diretos. Entre eles, encontramos os **tributos de ordem pessoal**.

A jurisprudência da Corte de Contas consagrou, no enunciado nº 254 de Súmula, dois tributos personalísticos bastante comuns – o IRPJ e a CSLL. Ambos não ensejam “despesa indireta passível de inclusão na taxa de Bonificações e Despesas Indiretas – BDI [...], haja vista a natureza direta e personalística desses tributos, que oneram pessoalmente o contratado”. Estão, portanto, **fora do BDI**.

Quanto a eventos imprevisíveis, é necessário considerarmos a **margem de incerteza** e as **despesas eventuais**. Vejamos o acórdão:

[...] Alegaram ainda que as “despesas eventuais” seriam custos diretos, por estarem relacionadas com a execução do objeto, o que seria justificável no caso de “dragagem por resultado”, na qual a empresa contratada “assume sozinha o risco da execução da obras”. **O relator rebateu, ressaltando que os itens “Despesas Eventuais” e “Taxa de Margem de Incerteza” ainda que não sejam compostos pelos mesmos tipos de riscos, destinam-se ao mesmo fim (cobertura de possíveis riscos eventuais ou imprevisíveis, que prejudicam a execução da obra), “devendo estar previstos uma vez só, em item único e próprio do orçamento”. Ou seja, todos os fatores de risco devem estar previstos no BDI (no subelemento “margem de incerteza”), “que é o item orçamentário destinado a cobrir todas as despesas classificadas como custo indireto, que são aquelas não diretamente relacionadas com os insumos necessários à produção dos produtos em si” [...]** (Acórdão nº 3637/2013, Plenário, TC 013.843/2010-9, Relator Ministro José Jorge, 10/12/2013. Grifou-se).

307

As peculiaridades do BDI devem ser aferidas no caso concreto, em virtude das diferenças macroestruturais que existem entre as inúmeras atividades econômicas, prestadas pela Administração Pública. Via de regra, há de se proteger a complexidade da ordem econômica nacional (CF, art. 170).

De igual modo, a análise requer uma abordagem sistêmica e não burocrática, fria, formal. O BDI é considerado no todo da proposta, até mesmo na hipótese de o licitante orçar valor acima do previsto no edital, desde que haja subavaliação de custos diretos e o preço final esteja ao nível do mercado:

Licitação. Proposta. BDI. Desclassificação. Custo direto. Compensação. Preço de mercado.

É irregular a desclassificação de licitante pelo simples fato de sua proposta conter taxa de BDI acima do percentual previsto no edital, uma vez que **a majoração do BDI pode ser eventualmente compensada pela subavaliação de custos diretos, enquadrando o preço final** ofertado ao de mercado (Acórdão nº 2460/2022, Plenário, TC 000.290/2022-0, Relator Ministro Vital do Rêgo, 1/11/2022. Grifou-se).

308 Por fim, os órgãos do controle externo não buscam restringir os ativos econômicos. Também não buscam depauperar a estrutura interna das empresas contratadas. Compete àqueles órgãos outro desiderato, muito mais elevado: o de adequar estruturas internas das empresas ao regime publicístico. Compete-lhes a difícil missão de atuar em prol da justiça social, ao controlar contratos que envolvem agentes econômicos, realidades e orçamentos diversificados:

[...] “não cumpre ao TCU estipular percentuais fixos para cada item que compõe a taxa de BDI, ignorando as peculiaridades da estrutura gerencial de cada empresa que contrata com a Administração Pública. **O papel da Corte de Contas é impedir que sejam pagos valores abusivos ou injustificadamente elevados** e por isso é importante obter valores de referência, mas pela própria logística das empresas é natural que ocorram certas flutuações de valores nas previsões das despesas indiretas e da margem de lucro a ser obtida”. Nesse sentido, embora o parâmetro mais importante seja o valor médio do BDI, por representar o valor de mercado, a **“adequabilidade da taxa de BDI tem sempre que ser analisada, pontualmente, em situação específica, pois há sempre a possibilidade de as tabelas referenciais não traduzirem a justa remuneração para alguns contratos de obras públicas”**. O Plenário do TCU, acolhendo as considerações da relatoria, expediu, dentre outros comandos, determinação às unidades técnicas do TCU

para que, nas **análises de orçamentos de obras públicas, passem a utilizar os parâmetros para taxas de BDI especificados no acórdão, procedendo, sempre que a taxa de BDI estiver fora dos patamares estipulados, ao exame pormenorizado dos itens que a compõem**, utilizando como diretriz os percentuais obtidos no estudo objeto dos autos, levando-se sempre em consideração as peculiaridades de cada caso concreto (Acórdão nº 2622/2013, Plenário, TC 036.076/2011-2, Relator Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa, 25/9/2013. Grifou-se).

6 BREVE SÍNTESE

A Administração e os gestores públicos estão eternamente vinculados a princípios como da legalidade, eficiência e isonomia. Por meio deles, realizam a verdadeira justiça social, com a alocação correta dos recursos públicos em uma sociedade cada vez mais plúrima.

O regime da legalidade implica em considerar a licitação como regra para se contratar bens e serviços. “Licitar” significar escolher a melhor proposta, inclusive através do fomento estatal e da função regulatória das licitações.

O BDI das obras públicas é elemento curial para se manter a índole pública do contrato – *i.e.*, voltada para demandas político-sociais e não para demandas particulares.

Os benefícios e as despesas indiretas do contrato devem ser analisados com cautela, a fim de equilibrar os interesses da Administração e a expectativa de lucro do contratado.

Na ordem constitucional contemporânea, tal equilíbrio é de primeira grandeza. Especialmente diante dos desafios impostos pela sociedade da informação, momento histórico em que a governança pública possui papel de destaque.

Em cenário de escassez de recursos e contingências orçamentárias, a Análise Econômica do Direto auxilia igualmente a tomada de decisões e tem se alastrado pelo ordenamento, pela doutrina e pela jurisprudência.

Nesse sentido, o BDI considera itens que não são aferíveis tão somente pela leitura fria de uma planilha. São compreendidos por meio da conjuntura econômica. Daí a dificuldade para se discernir custos diretos e custos indiretos.

Consequentemente, para bem exercerem a atividade de controle externo, os Tribunais de Contas atentam para as peculiaridades dos casos concretos. Vale a pena recordar que o BDI é um percentual e não deve ser considerado de modo apriorístico.

Ao longo do presente artigo percebemos, portanto, como as repercussões do BDI são multitudinárias. O seu correto dimensionamento enseja a estabilidade de contratos geralmente vultosos.

Em assim sendo, os recursos dos contribuintes devem ser direcionados para projetos de obras públicas que efetivamente conduzam à justiça social. Dessa forma garantirão uma ordem econômica digna, aberta para a redução de desigualdades e maximizadora do bem-estar coletivo.

310

REFERÊNCIAS

ABNT – ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR ISO 9001:2015: Sistemas de gestão da qualidade – Requisitos*. Rio de Janeiro, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. *Constituição Federal*, de 5 de outubro de 1988. Brasília, DF.

Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

_____. *Decreto nº 7.983*, de 8 de abril de 2013. Estabelece regras e critérios para elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de

engenharia, contratados e executados com recursos dos orçamentos da União, e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7983.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

_____. *Decreto nº 9.203*, de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9203.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

_____. *Lei nº 8.666*, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

_____. *Lei nº 13.655*, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113655.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

_____. *Lei nº 14.133*, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/114133.htm. Acesso em: 11 set. 2023.

_____. Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços – MDIC. *Estratégia BIM BR: Estratégia Nacional de Disseminação do Building Information Modelling – BIM*, 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/images/REPOSITORIO/sdci/CGMO/26-11-2018-estrategia-BIM-BR-2.pdf>. Acesso em: 16 set. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *AC 2893 MC*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Sessão de 22/6/2011, DJe 28/03/2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1863865>. Acesso em: 11 set. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 1946*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Sydney Sanches. Sessão de 3/4/2003, DJe 16/5/2003. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur97665/false>. Acesso em: 11 set. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 2716*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Eros Grau. Sessão de 29/11/2007, DJe 6/3/2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur88682/false>. Acesso em: 11 set. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4787*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Sessão de 1/8/2022, DJe 13/10/2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur470898/false>. Acesso em: 11 set. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5941*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Sessão de 9/2/2023, DJe 27/4/2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur478142/false>. Acesso em: 11 set. 2023.

312

_____. Tribunal de Contas da União. *Decisão 255/1999*. Primeira Câmara. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Processo 006.793/1999-1. Sessão de 16/11/1999. Disponível em: <https://www.tcu.gov.br/acordaoslegados/1999/1a-camara/DC-1999-000255-WAR-1C.pdf>. Acesso em: 11 set. 2023.

_____. _____. *Acórdão nº 624/2010*. Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes. Processo TC 008.450/2009-4. Sessão de 31/3/2010. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1145769%22>. Acesso em: 11 set. 2023.

_____. _____. *Acórdão nº 1.754/2013*. Plenário. Relator: Ministro-Substituto Augusto Sherman Cavalcanti. Processo TC 007.407/2009-9. Sessão de 10/7/2013. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1272384%22>. Acesso em: 11 set. 2023.

_____. _____. *Acórdão nº 2.622/2013*. Plenário. Relator: Ministro-Substituto Marcos Bemquerer Costa. Processo TC 036.076/2011-2. Sessão de 25/9/2013. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao->

completo/%22ACORDAO-COMPLETO-1286063%22. Acesso em: 11 set. 2023.

_____. _____. *Acórdão nº 2.699/2019*. Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes. Processo 041.108/2018-3. Sessão de 6/11/2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2349517%22>. Acesso em: 11 set. 2023.

_____. _____. *Acórdão nº 1.769/2021*. Plenário. Relator: Raimundo Carneiro. Processo 028.116/2020-8. Sessão de 28/7/2021. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2492397%22>. Acesso em: 11 set. 2023.

_____. _____. *Acórdão nº 2.460/2022*. Plenário. Relator: Ministro Vital do Rêgo. Processo TC 000.290/2022-0. Sessão de 1/11/2022. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2548490%22>. Acesso em: 11 set. 2023.

_____. _____. *Enunciado nº 253 de Súmula*. Plenário. Sessão de 31/3/2010. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25753C20F0157679AA5617071&inline=1>. Acesso em: 11 set. 2023.

_____. _____. *Enunciado nº 254 de Súmula*. Plenário. Sessão de 31/3/2010. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25753C20F0157679AA5617071&inline=1>. Acesso em: 11 set. 2023.

_____. _____. *Enunciado nº 258 de Súmula*. Plenário. Sessão de 9/6/2010. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25753C20F0157679AA5617071&inline=1>. Acesso em: 11 set. 2023.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 17. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. *E-book*.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. *Administração pública digital: Proposições para o aperfeiçoamento do regime jurídico administrativo na sociedade da informação*. São Paulo: Foco, 2020.

GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

GICO JR., Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. 4. ed. São Paulo: Foco, 2021, p. 16-61.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 8.666/1993*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 28. ed. rev. ampl., São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

314

MENDES, André Luiz; BASTOS, Patrícia Reis Leitão. Um aspecto polêmico dos orçamentos de obras públicas: Benefícios e Despesas Indiretas (BDI). *Revista do TCU*, Brasília, v. 32, n. 88, p. 13-28, abr/jun 2001. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/889>. Acesso em: 16 ago. 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. *E-book*.

NÓBREGA, Marcos. Análise econômica do direito administrativo. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e economia no Brasil*. 4. ed. São Paulo: Foco, 2021, p. 610-627.

OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia. *Estatais*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. *E-book*.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Método, 2019. *E-book*.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2003.

As vítimas de crimes militares. Direito ao não esquecimento

Alexandre José de Barros Leal Saraiva

Procurador de Justiça Militar.

Professor de Direito Penal e Processual Penal Militar.

ORCID: 0009-0003-9710-6687

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0762586589282103>

Revisores: Luciano Moreira Gorrihas (ORCID: 0009-0005-0678-471X; e-mail: luciano.gorrihas@mpm.mp.br)
Cláudia Márcia Ramalho Moreira Luz (e-mail: claudia.luz@mpm.mp.br)

Data de recebimento: 09/10/2023

Data de aceitação: 11/10/2023

Data da publicação: 21/11/2023

DOI: 10.5281/zenodo.10076909

RESUMO: O presente artigo trata do esquecimento das vítimas no processo penal militar. Partindo de análise da legislação, da revisão bibliográfica e de dados colhidos em recente pesquisa realizada por alunos da Escola Superior de Defesa, expõe e critica, em particular, a atuação considerada deficitária da polícia judiciária militar no que diz respeito a alguns dos direitos das vítimas de crimes militares, dentre os quais a observância do princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à informação e o direito a uma investigação rápida e justa. Ao final, propõe a institucionalização ou profissionalização da Polícia Judiciária Militar como uma das formas de se garantir o respeito a este conjunto de direitos das vítimas de crimes militares.

PALAVRAS-CHAVE: direito das vítimas; crimes militares; inquérito policial militar; polícia judiciária militar.

ENGLISH

TITLE: Victims of military crimes. Right not to be forgotten.

ABSTRACT: This article deals with the forgetfulness of victims in the military criminal process. Based on an analysis of the legislation, a bibliographical review and data collected in a recent survey carried out by students from the Higher School of Defense, it exposes and criticizes, in particular, the performance considered deficient by the military judicial police with regard to some of the victims' rights of military crimes, including compliance with the principle of human dignity, the right to information and the right to a rapid and fair investigation. In the end, it proposes the institutionalization or professionalization of the Military Judicial Police as one of the ways to guarantee respect for this set of rights of victims of military crimes.

KEYWORDS: victims' rights; military crimes; military police investigation; military judicial police.

SUMÁRIO

316

1 Introdução – 2 A vítima no Processo Penal Militar. Aspectos históricos – 3 A vítima no Inquérito Policial Militar (IPM). A deficiência estrutural na investigação de crimes contra as mulheres – 4 Vítimas desinformadas. Voo às cegas – 5 E o tempo? O tempo passa...! – 6 Conclusões.

1 INTRODUÇÃO

Em seus mais de quatrocentos artigos, o Código Penal Militar (CPM – Decreto-Lei nº 1.001, de 21/10/1969) cita expressamente a “vítima” em apenas vinte e duas passagens, sendo cinco delas na Parte Geral e as demais na Parte Especial¹. Todavia, em nenhuma delas demonstra nenhuma

¹ São elas: (a) no art. 37, que trata do erro sobre a pessoa, determinando que devem ser consideradas, para fins de configuração, qualificação do crime, agravação e atenuação da pena, as condições e qualidades da pessoa que o agente desejava atingir, e não as da vítima efetiva; (b) no art. 70, dispõe que a impossibilidade de defesa da vítima constitui circunstância agravante genérica; (c) no art. 71, prevê como circunstância atenuante genérica da pena o fato de o agente ter cometido o crime sob influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima; (d) no art. 80, parágrafo único, ao prever o reconhecimento da continuidade delitiva, admitindo a aplicação do concurso de crimes (art. 79) nos casos de ações e omissões sucessivas dirigidas contra a mesma vítima; (e) no art. 134, que possibilita a reabilitação do criminoso diante da

preocupação efetiva com a defesa das garantias e dos direitos daqueles que são atormentados e ofendidos por condutas criminosas de terceiros. Via de regra, são comandos legais que, de passagem, referem-se às condições pessoais ou circunstâncias das vítimas apenas para tentar equalizar as sanções que podem ser impostas ao infrator (agravantes, qualificadoras, atenuantes e privilegiadoras).

A omissão é tão significativa que, até mesmo no art. 69 (circunstâncias judiciais de fixação da pena-base), a norma não confere qualquer importância à vítima, que simplesmente não aparece no comando legal. Vejamos:

Art. 69. Para a fixação da pena privativa de liberdade, o juiz aprecia a gravidade do crime praticado e a personalidade do réu, devendo ter em conta a intensidade do dolo ou grau da culpa, a maior ou menor extensão do dano ou perigo de dano, os meios empregados, o modo de execução, os motivos determinantes, as circunstâncias de tempo e lugar, os antecedentes do réu e sua atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento após o crime.

317

renúncia da vítima ao ressarcimento dos danos sofridos; (f) no art. 206, § 1º, quando prevê o agravamento da pena de homicídio culposo, se o agente deixar de prestar imediato socorro a vítima; (g) ainda no art. 206, agora no § 2º, na determinação de aumento da pena quando houver multiplicidade de vítimas; (h) no art. 207 (provocação direta ou auxílio ao suicídio), § 1º, quando se determina o aumento da pena quando a vítima é menor ou tem diminuída sua capacidade de resistência; (i) no art. 209 (lesões corporais), § 4º, na previsão de atenuação da pena quando o agente cometer o crime sob o domínio de violenta emoção, logo após injusta provocação da vítima; (j) no art. 210 (lesões corporais culposas), § 1º, quando prevê o agravamento da pena, se o agente deixar de prestar imediato socorro a vítima; (k) no art. 225 (sequestro ou cárcere privado), a pena é aumentada se a vítima for ascendente, descendente ou cônjuge do criminoso (§ 1º, inc. I) ou se o crime for praticado mediante internação da vítima em casa e saúde ou hospital (§ 1º, inc. III). Há ainda a forma qualificada do crime (§ 2º), se, em razão dos maus tratos ou da natureza da detenção, a vítima sofre grave sofrimento físico ou moral; (l) no art. 226 (violação de domicílio), é prevista uma causa de excludente da ilicitude quando a entrada no domicílio tem por objetivo socorrer vítima de desastre; (m) no art. 236, são enumeradas situações pessoais da vítima que fazem presumir a violência no crime de pederastia ou outro ato de libidinagem (art. 235); (n) no art. 242, § 2º, o crime de roubo passa a ser qualificado quando a vítima está em serviço de natureza militar ou de transporte de valores; (o) no art. 242, § 2º (latrocínio), a norma disciplina a aplicação da regra do concurso de crimes quando houver mais de uma vítima; (p) no art. 281 (fuga após acidente de trânsito), é elementar do tipo a saída do local do acidente sem prestar socorro à vítima.

O Código Penal brasileiro, ao menos, determina expressamente que o juiz leve em consideração o *comportamento da vítima* (art. 59, CPB), muito embora não avance no sentido de superar o déficit de atenção que o sistema penal impõe às vítimas de crimes.

As Escolas Penais sempre se dedicaram ao estudo do delinquente e como combater a prática da criminalidade. As vítimas e a comunidade atingida sempre foram desconsideradas. A cegueira parcial gerada pelo foco exclusivo em um dos atores do fenômeno delitivo será equilibrada com o deslocamento do pêndulo, para colocar luzes no seu sujeito passivo: a vítima (...) A vítima exerce papel secundário no nosso ordenamento jurídico, em especial no âmbito processual, razão pela qual há a necessidade de retomar o protagonismo na narrativa de sua história pessoal, indicando a melhor forma de reparar o dano sofrido (Santos, p. 2020).

318 O mais significativo, porém, é que o Código de Processo Penal Militar (CPPM – Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969) apenas em três oportunidades dispõe sobre a vítima do crime militar, duas delas quando trata de medidas assecuratórias (justificativa e oportunidade para a busca domiciliar – art. 172, alínea “g”; e, art. 175, *caput*) e a outra quando trata da reabilitação do condenado diante da renúncia da vítima à reparação do dano (art. 652). Em outras 31 passagens, o CPPM trata do ofendido, mas igualmente de forma a não lhe reconhecer direitos e prerrogativas, salvo na alínea “r”, do art. 13, em que dispõe que o Encarregado do inquérito policial militar (IPM) pode “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” (destacamos).

Apesar dessa rápida, genérica e eventual atenção do CPPM em face da proteção de testemunhas, peritos e do ofendido (vítima direta), a lei processual penal militar praticamente ignora os direitos que devem ser reconhecidos à vítima de um delito, dentre os quais mereceriam ser

lembrados, no mínimo: (a) direito à proteção de sua dignidade; (b) direito à proteção de sua integridade física, psicológica e patrimonial; (c) direito de informação sobre as investigações e os processos relativos ao crime que a vitimizou; (d) direito à reparação dos danos físicos e morais decorrentes do crime etc., sem olvido de que “o desafio maior passa a ser o de incorporar, em alguma medida, os interesses das vítimas diretas ou indiretas dos ilícitos nos procedimentos penais, sem que a recepção desse centro de interesse acometa as garantias de liberdade e os direitos de defesa dos imputados” (Fischer; Pereira, p. 2023), ao que se convencionou chamar de *garantismo integral*.

Neste panorama, merece particular cuidado a fase inquisitorial, pois é sabido que a investigação dos crimes militares é de atribuição da polícia judiciária militar:

[...] 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 do inquéritos policiais militares à origem, para que vícios sejam sanados, diligências imprescindíveis realizadas e a forma procedimental respeitada (Saraiva, 2023).

Além disso, é certo que o crime não afeta somente a pessoa diretamente atingida. Convém recordar que a Declaração sobre os Princípios Fundamentais de Justiça para Vítimas de Delitos e Abuso de Poder (Resolução nº 40/34 da ONU²), dispõe que como *vítimas* também devem ser consideradas a família próxima e/ou as pessoas que tenham relação imediata com a vítima direta e aquelas que tenham sofrido danos ao intervir para socorrer a vítima em perigo ou para impedir sua vitimização (item 2).

² Aprovada na 2027ª Sessão Plenária, ocorrida em 20/12/1971.

Mais próxima de nós, a Resolução de nº 243, de 18 de outubro de 2021, do Conselho Nacional do Ministério Público – que dispõe sobre a Política Institucional de Proteção Integral e de Promoção de Direitos e Apoio às Vítimas – compreende como vítima “qualquer pessoa natural que tenha sofrido danos físicos, emocionais, em sua própria pessoa, ou em seus bens, causados diretamente pela prática de um crime, ato infracional, calamidade pública, desastres naturais ou graves violações de direitos humanos” (art. 3º, *caput*). Após a definição, o documento classifica as vítimas da seguinte forma:

(a) vítima direta: aquela que sofreu lesão direta causada pela ação ou omissão do agente;

(b) vítima indireta: pessoas que possuam relação de afeto ou parentesco com a vítima direta, até o terceiro grau, desde que convivam, estejam sob seus cuidados ou desta dependam, no caso de morte ou desaparecimento causado por crime, ato infracional ou calamidade pública;

(c) vítima de especial vulnerabilidade: a vítima cuja singular fragilidade resulte, especificamente, de sua idade, do seu gênero, do seu estado de saúde ou de deficiência, bem como do fato de o tipo, o grau e a duração da vitimização terem resultado em lesões com consequências graves no seu equilíbrio psicológico ou nas condições de sua integração social;

(d) vítima coletiva: grupo social, comunidades ou organizações sociais atingidas pela prática de crime, ato infracional ou calamidade pública que ofenda bens jurídicos coletivos, tais como a saúde pública, o meio ambiente, o sentimento religioso, o consumidor, a fé pública, a administração pública;

(e) familiares e pessoas economicamente dependentes da vítima (art. 3º, incs. I a V).

É necessário, portanto, verificar se, no âmbito da persecução penal militar, se dá a devida e necessária atenção às vítimas de crimes – partindo-se da perspectiva *stricto sensu* (vítima direta), até a maior abrangência que as normas mais recentes conferem ao conceito (vítimas indiretas, de especial vulnerabilidade, coletivas e familiares) –; e, em derradeira análise, se o processo penal militar carece ser reformulado, ou mesmo ressignificado, a

fim de que às vítimas sejam reconhecidos os direitos que lhe cabem, sem distorções ou hipertrofias polarizadas.

2 A VÍTIMA NO PROCESSO PENAL MILITAR. ASPECTOS HISTÓRICOS.

Há, sem dúvida nenhuma, um *gap* histórico e conceitual entre outubro de 1969 (mês de publicação do CPPM) e a atual compreensão do direito processual penal, principalmente com incidência transversal que hoje é dada ao princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, da CF), que influencia não só o tratamento que há de ser dado aos investigados, indiciados e réus, como também às vítimas e às demais pessoas que são diversamente atingidas com o *fato-crime* e, em razão disso, acabam sendo chamadas a atuar na investigação penal (testemunhas, por exemplo).

Todavia não se pode negar que a tendência seguida pelo CPPM, àquela época, privilegiava a compreensão de que o processo penal “moderno” de certa forma higienizava a persecução criminal dos traços remanescentes da fase primitiva em que a vingança privada era a regra³, isto porque, ao longo dos séculos se evoluiu para a publicização do sistema punitivo até se chegar a um modelo processual em que o criminoso assumia o protagonismo, a vítima era neutralizada, e a relação jurídica basicamente se restringia ao litígio entre o Estado *versus* investigados (indiciados e réus)⁴.

³ “A evolução na concepção e disciplina do ilícito, que, a partir do século XII, com o surgimento dos Estados Nacionais, passa a ser tido primeiramente como uma afronta à Lei e ao Estado, retira da vítima um protagonismo construído sob as bases de modelos punitivos calcados na vingança na retribuição” (Oliveira. Cruz, p. 2023).

⁴ “Nesse contexto, a vítima foi deixada à margem do conflito havido como decorrência da infração penal, estabelecido e mantido apenas entre o infrator e o Estado. A violação da norma e o atingimento do bem jurídico por ela protegido era de interesse do Estado, que detinha e detém o monopólio da jurisdição, vedando a autotutela. A necessidade de afastamento da vítima deste cenário, fundamentou-se no propósito de assegurar com que a aplicação da lei fosse feita de modo sereno, livre de paixões”. (Rezende, p. 2021).

A experiência havia demonstrado que não se pode pôr nas mãos da vítima ou de seus parentes a resposta ao agressor; que a natural paixão que o delito desencadeia em quem o sofre tende a instrumentalizar aquela, convertendo a justiça em vingança ou represália; que a resposta ao crime deve ser uma resposta distante, imparcial, pública, desapaixonada. A neutralização da vítima está, pois, na própria origem do processo legal moderno. (Molina. Gomes, p. 2010).

É fato que episódios históricos bárbaros, como o holocausto, também contribuíram para o realinhamento do processo penal, aproximando-o das vítimas. Após isso, a evolução do Estado Social para o Estado Democrático de Direito também ensejou a ressignificação paulatina da persecução penal e, portanto, do papel das vítimas no sistema punitivo estatal (Oliveira; Cruz, p. 2023).

322 Outro aspecto muito importante, e que tem especial relevo no estudo da questão sob o enfoque particular do processo penal militar, é que a transformação do processo penal prioritariamente punitivista e reparatório, até a fase atual de convivência deste viés com a gramática restaurativa e consensual⁵, de igual sorte exigiu uma realocação da vítima na relação Estado-investigado(réu)-ofendido.

Não há como visualizar um processo penal sem levar em consideração, necessariamente, os direitos e os deveres fundamentais de todos os envolvidos na esfera de responsabilização criminal. A visão não pode ser parcial, unicamente pelo prisma de direitos fundamentais do processado, como normalmente alguns se limitam a defender. Em razão disso, para assegurar o objetivo de uma tutela penal efetiva dos direitos humanos, é fundamental levar em consideração a maneira como foi conduzido o procedimento penal, principalmente para verificar a qualidade do mecanismo de accertamento dos fatos posto em prática pelas autoridades investigativas e judiciais (Fischer; Pereira, p. 2023).

⁵ “(...) o processo restaurativo é qualquer processo em que a vítima e a pessoa ofensora, e, quando seja apropriado, outros indivíduos ou membros da comunidade afetados pela prática delitiva, participam juntos na resolução dos assuntos derivados do mesmo crime, geralmente com a ajuda de uma pessoa facilitadora. Os processos estaurativos podem incluir a mediação, conciliação, conferência e os círculos decisórios” (Santos, p. 2020).

Atente-se para o fato de que a adoção de paradigmas de consensualidade no processo penal não apenas o concilia com a *velocidade dos tempos atuais* e com as novas perspectivas alinhadas à análise econômica do direito, como, bem além disso, “possui fundamento na dignidade da pessoa humana (impede sofrimento desnecessário tanto para a vítima quanto para o acusado), na razoável duração do processo (não acarreta prejuízos, prejuízos e evita a total inutilidade do provimento jurisdicional) e na eficiência” (Goldfinger, p. 2023).

Ocorre que essas novas percepções e as recentes mudanças legislativas consequentes, no Brasil, mais uma vez limitaram-se ao processo penal comum, no usual e inconcebível esquecimento do direito militar. Instrumentos importantíssimos como a suspensão processual, o acordo de não persecução penal, a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal (ANPP), dentre outros, apesar de serem realidade no processo comum, ainda encontram fortes resistências no universo do processo penal militar, mesmo na perspectiva de aplicação supletiva da legislação processual penal comum, possibilidade inscrita no art. 3º, alínea “a”, do CPPM, pois se tem entendido que tais ferramentas contrariam a índole do processo penal militar, conforme simulado pelo Superior Tribunal Militar (Súmula nº 18), no caso específico do ANPP.

Estas ausências são muito sentidas quando se discute a (des)valorização das vítimas nas investigações e ações penais de crimes militares e, à toda evidência, não se pode admitir que as vítimas de crimes comuns sejam substancialmente distintas das vítimas de crimes militares, com menos direitos, carentes da mesma atenção e, amiúde, sem que se lhes permitam participação efetiva na persecução criminal.

Por outro lado, também não se pretende desbalancear o equilíbrio que deve haver no sistema repressivo penal, diante de uma possível

hipertrofia na proteção das vítimas em detrimento dos direitos e garantias dos investigados e réus.

Registre-se que não se trata de uma proposta de retorno à vingança privada, mas de buscar-se um equilíbrio entre direitos aparentemente opostos, assegurando tanto os direitos do autor do crime de ter a possibilidade de exercer o contraditório e a ampla defesa, sendo submetido ao devido processo legal, e julgado de forma imparcial e proporcional, como os direitos da vítima de participar de um processo capaz de entregar uma prestação punitiva efetiva e justa, devendo ambos serem tratados com dignidade e respeito. (Xavier, p. 2022).

Eis as razões pelas quais se pretende enumerar alguns dos principais déficits encontrados no sistema processual penal militar no que se refere à preservação dos direitos e garantias e das vítimas e, a partir disto, propor alternativas de mudanças estruturais ou normativas para que não sejam desprezados os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, tampouco se transformem em cláusulas espectrais os mandamentos e as garantias constitucionais, até mesmo porque o momento atual e o que se aproxima sugerem que da “solução dos conflitos participem os envolvidos” a partir de inovações que tornem a aplicação do direito mais eficiente e menos custosa (Santana, p. 2011).

Com este objetivo, portanto, serão selecionados tópicos específicos que, no presente instante, percebe-se que são merecedores de maior atenção.

3 A VÍTIMA NO INQUÉRITO POLICIAL MILITAR (IPM). A DEFICIÊNCIA ESTRUTURAL NA INVESTIGAÇÃO DE CRIMES CONTRA AS MULHERES.

Uma das situações mais preocupantes na atuação da polícia judiciária militar orbita a questão de se avaliar as condições estruturais (objetivas e subjetivas) das investigações que envolvem crimes praticados em

contexto de violência doméstica e familiar⁶, de assédio moral ou contra a dignidade sexual, principalmente quando se trata de mulheres⁷ que são vitimizadas por companheiros ou maridos também militares ou por superiores hierárquicos que, por atavismo ou descontrole, se imaginam como senhores daquelas que lhes são *funcionalmente subordinadas*.

No caso específico de violência doméstica e familiar praticamente não há *adequação funcional da investigação*⁸ realizada no âmbito da polícia judiciária militar. Inicia-se o destempero pela não observância do critério que deveria ser utilizado para a delegação do poder de polícia e nomeação de Encarregada do IPM, que, por força do art. 10-A da Lei 11.340/2021, preferencialmente haveria de recair sobre oficial mulher, com conhecimentos especializados mediante prévia capacitação, hábil a compreender e ser empática com a situação de vulnerabilidade da vítima, preservando-a da revitimização e do contato com investigados e/ou suspeitos. Além do mais, da Encarregada do IPM exige-se domínio das regras especiais de inquirição e que esteja em condições de aplicar medidas cautelares de urgência dentro de suas atribuições legais ou requerê-las à autoridade judiciária competente.

Todavia, na prática não é isso o que acontece. Oficiais do sexo masculino, amiúde sem qualquer preparo técnico específico, não raramente ainda muito jovens (Tenentes e Capitães), são designados para apurar não apenas crimes relacionados à violência doméstica, mas outros de semelhante

⁶ “(...) percebe-se que a violência doméstica e familiar contra a mulher militar ultrapassa a intimidade e a vida privada do casal, produzindo reflexos na hierarquia e disciplina, afetando a ordem militar” (Brandão, p. 2022).

⁷ “A desigualdade histórica entre homens e mulheres favoreceu a presença masculina de forma preponderante nas Forças Armadas e como consequência afastou as mulheres desse exercício profissional (...) De fato, analisar o ingresso nas Forças Armadas sob a perspectiva de gênero é crucial para que se entendam os desafios que ainda restam a ser enfrentados, a fim de que se vislumbre no plano fático tudo o que é expresso no plano legal. Nesse sentido, o sistema global de proteção dos direitos humanos foi fundamental na busca de isonomia entre homens e mulheres...” (Mariani, p. 2022).

⁸ Por *adequação funcional* compreenda-se que a investigação criminal deve ser “suficientemente completa e funcionalmente adequada para satisfazer o padrão de efetividade extraído das obrigações processuais positivas” (Fischer. Pereira, p. 2023).

gravidade (estupro, importunação sexual, *stalking* etc.), desconhecendo completamente as técnicas e os cuidados que são exigidos para esse tipo de apuração.

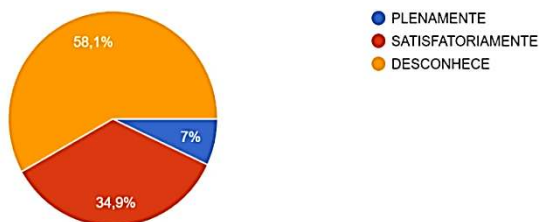
Tome-se como exemplo a reiteração de depoimentos da vítima, que normalmente procura identificar alguma corresponsabilidade sua no evento criminoso. Não raro, além da repetição dos depoimentos, diversas diligências são realizadas na perspectiva de desacreditar a vítima em face de seu comportamento social (a tal da promiscuidade), das roupas que costuma usar, das fotos que publica nas redes sociais, enfim, além de agredida pelo ofensor, também o é pela investigação.

Em pesquisa recente, realizada para subsidiar trabalho de conclusão do Curso de Altos Estudos em Defesa da Escola Superior de Defesa (Cathalá. Saraiva: 2023), constatou-se que 58,1% dos militares respondentes – todos eles coronéis e ex-comandantes de unidades – desconhecem completamente os efeitos da Lei Maria da Penha na investigação de violência doméstica. O mesmo estudo colheu que 65,1% destes militares também desconhecem quais os requisitos necessários para que o Encarregado requeira medidas cautelares no curso dos inquéritos policiais militares.

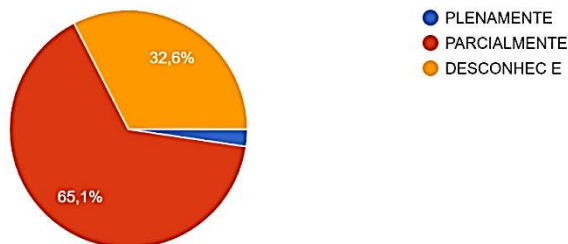
326

Conhece quais os efeitos da Lei Maria da Penha na investigação de crimes militares que envolvam violência doméstica?

43 respostas



Conhece os requisitos necessários para pleitear/utilizar os instrumentos de investigação a disposição do encarregado do IPM, tais como quebr...quebra de sigilo bancário, busca e apreensão etc
43 respostas



Por outro lado, também há pouco tempo, o Superior Tribunal Militar finalmente assentou o entendimento de que “os autores de delitos contra a liberdade sexual não podem encontrar no comportamento privado das vítimas qualquer motivo para, por si só, amenizar as suas graves condutas, o que apenas denota a manobra para abrandar as suas responsabilidades criminais” e que é dever dos protagonistas do sistema de justiça “depurar as provas com eficiência, sempre rechaçando os argumentos, que, visivelmente, apenas tentam atingir, ainda mais, a honra das ofendidas” (Apelação 7000634-49.2021.7.00.0000, Relator Ministro Marco Antônio de Farias, publicado em 06/06/2023).

Ocorre que o “desamparo da vítima militar é exacerbado pelas próprias características de formação de vínculos de confiança estimulada pelas corporações” (Castro; Sydow, p. 2017), vínculos estes que impregnam o próprio investigador – que dificilmente, conseguirá se despir deste caldo

cultural no qual foi formado deste a adolescência ao ingressar nas Escolas Preparatórias⁹.

Infelizmente demorará para se verificar o impacto da presença feminina nas academias, pois é movimento recente o ingresso de mulheres nas escolas de formação de oficiais combatentes e sabe-se pouco ainda sobre os efeitos de suas convivências com os cadetes homens pelo longo período de 4 ou 5 anos de formação, todos os dias da semana, 24 horas por dia.

Por isso e por muito mais, sugere-se que medidas simples, mas eficazes, sejam implementadas desde logo, tais como:

- (a) A instalação de canais especializados (ouvidorias da mulher, p. ex.) para o recebimento de *denúncias* sobre assédio, violência doméstica, crimes contra a dignidade sexual e perseguições;
- (b) A inclusão, nos cursos de formação, de disciplinas destinadas à prevenção destes crimes;
- (c) A garantia de que a vítima seja suficientemente informada sobre a instauração, o andamento e as conclusões do procedimento investigatório;
- (d) A designação de oficiais mulheres para dirigir os IPM1s relacionados a essa tipologia criminal;
- (e) A oferta de atendimento multidisciplinar adequado às mulheres vitimadas.

Estas medidas, que sugerem ser emergenciais, não excluem a necessidade de outras mudanças importantes, como as que são sugeridas por Aquino e Fureaux (2020), em estudo já considerado paradigmático sobre a matéria.

⁹ “Ao ingressar numa academia militar, o indivíduo enfrenta um rito de passagem da condição de civil para a de militar. Ele é submetido a um processo de construção da identidade militar que pressupõe a desconstrução da identidade civil anterior” (Castro, p. 2021).

Fato é que:

[...] identificado que é alto o índice de assédio sexual contra as mulheres militares por seus colegas de farda – notadamente superiores hierárquicos – e que a convivência das jovens cadetes nas academias de formação de oficiais das Forças Armadas é digna e merecedora de respeito, é preciso reconhecer a necessidade de que sejam estabelecidas políticas e posturas preventivas do assédio. Por outro lado, a notícia do assédio (denúncia) há de ser estimulada e a vítima creditada, acolhida e protegida. De igual sorte, o sistema repressivo deve operar de forma dialógica; responsável; sem histerias, mas com firmeza! (Saraiva, p. 2020).

4 VÍTIMAS DESINFORMADAS. VOO ÀS CEGAS

Outro direito das vítimas comumente negligenciado na persecução penal militar é o de ser ela mantida informada dos principais movimentos e eventos tanto do procedimento inquisitorial quanto da própria ação penal, bem como de seus desdobramentos.

Cadore (2023) identifica como de extrema importância a efetivação deste direito fundamental das vítimas e pontifica que as informações devem ser: claras, objetivas, completas e contemporâneas aos fatos ou eventos.

Circunstâncias como decretação de prisão preventiva do indiciado/réu e seu revés, a soltura daqueles que estavam presos, é um dos exemplos mais evidentes da necessidade de que as vítimas tenham conhecimento da situação real e atualizada do processo a que ela aderiu como sujeito essencial.

De igual forma, é preciso que os tribunais e órgãos de segunda instância também preservem esse direito das vítimas, informando-lhes dos andamentos de recursos, da perspectiva prescricional etc.

Ora, mas isso sequer ocorre nos próprios IPMs. Não se exige, por exemplo, que o Encarregado mantenha a vítima informada, sequer de seu relatório final. Tampouco o Ministério Público Militar o faz, quando, *v.g.*,

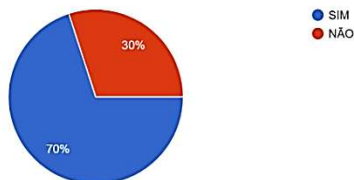
requer o arquivamento do procedimento policial. E, caso deferido, também não há exigência de que o Juiz Federal da Justiça Militar determine a intimação da vítima para cientificar-se do arquivamento e exercer seu direito de manifestação e recurso contra esta decisão.

Sabe-se que a Lei Anticrime (Lei 13.964/2019) alterou o art. 28 do Código de Processo comum e determinou a comunicação do arquivamento do inquérito policial à vítima, ao investigado¹⁰ e à autoridade policial. Como de costume, não houve qualquer preocupação com o processo penal militar, mas o alvissareiro dispositivo está com a vigência suspensa pela Ação Direta da Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.305, no Supremo Tribunal Federal.

Esses e mais outros tantos exemplos, convidam à reflexão sobre a “qualidade e adequação” dos procedimentos e processos penais atendem aos “padrões de efetividade extraídos das obrigações penais positivas” (Fischer; Pereira, p. 2023).

E desse mal de desinformação até mesmo os detentores originários do poder de polícia judiciária militar padecem. Na pesquisa já referida, 30% dos entrevistados afirmaram que não tiveram informações sobre o desfecho dos processos criminais resultantes dos inquéritos por eles instaurados.

Quando comandante/chefe de OM recebeu informações sobre os resultados de processos de militares da OM?
40 respostas



¹⁰ “A comunicação ao investigado é um imperativo de civilidade. Afinal, qualquer um que se veja envolvido em uma investigação penal tem sobre sua cabeça uma espada de Dâmoques, que tende a abalar a mais destemida pessoa de bem. Pessoas assim certamente se verão aliviadas com o arquivamento da apuração” (Garcia, p. 2020).

Não à toa tanto se tem investido maciçamente em inovação e tecnologia, porém estes avanços, no universo do sistema repressivo penal militar, ainda não alcançaram a fase de inquisitorial.

Há uma proposta muito interessante de criação do e-IPM, o que pode diminuir o déficit de acessibilidade à informação por parte das vítimas de crimes militares. Todavia, o e-IPM não substituirá o dever do Encarregado de manter os interessados devidamente cientes dos principais instantes procedimentais da investigação.

Ocorre que, de modo geral, ainda estamos muito atrasados e em dívida com as pessoas envolvidas na investigação criminal, principalmente as vítimas. Ziembowicks (2020) chama atenção para este *delay* citando exemplos da América Latina (Argentina) e da Europa (Itália e Portugal) e conclui que:

(...) diante do importante movimento internacional que visa a garantir os direitos humanos (mínimos) das vítimas de crimes e de suas justificativas, com destaque para as iniciativas do Parlamento europeu e dos legisladores argentinos (...) torna-se especialmente relevante a necessidade de informar a vítima sobre os seus direitos, antes mesmo do início da ação penal propriamente dita. Assim, entende-se que a Polícia Judiciária deve notificar a vítima sobre a remessa dos autos do inquérito relatado ao juízo competente, bem como deve o Poder Judiciário notificá-la sobre a abertura do prazo decadencial para propor a ação penal subsidiária da pública, caso o *parquet* não a intente no prazo legal.

Urge, portanto, garantir a transparência e a publicidade devida na gestão pública da investigação criminal no âmbito repressivo militar, sem que isso se transforme em uma corruptela do sistema que permita a divulgação extemporânea de providências ainda em planejamento, ou em curso, que devam – diante das especiais circunstâncias que a autorizam e constituem – permanecer sob sigilo instrumental. À exceção disto, o direito de manter-se informado há de prevalecer, tanto para vítimas, como para investigados.

5 E O TEMPO? O TEMPO PASSA...!

Em pesquisa já referida, Cathalá e Saraiva (2023) colheram dados relativos à 1ª Circunscrição Judiciária Militar (que abrange os estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo) especialmente no que se refere ao tempo médio de tramitação dos inquéritos policiais militares instaurados nos últimos 5 (cinco) anos.

De acordo com a Seção de Estatísticas e de Análise de Dados do Superior Tribunal Militar, no período de referência, os IPM's demoraram em média 482 dias corridos, contados da data da instauração até o oferecimento de denúncia ou da promoção de arquivamento. Ora, considerando-se que em:

(...) boa parte dos IPM's há indiciados, vítimas ou testemunhas prestadores do serviço militar obrigatório, percebe-se que se diminui consideravelmente o efeito dissuasório e a prevenção genérica, uma vez que a solução penal amíúde ocorre após o licenciamento de parte das pessoas que conviveram com o fenômeno criminal (Cathalá; Saraiva, p. 2023).

Mas não é só isso, essa demora de mais de um ano para que seja encerrada a fase preparatória da persecução criminal é forte aliada da extinção da punibilidade da pretensão punitiva (prescrição), ainda mais quando se percebe que boa parte dos indiciados é beneficiada com a redução do prazo prescricional pela metade, diante do disposto no art. 129, do Código Penal Militar, que favorece os menores de 21 (vinte e um) e os maiores de 70 (setenta) anos, no *tempo do crime*.

Este fenômeno acontece porque parcela considerável dos crimes militares são praticados por prestadores do serviço militar obrigatório (inicial), que se dá, em situações normais, aos 19 anos de idade.

Por outro lado, a falta de institucionalização ou de profissionalização da polícia judiciária militar também contribui com este modelo (defasado e demorado) de atuação. Na pesquisa tantas vezes mencionada (Cathalá;

Saraiva, p. 2023), 87,8 % dos respondentes informaram que já foram encarregados de IPM's. Destes, a maioria esmagadora (75,7% do total de entrevistados) afirmou que sentiu dificuldades para dirigir as investigações e que, em mais de 70% dos casos, os inquéritos foram devolvidos pelo Ministério Público para correções e realização de novas diligências.

Sabe-se, ademais, que a passagem do tempo atenua a percepção do mal causado pelo crime e a aplicação da pena torna-se, às vistas do senso comum, muitas vezes desnecessária ou desarrazoada (Pinto, 2008). Imagine quando o palco do crime já foi totalmente desfeito e conta com novos personagens? É exatamente isto que está acontecendo em grande quantidade no sistema repressivo militar. Os crimes ocorrem em um estabelecimento militar (OM), em um momento em que a tropa é composta por um grupo de militares e, no desfecho da persecução (sentença criminal transitada em julgado), a maioria dessas pessoas já “*deram baixa*” ou foram transferidas para outras unidades, onde sequer terão notícia das reais e efetivas respostas dadas ao infrator e as compensações, por ventura, oferecidas às vítimas. Neste panorama, a pena, quando não ocorre a prescrição da pretensão punitiva, é pura e simplesmente retribuição tardia do Estado ao criminoso.

333

6 CONCLUSÕES

O objetivo principal deste trabalho é destacar que a legislação penal e processual penal militar não contemplam de forma satisfatória os direitos, as garantias e os ônus das vítimas na perspectiva de um sistema repressivo penal democrático. Nem mesmo as recentes alterações promovidas pela recentíssima Lei nº 14.688, de 20 de setembro de 2023, diminuíram esse vácuo de atenção legislativa.

Esse *estado de coisas*, além de contrariar a transversalidade de aplicação do princípio de proteção à dignidade da pessoa humana, revela deficiências sérias na apuração dos crimes militares – muito em razão do exercício do poder de polícia judiciária militar por profissionais sem formação jurídica –, no próprio controle externo da atividade policial (a ser exercida pelo Ministério Público Militar com maior atenção) e a uma falta de interesse histórico (que aos poucos vai sendo superada) do Judiciário pela promoção efetiva dos direitos das vítimas no processo penal, inclusive quanto à participação ativa no diálogo instrumental que é a ação penal.

Importante marco neste *freio de arrumação* é o Movimento Nacional em Defesa das Vítimas liderado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, cujo legado tende a ser a resignificação das vítimas no processo penal, brasileiro, inclusive e particularmente, no âmbito do sistema penal militar.

Oxalá!

REFERÊNCIAS

AQUINO, Mariana; FOUREAUX, Rodrigo. *Assédio Sexual nas Instituições de Segurança Pública e nas Forças Armadas*. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2020.

BRANDÃO, Vanessa Rovaron. Aplicabilidade da lei Maria da Penha nas relações entre militares da ativa. *Revista do Ministério Público Militar*, Edição Especial: O direito por elas. Brasília: MPM, 2023.

CADORE, Tiago. O garantismo penal integral e o direito da vítima à informação e à celeridade. *In: Os direitos das vítimas. Reflexões e Perspectivas*. V. 1. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves; FELIX, Juliana Nunes; SOUZA, Marcelo Weitzel Rabello de. (Orgs.). Brasília: ESMP, 2023.

CASTRO, Ana Lara Camargo de; SYDOW, Spencer Toth. *Stalking e Cyberstalking: obsessão, internet, amedrontamento*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

CASTRO, Celso. *O espírito militar, um antropólogo na caserna*. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.

CATHALÁ, Floriano; SARAIVA, Alexandre José de Barros Leal Saraiva. *Investigação dos crimes militares – a profissionalização da polícia judiciária militar e seus efeitos para a eficiência das Forças Armadas*. Escola Superior de Defesa (ESD), 2023.

FISCHER, Douglas. PEREIRA, Frederico Valdez. *As obrigações penas positivas segundo as cortes europeia e interamericana de direitos humanos*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2023.

GARCIA, Emerson. O pacote anticrime e a nova sistemática de arquivamento da investigação criminal. In: *Pacote anticrime*, v. 1. CAMBI, Eduardo; SILVA, Danni Alves; MARINELA, Fernanda (Orgs). ESMPPR: Curitiba, 2020.

MARIANI, Taiza Andrade. Mulheres nas Forças Armadas: protagonismo, trajetórias e desafios. *Revista do Ministério Público Militar*, Edição Especial: O direito por elas. Brasília: MPM, 2023.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. Introdução a seus fundamentos teóricos. Introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais. 7. ed. São Paulo: RT. 2010.

OLIVEIRA, Paulo Augusto de Freitas. CRUZ, Ângela Márcia Freitas da. A efetividade na tutela dos direitos humanos das vítimas. In: *Os direitos das vítimas*. Reflexões e Perspectivas. V. 1. RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves; FELIX, Juliana Nunes; SOUZA, Marcelo Weitzel Rabello de (Orgs.). Brasília: ESMP, 2023.

PEREIRA, Eliomar da Silva; ANSELMO, Márcio Adriano (Org.). *Direito Processual de Polícia Judiciária I: o procedimento de inquérito policial*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. 334p. (Curso de Direito de Polícia Judiciária, v. 4). ISBN 978-85-450-0619-0.

PESSI, Diego; SOUZA, Leonardo Giardini de. *Bandidolatria e democídio*. Ensaios sobre garantismo penal e a criminalidade no Brasil. São Luiz: Livraria Resistência Cultural Editora, 2017.

PINTO, Ana Luisa. *A celeridade no processo penal e o direito à decisão em prazo razoável*. Coimbra: Coimbra editora, 2008.

REZENDE, Guilherme Carneiro de. *O direito humana da vítima a um processo pena eficiente*. Curitiba: Juruá. 2021.

SANTANA, Selma Pereira de. A racionalidade penal moderna versus reparação à vítima do delito como terceira via. *Revista do Ministério Público Militar*, edição n. 22. Brasília: MPM, 2023.

SANTOS, Celeste Leite do. *Injusto penal e os direitos das vítimas de crimes*. Curitiba: Juruá. 2020.

SARAIVA, Alexandre José de Barros Leal. Cadetes mulheres nas academias de formação de oficiais das forças armadas brasileiras: estudo aproximado sobre a prevenção e a repressão ao assédio: breve panorama do projeto de lei nº 5016/2020. *Revista do Ministério Público Militar*, v. 1. Brasília: MPM, 2020.

SARAIVA, Alexandre José de Barros Leal. Polícia Judiciária Militar: prospecção e projeção. Uma proposta: é preciso profissionalizar a polícia judiciária militar das Forças Armadas. *Revista do Ministério Público Militar*, v. 2. Brasília: MPM, 2023.

XAVIER, Priscila Goulart Garrastazu. O papel da vítima no processo penal comum e militar brasileiro. *Revista do Ministério Público Militar*, Edição Especial: O direito por elas. Brasília: MPM, 2023.

ZIEMBOWICZ, Rodrigo Luís. A notificação da vítima. In: *Direito Processual de Polícia Judiciária I*. O procedimento de inquérito policial.

A Lei n. 14.688 de 20 de setembro de 2023 e o “sepultamento” da figura do assemelhado

Marcelo Fernandes Silva

Especialista em Direito Militar pela Universidade Cândido Mendes.
Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Estácio de Sá. Bacharel em Direito pela Universidade Estácio de Sá.
Militar da Ativa do Exército Brasileiro.
E-mail: marcelo83105@gmail.com

Revisores: Luciano Moreira Gorrilhas

(ORCID: 0009-0005-0678-471X; e-mail: luciano.gorrilhas@mpm.mp.br)

Josevan Duarte Magalhães (CV Lattes:

<http://lattes.cnpq.br/1355167451554484>; e-mail: josevandm@gmail.com)

Data de recebimento: 10/10/2023

Data de aceitação: 12/10/2023

Data da publicação: 21/11/2023

DOI: 10.5281/zenodo.10078939

RESUMO: A Lei n. 14.688/23 estabeleceu uma reforma/atualização no Código Penal Militar, modernizando termos e expressões, promovendo revogações de artigos e buscando uma compatibilização da legislação penal castrense com a ordem constitucional vigente. Nesse contexto, a nova lei revoga expressamente o art. 21 do CPM, que conceitua quem é o assemelhado. Desta forma, o presente trabalho tem por objetivo examinar o contexto histórico da figura do assemelhado, bem como apresentar entendimentos sobre a natureza jurídica o referido instituto e as (im)possibilidades de sua aplicação no âmbito da seara castrense.

PALAVRAS-CHAVE: assemelhado; servidor; militar; soldado temporário da Polícia Militar.

ENGLISH

TITLE: Law no. 14.688 of 20th September, 2023 and the “burial” of the similar figure.

ABSTRACT: Law 14.688/23 established a reform/update of the Military Criminal Code, modernizing terms and expressions, repealing articles and seeking to make the criminal legislation compatible with the current constitutional order. In this context, the new law expressly repeals art. 21 of the military penal code, which defines who is similar. The aim of this paper is to examine the historical context of the figure of akin, as well as to present understandings of the legal nature of this institute and the (im)possibilities of its application in the field of military law.

KEYWORDS: similar; servant; military; temporary military police soldier.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Conceituação – 3 A “ressurreição” da figura do assemelhado por meio do Soldado Temporário da Polícia Militar do Estado de São Paulo – 4 O “sepultamento” da figura do assemelhado por meio da Lei 14.688 – 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

“O assemelhado é um defunto difícil de ser enterrado”. Essa frase (de autoria desconhecida) reflete a complexidade quando o tema de estudo é a figura do assemelhado.

Nesse sentido, podemos considerar que a figura do assemelhado é bastante controversa, pois, mesmo estando positivada no Código Penal Militar, encontra dificuldades em termos de aplicação pelo fato de conflitar com a legislação que regulamenta a situação jurídica dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

Desta forma, o presente trabalho busca apresentar a evolução da discussão a respeito dessa figura, sua (in)aplicabilidade no âmbito jurídico e sua revogação por meio da inovação legislativa trazida pelo Lei n. 14.688 de 20 de setembro de 2023.

2 CONCEITUAÇÃO

O artigo 21 do Código Penal Militar (CPM), em uma interpretação autêntica contextual, define o assemelhado da seguinte maneira: “Considera-se assemelhado o servidor, efetivo ou não, dos Ministérios da Marinha, do Exército ou da Aeronáutica, submetido a preceito de disciplina militar, em virtude de lei ou regulamento”¹.

Ou seja, o assemelhado seria aquele que, embora não sendo militar, estaria sujeito a preceito de disciplina militar, em virtude de lei ou regulamento.

Importante destacar que, embora sua definição esteja no art. 21 do CPM, existem diversos outros dispositivos do código castrense que versam sobre o assemelhado, principalmente o seu art. 9º e seus incisos II e III, o colocando ora como possível sujeito ativo, ora como sujeito passivo de crime militar.

A respeito do tema, Assis (2007, p. 66-69) afirma que tal dispositivo é letra morta, pois sua aplicação é inviável.

Já Lobão (2006, p. 110-113) esclarece que o preceito do assemelhado vem da Constituição de 1934 cuja redação era: “os militares e as pessoas que lhe são assemelhados terão foro especial nos delitos militares”, e a partir de então, isso foi sendo repetido nas Constituições seguintes até 1969.

¹ No momento em que este artigo é escrito, o art. 21 do CPM permanece vigente, em virtude do período de *vacatio legis* da Lei n. 14.688 de 20 de setembro de 2023, no entanto, com a vigência da lei o dispositivo será revogado.

Na época em que vigorava o Código Penal da Armada de 1891, Macedo Soares conceituava que:

[...] assemelhados são todos aqueles que, não sendo combatentes, fazem parte do Exército e da Armada, sujeitos às leis militares, gozando dos direitos, vantagens e prerrogativas dos militares, tais são os que fazem parte das classes anexas [...] inválidos e asilados, os reformados e os oficiais honorários, quando em serviço militar etc.

Assim sendo, estariam enquadrados nessa conceituação os “médicos, farmacêuticos, capelães, auditores, oficiais da fazenda da armada e empregados da contadoria de guerra”.

Desta forma, Assis entendeu que o assemelhado possuía as seguintes características: fazer parte das Forças Armadas; subordinar-se aos regulamentos militares; gozar de direitos e vantagens e prerrogativas de militares; e não fazer parte da classe dos combatentes.

Contudo, Célio Iobão esclarece que a figura do assemelhado não existe mais no mundo jurídico desde a edição do Decreto n. 23.203, de 18 de junho de 1947, o qual revogou dispositivos do antigo Regulamento Disciplinar do Exército, aprovado pelo Decreto n. 8.835, de 23 de fevereiro de 1942.

Cabe ressaltar que, nos Regulamentos Disciplinares da Marinha e do Exército, nada consta a respeito do assemelhado. Todavia, o Regulamento Disciplinar da Aeronáutica (RDAER), aprovado pelo Decreto n. 76.322, de 22 de setembro de 1975, dispõe, em seu §1º do art. 1º, que: “As disposições previstas neste regulamento são também aplicáveis aos assemelhados, definidos no artigo 21 do Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, nos casos de guerra emergência, prontidão e manobras”.

Ao que se percebe, embora o RDAER seja o único dos regulamentos disciplinares das Forças Armadas a citar o assemelhado, não esclarece sua a definição, mas a remete ao Código Penal Militar.

Atualmente, os servidores públicos civis da União estão subordinados aos preceitos disciplinares da Lei 8.112 de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Por esta razão, os dispositivos do Código Penal Militar que versam sobre a figura do assemelhado, e por arrastamento os do Regulamento Disciplinar da Aeronáutica (RDAER) estariam derogados.

Célio Lobão, em sua obra de Direito Penal Militar, cita um interessante caso, quando ainda era juiz-auditor da 11ª Circunscrição Judiciária Militar e rejeitou uma denúncia contra um motorista servidor de Ministério Militar, na condição de assemelhado, pela prática de homicídio culposo de militar. Em sua decisão expôs que o motorista não poderia ser considerado assemelhado, porque não estava submetido à disciplina militar e sua relação com o estabelecimento militar era de natureza contratual. Ressaltou que o Superior Tribunal Militar manteve sua decisão em sede de recurso, ratificando que o motorista não estava sujeito à disciplina militar, dada a sua clara condição de contratado pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT).

Pelos fatos expostos, ao que se pode ver, em tese, a figura do assemelhado havia sido “morta e enterrada”.

3 A “RESSURREIÇÃO” DA FIGURA DO ASSEMELHADO POR MEIO DO SOLDADO TEMPORÁRIO DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO

A Lei Federal 10.029 de 20 de outubro de 2000 autorizou a prestação voluntária de serviços administrativos e de serviços auxiliares de saúde e de defesa civil nas Polícias Militares e nos Corpos de Bombeiros Militares. Nesse contexto, o Estado de São Paulo, por meio da Lei Estadual 11.064 de 8 de março de 2002, instituiu o Serviço Auxiliar Voluntário na sua

Polícia Militar. Surge então, a figura do Soldado PM Temporário (Sd PM Temp), acompanhada de várias discussões.

A legislação esclarecia que a atividade desse voluntário não gerava vínculo empregatício nem obrigação de natureza trabalhista, previdenciária ou afim. Além disso, no exercício da sua atividade ficava vedado, sob qualquer hipótese, o porte ou o uso de arma de fogo e o exercício do poder de polícia em vias públicas. Dentre os seus direitos, ficava estabelecido o recebimento de um auxílio mensal equivalente a 2 (dois) salários mínimos e uso de uniforme, exclusivamente em serviço, com identificação ostensiva da condição de Sd PM Temp.

Ocorreu que o Comandante Geral da PMSP, por meio de Portaria, ao pretender baixar instruções complementares à lei paulista, estabeleceu que o Sd PM Temp ficava submetido ao Código Penal Militar no desempenho de suas funções na Corporação.

Jorge Cesar de Assis repudiou veementemente a atitude do Comandante Geral, advertindo que “uma Portaria do Comando Geral da Polícia Militar não pode submeter alguém que não é policial militar aos rigores da lei penal castrense”.

Ademais, outra excelente constatação feita por Assis é que o teor do art. 21 do CPM conceitua o assemelhado como servidor, efetivo ou não, dos Ministérios da Marinha, do Exército e da Aeronáutica (que atualmente são Comandos), e, por essa razão, não cabe ser feita interpretação analógica ou extensiva desse dispositivo para adequá-lo aos servidores civis das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares dos Estados e do Distrito Federal.

O Ilustre promotor de Justiça Militar Cícero Robson Coimbra Neves (2023, p. 177-179), em sua obra, ao comentar a situação do Sd PM Temp, traz à baila o julgamento do Processo n. 37.337/03, julgado, em 16 de novembro de 2005, pelo Conselho Permanente de Justiça da 1ª Auditoria da

Justiça Militar de São Paulo, sob a presidência do juiz de Direito do Juízo Militar Ronaldo João Roth, no qual o referido magistrado considerou o SD PM Temp como assemelhado.

Na visão de Roth, a figura do assemelhado estava extinta, mas teria sido ressuscitada pela Lei Estadual n. 11.064/02 e dessa maneira, embora não sendo o Sd PM Temp militar, mas sim um assemelhado, pode ser sujeito ativo do crime militar, nos termos do art. 9º da lei penal castrense.²

Por outro lado, não foi esse o entendimento do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo (TJM/SP), que considerou o Sd PM Temp como militar da ativa, dando interpretação extensiva ao art. 22 do Código Penal Militar e confirmando a competência da Justiça Militar Estadual para processar e julgar o Sd PM Temp, enquanto perdurar a prestação de seu serviço voluntário.

Em dissonância dos entendimentos manifestados pelos órgãos da Justiça Militar de São Paulo, em primeiro e segundo grau, o Superior Tribunal de Justiça, em sede de *Habeas Corpus* n. 62.100/SP, considerou o Sd PM Temp como civil, tendo em vista que os serviços prestados são essencialmente administrativos e auxiliares de saúde e de defesa civil, não se enquadrando como policial militar, de tal sorte que não podem ser processados e julgados pela Justiça Militar Estadual, em razão da limitação constitucional imposta pelo § 4º do art. 125 da Constituição Federal vigente.

Insta salientar, que tal questionamento ainda que levado ao Supremo Tribunal Federal, ao nosso entendimento, deve ser confirmado no sentido do Sd PM Temp ser considerado como civil, principalmente diante das manifestações da Corte em restringir a submissão de civis à Justiça Militar,

² Processo n. 37.337/03, julgado em 16 de novembro de 2005, pelo Conselho Permanente de Justiça da Primeira Auditoria da Justiça Militar de São Paulo, sob a Presidência do Juiz de Direito daquela Auditoria, Ronaldo João Roth.

bem como suas interpretações restritivas até mesmo para os crimes praticados entre militares da ativa, quando não estão em serviço.

4 O “SEPULTAMENTO” DA FIGURA DO ASSEMELHADO POR MEIO DA LEI 14.688

Com a recentíssima publicação da Lei 14.688 de 20 de setembro de 2023, que alterou diversos dispositivos do Código Penal Militar e tem sido chamada por alguns estudiosos de “minirreforma do CPM”, parece que enfim teremos o “sepultamento” definitivo da figura do assemelhado.

A nova lei, sancionada com vetos pelo Vice-Presidente da República em exercício, possui 60 (sessenta) dias de *vacatio legis* e entrará em vigência em 20 de novembro de 2023.

Vale pontuar que a nova lei não promoveu alterações no Código de Processo Penal Militar (CPPM), o que significa que, ao manusearmos aquele código, ainda encontraremos a figurado assemelhado. Contudo, em uma interpretação teleológica da nova lei, não enxergamos possibilidade de aplicação da figura do assemelhado de forma isolada no CPPM, uma vez que sua definição se encontra no CPM e, a priori, será revogado.

A propósito, a referida lei busca muito mais uma atualização do que uma reforma do Código Penal Militar, isso porque muitos artigos estão sendo, de fato, atualizados à realidade jurídica, de modo que expressões, termos e conceitos que cabiam à realidade da época em que o CPM entrou em vigor, há mais de 50 (cinquenta) anos atrás, já estavam obsoletos. Além disso, verifica-se que a lei promove uma compatibilização do CPM com a Constituição Federal de 1988 revogando dispositivos, como, por exemplo, o conceito de criminoso habitual, a prática de crimes por menores de 18 (dezoito) anos, entre outros.

Dentre as alterações promovidas, está o objeto do nosso estudo, qual seja, a revogação do tão conturbado e discutido art. 21 do Código Penal Militar, o que nos leva a entender que o legislador resolveu definitivamente extinguir a figura do assemelhado da legislação castrense. Tal fato fica perceptível, pois todos os outros dispositivos do código que possuíam alguma referência à figura do assemelhado foram revogados ou tiveram suas redações alteradas.

5 CONCLUSÃO

Assim sendo, com base nas informações apresentadas, pode-se concluir que a figura do assemelhado, embora vigente no CPM, desde a sua entrada em vigor, já não encontrava lastro para sua aplicabilidade há bastante tempo, em virtude do conflito com a legislação aplicada aos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

Ante o exposto, parece que toda discussão em torno do tema está chegando ao fim, a não ser que, em uma reviravolta digna de um final cinematográfico, tivéssemos a edição de uma nova lei que revogasse a Lei n. 14.688, quem sabe até antes mesmo da sua entrada em vigor, como ocorreu com o conhecido natimorto Código Penal de 1969.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar: comentários – doutrina – jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores*. Curitiba: Juruá, 2007.

LOBÃO, Célio. *Direito Penal Militar*. ed.3. Brasília: Brasília Jurídica. 2006.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. Você sabe quem é o assemelhado no Direito Penal Militar? *Grancursos*, 22 mar. 2021. Disponível em: <https://blog.grancursosonline.com.br/voce-sabe-quem-e-o-assemelhado-no-direito-penal-militar/>. Acesso em: 08 out. 2023.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de direito penal militar*. Salvador: Jus Podivm, 2023.

Desafios à atualização do Direito Militar: estudo de caso do Art. 166 do Código Penal Militar

Ricardo Henrique Santos Soares

Bacharel em Direito pela UNIR. Especialista em Direito Administrativo e Gestão Pública (UNIP). Especialista em Direito Militar (UGF). Especialista em Direito do Trabalho (UNIDERP). Doutor em Direito (Universidade Nacional de Mar del Plata, Ar, UNMDP).
Tenente Coronel do Exército Brasileiro.
CV Lates: <http://lattes.cnpq.br/7557224322808355>
Email: ricardohenrique086@gmail.com

Revisores: Fernando Hugo Miranda Teles (ORCID: 0009-0005-3088-4294; e-mail: fernando.teles@mpm.mp.br)
Gustavo Henrique Holanda Dias Kershaw (ORCID: 0000-0003-2505-5502; CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3119698214921044>; e-mail: gustavo.kershaw@mppe.mp.br)

Data de recebimento: 30/09/2023

Data de aceitação: 09/10/2023

Data da publicação: 21/11/2023

DOI: 10.5281/zenodo.10078736

RESUMO: O presente artigo analisa, a partir de seu surgimento no ordenamento pátrio, os conceitos basilares e fundamentos do Direito Militar, bem como aborda os motivos da necessidade de atualização de seu conteúdo. Destaca os princípios constitucionais da hierarquia e disciplina e sua interação com os direitos fundamentais dos militares, especificamente, relacionada às vicissitudes da liberdade de expressão e as relações especiais de sujeição. Além disso, promove um estudo de caso sobre o processo legislativo da Lei nº 14.688, de 20 de setembro de 2023, com enfoque na norma do Art. 166 do CPM, Publicação ou crítica indevida. A metodologia adotada foi pesquisa bibliográfica e análise da legislação e jurisprudência, utilizando-se o método dedutivo. Concluiu-se que a atualização legislativa promovida pela Lei 14.688/2023 poderia ter aproveitado a oportunidade para aproximar a legislação castrense, no tocante à norma do Art. 166 do CPM,

aos ditames axiomáticos constitucionais atuais; e que as relações especiais de sujeição (submissão e restrição a direitos) dos militares perante o Estado justificam-se em prol da segurança institucional, bem como do fortalecimento e preservação das premissas da hierarquia e disciplina no âmbito do Direito Militar, visando garantir a paz social.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Militar; direitos fundamentais; hierarquia e disciplina; Lei nº 14.688/2023.

ENGLISH

TITLE: Challenges to updating Military Law: case study of Article 166 of the Military Penal Code.

ABSTRACT: This article analyzes, from its emergence in the national order, the basic concepts and foundations of Military Law, as well as addresses the reasons for the need to update its content. It highlights the constitutional principles of hierarchy and discipline and their interaction with the fundamental rights of the military, specifically, related to the vicissitudes of freedom of expression and special relations of subjection. Furthermore, it promotes a case study on the legislative process of Law No. 14,688, of September 20, 2023, focusing on the rule of Art. 166 of the CPM, Publication or undue criticism. The methodology adopted was bibliographical research and analysis of legislation and jurisprudence, using the deductive method. It was concluded that the legislative update promoted by Law 14,688/2023 could have taken advantage of the opportunity to bring military legislation closer, with regard to the norm of Art. 166 of the military penal code, to the current constitutional axiomatic dictates; and that the special relations of subjection (submission and restriction of rights) of the military before the State are justified in favor of institutional security, as well as the strengthening and preservation of the premises of hierarchy and discipline within the scope of Military Law, aiming to guarantee peace Social.

KEYWORDS: military law; fundamental rights; hierarchy and discipline; Law No. 14,688/2023.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Premissas do Direito Militar – 3 A atualização do CPM pela Lei nº 14.688/2023 e o seu Art. 166 – 4 Liberdade de expressão e Direito

Militar – 4.1 Análise das condutas do tipo do Art. 166 do CPM – 5 Os militares e as relações especiais de sujeição – 5.1 A constitucionalidade do Art. 166 do CPM – 6 Conclusões.

1 INTRODUÇÃO

Foi sancionada recentemente a Lei nº 14.688, de 20 de setembro de 2023, que alterou o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar – CPM), a fim de compatibilizá-lo com o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), com a Constituição Federal e a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 (Lei dos Crimes Hediondos).

Nesse contexto, o presente estudo objetiva analisar, a partir de uma perspectiva teórica da ciência do Direito, sob o prisma constitucional, dos Direitos humanos (DDHH) e do Direito Militar, a referida atualização legislativa, limitando-se à apreciação da norma penal insculpida no Art. 166 do CPM, que trata da publicação ou crítica indevida pelo militar, em razão da opção de se manter incólume seu texto, sem nova redação pela mencionada Lei 14.688/2023.

Ademais, este artigo tem a intenção de oferecer subsídios para a reflexão sobre as peculiaridades do Direito Militar à comunidade jurídica em geral, à luz dos ensinamentos de alguns dos expoentes da doutrina e da jurisprudência pátria.

Em linhas gerais, propõe-se a incentivar a discussão dos temas correlacionados ao Direito Militar, visando contribuir com o aperfeiçoamento da produção legislativa do microssistema militar, bem como para o seu fortalecimento como ramo autônomo do direito, sem, contudo, ter a pretensão de esgotar os temas abordados.

A metodologia adotada foi a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, bem como a análise da legislação, utilizando-se o método dedutivo.

2 PREMISSAS DO DIREITO MILITAR

Inicialmente, insta destacar que são raras as atualizações legislativas do quase desconhecido da comunidade jurídica em geral, o CPM.

Por esse motivo, é mais que desejável que as oportunidades de compatibilização do texto do Código castrense, de 1969, às atuais premissas constitucionais e legais sejam aproveitadas com a máxima eficácia, no sentido de aperfeiçoar o Direito Militar.

Desse modo, a modernização das normas do Direito castrense é mais que necessária, sendo sempre motivo de júbilo, tendo em vista que o CPM fora concebido e promulgado em contexto histórico nacional e internacional peculiar, em que a concepção acerca dos institutos basilares da ciência jurídica era diversa da hodierna, especialmente, no que tange ao entendimento de caros institutos como os que envolvem a aplicação das garantias e liberdades individuais em geral, sobretudo, na seara do Direito Militar.

Antes de tudo, não é demais pontuar que, desde 1500, no Brasil colônia já havia um Direito Militar, sendo que, em 9 de dezembro de 1569, D. Sebastião, rei de Portugal, promulgou a “Lei das Armas”, determinando que “sempre houvesse em seus reinos gente armada” (Mello, 2009, p. 29).

Em razão do aumento das investidas de corsários ingleses e franceses na costa de seus domínios no período, tornou-se imprescindível a reorganização militar para a manutenção das suas possessões além-mar, criando o Regimento das Ordenanças, em 10 de dezembro de 1570, visando aperfeiçoar a vida militar e sua organização (Mello, 2009, p. 33).

O primeiro Código Militar do Brasil, Código da Armada ou Código Penal da Armada, foi instituído por meio do Decreto nº 18, de 7 de março de 1891, já no período republicano.

Depreende-se dos ensinamentos da doutrina que a razão de existir deste ramo do direito é a de criar regras jurídicas destinadas à proteção das instituições militares. Seus fundamentos reitores baseiam-se nos princípios constitucionais da hierarquia e disciplina, consoante o Art. 142 da CF/88.

Conforme ensina o mestre Jorge Cesar de Assis, por Direito Militar se entende todo sistema legislativo que envolve tanto as Forças Armadas Brasileiras e Forças Auxiliares, os polícias militares e os corpos de bombeiro (Assis, 2007, p. 17).

Realizada essa ambientação necessária e estabelecidas as premissas deste tema, cabe doravante atacar mais diretamente o contexto da sua atualização normativa pelo processo legislativo e suas aplicações.

3 A ATUALIZAÇÃO DO CPM PELA LEI Nº 14.688/2023 E O SEU ART 166

351

As iniciativas de atualização do CPM, em geral, traduzem-se na expectativa alvissareira de tornar o Direito Militar o mais adequado às demandas jurídicas atuais, mormente, numa sociedade cujas relações sociais são cada vez mais complexas, com reflexos significativos no âmbito político, econômico e social em geral.

Nesse cenário, para ilustrar, apresenta-se a seguir a justificação constante do projeto de lei original, de 19 de dezembro de 2017, da Lei nº 14.688/2023, retromencionada, de iniciativa da Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional, da Câmara dos Deputados, tendo em vista que é bem elucidativa a respeito do que se expõe nas linhas anteriores, *in verbis*:

JUSTIFICAÇÃO

O presente projeto de lei é fruto dos trabalhos desenvolvidos na Subcomissão Especial destinada a estudar e propor alterações nos Códigos Penal e de Processo Penal Militar, que funcionou no âmbito desta Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional. A Subcomissão realizou ampla discussão a respeito do seu objeto de

trabalho. Foram realizados oito seminários, em todas as regiões do país, diversas audiências públicas e reuniões de trabalho, nas quais foram ouvidos operadores do direito, acadêmicos, militares e outros atores que lidam com a legislação militar. Como o próprio artigo inaugural do projeto de lei estabelece, objetiva-se, com a presente proposição, adequar o Código Penal Militar (CPM) aos ditames da Constituição Federal e às disposições do Código Penal comum. Além disso, **nota-se no Projeto de Lei a preocupação em corrigir nomenclaturas já ultrapassadas em razão do decurso do tempo. Elegeram-se “prioridades legislativas”, a partir das palestras realizadas nas audiências públicas da Subcomissão Especial, bem como da constatação da urgente necessidade de mudança de alguns dispositivos, à luz da Carta de 1988 e da jurisprudência do Superior Tribunal Militar (STM) e Supremo Tribunal Federal (STF).** Destacam-se, a seguir, os principais pontos da proposição. (grifos nossos).

Como se vê, com base nos estudos da Comissão constatou-se, ainda em 2017, a necessidade premente de mudança de seus dispositivos, considerando a CF/88 e a jurisprudência dos Tribunais Superiores.

352 Ademais, destaca-se a inovação de texto proposta na sobredita justificação, no que se refere à substituição do termo inferior por subordinado, o que a bem da verdade, no cotidiano da caserna, não se usa, uma vez que é uma expressão obviamente de cunho depreciativa, em relação ao militar mais moderno, mas que é texto de lei, com o potencial de, em tese, ser utilizada em peças jurídicas ou em sustentações orais nos tribunais militares, entre outras aplicações, fato este que nada agrega a salutar relação hierárquica e vai de encontro, em certa medida, ao fortalecimento do Direito Militar como ciência.

Entretanto, essa atualização não ocorreu, o texto não foi modificado, mantendo-se a inadequada expressão inferior na norma legal.

Indo direto ao ponto de interesse, a proposição do referido projeto de lei original na Câmara dos Deputados foi no sentido da revogação do Art. 166 do CPM, conforme previa o seu Art. 81, “Revogam-se os arts. [...] 166 [...] do Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 – Código Penal Militar”.

Por oportuno, a seguir o texto original, de 1969, do CPM, do seu Art. 166, que recebeu a proposta de revogação:

Publicação ou crítica indevida

Art. 166. Publicar o militar ou assemelhado, sem licença, ato ou documento oficial, ou criticar públicamente ato de seu superior ou assunto atinente à disciplina militar, ou a qualquer resolução do Governo:

Pena - detenção, de dois meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.

Ademais, é de relevo o conhecimento dos termos e a compreensão das razões utilizadas na referida justificação do projeto, que visavam fundamentar sua revogação:

Art.166 – o tipo penal em questão é aberto e inadequado e deve ser retirado do nosso ordenamento. O primeiro agir é praticado diuturnamente e não é uma conduta ilícita. Já a segunda conduta descrita no artigo (criticar publicamente ato de seu superior ou assunto atinente à disciplina militar, ou a qualquer resolução do Governo), ofenderia, em tese, o bem jurídico da hierarquia e disciplina. Tal agir já encontra tipificação, por exemplo, nos arts. 160, 161 e 163, cujas penas são equivalentes à do art.166, que aqui se revoga. Além disso, tal delito eiva-se de inconstitucionalidade material, na medida em que ofende a garantia fundamental da liberdade de expressão;

353

Entretanto, a proposição tramitou por meio do projeto nº 9.432/2017, na Câmara dos Deputados; e no Senado pelo Projeto de Lei Nº 2233, de 2022, com uma considerável diferença, pois apresentou proposta de nova redação ao texto do Art. 166, em vez de manter a proposta de revogá-lo, abaixo transcrita: “Publicação ou crítica indevida Art. 166. Publicar o militar, sem licença, ato ou documento oficial, ou criticar publicamente superior hierárquico por ato de ofício ou assunto atinente à disciplina militar: (...)”(NR).

Na sequência, a mencionada proposta de redação, ao ser submetida à sanção presidencial, sofreu veto, sob a argumentação de que a exclusão da tipicidade da conduta atentaria contra os princípios constitucionais da hierarquia e da disciplina, bem como das instituições militares, considerando o teor do Art. 142 da CF/88.

Toda a descrição do processo legislativo e da exposição de seus motivos da norma do Art. 166, apresentados acima, tem o propósito exclusivo de demonstrar as peculiaridades e a interação dos institutos do Direito Militar hodierno.

4 LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DIREITO MILITAR

As Convenções e os Tratados Internacionais sobre DDHH convergem no sentido do estabelecimento da proteção universal do direito fundamental da liberdade de expressão, consoante a Declaração Universal dos Direitos Humanos, passando pela Declaração Internacional de Chapultepec, até a Declaração Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica.

As referidas normas internacionais foram incorporadas ao Direito brasileiro segundo o regular procedimento.

Nessa senda, em que pese a CF/88 relativizar e vedar expressamente o exercício de vários direitos e garantias quando o destinatário é o militar, não estabelece vedação expressa ao exercício do direito de liberdade de expressão aos militares.

No entanto, a norma do Art. 166 do CPM vai ao sentido contrário dessas disposições, cujas razões serão analisadas ao longo deste estudo.

Assim, se por um lado, é certo que as normas castrenses se subordinam às premissas constitucionais basilares e dos DDHH; por outro, nota-se que não raro é utilizado o argumento da necessidade da manutenção dos princípios constitucionais da hierarquia e disciplina, como fundamento para se negar direitos aos militares.

Invariavelmente, essa dinâmica ao que parece suscita uma suposta colisão de princípios constitucionais (que na verdade não existe), porém, tal circunstância tem o potencial de prejudicar o aperfeiçoamento do Direito

Militar, na medida em que se inibe o estabelecimento de balizas normativas mais claras para sua aplicação.

Dessa maneira, a análise das fundamentações constantes dos estudos realizados para atualização do disposto no Art. 166, em cotejo com os termos da motivação do seu veto (abordados na seção anterior), servem de parâmetro para a apreciação dessa suposta colisão, interação a ser sopesada entre o exercício das liberdades individuais pelos militares e a necessária preservação do postulado da hierarquia e disciplina no contexto normativo castrense.

De toda sorte, incide também *in casu*, envolvendo a citada norma penal, o consagrado direito fundamental de liberdade de expressão, que é assegurado a todo cidadão pela CF/88, desde que seu exercício ocorra dentro dos limites legais e parâmetros éticos.

Por oportuno, em artigo pretérito de nossa autoria (Soares, 2019), desenvolveu-se uma argumentação sobre esse direito fundamental e sua mitigação, consoante as previsões constitucionais, cujo cerne das ideias e discussões teóricas promovidas sintetizam-se a seguir, pela sua pertinência, e com o fim de contribuir ao presente debate.

Assim sendo, recorrendo ao teor do citado artigo científico, referente ao direito à liberdade de expressão, é interessante observar acerca de um fenômeno que vem crescendo de importância exponencialmente, já há algum tempo, qual seja, a publicização pela *internet* de forma gratuita das mais diversas manifestações de anônimos nas redes sociais sobre os mais variados assuntos com alcance e capilaridade imensos (Soares, 2019, p.17).

Com efeito, a exploração de temas relacionados aos esportes, sociedade, ciência e tecnologia, dentre outros, tornaram-se comuns nas redes. Bem como, não ficaram de fora dessa profusão de informações virtuais as críticas aos representantes políticos, aos governantes em geral e até mesmo aos membros do judiciário no meio digital.

Ocorre que, do ponto de vista estritamente jurídico para o cidadão em geral, assentou-se o paradigma da livre manifestação também no meio digital, de acordo com o Marco Civil da Internet brasileiro, a Lei 12.965/2014, desde que exercida regularmente sem ultrapassar os limites éticos e, principalmente, com a observância do respeito à imagem e honra de terceiros, sob pena da responsabilização.

De modo que o infrator desse regramento está sujeito a reprimendas de diversas naturezas, seja civil, a exemplo de indenizar o dano causado pela sua conduta; ou criminal, pela possibilidade de pena de privação de liberdade; ou até mesmo administrativa, se ferir bem jurídico tutelado pela Administração pública.

Os militares, que representam parcela da sociedade, não estão livres ou imunes de sofrerem os efeitos dos acontecimentos do momento histórico em que vivem, no qual os comentários e críticas a pessoas públicas ou instituições se tornaram algo corriqueiro no meio digital, ressaltando-se a necessidade da observância dos limites supramencionados para o regular exercício do sobredito direito fundamental a todos imposto.

A interação do Direito Militar com o Direito fundamental da liberdade de expressão pode ser observada claramente na norma do Art. 166 do CPM, em que se criminaliza a publicação ou crítica indevida do militar direcionada a superiores e governo.

4.1 Análises das condutas do tipo do Art. 166 do CPM

No contexto do exercício da liberdade de expressão, em relação ao multicitado tipo penal, pode-se analisá-lo de forma mais efetiva se forem consideradas apenas as duas condutas relacionadas à ação de criticar. Dessa forma, a outra ação (publicar o militar ou assemelhado, sem licença, ato ou documento oficial) não será alvo de análise.

A primeira conduta, criticar o militar publicamente ato de seu superior ou assunto atinente à disciplina militar, flagrantemente, vai de encontro à necessidade de preservação da integridade da hierarquia e disciplina nas instituições militares, mandamento do Art. 142 da CF/88, a ser observada, circunstância esta especial não abrangida pelo permissivo do inc. IV do Art. 5º e Art. 220, ambos da CF/88, que garantem a livre manifestação do pensamento.

Ocorre que o tipo do Art. 166 do CPM criminaliza também, especificamente, a conduta de criticar publicamente a qualquer resolução de governo. Neste ponto, sob a perspectiva estritamente jurídica, cabe examinar o sentido e o alcance dessa específica conduta prevista no tipo penal. Para tanto, seguem-se as reflexões.

O tipo não especifica minimamente sobre o delineamento da dita resolução de governo, restando dúvidas se qualquer uma resolução de governo (de qualquer natureza) criticada tem o condão de enquadrar a conduta como fato típico. Em função de que se pergunta: críticas a políticas públicas sociais ou econômicas, ou de mera regulação, como as direcionadas à normatização de um plano diretor de uma cidade ou organização do seu trânsito, enquadram-se nele?

Entende-se que, por coerência ao sistema normativo como um todo, não se poderia criminalizar, tendo em vista que não se vislumbra ofensas às instituições militares ou à hierarquia e disciplina.

Nessa senda, outro exemplo, o sujeito ativo, se militar federal, não comete crime se sua conduta visar criticar a administração municipal ou estadual; nem o militar estadual se visa criticar política pública federal, haja vista que, nesses casos, também não se vislumbra ofensas à hierarquia e disciplina ou a instituições, pois não há ligação funcional entre o militar e a instituição cuja crítica foi direcionada.

De todo modo, tais situações exemplificativas só servem para comprovar que o tipo penal não está adequado, tendo em vista que, somente por uma remota excepcionalidade, poderia tal conduta ser considerada como fato típico.

E, de modo mais elaborado, indaga-se: justifica-se alijar o militar da possibilidade do regular e salutar exercício da cidadania (respeitados os limites ínsitos à própria liberdade de expressão), por meio da sua participação responsável, por exemplo, no legítimo controle social das decisões e da gestão pública como qualquer outro pagador de impostos, sob a alegação do risco de afronta aos princípios constitucionais da hierarquia e da disciplina, ao tipificar tal conduta de modo genérico?

A resposta é negativa, considerando também que a indigitada conduta se revestida de ofensividade suficiente a atingir a qualquer bem jurídico tutelado, como a preservação da instituição militar, poderia ser naturalmente subsumida por outro tipo penal a depender da avaliação da conduta no juízo de tipicidade.

Em verdade, o dispositivo em comento pode ser entendido como mais uma das restrições impostas aos militares e previstas no ordenamento, conhecidas como relação especial de sujeição.

5 OS MILITARES E AS RELAÇÕES ESPECIAIS DE SUJEIÇÃO

As relações especiais de sujeição são definidas como um mecanismo que confere à Administração poderes extraordinários para exercer poderes a serem suportados sobre o campo jurídico de terceiros sob sua ingerência institucional (Enterria, 2001, p. 23).

Por seu turno, as relações especiais de sujeição não são novidades e ocorrem historicamente nas relações humanas de poder, desde a época da Alta Idade Média, entre os séculos V e XI d.C., período em que as relações

sociais eram baseadas na dependência do vassalo em relação ao seu senhor (Penagos, 1993, p.16).

De um modo geral, a proximidade entre o Estado e os militares, inobstante estes serem detentores individuais dos direitos fundamentais, justificaria a restrição dos seus direitos e garantias fundamentais.

A Carta Magna de 1988, como é consabido, apresenta um verdadeiro catálogo de liberdades e garantias individuais, porém, estabelece um rol de relações especiais de sujeição para os militares, de acordo com os exemplos a seguir.

O seu Art. 14, § 2º, proíbe o registro como eleitores dos chamados conscritos, que são aqueles jovens que cumprem o serviço militar inicial obrigatório, restringindo-os expressamente o exercício da capacidade eleitoral ativa, consequência lógica do atributo da cidadania.

A mesma CF/88 (Inc. V, do Art. 142) exclui os militares do serviço ativo do direito, entre outros, à filiação político-partidária, à associação e de greve.

Como se vê, os militares estão subordinados de maneira diferente ao Estado. Eles estão em um relacionamento especial e de sujeição em relação ao ente estatal. Estão sujeitos a um estatuto especial.

Esta proximidade entre o Estado e os militares, ainda que detentores individuais dos direitos fundamentais, por si só, justifica a restrição dos direitos e garantias fundamentais como classe especial de servidores do Estado.

Diante disso, afirma-se seguramente que, quando se trata de assuntos relacionados com a missão da Instituição Militar, como os relacionados à defesa da pátria, os princípios constitucionais de hierarquia e a disciplina devem prevalecer, em louvor da preservação da estabilidade das instituições e dos poderes da República.

Isso porque, nesses casos, justifica-se a dita relação especial de sujeição, uma vez que o pleno exercício das liberdades dos seus agentes representaria um perigo para a estabilidade da Instituição Militar e, conseqüentemente, para o Estado com sérios riscos de ocorrência de danos à sociedade.

5.1 A constitucionalidade do Art. 166 do CPM

O STF já enfrentou a matéria acerca da constitucionalidade do Art. 166, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 475/DF, considerando recepcionado o art. 166 do Código Penal Militar pela ordem constitucional vigente.

Em síntese apertada, é lapidar a lição do Supremo na retromencionada ADPF, pois assentou que a norma não fere o exercício da liberdade de expressão, ao contrário, visa evitar excessos deletérios à hierarquia e a disciplina, assegurando a paz social.

Por oportuno, a parte final do acórdão destaca: “Nada obsta, todavia, que sejam analisadas e sopesadas todas as circunstâncias de cada caso concreto, a fim de se aferir se estão presentes todas as elementares do tipo penal.”

Diante dessa específica manifestação do STF, que soa quase como uma recomendação ao intérprete, como se estivesse avisando sobre os riscos e cuidados quando da aferição da tipicidade. O motivo “o tipo penal não apresenta um texto palatável” causa estranheza a qualquer leitor.

De outro giro, estaria adequadamente estruturado o tipo penal, se a conduta criminalizasse tão somente a crítica a superior ou assunto atinente à disciplina, pois produziria uma análise bem objetiva, minimizando a carga de subjetividade ínsita à ponderação de preceitos fundamentais e da utilização

de princípios como o da proporcionalidade e outros conceitos jurídicos indeterminados.

Neste contexto, o conceito jurídico indeterminado é a ideia de que, além de inicialmente vago, permanece indeterminado após ser interpretado, sendo possível que, mesmo após a realização da atividade hermenêutica à luz dos princípios que integram o regime jurídico, o conceito ainda comporte vários significados em relação ao fato sob análise, podendo assim legitimar espaço de escolhas ao intérprete e gerar certa insegurança jurídica.

Destarte, todo esforço para diminuir os efeitos da ponderação por meio dos conceitos jurídicos indeterminados resulta, em tese, numa maior segurança jurídica.

Diante disso, como exemplo concreto, se a norma fosse vocacionada a criminalizar somente a crítica a superiores, nos moldes acima delineados, facilitaria sobremaneira o raciocínio hermenêutico *in casu* naturalmente, pois penderia em favor da hierarquia e disciplina, promovendo assim a desejada segurança jurídica ao sistema.

Logo, a atualização da lei penal militar nesses moldes, produziria uma norma penal clara ao intérprete e ao interessado, seu destinatário, exercendo sua função preventiva com muito mais eficácia.

Como arremate sobre a necessidade de clareza e coerência da lei, sobretudo da lei de natureza penal, registra-se que interpretá-la é sempre obrigatório, mesmo que se valendo do método mais elementar, a exemplo do gramatical. Por outro lado, se ela for obtusa ou obscura, o trabalho intelectual será bem mais complexo, com risco maior de equívocos, corroborando contra a efetividade da política normativa.

Neste sentido, leciona Gusmão (2008, p. 233):

Toda lei deve ser interpretada para ser aplicada, mesmo quando clara, porquanto não é condição da interpretação ser ela obscura. [...]. Pode-se dizer ser mais fácil a interpretação

quando clara for a norma, mais difícil e penosa quanto for obscura.

6 CONCLUSÕES

O presente estudo do Direito Militar, a partir da análise do Art. 166 do CPM, proporcionou elucidar algumas das peculiaridades dos seus institutos mais relevantes.

Conclui-se que os fundamentos basilares do Direito Militar têm matriz constitucional, no Art. 142, da CF/88, traduzidos pelos princípios da hierarquia e disciplina, os quais são reitores das relações no âmbito das instituições militares.

Verifica-se que o Art. 166 do CPM foi considerado recepcionado pela vigente ordem constitucional pela jurisprudência firmada recentemente no STF.

Especificamente, conclui-se que a atualização legislativa promovida pela Lei 14.688/2023 poderia ter aproveitado a oportunidade para aproximar a legislação castrense, no tocante à norma do Art. 166 do CPM, aos ditames axiomáticos constitucionais atuais.

Nesse aspecto, constata-se que ocorreu a perda de uma valiosa chance de tornar o dispositivo em comento, Art. 166 do CPM, coerente com o Direito fundamental da liberdade de expressão, ao mesmo tempo em que resguardaria os postulados constitucionais da hierarquia e disciplina, no âmbito da instituição militar.

Verifica-se, ainda, que a norma penal necessita ser a mais clara e precisa possível, de modo que a sua literalidade já conduza para sua adequada interpretação e aplicação, sendo a estratégia mais favorável à política legislativa penal e com maior aptidão para gerar mais segurança jurídica.

Diante disso, a modernização do Direito Militar, uma vez mais, perdeu passagem, reforçando a indesejável necessidade da aplicação de

recursos hermenêuticos de certa forma complexos e com certo grau de subjetividade, recorrendo não raro à aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, com o fim de aferir a tipicidade casuisticamente.

Percebe-se que se busca lograr o sentido e o alcance da norma penal castrense, por meio de filtro constitucional, em razão de ter sido elaborada sob a égide axiomática diversa do regime jurídico da atual CF/88, resultando numa maior demanda do esforço exegético e em insegurança.

Outra conclusão, foi no sentido de que as relações especiais de sujeição (submissão e restrição a direitos) dos militares perante o Estado justificam-se em prol da segurança institucional, bem como do fortalecimento e preservação das premissas da hierarquia e disciplina no âmbito do Direito Militar, visando garantir a paz social.

Por fim, pelos resultados alcançados neste estudo, resta clara a necessidade de se incentivar cada vez mais o estudo da matéria para que, a partir das ideias e dos esforços dos seus estudiosos, a norma penal militar possa ser aperfeiçoada adequadamente.

363

REFERÊNCIAS

ASSIS, J. *Curso de Direito Disciplinar Militar – Da Simples Transgressão ao Processo Administrativo*. Curitiba: Juruá, 2007.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 10 set. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 10.001, de 21 de outubro de 1969. Institui o Código Penal Militar. *Diário Oficial da União – Seção 1 – 21/10/1969*, Página 8940 (Publicação Original), Brasília, DF, 21 out. 1969.

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 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental 475 DF*. Artigo 166 do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. Improcedência do pedido.

Requerente: Partido Social Liberal. Relator: Min. Dias Toffoli, 29 de novembro de 2005. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=76736226>. Acesso em: 25 set. 2023.

ENTERRIA, E. G. *Curso de Derecho Administrativo*. Reimpresión. Tomo II. Madrid: *Edit Civitas*, 2001

GUSMÃO, P. D. *Introdução ao Estudo do Direito*. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MELLO, C. *Forças Militares no Brasil Colonial Corpos de Auxiliares e de Ordenanças na Segunda Metade do Século XVIII*. Rio de Janeiro: E-papers, 2009.

PENAGOS, G. *Fundamentos del Derechos Administrativo*. Ediciones Librería del Profesional. Primera edición, 1993.

SENADO FEDERAL. *Código Phillipino*, 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 set. 2023.

SOARES, R.H.S. *A discricionarietà nas decisões administrativas: análise crítica dos poderes sancionatórios do Exército Brasileiro sobre seus agentes*. Tese (Doutorado em Direito) – UNMDP. Mar Del Plata. Argentina. 2023.

SOARES, R. H. S. Reflexões acerca da liberdade de expressão e das restrições às manifestações nas redes sociais e meios digitais. *Direito Militar*, v. 1, p. 13-18, 2019.

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

O excesso da legítima defesa no Ordenamento Jurídico brasileiro: uma análise sobre o Código Penal de 1940 e o Código Penal Militar

Joana Silva de Sousa

Graduanda em direito pela Universidade Estadual do Maranhão (UEMA). Voluntária PIVIC no projeto de pesquisa “Os limites jurídicos normativos da legítima defesa: uma análise de como as emoções humanas podem interferir no excesso dessa exclusão de ilicitude”.

CV Lattes: <https://lattes.cnpq.br/4141162223222615>

E-mail: joanasilvadesousa@hotmail.com

Jaqueline Alves da Silva Demetrio

Doutora em Educação pela Universidade Católica de Brasília – UCB (2019). Mestra em Educação pela Universidade Católica de Brasília – UCB (2013). Especialista em Direito Constitucional Aplicado, Uniceuma (2006).

Graduada em Direito pelo Centro Universitário do Maranhão – Uniceuma (2002). Graduada em Letras pela Universidade Federal do Maranhão UFMA (1999). Servidora pública estadual como Professora Universitária da Universidade Estadual do Maranhão – UEMA.

Orientadora do projeto de pesquisa PIVIC “Os limites jurídicos normativos da legítima defesa: uma análise de como as emoções humanas podem interferir no excesso dessa exclusão de ilicitude”.

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1019408854302854>

E-mail: jaquelineasdemetrio@hotmail.com

Revisores: Cristiane Pereira Machado (e-mail: cristiane.machado@mpm.mp.br)

Guilherme Roman Borges (CV Lattes:

<http://lattes.cnpq.br/5886792744030746>; e-mail: guilherme.borges@p.ucb.br)

Data de recebimento: 30/09/2023

Data de aceitação: 16/10/2023

Data da publicação: 21/11/2023

DOI: 10.5281/zenodo.10078766

RESUMO: O presente artigo traça uma linha entre o limite e o excesso da legítima defesa no ordenamento jurídico brasileiro, com o objetivo de entender a configuração da passagem do uso legal dessa exclusão de ilicitude ao seu uso indevido. Para alcançar tal objetivo, faz-se uma análise do conceito de legítima defesa e também sua abordagem histórica, bem como uma abordagem para compreender como as emoções interferem na configuração do seu uso excessivo e como se deu o tratamento do excesso da legítima defesa no Código Penal de 1940 e no Código Penal Militar de 1969. Além disso, têm-se a revisão jurisprudencial, o estudo normativo e a posição doutrinária sobre a temática, com a finalidade de mitigar as obscuridades sobre o tão discorrido excesso da legítima defesa.

PALAVRAS-CHAVE: legítima defesa; excesso; emoções; ordenamento jurídico brasileiro.

366

ENGLISH

TITLE: The excess of self-defense in the Brazilian Legal System: an analysis of the 1940 Penal Code and the Military Penal Code.

ABSTRACT: This article draws a line between the limit and excess of self-defense in the Brazilian legal system, with the aim of understanding the configuration of the transition from the legal use of this exclusion of illegality to its improper use. To achieve this objective, an analysis of the concept of self-defense and its historical approach is made, as well as an approach to understanding how emotions interfere in the configuration of its excessive use and how was the treatment of excess self-defense in the Penal Code of 1940 and in the Military Penal Code of 1969. In addition, there is the jurisprudential review, the normative study and the doctrinal position on the subject, with the purpose of mitigating obscurities regarding the much discussed excess of self-defense.

KEYWORDS: self-defense; excess; emotions; Brazilian legal system.

SUMÁRIO

1 Introdução – 1.1 Legítima defesa: uma abordagem histórica e conceitual – 2 Excesso de legítima defesa em razão das emoções humanas – 3 Excesso de legítima defesa escusável no Código Penal Militar – 4 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

De acordo com Miguel Reale Júnior (1998), a legítima defesa possibilita a reação direta do agredido na proteção de um interesse – seu ou de outrem –, tendo em vista a impossibilidade de tempestiva intervenção estatal. Nesse sentido, a configuração normativa brasileira permite, no artigo 25 do Código Penal de 1940, o uso desse atributo como uma exclusão de ilicitude, permitindo que, ainda que o indivíduo realize uma agressão, se ela se der de forma moderada, para reprimir outra anterior, injusta e iminente, a si ou a outrem, ele não comete um crime, tampouco lhe será imposta sanção.

Contudo, a jurisprudência do país constata diversos casos do uso excessivo dessa exclusão de ilicitude, sendo estes julgados em consonância com o parágrafo único do artigo 23 do mesmo código, que atenua a sanção para casos de excesso doloso e culposo da supramencionada regalia penal. No entanto, o problema da questão se encontra na dificuldade de diferenciar a intenção responsável por ocasionar tal demasia, além da falta de regulamentação sobre as atitudes consequentes das emoções inerentes ao ser humano.

Logo, o presente artigo utiliza uma abordagem qualitativa, com o objetivo de compreender a configuração do limite aceito legalmente no uso da legítima defesa e como as emoções humanas interferem na ultrapassagem desses limites. Para isto, têm-se como técnicas de pesquisa a revisão bibliográfica em livros, artigos, teses e dissertações, além da análise de casos jurisprudenciais, com o intuito de aferir a posição dos juízos sobre a temática.

Em suma, o artigo utiliza o material disponível na busca de esclarecimento sobre a temática norteadora do estudo, haja vista a importância de discorrer sobre esta questão de forma acessível, tendo em vista a obscuridade que permeia o assunto.

1.1 Legítima Defesa: uma abordagem histórica e conceitual

O artigo 25 do Código Penal versa sobre a legítima defesa, sendo expresso que:

Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (Vide ADPF 779)

Parágrafo único. 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. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019) (Vide ADPF 779).

Nesse sentido, a legítima defesa tem como principal função a proteção da integridade humana, antes de qualquer dispositivo legal, motivo pelo qual alguns doutrinadores consideram essa exclusão de ilicitude uma instituição sem história (Santos, 2022). No entanto, esse instrumento possui um grande histórico até a chegada à legislação hodierna. De acordo com Damásio de Jesus, jurista brasileiro, em seu livro “Direito Penal: parte geral”:

A noção jurídica da legítima defesa somente surgiu quando o Estado reclamou para si o castigo do autor em face da prática de uma ofensa pública ou privada. Somente aí é que se iniciou o processo evolutivo do direito de punir e do direito de liberdade: de um lado, o magistério estatal punitivo como forma de repressão ao delito; de outro, a legítima defesa exercida por qualquer particular injustamente vítima de agressão (Jesus, 2011, p. 425).

Para mais, a legítima defesa tem sua origem ligada à civilização romana, uma vez que os romanos primitivos defendiam o direito pela força,

promovendo justiça com as próprias mãos. Contudo, a conjuntura do processo histórico, cultural e político da sociedade romana e de diversas outras levou à passagem da justiça privada para a pública (Cretella, 1995 *apud* Azevedo Filho, 2010).

Essa alteração formou-se mediante 4 (quatro) fases, sendo a primeira conhecida como vingança privada, sob permissão da Lei de Talião (“olho por olho, dente por dente”); após isso, tem-se o arbitramento facultativo, sendo permitida (e opcional) a resolução de conflitos individuais por árbitros eleitos, sem a intervenção estatal.

Na terceira fase, nota-se que tal arbitramento passa a ser obrigatório; e, por fim, tem-se a quarta e última fase, denominando-se como justiça pública, em que os litígios se desenvolvem inteiramente diante de um juiz – funcionário do Estado –, sendo esta a forma que prevalece atualmente, contendo, no entanto, vários resquícios de épocas anteriores, como a possibilidade da autodefesa dos direitos.

Nesta senda, a legítima defesa era plenamente reconhecida nos documentos romanos, embora não estivesse formulada com total exatidão. Essa autodefesa era admitida em hipóteses de tutela ao bem da vida, como os casos de risco para a pessoa ou a seus familiares, com condição de que a injusta agressão não houvesse cessado. Sobre isso, Hermes Guerrero, em sua obra “Do excesso em legítima defesa”, afirma que:

No Direito Romano, para que a defesa fosse legítima, não bastava o caráter injusto da agressão: exigia-se que essa ainda não houvesse cessado, pois se o ataque desaparecesse, o direito de defesa deixaria de existir dando lugar ao excesso, porque neste caso, se estaria diante de uma vingança (Guerreiro, 1997, p. 64).

Logo, nota-se a similaridade existente nas condições da legítima defesa romana e a hodierna.

Outra configuração histórica da legítima defesa se faz presente no direito canônico que, anteriormente, não permitia esta supramencionada defesa de direitos, sendo o ofendido obrigado a recorrer à fuga. Tal restrição contrariava a obrigação de proteger terceiros, relacionando-se àquele que pode salvar alguém, mas não o faz. Posteriormente, a igreja acolheu o instrumento de legítima defesa, desde que a vida e a integridade humana fossem protegidas em seu uso (Guerreiro, 1997).

Logo, faz-se notória a precisão – desde os tempos primitivos – dos pressupostos condicionais para o uso dessa exclusão de ilicitude, sendo estes essenciais para as decisões que envolvam o excesso de legítima defesa nas lides encaminhadas ao Judiciário brasileiro. Em todo caso, para a aplicação dessa excludente de ilicitude, faz-se necessário que a agressão seja injusta e atual (Cretella, 1995, *apud* Azevedo Filho).

370

2 EXCESSO DE LEGÍTIMA DEFESA EM RAZÃO DAS EMOÇÕES HUMANAS

O artigo 23 do Código Penal disserta sobre as excludentes de ilicitudes presentes no ordenamento jurídico brasileiro, *in verbis*:

Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato:
I - em estado de necessidade;
II - em legítima defesa;
III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.
Parágrafo único - O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposos.

Conforme exposto, há a previsão de punibilidade em hipóteses de excesso das exclusões de ilicitude, que foi incluída pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984, no entanto, não há, na Lei, uma delimitação sobre qual seria o limite da legítima defesa, tampouco algum artigo que trate de forma específica sobre como as emoções inerentes ao ser humano influenciam na configuração de tal sanção.

Análogo a isso, Rogério Greco (2016) afirma que, para que se possa verificar se o meio necessário foi utilizado de forma moderada, é fundamental, inicialmente, um marco que se configure como a linha tênue entre limite e excesso de legítima defesa, sendo este ponto um déficit na legislação brasileira.

No entanto, embora a atual legislação seja deficitária ao não discorrer sobre o papel das emoções no uso da legítima defesa e na configuração do excesso desta, nem sempre foi assim. O Decreto-Lei nº 1.004 de 1969 promoveu uma reforma no código penal e trouxe, de forma expressa em seu artigo 30, a previsão de que as reações exacerbadas em virtude de medo, surpresa ou perturbação de ânimo – em casos de excludentes de ilicitude – seriam consideradas como excesso escusável, razão pela qual acarretaria a não punição de seu autor em casos de culpa (§1º) e a possibilidade da atenuação de pena para casos dolosos (§2º):

Art. 30. O agente que, em qualquer dos casos de exclusão de crime, excede culposamente os limites da necessidade, responde pelo fato, se este é punível a título de culpa.

§ 1º Não é punível o excesso quando resulta de escusável medo, surpresa, ou perturbação de ânimo em face da situação.

§ 2º Ainda quando punível o fato por excesso doloso, o juiz pode atenuar a pena.

Posteriormente, houve a reforma da parte geral do supramencionado código pela Lei nº 7.209 de 1984, com isso, tal dispositivo foi apartado. Dada a retirada, Barbara Machado, em sua tese denominada “O excesso na legítima defesa em razão do medo, emoção ou surpresa”, de 2021, questiona a intenção do legislador em apartar o artigo sem que haja a regulamentação do tema de forma específica pela lei penal, pois resta a entender que este tenha o impulso de que o excesso da legítima defesa em virtude de tais emoções acarrete a punição para o autor.

Logo, uma vez que o artigo que tratava explicitamente sobre a temática das emoções na configuração da sanção no excesso de legítima defesa foi apartado, entende-se que a questão deve ter seu tratamento a partir dos princípios e demais institutos presentes no Código Penal e no direito amplo.

Ademais, para se entender a problemática da questão, faz-se indispensável a discussão sobre o excesso culposo, doloso e exculpante da legítima defesa. Nesse sentido, o excesso culposo da legítima defesa deriva da falta do dever objetivo de ter cuidado para com aquele que iniciou a injusta agressão, sendo uma espécie de responsabilidade objetiva, por sua vez, o excesso ocorre com o emprego de meio desproporcionalmente desnecessário ou imoderado.

372 O Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial nº 1.786.605, julgado em 2021 pela sexta turma do Superior Tribunal de Justiça, traz em seu voto o exemplo da ocorrência do excesso doloso na legítima defesa, uma vez que o querelado argumentou ter utilizado desta exclusão de ilicitude ao espancar e ameaçar de morte sua esposa, pois ela havia lhe desferido primeiramente um tapa no rosto. Considerando o relatado, a sexta turma do STJ apartou a tese de legítima defesa e adotou, em seu lugar, a hipótese de excesso doloso de legítima defesa, dado o meio desproporcionalmente desnecessário e imoderado utilizado pelo querelado.

Já o excesso exculpante/intensivo de legítima defesa, de acordo com Francisco de Assis Toledo (1994), configura-se quando o agente se excede na legítima defesa sem perceber que o está fazendo, sendo controlado por grave perturbação de ânimo. Tal excesso caracteriza-se por ser uma excludente momentânea de culpabilidade, dado que a alteração emocional do indivíduo o impede de tomar atitudes racionais no momento da injusta agressão.

Logo, nota-se que o excesso exculpante considera o estado emocional do indivíduo que assim age. Sobre o tema, disserta Francisco Maílson que:

[...] impulsos de extrema violência que afetem, excitem o sistema límbico não passará, conseqüentemente, pelo crivo do lobo frontal, ou seja, a vontade, íntima da consciência, estará ausente por alguns milésimos de segundo, desencadeando, o que se pode classificar como um “efeito marionete”, onde homem, ex citado, e tal excitação está tanto ligado à neurobiologia quanto à psique, faz que a conduta seja de ímpeto, abrupta, inesperada. Um homem calmo, ponderado, que mede cada palavra a dizer, cada conduta a seguir, nesse sistema de efeitos de milionésimos de segundo, afasta-se do bom senso, de sua capacidade cordata (Silva, 2011, p. 4).

Assim, percebe-se o motivo de o excesso exculpante de legítima defesa considerar as emoções como uma excludente momentânea de culpabilidade, haja vista a incapacidade mental momentânea causada por estas em momentos de grande perturbação de ânimo.

Para mais, o Código Penal de 1940, embora não tenha, em seu texto, previsão para o excesso escusável de legítima defesa, dispõe de hipóteses de atenuação de pena para crimes cometidos motivados por violenta emoção, como o disposto nos artigos 65, inciso II, alínea c, que versa sobre as condições que sempre atenuam a pena e traz, nesta alínea, a atenuação para o agente que tenha “cometido o crime sob coação a que podia resistir, ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, ou sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima”, ademais, o artigo 121, §1º, traz a hipótese de atenuação em caso de homicídio provocado pelo mesmo motivo, além do artigo 129, §4º, que versa sobre as atenuantes em casos de lesão corporal.

Percebe-se, com tal análise, que, embora a legislação não verse expressamente sobre as emoções humanas no excesso de legítima defesa, esta é alcançada pelas hipóteses de atenuações de pena supramencionadas.

Contudo, faz-se necessário o tratamento expresso de como a legítima defesa pode ser excedida quando motivada pelas diferentes emoções humanas e como devem ser concedidas sanções para casos dessa estirpe, uma vez que o não esclarecimento sobre a temática faz com que a lei seja deficitária. Nessa lógica, ter uma lei deficitária sobre uma questão inerente ao ser humano é um erro para a manutenção da paz social, haja vista que a lei é feita por homens e para homens e, se ela não considera características inerentes a este, nada mais é que um papel com escrituras.

3 EXCESSO DE LEGÍTIMA DEFESA ESCUSÁVEL NO CÓDIGO PENAL MILITAR

O direito militar no Brasil advém de um longo histórico, tendo iniciado com origem portuguesa em 1500 e sido consumado com as regras específicas criadas para os militares, com o advento do Conselho Supremo Militar e de Justiça (Fell, 2021).

Tal Conselho foi alterado em 1891, com a Constituição vigente no período, sendo denominado como Supremo Tribunal Militar, após isso, passou a fazer parte do Poder Judiciário, na qualidade de órgão, com a Constituição Brasileira de 1934. No mais, com a Carta Maior de 1946, essa instituição passou a denominar-se como Superior Tribunal Militar.

Quanto às normas militares, as primeiras regras criadas para militares no país vigoraram após a sua independência, tendo sido instaurado, em março de 1891, o Código Penal da Armada, que foi estendido ao exército em setembro de 1899 e à força aérea em janeiro de 1941 (Fell, 2021).

Nesse sentido, em 1944 foi publicado o Decreto-Lei nº 6.227, que instituiu o primeiro Código Penal Militar brasileiro, tendo este permanecido vigente até 1969, sendo revogado com o surgimento do Decreto-Lei 1.001/69. Por conseguinte, o hodierno Código Penal Militar do país deu-se

por meio da Lei nº 14.688, de 20 de setembro de 2023, e trouxe, em seu texto, congruência com o Código Penal (1940), com a Constituição Federal (1988) e com a Lei de Crimes Hediondos (1990).

Nesse contexto, embora o excesso escusável de legítima defesa não seja vigente no Código Penal de 1940, os Códigos Penais Militares de 1969 e de 2023 sempre consideraram o excesso desta excludente de ilicitude – ocasionado pelas emoções – como fator de exclusão da culpabilidade do indivíduo, conforme exposto pelo parágrafo único do artigo 45:

Art. 45. O agente que, em qualquer dos casos de exclusão de crime, excede culposamente os limites da necessidade, responde pelo fato, se este é punível, a título de culpa.
Parágrafo único. Não é punível o excesso quando resulta de escusável surpresa ou perturbação de ânimo, em face da situação.

Além do Código Penal Militar, há, no país, alguns projetos de lei que buscam inserir a Legítima Defesa Exculpante no Código Penal de 1940, como o PL 822/2019, que amplia as possibilidades de legítima defesa ao policial que, em perigo iminente a si ou a outrem, repele essa injusta agressão, além de trazer a possibilidade da inexistência da pena ou de sua redução em casos de excesso de legítima defesa. No entanto, o projeto se encontra arquivado e, em sua última ação legislativa, este foi declarado prejudicado em face da aprovação em Plenário do Substitutivo ao Projeto de Lei 10.372, de 2018, adotado pelo Relator da Comissão Especial (Câmara dos Deputados, 2019).

Após a PL 822/19, ocorreu a iminência do Projeto de Lei 733/2023, do Poder Executivo, que insere no Código Penal a figura do excesso exculpante em face das emoções advindas da situação de perigo iminente, além de ampliar as hipóteses de legítima defesa. Atualmente, esse projeto se encontra apensado ao PL 3/2019, que aguarda o parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

Sobre a questão, parte da doutrina entende ser necessário esse aparato de forma mais específica para os militares, haja vista que a função deles demanda uma continuidade de situações em que a legítima defesa a si ou para outrem se faz necessária; ocorrendo, conseqüentemente, mais casos de excesso nesta excludente de ilicitude. Análogo a isso, disserta Júlio César Araújo:

[...] Esse uso progressivo da força ocorre porque durante a atuação policial, nem sempre as abordagens são de forma pacífica, o que dificulta o trabalho da polícia, fazendo necessário o uso da força durante essas abordagens de acordo com a resistência obtida ou pela tentativa de fuga do indivíduo, a fim de obter o cumprimento da lei e manter a ordem pública, de forma que a aplicação seja proporcional a sua atuação (Araújo, 2008).

Logo, resta claro que as pesquisas normativa e jurisprudencial revelam que o Código Penal Militar de 1969 e o Código Penal Militar de 2023 trazem, de forma expressa e evidente, o papel das emoções no uso da legítima defesa; não tendo, portanto, a lacuna presente no Código Penal de 1940.

4 CONCLUSÃO

O estudo realizado sobre a temática percorrida revela que é necessária a abertura na configuração do limite de legítima defesa, uma vez que as pessoas são diferentes e tal marco entre limite e excesso varia de acordo com as características de cada caso concreto. Essa tese já é considerada em diversos julgamentos, em que os juízes fundamentam suas decisões de acordo com as características de cada caso, a fim de definir se houve ou não o excesso de legítima defesa.

Assim, resta claro que tal interposição limitatória prejudicaria a análise do caso concreto e o princípio da verdade real, além de remover do órgão julgador seu dever de analisar a lide trazida a si.

Ademais, considerando que o Código Penal de 1940 não faz referência a como as emoções afetam a reação do agente que utiliza a legítima defesa, o órgão julgador decide por si só. Dessa forma, os tribunais analisam o caso concreto conforme seu entendimento e a compatibilidade com o direito.

Contudo, mesmo que a interpretação do órgão julgador considere as emoções na qualificação da pena, há a necessidade de se abordar de forma explícita sobre o papel das diversas emoções inerentes ao ser humano na previsão de culpabilidade, a fim de unificar as decisões referentes a esta temática e conceder uma maior base às decisões concernentes à questão. Só então, poder-se-á desfrutar de uma legislação em que a obscuridade referente ao tema não mais vigore.

377

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Júlio Cesar Rodrigues. *Abordagem policial: Conduta Ética e legal*. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública/CRISP da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas) Universidade Federal de Minas Gerais e à Secretaria Nacional de Segurança Pública/SENASP. UFMG: Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <https://docplayer.com.br/1645068-Abordagem-policial-conduta-etica-e-legal.html>. Acesso em: 27 set. 2023.

AZEVEDO FILHO, José Hygino. *Do excesso na legítima defesa*. Monografia (bacharelado em direito) - Centro Universitário de Brasília (UNICEUB), Brasília, 2010.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 31 dez.

BRASIL. Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. *Coleção das Leis da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, v. 7, p. 275-376, 1970.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969*. Código Penal. Brasília: Presidência da República, [1969]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del1004.htm. Acesso em: 19 set. 2023.

BRASIL. Decreto-lei n° 4.657 de 1942. Promulgada em 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, Casa Civil. *Diário Oficial*, 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657.htm. Acesso em: 19 set. 2023.

BRASIL. Lei n° 14.688, de 20 de setembro de 2023. Altera o Decreto-Lei n° 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar). Brasília, DF: *Diário Oficial da União*, 2023.

378

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma). *AgRg nos EDcl no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.786.605*. Santa Catarina. Lesão corporal e ameaça ocorridos em contexto de violência doméstica. Ofensa a preceito constitucional. Agravante: AFV. Agravado: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Olindo Menezes, 08 de junho de 2021. Lex: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, Santa Catarina, p. 01-10, 2021.

FELL, Renato Rafael de Brito. Breve histórico do direito penal militar. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 11 fev. 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/56166/breve-historico-do-direito-penal-militar>. Acesso em: 19 set. 2023.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte geral*. V. 1. 18. ed. Rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

GUERRERO, Hermes Vilchez. *Do Excesso em legítima defesa*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal: parte geral*. 32 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARANHÃO. Tribunal de Justiça do Maranhão. *Apelação Criminal nº 0007119-92.2019.8.10.0001*. Apelação Criminal. Crime de lesão corporal praticado no âmbito de violência doméstica e familiar. Pleito Absolutório. Excesso de legítima defesa. 2ª Câmara Criminal. Relator: José Luiz Oliveira de Almeida, 18 de setembro de 2023. Disponível em: <https://jurisconsult.tjma.jus.br/#/sg-jurisprudence-list>. Acesso em: 19 set. 2023.

PROJETO amplia possibilidades de legítima defesa para policiais. *Agência Câmara de Notícias*, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/552167-projeto-amplia-possibilidades-de-legitima-defesa-para-policiais/>. Acesso em: 27 set. de 2023.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 2002.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. *Apelação Criminal nº 0000007-57.2012.8.24.0024/SC*. Apelação criminal. Crime doloso contra a vida. Homicídio (CP, art. 121, caput). Absolvição sumária. Legítima defesa. Acusado repele ameaça e ofensa injusta da vítima. Situação violenta e amedrontadora. Recurso ministerial. Ausência de moderação. Acusado que desfecha dezesseis golpes de facão na vítima. Vítima não cessa ameaça, mesmo depois de golpeada várias vezes. Excesso não caracterizado e, se considerado, escusável ante o quadro fático. Excesso exculpante. 2. Câmara Criminal. Relator: Getúlio Corrêa, 14 de março de 2017. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-sc/943443717>. Acesso em: 27 set. 2023.

SANTOS, Karen. *A legítima defesa como causa de exclusão de ilicitude e o excesso regido pela emoção*. Universidade Una. Contagem, Minas Gerais, 2022. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/22439/1/ARTIGO%20CIENCIA%20C3%8DFICO%20-%20KAREN%20N%20S%20SANTOS%2041721068.pdf>. Acesso em: 18 set. 2023.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVA, Maílson. *Emoção Vulcânica no Direito Penal*. Minas Gerais. [s.d.]. Disponível em:

Joana Silva de Sousa; Jaqueline Alves da Silva Demetrio

https://www.uni7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic/v_encontro/emocao_vulcanicanodireitopenal.pdf. Acesso em: 18 set. 2023.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

Existe presunção de inocência na esfera disciplinar militar?

Juliana Paula de Souza

Especialista em Direito Militar com Docência do Ensino Superior pela Universidade Candido Mendes (CBEPJUR). Militar da Aeronáutica, lotada no Superior Tribunal Militar (STM). Professora do curso de Direito Disciplinar Militar, Direitos Humanos dos Militares e Lei da Medida de Detenção de Aeronaves (Lei do Abate) no CBEPJUR. Professora de Direito Disciplinar Militar no Verbo Jurídico, Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Escola Mineira de Direito, Gran Cursos e Cejur (Unyleya). Trabalhou no Grupo Especial de Inspeção em Voo (GEIV) e na Seção de Investigação e Justiça do Departamento de Controle do Espaço Aéreo (DECEA).

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9015997159905407>

Revisores: Cristiane Pereira Machado (e-mail: cristiane.machado@mpm.mp.br)

Alexandre Reis de Carvalho (ORCID: 0000-0003-3653-6352; e-mail: alexandre.carvalho@mpm.mp.br)

Data de recebimento: 09/09/2023

Data de aceitação: 17/10/2023

Data da publicação: 21/11/2023

DOI: 10.5281/zenodo.10078791

RESUMO: Gera inconformismo, o que, por vezes, leva à judicialização, quando um militar, que ainda está respondendo a processo administrativo disciplinar, criminal ou que está preso cautelarmente, ou seja, antes mesmo de uma decisão final, passa a figurar como *sub judice*, assim, sofrendo algumas restrições na carreira, por exemplo, sendo impedido de constar em quadro de acesso para promoção, progressão na carreira com os devidos efeitos pecuniários. Dessa maneira, diante de uma possível interpretação prematura de que esse impedimento ao ato administrativo da promoção, pelo fato de estar *sub judice*, poderia configurar uma antecipação dos efeitos de uma condenação, que sequer possa existir, e ou de que se trataria de uma injustiça ou ato discriminatório, faz-se necessário entender se, de fato, existe, e deve existir, presunção de inocência na esfera disciplinar militar. Também, é importante que se conheçam os motivos dessa restrição temporária à

ascensão na carreira; e, ainda, a promoção em ressarcimento de preterição. Além disso, diante das especificidades da esfera disciplinar militar, faz-se necessário esclarecer o porquê não é adequado o transporte em massa de Princípios da esfera criminal para a esfera disciplinar castrense.

PALAVRAS-CHAVE: presunção de inocência; independência das esferas; punição disciplinar; missão constitucional; instituições militares.

ENGLISH

TITLE: Is there a presumption of innocence in the military disciplinary sphere?

ABSTRACT: It generates non-conformity, which sometimes leads to judicialization, when a soldier, who is still responding to administrative disciplinary or criminal proceedings or who is in precautionary arrest, that is even before a final decision, becomes sub judice, thus, suffering some career restrictions, for example, being prevented from being included in the access list for promotion, career progression with the due pecuniary effects. Thus, faced with a possible premature interpretation that this impediment to the administrative act of promotion, due to the fact that it is sub judice, could constitute an anticipation of the effects of a conviction that may not even exist and or that would be an injustice or discriminatory act, it is necessary to understand whether, in fact, there is, and should be, a presumption of innocence in the military disciplinary sphere. It is also important to know the reasons for this temporary restriction on career advancement and, also, promotion in compensation for neglect. Furthermore, given the specificities of the military disciplinary sphere, it is necessary to clarify why the mass transport of Principles from the criminal sphere to the military disciplinary sphere is not appropriate.

KEYWORDS: presumption of innocence; independence of spheres; disciplinary punishment; constitutional mission; military institutions.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Missão constitucional das instituições militares, peculiaridades da esfera disciplinar militar – 3 Objetivo da punição disciplinar e a independência das esferas disciplinar e criminal militares –

4 Militar *sub judice* e a promoção por ressarcimento de preterição – 5
Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O Princípio da presunção de inocência possui raízes internacionais originando-se, segundo parte da doutrina, no Direito Romano, por meio da máxima *in dubio pro reo* (Bacellar Filho, 2013). Essa presunção do acusado como inocente até a sua condenação judicial final avolumou-se num cenário de transformação da legislação penal e processual penal sedento pelo fim de práticas secretas e inquisitoriais de investigação criminal e pela admissão de um modelo acusatório público garantidor da igualdade de armas entre a acusação e defesa.

Inspirados por essas ideias e na luta pela salvaguarda da liberdade e da igualdade, revolucionários burgueses legitimaram a garantia da presunção de inocência por meio da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que foi proclamada, na França, em 1789, prevendo, no seu art. 9º, que “Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei [...]”.

Eis, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, portanto, um marco primordial para a ascensão da presunção de inocência à categoria de direito fundamental do homem assegurado de forma expressa sob dois aspectos: processual, no qual, o acusado é desobrigado do dever de produzir provas de sua inocência, visto que esta é presumida; e de direito material protetivo de ameaças à liberdade do réu, que só poderia ser violada de forma excepcional em casos indispensáveis à sua própria proteção.

Ainda, no âmbito internacional, outros normativos consolidaram a ideia moderna dos direitos humanos, como a Declaração Universal dos

Direitos do Homem, que foi proclamada, em 10 de dezembro de 1948, pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, prevendo, no art.11.1, que: “[...] Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida 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 [...]”.

Nesse mesmo sentido, a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos, reconhecida em Roma em 1950, dispôs, no art. 6º. 2, que:

[...] Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada [...]”. Também o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, aprovado em 1966, ratificou, no art. 14.2, que “[...] Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa [...]”.

384

Na América, em 1969, foi assinada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto San José da Costa Rica –, que foi promulgada no Brasil em 06 de novembro de 1992, por meio do Decreto nº 678, no qual, entre um espectro de garantias judiciais do acusado, estava a presunção de inocência: “[...] Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa [...]”.

Além de reconhecido internacionalmente, o referido Princípio foi incorporado como um direito fundamental da pessoa humana nas constituições de vários países. Todavia, por mais que se tenha admitido a sua aplicação no Direito pátrio a partir de 1948, somente com a Constituição de 1988, o Princípio da presunção de inocência foi expressamente previsto no art. 5º, LVII: “[...] ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória [...]” (grifo nosso).

Perfazendo-se uma linha do tempo da historicidade desse Princípio, desde o seu reconhecimento internacional até a sua implementação no Direito interno, pode-se observar um padrão no seu texto, quer dizer, o seu

direcionamento a aqueles que estão respondendo pela prática de um delito. E está, aqui, o cerne principal deste trabalho: demonstrar que o referido Princípio é aplicável aos acusados em processos criminais.

Apesar de apelidado de Princípio da presunção de inocência, muitos fazem uma distinção esclarecendo que, na verdade, trata-se de Princípio da presunção de não culpabilidade, uma vez que não se trataria de efetiva inocência no sentido literal da palavra:

A grande diferença que se poderia depreender das duas terminologias reside em uma questão de ênfase: a presunção de não culpabilidade exprime apenas uma regra de juízo interna ao processo, é dizer, enquanto não houver uma condenação judicial definitiva baseada em provas suficientes, não se pode afirmar a culpabilidade do acusado, ao passo que a presunção de inocência impõe o dever de tratar o imputado como inocente dentro e fora do processo, evitando-se a sua estigmatização (Bacellar Filho, 2013, p. 166).

É, portanto, o Princípio da presunção de inocência ou da presunção de não culpabilidade, além de uma garantida individual, a essência do processo penal brasileiro exposto no texto constitucional.

385

2 MISSÃO CONSTITUCIONAL DAS INSTITUIÇÕES MILITARES, PECULIARIDADES DA ESFERA DISCIPLINAR MILITAR

As instituições militares, Forças Armadas (FFAA) e Forças Auxiliares, são regidas por valores próprios essenciais para o cumprimento da missão imposta constitucionalmente no art. 142 c/c art. 144, V e § 5º, respectivamente. Assim, quando se tem uma violação aos Princípios norteadores da vida militar (ética, dever, obrigação militar, hierarquia e disciplina, honra pessoal, pundonor militar, decoro da classe, etc.) (Souza, 2022), exige-se uma pronta resposta nos termos do regulamento disciplinar ou código de ética e disciplina de cada instituição militar.

As FFAA, por exemplo, possuem como missão constitucional principal a defesa da Pátria, a garantida dos Poderes Constitucionais, da Lei e

da Ordem, por iniciativa dos poderes constituídos, ou seja, são responsáveis, inclusive pela Soberania da República Federativa do Brasil. Além disso, possuem diversas atribuições subsidiárias nos termos da LC 97/99, por exemplo, a atuação preventiva e repressiva contra os delitos transfronteiriços e ambientais.

Por isso, são regulares e permanentes, quer dizer, são vinculadas à própria existência do Estado Democrático de Direito e são responsáveis pela manutenção deste. Além disso, esse posicionamento constitucional confere às FFAA a proteção contra a dissolução que só poderá ocorrer por decisão de uma Assembleia Nacional Constituinte.

Além disso, as Forças Auxiliares, Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, respectivamente, têm a atribuição constitucional, art. 42 c/c art. 144, V e § 5º, de policiamento ostensivo, preservação da ordem pública e atividades de defesa civil, além de outras atribuições legais. Todavia, por serem reservas do Exército nos termos do art. 144, § 6º, CR/88, são uma decorrência natural da existência e manutenção do Estado Democrático de Direito e não poderiam ser dissolvidas, simplesmente, porque, no seu texto constitucional, não há a palavra regular e permanente como há no art. 142, CR/88.

Nota-se que a missão constitucional das instituições militares está diretamente ligada ao interesse público e à eficiência deste. Por isso, os militares fazem parte de uma categoria especial de servidores da Pátria possuindo, inclusive, uma série de restrições aos seus Direitos efetuadas pela própria CR/88 e pela Lei em nome da hierarquia e disciplina objetivando cumprir as atribuições impostas na Lei maior.

Assim, quando um militar pratica uma falta disciplinar, imediatamente, deve ocorrer a apuração e o pronto reestabelecimento dos Princípios basilares sob pena de ocorrer a interrupção de um serviço público mais do que essencial no País. Por isso, essa apuração precisa ser célere.

Porém, isso não significa violar o contraditório e a ampla defesa. Esse Direito fundamental, na apuração da falta disciplinar, deve ser garantido, mas não trazendo todos os Princípios da esfera criminal para a esfera disciplinar militar, visto que, são esferas diferentes, independentes.

Via de regra, o instrumento garantidor dos Princípios reguladores da vida militar é o regulamento disciplinar ou código de ética e disciplina de cada instituição; e, por exceção, o Código Penal Militar, que, para alguns, cuida das ofensas mais graves. Os regulamentos disciplinares das FFAA são: o Regulamento Disciplinar da Marinha (RDM – Decreto nº 88.545/83), Regulamento Disciplinar do Exército (RDE – Decreto nº 4.346/2002) e o Regulamento Disciplinar da Aeronáutica (RDAer – Decreto nº 76.322/75).

Exatamente por ser posterior à CR/88, dentre os regulamentos disciplinares das FFAA, somente o RDE prevê, expressamente, a obrigatoriedade de serem assegurados o contraditório e a ampla defesa (art. 35, §§ 1º, 2º e Anexo IV), na apuração da transgressão disciplinar, com a finalidade de, na prática, cumprir determinação constitucional. O RDM e o RDAer se utilizam de normas internas para assegurar esses princípios constitucionais: DGPM (Diretoria-Geral de Pessoal da Marinha) 315 – Normas sobre Justiça e Disciplina na Marinha – (capítulo 2), que merece um estudo mais aprofundado para se afirmar se, de fato, são garantidos por ela esses princípios mencionados. E, com relação à Aeronáutica, tem-se a Instrução do Comando da Aeronáutica (ICA) 111-6/2021, que trata da regulamentação da sistemática de apuração de transgressão disciplinar e da aplicação da punição disciplinar.

Garantir a ampla defesa e o contraditório na apuração da falta disciplinar não significa descaracterizar a especificidade dessa esfera trazendo todos os Princípios da esfera criminal, mas, observar o rito adequado nessa apuração, dar ciência de sua existência ao suposto transgressor, a oportunidade para contestar a acusação, produzindo as provas

que entender necessárias (admitidas em Direito), o acompanhamento dos atos da instrução e a utilização dos recursos cabíveis, mas tudo isso dentro do que a Lei ou o Regulamento relativo a cada processo (estando em consonância com a CR/88) previrem, pois se trata de esfera administrativa, e não penal.

Dessa maneira, esses princípios, na apuração da falta disciplinar, devem ser exercidos num prazo pequeno, por exemplo, de 3 dias conforme o Anexo IV do RDE. Prazo este que só será prorrogado justificadamente a critério da autoridade.

A esfera disciplinar militar existe para manter a regularidade e a permanência do serviço público militar e de forma eficiente, e, para isso, necessita de um sistema disciplinar célere, não burocrático e que ampare os princípios basilares, mas sem retirar o contraditório e a ampla defesa (nos termos do regulamento) do suposto transgressor.

A falta disciplinar representa uma prestação precária, não eficiente do serviço público militar, e, exatamente por isso, não há como conceber uma presunção de inocência na esfera disciplinar castrense sob pena de corroborar com o não cumprimento (ou o cumprimento ineficiente) da missão constitucional das Instituições Militares.

3 OBJETIVO DA PUNIÇÃO DISCIPLINAR E A INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS DISCIPLINAR E CRIMINAL MILITARES

A punição disciplinar militar visa, imediatamente, reestabelecer os Princípios norteadores da vida militar para que se cumpra a proposta constitucional atinente às instituições militares com eficiência, moralidade a fim de atender o interesse público e, também, para que o decore da classe não seja colocado em descrédito.

Tem, portanto, a sanção disciplinar, um caráter retributivo – concedida a quem merece –, educativo e exemplificativo e não deve ser usada

para se vingar ou demonstrar poder. Tem como objetivo reeducar o faltoso e dar exemplo para a tropa a fim de fortalecer a disciplina para que se possa cumprir o objetivo maior das FFAA, que é a sua missão constitucional – art. 142, final (defesa da Pátria, garantia dos poderes constitucionais e garantia da lei e da ordem).

Logo, usar os regulamentos disciplinares militares ou códigos de ética e disciplina para realizar vinganças pessoais, institucionais e ou cometer assédio moral fere, intensamente, os Princípios que regem a administração pública, dentre eles, a moralidade, a eficiência e a impessoalidade. Além disso, o militar que comete esses desvios não está pautando a sua conduta com o pundonor militar exigido nem respeitando o decoro da classe, valor moral e social da instituição. Ademais, o assediador viola a ética militar, art. 28 da L. 6.880/80, logo, deve ser submetido a um tribunal de honra a fim de ter a sua conduta averiguada e se merece continuar ostentando a sua condição de militar.

Na apuração da falta disciplinar, deve-se ter em mente que o excesso de formalismo demanda tempo, mão de obra, gastos, o que desvirtua a celeridade necessária na apuração da falta disciplinar. Nesse sentido, Assis (2022) traz o rito de aplicação da punição disciplinar, no qual se deve levar em consideração a natureza da infração cometida e respeitar, em qualquer caso, os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório. Para isso, as punições disciplinares devem ser classificadas em dois grandes grupos:

(1) SANÇÕES ORDINÁRIAS/REEDUCATIVAS: aquelas que fazem parte da rotina da vida na caserna e que não exigem, para a sua aplicação, a instauração de processo regular, sendo suficiente que o rito aplicado garanta o contraditório e a ampla defesa. São elas, por exemplo, a depender da instituição militar, a advertência; repreensão; detenção; prisão; proibição do uso de uniforme.

Seria o caso, por exemplo, do militar que se apresentou “barbudo” ou com a farda fora do padrão. No momento da sua defesa, ele pode refutar a acusação alegando, por exemplo, uma causa de justificação (passou a noite em atividade operacional). A justificação será ou não aceita. Todavia, se apresentar alguma testemunha, o Comandante deverá ouvi-la.

Há, dessa forma, uma averiguação sumária ou um procedimento disciplinar sumário com o objetivo de manter a ordem, a normalidade do serviço público militar e a disciplina na caserna. Exatamente pelo fato de as FFAA (art. 142, final, CR/88) e as Forças Auxiliares (art. 42 c/c art. 144, V, e § 5º CR/88) exercerem um papel tão importante no País, que a apuração das transgressões disciplinares ordinárias, rotineiras, a maioria de natureza leve ou média, deve ocorrer de forma célere, sumária e sem a necessidade de um processo disciplinar, o que deve ocorrer para as faltas mais graves, com previsão legal e com rito específico.

(2) SANÇÕES EXTRAORDINÁRIAS/EXCLUSÓRIAS: extraordinárias, porque não é o comum (e não deve ser), foge ao usual. É a interrupção da relação de trabalho do militar. São elas: licenciamento a bem da disciplina; exclusão a bem da disciplina; demissão; expulsão; reforma. Elas têm como consequência a perda da função, perda patrimonial.

Em regra, devem ser precedidas de processo administrativo que oportunize a ampla defesa e o contraditório. Trata-se de um processo formal, com previsão legal, rito específico em que o não cumprimento gerará a sua nulidade na maioria dos casos. As transgressões que geram essas sanções são aquelas que ofendem os Princípios norteadores da vida castrense, dentre eles, o pundonor militar, a honra pessoal e o decoro da classe (art. 6º c/c art. 22 do RDE). São ofensas graves à instituição militar.

Trata-se da reincidência de conduta irregular ou o procedimento incorreto no desempenho da função, cuja prática possa determinar à

Administração Militar a verificação da capacidade do militar de continuar ou não na ativa ou inatividade.

É, portanto, o Tribunal de Honra que verifica o que os efeitos do ato praticado pelo militar trouxeram para a Instituição. Não é, portanto, a análise de crime, uma vez que esta é objeto do processo penal e pode caminhar, de forma paralela, pois são esferas independentes. Exemplo: Conselho de Disciplina, Conselho de Justificação.

Importante é ressaltar essa independência e distinção entre as esferas disciplinar e penal militares, ou seja, a apuração da falta disciplinar pode ocorrer, concomitantemente com o processo criminal, uma vez que o resíduo administrativo, os efeitos que a conduta criminosa praticada pelo militar ocasionou para a instituição, é que será averiguado sob o ponto de vista disciplinar e não a mesma conduta. Além disso, pensar diferentemente tornaria a esfera disciplinar militar como dependente ou subsidiária da esfera criminal, e isso não pode ocorrer, visto que a esfera criminal não é imediatista como precisa ser a esfera disciplinar.

O art.43 da L. 6.880/80 ampara essa independência ao prever que o militar, a depender da conduta, poderá ser responsabilizado, concomitantemente, nas esferas administrativa (disciplinar ou funcional), penal e civil. A importância disso está na proteção e no imediato reestabelecimento da disciplina na tropa. Afinal, o tempo de resposta do processo criminal não dá o retorno célere que a disciplina precisa. Não tem sentido, por exemplo, aplicar uma punição disciplinar após 2 (dois) anos após a prática da conduta, pois o efeito pedagógico, exemplificativo, já terá se perdido.

Até porque, diante de uma conduta violadora da disciplina, por exemplo, apesar de não haver previsão de prescrição, nos regulamentos disciplinares das FFAA, há reflexos emocionais por parte de quem tem (ou pode ter) a sua conduta disciplinar averiguada, o que gera angústia. E pode

gerar, ainda, a sensação de impunidade perante os pares e subordinados daquele militar que, mesmo não tendo respeitado as previsões regulamentares, continua ostentando a condição de militar como se não tivesse realizado nenhuma conduta desabonadora dos Princípios basilares.

Há quem entenda que, em caso de identidade entre o crime militar e a transgressão – ambos de mesma natureza –, deve-se aguardar a tramitação do processo penal para, depois, apurar eventual falta administrativa residual (art.14, §5º, do RDE), o que é repetido em alguns regulamentos disciplinares ou códigos de ética e disciplina das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, na tentativa de respeitar o Princípio do *non bis in idem* previsto na Súmula 19 do STF¹, pelo qual o servidor público, inclusive o militar, não pode sofrer dupla punição pela mesma falta administrativa em caso de identidade de sujeito, fato e de fundamento.

392

Mas, em apurar a conduta criminosa (ou os resquícios dela) na esfera disciplinar, haveria identidade de fundamento? Não, pois, como já afirmado, mesmo diante de uma conduta criminosa, o que se averiguam, na esfera disciplinar militar, são os efeitos que a conduta criminosa praticada pelo militar ocasionou para a instituição. Não se trata, portanto, da reanálise do crime na esfera administrativa, mas apenas do resíduo administrativo, dos reflexos negativos da referida conduta na esfera administrativa castrense.

Dessa forma, não é porque se instaurou um Inquérito Policial Militar (IPM) que não se pode apurar a conduta sob a visão disciplinar (geralmente, há reflexos que violam a disciplina). Do contrário, o Direito Disciplinar perde a eficácia, pois, a resposta a uma conduta violadora dos Princípios mais caros para a caserna tem que ser imediata (caráter educativo, exemplificativo) e o processo penal não é imediatista.

¹ Súmula 19 do STF: “É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira”.

Assis (2022) entende que a incidência do Princípio do *non bis in idem* no direito disciplinar militar deve ser restrita às hipóteses da Súmula 19 do STF e do eventual concurso entre de crime militar e transgressão disciplinar de mesma natureza, previsto no art. 42, §2º, da L. 6.880/80, o que é repetido nos regulamentos das três Forças (art. 9º, RDM; art. 14, §4º, RDE e art. 9º, RDAer).

Crime militar e transgressão disciplinar de mesma natureza é aquela conduta que viola o mesmo bem jurídico tutelado. Então, a previsão do art. 42, § 2º, da L. 6.880/80, que dispõe que “[...] No concurso de crime militar e de contravenção ou transgressão disciplinar, quando forem da mesma natureza, será aplicada somente a pena relativa ao crime [...]”, deve ser interpretada restritivamente, ou seja, somente prevalecerá o crime se for uma violação ao mesmo bem jurídico tutelado pela norma penal e disciplinar militares.

Podem ser citadas como exemplos de condutas que violam o mesmo bem jurídico protegido pelas normas penal e disciplinar militares as seguintes: Anexo I, 4, 5 do RDE c/c art.322 do CPM (condescendência criminosa); Anexo I, 98, 99 do RDE c/c art.160 do CPM (desrespeito a superior); Anexo I, 110 do RDE c/c art.102 do CPM (embriaguez em serviço); etc.

Mitigar a independência das esferas disciplinar e penal militares é, portanto, descaracterizar e enfraquecer a especificidade tão necessária da esfera disciplinar militar que ampara a manutenção dos Princípios norteadores da vida militar, a prestação do serviço público militar com eficiência, moralidade e impessoalidade, assim, cumprindo a missão constitucional proposta para instituições militares.

4 MILITAR *SUB JUDICE* E A PROMOÇÃO POR RESSARCIMENTO DE PRETERIÇÃO

Exatamente por pertencerem a uma categoria diferenciada de servidores da Pátria que são responsáveis, inclusive, por garantir a soberania do Brasil, ou seja, por exercerem funções essenciais e indispensáveis que se relacionam diretamente com o interesse público, os integrantes das instituições militares, em qualquer ocasião, devem atuar com ética, profissionalismo, eficiência, impessoalidade e moralidade. Exatamente por isso que o simples fato de estar *sub judice* – sob a apreciação judicial, sob o juízo – ocasiona restrições temporárias ao exercício de certos direitos, por exemplo, participação em cursos de aperfeiçoamento, integrar quadro de acesso e ou lista de escolha para promoção, etc.

O estatuto dos militares, L. 6.880/80, na seção III, que trata sobre promoção, dispõe no art. 59 que:

[...] Art. 59. O acesso na hierarquia militar, fundamentado principalmente no valor moral e profissional, é seletivo, gradual e sucessivo e será feito mediante promoções, de conformidade com a legislação e regulamentação de promoções de oficiais e de praças, de modo a obter-se um fluxo regular e equilibrado de carreira para os militares [...].

Já, o art. 60 prevê que as promoções ocorrerão mediante critérios de antiguidade, merecimento, escolha, por bravura e *post mortem*. E, no §1º desse artigo, está previsto que, em casos excepcionais e independentemente de vagas, poderá existir promoção em ressarcimento de preterição. No §2º é detalhado que a promoção efetuada em ressarcimento de preterição será realizada com base em critérios de antiguidade ou merecimento, assim, o militar receberá o número que lhe competir na escala hierárquica como se tivesse sido promovido, na época devida, pelo critério presente pelo qual se efetuará a promoção.

A L. 5.821/72, que trata das promoções de oficiais da ativa, de carreira das FFAA, estabelece critérios e condições para o acesso na hierarquia militar, por meio da promoção, de maneira gradual, sucessiva e seletiva. No art. 10, estabelece que a “[promoção em ressarcimento de preterição é aquela feita após ser reconhecido ao oficial preterido, o direito à promoção que lhe caberia]”. A referida promoção ocorrerá com base nos critérios de antiguidade ou de merecimento, recebendo o oficial o número que lhe competia na escala hierárquica como se houvesse sido promovido na época devida.

O art. 35 da mencionada Lei, no capítulo V, que trata dos quadros de acesso e listas de escolha, prevê que o oficial não poderá constar neles quando, por exemplo:

[...]

c) for preso cautelarmente, enquanto a prisão não for revogada;

d) for réu em ação penal por crime doloso, enquanto a sentença final não houver transitado em julgado;

e) estiver submetido a Conselho de Justificação, instaurado “ex officio”;

[...]

o) for considerado desertor [...].

395

A L. 5.821/72 é regulamentada, para a Marinha, por meio do Decreto nº 107/91; para o Exército, por meio do Decreto nº 3.998/01; e, para a Aeronáutica, por meio do Decreto nº 9.049/17.

Com relação às praças, a promoção, na Marinha, é regulamentada pelo Decreto nº 4.034/2001, que foi alterado pelo Decreto nº 11.606/2023. O art. 36 do Decreto nº 4.034/2001 dispõe sobre os impedimentos para constar em quadro de acesso, dentre eles, a praça que:

[...]

III - for presa cautelarmente, enquanto a prisão não for revogada;

[...]

IV - for réu em ação penal por crime doloso, enquanto a sentença final não houver transitado em julgado;

V - estiver submetida a Conselho de Disciplina instaurado;
[...]
XIV - for considerada desertora [...].

O referido Decreto, também, trata da promoção em ressarcimento de preterição prevista nos art. 8º, parágrafo único; art. 13; art. 32; e no art. 33, que dispõe que a praça será ressarcida da preterição contanto que seja reconhecido o seu direito à promoção nos seguintes casos, dentre eles:

III - for absolvida ou impronunciada em processo criminal a que estiver respondendo; IV - for julgada não culpada em Conselho de Disciplina, seja por solução da autoridade nomeante deste procedimento, ou mediante decisão final da DPMM ou CPesFN.

No Exército, com relação às praças, o Decreto nº 4.853/2003 aprovou o regulamento de promoções de graduados do Exército (R-196). O art. 17 elenca os requisitos para que o graduado ingresse no quadro de acesso, dentre eles:

396

[...]
II - não incida em qualquer das seguintes situações impeditivas:
b) encontrar-se respondendo a processo criminal, em decorrência de recebimento de denúncia, enquanto a sentença final não houver transitado em julgado;
c) estar preso preventivamente, em virtude de inquérito policial militar instaurado;
d) estar submetido a conselho de disciplina, instaurado ex officio;
e) estar preso, preventivamente ou em flagrante delito;
[...]
l) ser considerado desertor [...].

O mencionado Decreto também trata da promoção por ressarcimento de preterição nos art. 4º, parágrafo único; art. 9º; art. 19, III; art. 30, § 4º; art. 31; e no art. 37, §§ 3º e 4º, que estabelece que a promoção em ressarcimento de preterição começa a vigorar a partir da data na qual o graduado tiver sido preterido. O art. 37 prevê as hipóteses nas quais o graduado é ressarcimento da preterição, dentre elas: “III - for absolvido, em sentença transitada em

julgado, ou impronunciado no processo a que tiver respondido; IV - for julgado e considerado isento de culpa em conselho de disciplina”.

Na Aeronáutica, com relação às praças, o Decreto nº 881/93 aprovou o regulamento de promoções de graduados da Aeronáutica, REPROGAER. O art. 44, no capítulo VI, trata dos impedimentos para que o graduado conste do quadro de acesso e lista, dentre eles, estar nas seguintes condições:

[...]

III - na situação de desertor;

[...]

IX - submetido a Conselho de Disciplina, instaurado ex officio;

X - denunciado em processo crime, enquanto a sentença final não houver transitado em julgado;

XI - preso preventivamente, em virtude de Inquérito Policial Militar instaurado [...].

O referido Decreto também aborda a promoção em ressarcimento de preterição nos art. 4º, parágrafo único; art. 9º; art. 33; e art. 34. No art. 33, há as previsões de quando o graduado será ressarcido da sua preterição, dentre as quais: “III - for absolvido ou impronunciado no processo a que estiver respondendo; IV - não for considerado culpado em Conselho de Disciplina”.

Comparando-se os impedimentos para que o militar seja promovido, com relação às três Forças, nota-se que são situações nas quais o militar está preso cautelarmente ou sendo processado criminalmente ou respondendo a um processo administrativo disciplinar (conselho de justificação, conselho de disciplina), ou seja, que ainda não findou, mas, mesmo assim, por cautela, a administração militar o impede de constar em quadro de acesso para fins de promoção.

Assim, pode-se pensar que isso seria uma punição antecipada por um processo que, sequer, foi julgado, o que pode passar uma ideia de injustiça, de preconceito, de antecipação de culpa e da violação ao Princípio da presunção de inocência. Todavia, não é bem assim, visto que, para evitar

possível injustiça, existe a promoção por ressarcimento de preterição, na qual, o militar, sendo, por exemplo, absolvido no processo criminal ou não considerado culpado no conselho de disciplina, será promovido e ressarcido da preterição, assim, percebendo todos os efeitos pecuniários deste à data na qual deveria ter sido promovido na forma do art. 60, §2º, da L. 6.880/80.

Ou seja, trata-se de uma cautela por parte da administração militar em não investir num servidor que poderá vir a ser considerado culpado num processo administrativo disciplinar militar, assim, tendo a sua relação de trabalho, com as FFAA, rompida ou, ainda, ser condenado em processo criminal, podendo ser, também, extirpado da Força. E a administração militar deve prezar pela garantia da continuidade do serviço público, de forma eficiente e ética, ou seja, prezando, sempre, pela moralidade, pois, somente assim o interesse público estará assegurado e amparado. Além disso, agindo assim, está a administração castrense incentivando, por parte dos demais integrantes da instituição, a manutenção de uma conduta ilibada e com retidão.

Não é diferente o entendimento atual do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, respectivamente, nos seguintes julgados cujos trechos são citados a título de exemplo:

[...] CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. EXCLUSÃO DO QUADRO DE ACESSO À PROMOÇÃO POR MERECIMENTO EM RAZÃO DE AÇÃO PENAL EM TRÂMITE. LEGALIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INEXISTÊNCIA. AGRAVO INTERNO DO MILITAR A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Esta Corte Superior orienta-se no sentido de que não constitui ofensa ao princípio da presunção de inocência a exclusão do militar do Quadro de Acesso à promoção, por motivo de persecução penal ou administrativa, desde que previsto o ressarcimento por preterição.

Precedentes: AgInt no RMS 49.315/MT, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 28.9.2017 e RMS 53.515/TO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, DJe 16.6.2017.

2. Agravo Interno do Militar a que se nega provimento [...]”.²
[...] DIREITO ADMINISTRATIVO. MILITAR RÉU EM PROCESSO CRIMINAL. EXCLUSÃO DE QUADRO DE ACESSO À PROMOÇÃO. LEI ESTADUAL. PREVISÃO DE RESSARCIMENTO. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.

1. Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não ofende o princípio constitucional da presunção de inocência a exclusão de militar que responde a processo criminal de quadro de acesso à promoção, desde que haja previsão legal de ressarcimento da preterição na hipótese de absolvição.

2. Agravo regimental a que se nega provimento, com previsão de aplicação da multa prevista no art. 1.021, §4º, CPC. Inaplicável a norma do art. 85, § 11, do CPC, em face da Súmula 512 do STF. [...]”³

5 CONCLUSÃO

Respondendo à pergunta inicialmente proposta, o Princípio da presunção de inocência é inconciliável com a esfera disciplinar militar, que visa, por meio dos regulamentos disciplinares e/ou códigos de ética e disciplina, reestabelecer, prontamente, os Princípios norteadores da vida castrense, quando violados, para que as referidas instituições militares estejam preparadas para o cumprimento da missão proposta constitucionalmente de maneira eficiente, impessoal, assim, atendendo o interesse público.

A simples leitura do art. 5º, LVII, CR/88⁴ demonstra que esse Princípio constitucional é direcionado ao processo criminal, à esfera criminal. E, na instância administrativa disciplinar militar, por exemplo, por meio do processo ou procedimento de apuração da transgressão, afere-se a responsabilidade do servidor público militar faltoso que demonstra não estar

399

² STJ – AgInt no RMS : 48089 MS 2015/0059448-1, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, T1 – PRIMEIRA TURMA, DJe 13/12/2018.

³ STF – AG.REG. no REX com AG.: 1.265.888 SE, Relator: Ministro Edson Fachin, T2 – SEGUNDA TURMA, DJe 23/09/2021.

⁴ LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

cumprindo com as obrigações, deveres militares, Princípios norteadores da vida castrense que visam amparar o cumprimento das missões constitucionais por parte das instituições militares (art. 142 c/c art. 144, CR/88).

Instaurado o procedimento ou processo para a apuração da falta disciplinar, o militar não goza de presunção de inocência, mas é tido como culpado até que ele comprove uma causa de justificação por exemplo. Contudo, não presumir a inocência não significa presumir a culpa, pois há contraditório e ampla defesa na averiguação da falta disciplinar. Caso alegue um motivo justificável para ter cometido a falta disciplinar, o ônus da prova é do militar que alegou e não da administração militar. E a grande questão que não se pode deixar de lado é que não existem causas supralegais de justificação na esfera disciplinar militar sob pena de se inviabilizar o sistema castrense, de interromper um serviço público tão primordial de garantia da Soberania nacional e do bem-estar da coletividade.

O cometimento da falta disciplinar militar exige pronta resposta, por isso, a celeridade do rito é primordial. O processo ou procedimento administrativo disciplinar militar possuiu peculiaridades de forma a embasar o disposto nos Regulamentos Disciplinares Militares. Esses são os instrumentos utilizados pelo comandante para manter ou reestabelecer a ordem, os pilares básicos na Caserna. Por isso, não se pode transportar, em massa, os Princípios da esfera criminal para a esfera administrativa disciplinar militar sob pena de desvirtuar o sistema. Mas, isso não significa amparar ilegalidades ou falta de proporcionalidade que, se ocorrerem, podem ser analisadas pelo Judiciário.

Vale destacar que o Princípio da presunção de inocência ou Princípio da não declaração de culpado não assegura, nem no processo criminal, de forma absoluta, a referida presunção, visto que admite a inversão do ônus da prova para o réu conforme disposto, por exemplo, no art. 306, § 3º do CPPM: “Se o acusado negar a imputação no todo ou em parte, será

convidado a indicar as provas da verdade de suas declarações”, o que corrobora a previsão do art. 296 do CPPM, que deixa claro que o ônus da prova é daquele que alegar o fato.

Além disso, é importante esclarecer que não ser declarado culpado é diferente de ser considerado inocente, por exemplo, na ocorrência da prescrição: por mais que se tenha, ao fim do processo, comprovado a autoria, a materialidade e a culpabilidade do delito, na sentença penal condenatória, ao se declarar a prescrição, essa sentença será de natureza declaratória de extinção de punibilidade. Em suma, mesmo na esfera criminal, o dito Princípio não é absoluto. Logo, não seria, na esfera disciplinar militar, adequado e consentâneo com os Princípios da administração pública aceitar uma presunção de inocência que, sequer, nesse sentido, a CR/88 faz menção.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge Cesar de. *Curso de Direito Disciplinar Militar* – 6. ed. Curitiba: Juruá, 2022.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Processo Administrativo Disciplinar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SOUZA, Juliana Paula de *et al.* *Direito Administrativo Militar*. 2. ed. São Paulo: JusPodivm, 2022.

A (in)validade do modelo de arquivamento de inquérito policial militar perante a jurisprudência mais recente do Supremo Tribunal Federal no Pacote Anticrime

Rodrigo Santana de Souza e Silva

Pós-graduado *lato sensu* em Direito Militar pela Faculdade Verbo Educacional, em 2021. Pós-graduado *lato sensu* em Direito Público pela Faculdade Maurício de Nassau, em 2009. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, em 2006. Oficial de Justiça Avaliador Federal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios – 2017-2023. Técnico Judiciário da Justiça Militar da União – 2005-2017.
E-mail: rsfdr@yahoo.com.br

Revisores: Cláudia Márcia Ramalho Moreira Luz (e-mail: claudia.luz@mpm.mp.br)

Wilson José Figueiredo Alves Junior (CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3086855952130531>; e-mail: wilsonfigueiredo@mpf.mp.br)

Data de recebimento: 28/09/2023

Data de aceitação: 17/10/2023

Data da publicação: 21/11/2023

DOI: 10.5281/zenodo.10078806

RESUMO: Com a publicação do Pacote Anticrime e seu recente julgamento pelo Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6298, 6299, 6300 e 6305, passa-se à análise se o modelo de arquivamento do Código de Processo Penal Militar possui o mesmo lastro constitucional diante do modelo aplicado ao Código de Processo Penal comum, considerando os movimentos doutrinários de aplicá-lo em detrimento ao Códex de Processo Castrense. Concluiu-se que não há

barreiras a aplicação do artigo 28 do CPP à legislação castrense nos termos do estabelecido no Pacote Anticrime, restando aguardar a decisão do Supremo Tribunal Federal. O principal é garantir a autonomia do Promotor Natural e aperfeiçoar o sistema acusatório.

PALAVRAS-CHAVE: pacote anticrime; penal; militar; jurisprudência STF; ADI; inquérito policial.

ENGLISH

TITLE: The (in)validity of the model for archiving a military police investigation in light of the most recent jurisprudence of the Federal Supreme Court in the Anti-Crime Package.

ABSTRACT: With the publication of the Anti-Crime Package and its recent judgment by the Federal Supreme Court in Direct Actions of Unconstitutionality 6298, 6299, 6300 and 6305, the analysis begins as to whether the archiving model of the Military Criminal Procedure Code has the same constitutional basis in relation to the model applied to the common Criminal Procedure Code, considering the doctrinal movements of applying it to the detriment of the Military Procedure Codex. It was concluded that there are no barriers to the application of article 28 of the Code of Criminal Procedure to military legislation in accordance with the provisions of the Anti-Crime Package, and we must await the decision of the Federal Supreme Court. The main thing is to guarantee the autonomy of the Natural Prosecutor and improve the accusatory system.

KEYWORDS: anti-crime package; criminal; military; STF jurisprudence; ADI; police investigation.

SUMÁRIO

1 Introdução – 1.1 Conceito de IPM, natureza jurídica e características – 2
Estruturas de arquivamentos de IP/IPM e demais desdobramentos – 2.1
Procedimento de arquivamento de inquérito pelo CPPM/CPP – 2.2
Procedimento de arquivamento de IP do CPP após o Pacote Anticrime – 2.3
Procedimento de arquivamento do CPP após julgamento do STF do instituto do Juiz das Garantias – 3 Conclusões.

1 INTRODUÇÃO

O inquérito policial militar não é um fim em si mesmo, mas um instrumento à disposição do *Parquet* Militar, no qual o encarregado do inquérito, em sua autoridade originária ou delegada, conforme dispõe o artigo 7º do Código de Processo Penal Militar (CPPM)¹, investiga crimes militares, realizando um apanhado de elementos de convicção acerca da autoria e materialidade delitiva, os quais são apresentados ao Ministério Público Militar, titular da ação penal militar². Este fará denúncia perante a autoridade

¹ 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 dele, 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;

§ 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. § 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.

² Art. 29. A ação penal é pública e somente pode ser promovida por denúncia do Ministério Público Militar.

judicial competente, seja monocrática³ (Juiz Militar Federal) ou colegiada⁴ (Conselho Permanente ou Especial de Justiça), consoante Lei de Organização da Justiça Militar da União.

Outrossim, não menos importante é o desfecho da inquisição no caso de arquivamento das investigações, havendo necessidade de um controle de legalidade e mérito da atuação do Promotor Natural responsável pelo inquérito policial/ inquérito policial militar (IP/IPM) a fim, de perquirir se o caminho trilhado na investigação se mostra completo e esgotado, mas sem ferir a independência do membro ministerial.

Daí a necessidade do presente artigo, que fará uma rápida digressão sobre a natureza jurídica do inquérito e suas características, passando pelos modelos e tipos de arquivamento do Código de Processo Penal comum e militar e efeitos; e, principalmente, findará com a análise sobre a quem cabe realmente proceder ao fim do inquérito e qual é o melhor modelo apresentado atualmente, diante da necessidade de garantir a independência do *Parquet* Militar.

1.1 Conceito de IPM, natureza jurídica e características

O inquérito policial militar encontra-se disciplinado nos artigos 9º a 28 do CPPM, sendo um procedimento administrativo ou peça informativa (natureza jurídica) que visa apurar elementos de informação, ressaltando exames, perícias e avaliações que são provas instrutórias, sobre a

³ Art. 30. Compete ao juiz federal da Justiça Militar, monocraticamente: (Redação dada pela Lei nº 13.774, de 2018) (...)

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; (Incluído pela Lei nº 13.774, de 2018)

⁴ Art. 27. Compete aos conselhos:

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

materialidade e autoria de um crime militar, lastreando uma possível denúncia a ser apresentada pelo Ministério Público Militar.

Abrindo um parêntese nesse conceito de inquérito, Brasileiro (2020, p. 176-177) distingue elemento de convicção de prova, tendo como norte a existência do contraditório e da ampla defesa, conforme transcrição abaixo:

a) elementos informativos: são aqueles colhidos na fase investigatória, sem a necessária participação dialética das partes. Em relação a eles, não se impõe a obrigatória observância do contraditório e da ampla defesa, vez que nesse momento ainda não há falar em acusados em geral na dicção do inciso LV do art. 5º da Constituição Federal. Apesar de não serem produzidos sob o manto do contraditório e da ampla defesa, tais elementos são de vital importância para a persecução penal, pois, além de auxiliar na formação da opinião delicti do órgão da acusação, podem subsidiar a decretação de medidas cautelares pelo magistrado ou fundamentar uma decisão de absolvição sumária (CPP, art. 397);

b) prova: a palavra prova só pode ser usada para se referir aos elementos de convicção produzidos, em regra, no curso do processo judicial, e, por conseguinte, com a necessária participação dialética das partes, sob o manto do contraditório (ainda que diferido) e da ampla defesa. O contraditório funciona, pois, como verdadeira condição de existência e validade das provas. A participação do acusador, do acusado e de seu advogado é condição *sine qua non* para a escorreita produção da prova, assim como também o é a direta e constante supervisão do órgão julgador, sendo que, com a inserção do princípio da identidade física do juiz no processo penal, o juiz que presidir a instrução deverá proferir a sentença (CPP, art. 399, § 2º). Funcionando a observância do contraditório como verdadeira condição de existência da prova, só podem ser considerados como tal, portanto, os dados de conhecimento introduzidos no processo na presença do juiz e com a participação dialética das partes.

407

Por consequência, mesmo que em sede de inquérito, sempre que possível, deve ser oportunizada vista dos autos da inquisição à Defesa para quesitos nos casos de perícias, exames e avaliação, as quais são marcadas, via de regra, por um contraditório diferido ou postergado para a fase processual⁵.

⁵ O parêntese em questão encontra guarida no artigo 9º do CPPM, que assim dispõe: Art. 9º O inquérito policial militar é a apuração sumária de fato, que, nos termos legais, configure crime

O IPM/IP tem como principais características ser:

(a) um procedimento administrativo instrutivo – decorrente de sua própria natureza administrativa representando um passo anterior à fase processual e base da peça acusatória;

(b) escrito – conforme redação do artigo 21 do CPPM⁶, fato plenamente contextualizado pelo processo digital (e-proc);

(c) inquisitivo – considerando que apenas no processo será estabelecido o contraditório e a ampla defesa, observando que o dispõe o inciso XXI do artigo 7º da Lei 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil)⁷ representa um direito de assistência do advogado ao seu indiciado/investigado e de petição, sob pena de desnaturar o caráter investigativo administrativo do inquérito;

(d) sigiloso – considerando que há provas protegidas por um sigilo interno e externo, sendo o primeiro oponível ao advogado/investigado buscando resguardar a produção probatória frutífera; e o segundo visa proteger a imagem do indiciado/investigado perante a sociedade, conforme entendimento de Foureaux, citado por Neves (2021, p. 374-375):

Há provas (ou meio de provas) que, por óbvias razões, não podem ser conhecidas pela defesa antes ou durante a sua produção. Trata-se daquelas em que a interferência da defesa tornaria o resultado inócuo, infrutífero, para a revelação da verdade real. São elas, acompanhando mais uma vez a construção de Rodrigo Foureaux, dotados de sigilo interno, de interesse da investigação, não oponível apenas à

militar, e de sua autoria. Tem o caráter de instrução provisória, cuja finalidade precípua é a de ministrar **elementos necessários** à propositura da ação penal.

Parágrafo único. São, porém, efetivamente **instrutórios da ação penal os exames, perícias e avaliações** realizados regularmente no curso do inquérito, por peritos idôneos e com obediência às formalidades previstas neste Código. (negritos nossos)

⁶ Art. 21. Todas as peças do inquérito serão, por ordem cronológica, reunidas num só processado e datilografadas, em espaço dois, com as folhas numeradas e rubricadas, pelo escrivão.

⁷ XXI - **assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações**, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)

a) **apresentar razões e quesitos**; (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016)

b) **(VETADO)**. (Incluído pela Lei nº 13.245, de 2016) (negritos nossos).

autoridade policial (de polícia judiciária militar), ao membro do Ministério Público e à autoridade judiciária com atribuição e competência para o caso.

(...)

Já no outro grupo de meio de prova, dotados apenas de sigilo externo que tutela a imagem do investigado, não há óbices para o acompanhamento, sendo até importante para a verdade real que o advogado participe da produção de provas.

Importante frisar que o entendimento supra se mostra harmônico com Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

(e) oficialidade – somente a polícia judiciária militar pode dar andamento ao inquérito policial militar, no caso a Marinha, Exército e Aeronáutica;

(f) oficiosidade – desde a instauração da inquisição, não há necessidade de provocação de terceiros, cabendo à própria autoridade policial militar dar andamento ao IPM até o término das investigações;

(g) indisponibilidade – não pode autoridade militar dispor sobre o fim ou não inquérito, conforme preceitua o artigo 24 do CPPM⁸;

(h) dispensável – decorrente sua própria natureza administrativa, outros elementos podem subsidiar o Parquet Militar no oferecimento da denúncia, segundo redação do artigo 28 do CPPM⁹

⁸ Art. 24. A autoridade militar não poderá mandar arquivar autos de inquérito, embora conclusivo da inexistência de crime ou de inimizabilidade do indiciado.

⁹ Art. 28. O inquérito poderá ser dispensado, sem prejuízo de diligência requisitada pelo Ministério Público: a) quando o fato e sua autoria já estiverem esclarecidos por documentos ou outras provas materiais; b) nos crimes contra a honra, quando decorrerem de escrito ou publicação, cujo autor esteja identificado; c) nos crimes previstos nos arts. 341 e 349 do Código Penal Militar.

2 ESTRUTURAS DE ARQUIVAMENTOS DO IP/IPM E DEMAIS DESDOBRAMENTOS

Neste tópico a construção será feita por etapas, comparando no tempo os dois Códigos de Processo no que toca aos artigos 28 do CPP e 397 do CPPM.

2.1 Procedimento de arquivamento de inquérito pelo CPPM/ CPP

Antes da reforma do CPP pelo Pacote Anticrime, percebe-se que não há distinção entre os dispositivos do 28 do CPP e 397 do CPPM, conforme quadro abaixo:

Código de Processo Penal	Código de Processo Penal Militar
Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.	Art. 397. Se o procurador, sem prejuízo da diligência a que se refere o art. 26, n° I, entender que os autos do inquérito ou as peças de informação não ministram os elementos indispensáveis ao oferecimento da denúncia, requererá ao auditor que os mande arquivar. Se este concordar com o pedido, determinará o arquivamento; se dele discordar, remeterá os autos ao procurador-geral.

Do quadro acima se destaca o controle judicial sobre o arquivamento, havendo, em caso de discordância pela autoridade judicial sobre os fundamentos invocados pelo *Parquet* de piso, a remessa dos autos para o Procurador-Geral (de Justiça e Geral da Justiça Militar, respectivamente pelos dispositivos acima), que terá a última palavra sobre o tema, observando-se ainda na seara federal militar a manifestação de caráter

opinativo da Câmara de Coordenação e Revisão, consoante o inciso IV, do artigo 136, da Lei Complementar 70/93¹⁰.

A base para esse controle judicial repousa, segunda a doutrina, no princípio da devolução, por meio do qual caberá ao Chefe da Instituição dar a última palavra sobre o arquivamento ou não da inquisição por provocação da autoridade judicial, e na função anômala, exercida pelo Juiz, da fiscalização do princípio da obrigatoriedade.

Nesse sentido são as palavras de Brasileiro (2020, p. 238):

Ao fazê-lo, o magistrado estaria acobertado por aquilo que a doutrina convencionou chamar de princípio da devolução, por força do qual o juiz devolveria a apreciação da controvérsia ao chefe do Ministério Público (ou às CCR's), a quem caberia a decisão final sobre o oferecimento (ou não da denúncia). Neste caso, ao juiz incumbia o exercício de uma inusitada função anômala de fiscal do princípio da obrigatoriedade, algo que certamente levantaria dúvidas acerca da sua imparcialidade na eventualidade de o órgão superior ministerial deliberar pelo oferecimento da denúncia nos autos daquele procedimento investigatório, já que aquele mesmo magistrado responsável pelo indeferimento da promoção de arquivamento seria, na sequência, o juiz competente para o processo e julgamento da demanda.

411

Importante ressaltar que o arquivamento exercido pelo juiz tem a natureza de decisão judicial, pois adentra no mérito da questão trazida no inquérito, encerrando a investigação antes que se torne uma lide processual (ganha-se celeridade na prestação jurisdicional) e tem os efeitos da coisa julgada.

Esse é o entendimento de Pacelli (2020, p.111):

Ora, se é verdade que o Código de Processo Penal trata como despacho a decisão que determina o arquivamento do inquérito (art. 67, I), deve-se observar que o mesmo Código atribui efeitos idênticos à decisão (e não despacho!) que impronuncia o réu nos procedimentos do Tribunal do Júri (art. 414, parágrafo único,

¹⁰ Art. 136. Compete à Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Militar: (...IV - manifestar-se sobre o arquivamento de inquérito policial militar, exceto nos casos de competência originária do Procurador-Geral;

CPP, com redação dada pela Lei nº 11.689/08). Então, se o que é relevante é a constatação de existência de prova nova tanto para a reabertura da investigação (do inquérito) quanto para a instauração de nova ação penal contra o réu (nos procedimentos do Júri), não vemos por que não se atribuir os mesmos efeitos a uma e outro, decisão ou despacho.

De se ver, então, que o arquivamento do inquérito gera direito subjetivo ao investigado, em face da Administração Pública, na medida em que a reabertura das investigações está condicionada ou subordinada à existência de determinado fato e/ou situação concreta (art. 18, CPP). E, se assim é, referido ato do Judiciário não deixa de ser uma decisão, com efeitos jurídicos sobremaneira relevantes. E mais: caracteriza-se também como decisão dado que, ao juiz, em tese, caberia providência

diversa, ou seja, discordar do requerimento de arquivamento (art. 28, CPP) e submeter a questão ao exame da chefia da instituição do Ministério Público. Não se trata, pois, de mero despacho de impulso ou de movimentação. Por outro lado, a Lei nº 11.719/08 inovou em tema de decisões judiciais. Assim, não se prevê mais a simples extinção da punibilidade, mas a absolvição sumária do réu, após a apresentação de defesa escrita (art. 397, IV, CPP). Um problema: estando convencido o Ministério Público acerca da presença de causa extintiva da punibilidade, deveria ele oferecer denúncia, com o fim de possibilitar a absolvição sumária?

Obviamente que não.

Em tais situações, deverá ele requerer o arquivamento do inquérito ou das peças de informação, evitando-se uma imputação que jamais chegará a resultado algum. E aqui há mesmo mudança, já que, antes, o Ministério Público não requeria o arquivamento, mas o reconhecimento expresso, por decisão judicial, da extinção da punibilidade (art. 61, CPP).

A solução do requerimento de arquivamento nos parece a alternativa mais racional, até porque, nos termos do novo rito, o juiz, antes da absolvição sumária, deve mandar citar o acusado (art. 396, CPP) para a apresentação de defesa escrita, o que tornaria o procedimento muito mais oneroso (incluindo a necessidade de indicação de defensor). Nesse caso, o arquivamento, então, do mesmo modo que ocorre com o reconhecimento antecipado da atipicidade, gerará eficácia preclusiva de coisa julgada material.

Tomando por base a questão dos efeitos do arquivamento do IP/IPM, ela pode ser uma coisa julgada formal (não impedindo a propositura de um novo inquérito lastreado em provas novas) e material (situação que

impede reabertura de qualquer investigação posterior ao encerramento da inquisição).

Tal efeito depende da base probatória na qual foi feito o arquivamento da inquisição, sendo ele:

a) ausência de pressupostos processuais ou condições para o exercício da ação penal (coisa julgada formal) – tomando-se por base o inciso II, artigo 395 do CPP, c/c a alínea “c” do artigo 78 do CPPM (tudo *a contrario sensu*) – sendo os pressupostos processuais (com base na teoria restritiva: a existência do processo. demanda regularmente proposta, capacidade de ser parte em juízo e a investidura do órgão jurisdicional que recebe a demanda) e as condições da ação (legitimidade *ad causam* e interesse de agir) se fazem presentes no processo penal militar, sendo a primeira (legitimidade), por exemplo, no caso de uma ação penal militar iniciada pelo particular por queixa-crime, sem haver qualquer inércia do *Parquet* Militar, ferindo-se assim o disposto no artigo 29 do CPPM¹¹; e a segunda (interesse) dentro de binômio necessidade/adequação, podendo-se pensar na aplicação do acordo de não persecução penal militar satisfeitos requisitos previstos na Resolução 101 do Conselho Superior do Ministério Público Militar, não havendo naquele primeiro momento a necessidade de uma ação penal militar;

b) ausência de justa causa (coisa julgada formal) – tomando-se por base o inciso III do artigo 395 do CPP *a contrario sensu* – numa resposta restrita é a ausência de lastro probatório mínimo para o oferecimento da ausência acusatória (falta de autoria e/ou materialidade). Neves (2021, p.499), em sentido amplo, relata que:

(...) o escudo da falta de justa causa abriga outras várias situações, de acordo com a concepção de quem analisa. No

¹¹ Art. 29. A ação penal é pública e somente pode ser promovida por denúncia do Ministério Público Militar.

Superior Tribunal de Justiça, como enumera Guilherme Madeira Dezem, há o reconhecimento da falta de justa causa em casos de atipicidade da conduta, presença de causa extintiva de punibilidade e ausência de indícios de autoria ou prova da materialidade. No Supremo Tribunal Federal há similar entendimento.

c) atipicidade da conduta ou fato narrado evidentemente não constitui crime (coisa julgada material) – tomando por base o inciso III do artigo 397 do CPP a *contrario sensu* –, situação autoexplicativa que conduz a coisa julgada material, conforme julgado do Supremo Tribunal Federal abaixo:

Não se revela cabível a reabertura das investigações penais, quando o arquivamento do respectivo inquérito policial tenha sido determinado por magistrado competente, a pedido do Ministério Público, em virtude da atipicidade penal do fato sob apuração, hipótese em que a decisão judicial - porque definitiva - revestir-se-á de eficácia preclusiva e obstativa de ulterior instauração da 'persecutio criminis', mesmo que a peça acusatória busque apoiar-se em novos elementos probatórios. Inaplicabilidade, em tal situação, do art. 18 do CPP e da Súmula 524/STF. Doutrina. Precedentes. (HC 84156, Relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgamento em 26.10.2004, DJ de 11.2.2005)

d) a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato e a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimizabilidade (coisa formal ou material(?)) – tomando-se por base os incisos I e II do artigo 397 do CPP – o tópico unifica causas que atingem a antijuridicidade e a culpabilidade, importante relatar que o Promotor deve ter um juízo de certeza quanto a essa causa de arquivamento da inquisição, devendo, na dúvida, oferecer a denúncia com base no primado *in dubio pro societate* e no caso de inimizabilidade denunciar pugnando pela absolvição imprópria do acusado. A jurisprudência vacila quanto à formação da coisa julgada material ou formal com essa fundamentação de arquivamento

havendo, no Superior Tribunal de Justiça, julgados no primeiro sentido¹² e no Supremo Tribunal Federal com o segundo entendimento¹³;

e) extinta a punibilidade do agente ou do fato (coisa julgada material) – tomando-se por base o inciso IV do artigo 397 do CPP e alínea “c”, do artigo 78 do CPPM (ambos a *contrario sensu*) e 25 do CPPM – havendo o reconhecimento nessa situação da ausência do interesse de agir do Estado, diante da morte do agente (salvo nesse caso se a certidão óbito for falsa¹⁴), por exemplo, causas previstas no artigo 123 do CPM¹⁵ e demais causas previstas na legislação comum, aplicáveis por analogia.

2.2 Procedimento de arquivamento de IP do CPP após o Pacote Anticrime

Após a reforma do CPP pelo Pacote Anticrime, percebe-se que há distinção entre os dispositivos do 28 do CPP e 397 do CPPM, conforme quadro abaixo:

415

Código de Processo Penal	Código de Processo Penal Militar
Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao	Art. 397. Se o procurador, sem prejuízo da diligência a que se refere o art. 26, n° I, entender que os autos do inquérito ou as peças de informação não ministram os elementos

¹² REsp 791.471/RJ, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 16/12/2014.

¹³ HC 95211, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 10/03/2009, DJe-160 DIVULG 19-08-2011 PUBLIC 22-08-2011 EMENT VOL-02570-01 PP-00169; HC 125101, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 25/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-180 DIVULG 10-09-2015 PUBLIC 11-09-2015.

¹⁴ (HC 84525, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 16/11/2004, DJ 03-12-2004 PP- 00050 EMENT VOL-02175-02 PP-00285 LEXSTF v. 27, n. 315, 2005, p. 405-409).

¹⁵ Art. 123. Extingue-se a punibilidade: I - pela morte do agente; II - pela anistia ou indulto; III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso; IV - pela prescrição; V - pela reabilitação; VI - pelo ressarcimento do dano, no peculato culposo (art. 303, § 4º).

<p>investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.</p> <p>§ 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.</p> <p>2º Nas ações penais relativas a crimes praticados em detrimento da União, Estados e Municípios, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial.</p>	<p>indispensáveis ao oferecimento da denúncia, requererá ao auditor que os mande arquivar. Se este concordar com o pedido, determinará o arquivamento; se dele discordar, remeterá os autos ao procurador-geral.</p>
--	--

416

Percebe-se pela simples leitura, que não há mais a presença da autoridade judicial no processo de homologação de arquivamento da inquisição, representando isto importante reconhecimento na independência do *Parquet*, em face da titularidade da ação penal e destinatário das provas colhidas da autoridade policial.

Nesse sentido leciona Brasileiro (2020. p. 238):

Da mesma forma que a função de dirimir os conflitos sociais foi trazida para o Estado, que se desincumbe desse mister por exercício da jurisdição, a necessidade de se impedir a vingança privada também fez com que a formulação da acusação ficasse a cargo do Poder Público nos crimes de ação penal pública, porém nas mãos de órgão diverso que o Poder Judiciário, o Ministério Público. Surge, então, a figura do *Parquet*, cuja origem, segundo a atual configuração, remonta ao século XVIII, na França, como órgão do Estado sobre o qual recaí a atribuição de promover a persecução penal, exercendo papel fundamental no modelo acusatório, visto que retira do juiz quaisquer funções de natureza pré-processual (ou investigatórias), preservando, assim, o que lhe é mais caro, sua imparcialidade.

Por isso, sempre causou enorme estranheza para a doutrina o fato de o controle do arquivamento de inquéritos policiais (ou

de outra peça de informação) ser feito pelo Judiciário, e não pelo Ministério Público, como seria de se imaginar, já que é ele o titular da ação penal pública (CF, art. 129, I).”

Em lado oposto, temos a lição de Rangel (2021, p.375), que ainda reconhece a necessidade de pronunciamento judicial para fins de arquivamento do inquérito mesmo com a nova redação do artigo 28 do CPP, com a seguinte justificativa:

Entendemos que a legitimidade para determinar o arquivamento dos autos do inquérito é do Ministério Público e não do juiz, não obstante a redação do art. 28 acima citado. Pois, diante da nova ordem constitucional, com a adoção do sistema acusatório, o *dominus lictis* é o Ministério Público (cf. item 2.4.5, supra). Entretanto, ser dono da ação penal não significa ser dono do mundo. Não. O Ministério Público recebe fiscalização do órgão judiciário na formulação de sua pretensão de arquivamento. É o sistema de freios e contrapesos a que nos referimos no Capítulo II supra. O arquivamento é determinado pelo titular da ação penal pública, porém submetendo-o ao juiz para que exerça a fiscalização sobre o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

417

Na seara do Direito Processual Penal Castrense, Neves (2021, p.409) posiciona-se pela aplicação da nova redação do artigo 28 do CPP em substituição ao regramento do artigo 397 do CPPM, sob a alegação de não haver sentido o Direito Castrense ficar de fora dessa dinâmica e devendo o dispositivo que trata do arquivamento ser declarado inconstitucional à luz do artigo 129, inciso I, da Constituição Federal¹⁶:

Mas há que se avaliar se a nova redação do artigo 28 do CPP, trazida pelo “Pacote Anticrime” (Lei n. 13.964/2019) há também que alcançar o processo penal militar tema sobre o qual não nos posicionamos”.

Entendemos que a resposta deve ser em sentido afirmativo, ou seja, o arquivamento de inquérito na Justiça Militar deve conhecer tratamento igual dinâmica, claro, isto se novel artigo conhecer sua plena eficácia. Não há razão para se considerar consentâneo com o sistema acusatório a plena

¹⁶ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

titularidade do Ministério Público na ação penal pública no processo penal comum e não considerar no processo penal militar. Notadamente, a função institucional do *Parquet* de titularizar essa ação penal, a reboque, novas concepções que comandam o abandono de estruturas e postulados antigos. Nesse sentido, somos pela aplicação do artigo 28 do CPP, por analogia, considerando o artigo 397 inconstitucional em face do já mencionado inciso I do art. 129. Quando o titular da ação penal não enxergar elementos mínimos para sua propositura, o juiz imparcial deve ser, não tem espaço para discordar dessa convicção, sob pena de ferir a inércia da jurisdição, ponto central dessa imparcialidade. Natural, portanto, que a instância de controle do membro do *Parquet* seja no bojo da própria instituição.

No procedimento em si, primeiramente, os órgãos revisionais do arquivamento proposto pelo Promotor de piso nesse novo texto do artigo 28 CPP serão os mesmos de sua antiga redação, ou seja, o Procurador-Geral de Justiça (âmbito estadual) e Procurador-Geral de Justiça Militar, com o parecer opinativo da Câmara de Coordenação e Revisão (âmbito federal), contudo nada impede que outros órgãos sejam chamados a ocupar ou compor essa posição, conforme leciona Avena (2023, p 434):

Logo, estes órgãos poderão funcionar como as instâncias revisionais a que se refere o art. 28, caput, do CPP. Não se descarta, contudo, a possibilidade de ser estabelecida, por ato interno no âmbito dos Ministérios Públicos Estaduais e Federal, a fixação dessa atribuição revisional a outros órgãos da Administração Superior, notadamente ao Conselho Superior do Ministério Público, até mesmo por analogia ao regramento do art. 9º, § 4º, da Lei 7.347/1985 (a denominada “lei da ação civil pública”) em relação ao arquivamento do inquérito civil, arquivamento este cujo procedimento é similar ao agora estabelecido para o arquivamento do inquérito policial.

Dessa remessa necessária aos órgãos suprarreferidos, há uma comunicação à vítima, ao investigado e à autoridade policial sobre o arquivamento do inquérito.

Nesse ponto, sem se afastar de sua posição de independência de atuação do *Parquet*, Brasileiro (2020, p. 240) justifica a comunicação também ao Juiz das Garantias sobre o arquivamento da inquisição sob o

argumento de tutela de liberdade do investigado provisoriamente preso ou com bens sequestrados diante de um inquérito em vias de arquivamento:

Noutro giro, embora a lei nada fale nesse sentido, o Ministério Público também deverá dar ciência do arquivamento ao juiz das garantias, aplicando-se, por analogia, o disposto no art. 3º-B, inciso IV, do CPP, o qual deverá, então, dar baixa na distribuição ou nos registros, determinar a restituição de bens ao investigado, à vítima ou a terceiros de boa-fé,¹³¹ bem como proceder à revogação de eventuais medidas cautelares em curso.

Em segundo lugar, nessa remessa necessária da inquisição aos órgãos revisionais, os §§1º e 2º do artigo 28 do CPP relatam que caberá à vítima ou aos representantes jurídicos dos entes federativos manifestar seu inconformismo, podendo-se ver aí um verdadeiro direito de petição, nos exatos termos do art. 5º, XXXIV, alínea “a”, da Constituição Federal, pois o inquérito seguirá para as instâncias de revisão com ou sem as manifestações referidas.

Noberto Avena (2023, p.441) roteiriza o procedimento da seguinte forma:

Para ilustrar a sequência dos acontecimentos que envolvem o arquivamento do inquérito policial à luz das duas possibilidades aventadas, apresentamos o seguinte roteiro: 1) Entendendo ser hipótese que justifica o arquivamento, impõe-se ao Promotor de Justiça, em manifestação escrita e fundamentada, apresentar as razões pelas quais assim entende. 2) A seguir, deverá comunicar o arquivamento levado a efeito à vítima (regra que não se aplica, por óbvio, aos crimes vagos, assim entendidos aqueles que não possuem um ofendido determinado, a exemplo do tráfico de drogas, do porte ilegal de arma de fogo etc.), à pessoa investigada e ao delegado de polícia. Como a lei confere ao ofendido a possibilidade de insurgir-se em relação ao arquivamento, tal faculdade deverá constar na comunicação que lhe for dirigida, com a indicação, inclusive, do órgão a que deve ser endereçado o inconformismo. 3) Efetuadas estas comunicações, surgem duas possibilidades, cabendo, como dissemos, a cada Ministério Público, mediante norma interna, definir qual delas será seguida: I. Primeira: o membro do Ministério Público aguarda o decurso do prazo de trinta dias contados da ciência da vítima quanto ao arquivamento. Decorrido esse prazo, havendo ou não insurgência do ofendido, o inquérito ou outros elementos informativos são

encaminhados à instância revisional com atribuições para homologação. Reputamos adequada a adoção deste procedimento, até mesmo para facilitar à vítima protocolar a manifestação de seu inconformismo, o que, neste caso, ocorrerá junto à própria promotoria que analisou o inquérito e deliberou pelo seu arquivamento. II. Segunda: o membro do Ministério Público, tão logo efetuadas as comunicações, encaminha o inquérito ou outras peças de informação à instância revisional competente para homologação. Tendo em vista a possibilidade de a vítima insurgir-se quanto ao arquivamento, a análise a respeito pela instância revisional apenas poderá ser realizada após o decurso do prazo de trinta dias contados da ciência ao ofendido quanto ao arquivamento efetuado. 4) Na sequência, a referida instância revisional deliberará sobre a homologação ou não do arquivamento. I. Homologado o arquivamento, encerra-se a tramitação do inquérito em nível administrativo. II. Se não homologado, cabe verificar a razão dessa recusa pelo órgão revisor: a) Necessidade de outras diligências: o inquérito policial é restituído ao membro do Ministério Público que o arquivou, para cumprimento das diligências determinadas pela instância revisional. b) Possibilidade de oferecimento de denúncia: segue-se a designação de outro membro do Ministério Público para fazê-lo e prosseguir nos atos do processo criminal agora instaurado.

420

Ainda na parte de manifestações de inconformismo, cabe observar a posição de Brasileiro (2020, p 246), que justifica que o investigado também peticione nos autos do inquérito, justificando que ele tem interesse no arquivamento da inquisição:

Por fim, apesar de o art. 28, §1º, do CPP, com redação dada pela Lei n. 13.964/19, fazer referência apenas à possibilidade da vítima (ou de seu representante legal) submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, queremos crer que o dispositivo sob comento pode – e deve – ser objeto de interpretação extensiva para também se admitir a apresentação de arrazoados por parte do investigado. Primeiro, porque é patente o interesse que ele tem na homologação do arquivamento determinado pelo Promotor Natural, o que é evidenciado pelo próprio caput do art. 28 do CPP, o qual prevê que o investigado deve ser comunicado do arquivamento determinado pelo órgão ministerial. Segundo, porque o Estatuto da OAB assegura aos advogados o direito de assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração, apresentar razões e quesitos (Lei n. 8.906/94, art. 7º, XXI, alínea “a”). Por fim, se a jurisprudência é firme no sentido de assegurar ao acusado a possibilidade de contrarrazoar eventual recurso interposto pela acusação

contra a rejeição da peça acusatória – súmula n. 707 do STF–, por que não aplicarmos a mesma lógica à decisão de arquivamento? Outrossim, a apresentação de razões pelo investigado – como também da vítima – há de ser considerada uma mera faculdade, o que significa dizer que o não exercício dessa prerrogativa não terá o condão de acarretar qualquer vício de ilegalidade.

Fechando o roteiro, caso haja concordância com o Promotor de Piso, o Órgão Revisor determinará o arquivamento da inquisição ou, caso discorde, designará outro membro do Ministério Público para oferecer a denúncia por delegação.

Nesse ponto Rangel (2021, p. 380-382), baseando-se no garantismo penal, adverte que isso representa uma afronta ao primado da independência funcional do Promotor a sua designação pelo Procurador-Geral para oferecer a exordial acusatória, conforme percebe no seguinte trecho:

Destarte, o garantismo penal visa a utilização de um sistema normativo constitucional, criando barreiras limitadoras e punitivas dos abusos aos direitos fundamentais e do exercício arbitrário do poder, estabelecendo um âmbito dentro do qual as liberdades públicas do indivíduo, enquanto ser livre, possam ser tuteladas eficazmente. Assim, o fundamento e o fim do garantismo penal é a tutela da liberdade do indivíduo frente às várias formas de exercício arbitrário do poder político. Há uma perfeita simbiose entre o Estado Constitucional Democrático de Direito e a Teoria do Garantismo Penal, pois somente se houver respeito ao princípio da legalidade, com a submissão do poder público (Legislativo, Executivo e Judiciário) ao império da lei e seu efetivo compromisso com as garantias dos direitos fundamentais dos cidadãos, é que poderemos ter a irradiação da Constituição na vida social, fazendo com que a Constituição ideal seja a real e vice-versa. Não há espaço, em um Estado de Direito, para exercício de poder sem limite e ato de poder que não seja objeto de controle jurisdicional. O garantismo é uma forma de se dar ao cidadão mecanismos para pleno exercício de direitos fundamentais violados através de atos de império, a fim de que se possa restabelecer a ordem jurídica violada. O princípio da legalidade exige que o exercício de qualquer poder tenha, na lei justa, sua fonte formal de legitimidade. Ora, de que adianta a Constituição Federal estabelecer como guardião da ordem jurídica o Ministério Público (cf. art. 127, caput, da CRFB) se, quando e sempre que a ordem jurídica for violada, não puder o mesmo adotar as providências de seu

mister dentro e com respeito ao devido processo legal? De que adianta dar ao cidadão a certeza de que terá um Ministério Público forte e independente funcionalmente se, quando for adotada uma providência em favor do mesmo pelo Ministério Público, tal decisão puder ser revista pelo Procurador-Geral de Justiça, nos termos do art. 28 do CPP, inclusive obrigando o promotor de justiça delegado a fazer o que não foi feito por se entender que não deveria sê-lo?

422 É inegável a importância do garantismo penal num Estado Democrático de Direito, dentro da dualidade saber/poder e conhecimento/autoridade, que é em essência tornar todos nós garantistas, contudo o pensamento acima proposto parte de uma premissa equivocada, pois inicialmente a independência funcional do Promotor que apresentou o arquivamento rejeitado foi respeitada, haja vista que ele não foi obrigado a ofertar uma denúncia contra sua vontade, mas sim outro colega de Instituição. Esse colega de Instituição não é o Promotor Natural do caso, mas sim o próprio Procurador-Geral, que delega tal função em razão do acúmulo de suas atribuições, tanto que no âmbito estadual existe o Promotor do 28, que, na explicação Brasileiro (2020, pp.242/3), “é uma equipe de assessores especiais, composta por membros do Ministério Público ocupando cargos de confiança, por ele designados para atuar nas hipóteses do art. 28 do CPP, seguindo sua orientação”.

Por fim, seria ilógico esperar que a delegação ficasse condicionada em alcançar um membro que concordasse em oferecer a denúncia, sob pena de ofender a razoável duração do processo, que deve ser vista dentro da persecução penal em sentido lato (inquérito + processo) e da proibição da proteção deficiente dos direitos fundamentais tanto do investigado como da vítima, sendo que o primeiro não pode ficar sob o temor eterno de um inquérito policial inconclusivo; e a segunda, sem uma resposta estatal efetiva aos seus direitos violados, partindo-se para um garantismo penal integral que se mostra mais abrangente e dinâmico.

As duas grandes interrogações desse novo procedimento dizem respeito à sua natureza e aos efeitos da decisão das instâncias de revisão sobre a instauração de novos inquéritos.

Inicialmente, diferentemente da sistemática anterior, não havia discussão sobre homologação judicial representar uma decisão judicial que formava um ato complexo dentro do procedimento de arquivamento, seja concordando ou não com o pedido de arquivamento do MP, havendo ainda a decisão de Procurador que tinha a última palavra sobre o tema.

Como já explicado anteriormente, tal decisão judicial traria os contornos da coisa julgada formal e material, sendo na última hipótese um entrave permanente ao desarquivamento da inquisa.

Pois bem, tanto antes como agora, o ato de arquivamento continuará sendo complexo, só que, sem a presença da autoridade judicial, tal ausência pode trazer a natureza de decisão administrativa sob a nova sistemática do artigo 28 do CPP, como nos casos de atribuição originária do Procurador-Geral da República e Procurador-Geral de Justiça perante o Supremo Tribunal Federal e Tribunal de Justiça respectivamente.

Nesse sentido são as palavras de Brasileiro (2020, p. 251):

A propósito, nos casos de atribuição originária do Procurador-Geral da República (ou Procurador-Geral de Justiça), onde sempre se entendeu que a decisão de arquivamento era de natureza administrativa, sem a necessidade de homologação do Poder Judiciário, assemelhando-se, assim, à nova sistemática implantada no art. 28, caput, do CPP, pela Lei n. 13.964/19, há diversos precedentes dos Tribunais Superiores no sentido de que, em tais hipóteses, uma vez promovido o arquivamento, não seria possível que um novo Procurador-Geral oferecesse denúncia, ressalvada a hipótese de surgimento de provas novas, capazes de alterar o contexto probatório dentro do qual fora proferida a decisão de arquivamento. A título de exemplo, apreciando o Inquérito nº 2.028/BA, o Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu que a manifestação formulada pelo Procurador-Geral da República, no sentido do arquivamento de inquérito policial, seria dotada de caráter irrevogável, não sendo passível de reconsideração ou revisão, salvo diante do surgimento de provas novas.

Essa ausência de decisão judicial afasta a ideia de coisa julgada formal e material formada no inquérito policial comum ou militar. Brasileiro (2020, p.251), a seu turno, defende a concepção de coisa julgada administrativa, mas reconhece que o conceito é frágil do conceito diante da intangibilidade da coisa julgada judicial e, por fim, defende a mesma sistemática do artigo 28 CPP no que toca a seus efeitos:

Ante a nova redação conferida pelo Pacote Anticrime ao art. 28, caput, do CPP, como a decisão de arquivamento estará sujeita exclusivamente ao controle do Ministério Público, órgão de natureza administrativa, poder-se-ia, então, pensar em coisa julgada administrativa, a qual implica para a Administração a definitividade dos efeitos de uma decisão que haja tomado, quando, em face dessa, não há mais a possibilidade de recurso, impedindo de retratar-se dela na esfera administrativa. Esta expressão, todavia, é duramente criticada pela doutrina, eis que, por se tratar de mera decisão administrativa, jamais teria o condão de produzir a verdadeira intangibilidade jurídica, atributo este de exclusividade de decisões judiciais.

Sem embargo do equívoco em se falar em coisa julgada administrativa, queremos crer que, em fiel observância a princípios como segurança jurídica, lealdade e boa-fé na esfera administrativa, não se pode admitir que uma decisão de arquivamento determinada pelo Promotor Natural, subsequentemente chancelada pela instância de revisão ministerial, seja modificada livremente sem qualquer mudança da matéria de fato ou de direito. Enfim, por mais que a decisão de arquivamento não mais esteja sujeita ao controle jurisdicional, há de ser mantida a mesma sistemática vigente no momento anterior à vigência da Lei n. 13.964/19. Logo, naqueles casos em que tiver havido análise do mérito (v.g., atipicidade, excludentes da ilicitude, etc.) por ambas as instâncias ministeriais, o arquivamento deve continuar demandando respeito absoluto. Por outro lado, naqueles casos em que só se falava em coisa julgada formal (v.g., ausência de lastro probatório), subsiste a possibilidade de desarquivamento diante do surgimento da notícia de provas novas.

Norberto Avena (2023, p. 449) apresenta duas correntes doutrinárias sobre o tema, a primeira similar à defendida por Brasileiro; e uma segunda reconhecendo o fato de que não há coisa julgada no inquérito

por essa nova sistemática, fato que pode ensejar a reabertura do inquérito a qualquer tempo:

Em síntese, questiona-se: sendo o arquivamento do inquérito policial ordenado pelo Promotor de Justiça a partir, como ilustramos, da afirmação de que está comprovada a inexistência do fato e sendo este arquivamento homologado pela instância revisional competente no âmbito interno do Ministério Público, tal inquérito poderá ser reaberto na hipótese do surgimento de novas provas? Duas soluções apresentam-se aqui: Primeira: persiste, neste caso, a impossibilidade de ser reaberto o inquérito, ainda que não tenha ocorrido análise judicial acerca do mérito do arquivamento. A situação, enfim, assemelha-se ao que ocorria na redação anterior do art. 28 do CPP, na hipótese em que o juiz deixava de homologar o arquivamento do inquérito promovido pelo Promotor de Justiça e remetia o caso à análise do Procurador-Geral de Justiça. Nesta situação, insistindo o Procurador-Geral no arquivamento, nada restava ao juiz fazer a não ser atender o pleito e arquivar o inquérito. Em tal hipótese, como se vê, assim como hoje é regrado pelo art. 28 na redação dada pela Lei 13.964/2019, também não inexistia referendo judicial aos termos do arquivamento promovido pelo Promotor, mas simples vinculação da atuação jurisdicional ao entendimento do Procurador-Geral. Sem embargo, residindo a justificativa do arquivamento na afirmação de aspectos de mérito que conduziam à elisão da responsabilidade penal do investigado, entendia-se ocorrente coisa julgada material, impedindo-se, daí, o reavivamento da investigação. Pois bem, segundo a linha de pensamento em exame, o mesmo raciocínio deve ser empregado ao arquivamento promovido pelo promotor na atual disciplina do art. 28 do CPP. Segunda: Não sendo mais o arquivamento do inquérito policial ou de qualquer outro expediente de investigação da mesma natureza sujeito à apreciação judicial, tal deliberação não se submete aos efeitos da coisa julgada formal ou material, podendo, então, a autoridade policial retomar as investigações diante da notícia de novas provas, independentemente do motivo que fundamentou o arquivamento antes promovido.

425

Neves (2021, p. 414), ao comentar sobre o desarquivamento de IPM, não abraça a segunda corrente, mas reconhece não haver coisa julgada e que um inquérito novamente instaurado à revelia dos Órgãos Revisionais pode ser trancado por meio de *habeas corpus* pela autoridade judicial:

Com a implantação da nova dinâmica do art. 28 do CPP, entretanto, a concepção do “desarquivamento” deverá mudar

sensivelmente. Em não havendo arquivamento por autoridade judiciária, por exemplo, não há que se falar em formação de coisa julgada, mas, ainda assim entendemos que, após a chancela do órgão de revisão do Ministério Público sobre o arquivamento, apenas fatos novos poderão fazer com que a persecução seja retomada, diante de um ato jurídico perfeito. Eventual inobservância dessa regra, ensejará impetração de *habeas corpus* para, aí sim, sepultar a persecução por decisão judicial.

Por fim a jurisprudência do Superior Tribunal Militar ainda não segue a nova sistemática do artigo 28 do CPP em homenagem ao princípio da especialidade e em razão de decisão liminar nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI's) nº 6298, 6299, 6300 e 6305:

EMENTA: HABEAS CORPUS. DEFESA. ART. 397 DO CPPM. PEDIDO DE ARQUIVAMENTO DO IPM. REMESSA DOS AUTOS À PGJM. AFRONTA AO SISTEMA ACUSATÓRIO. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. ORDEM DENEGADA. DECISÃO UNÂNIME. A teor do art. 397 do CPPM, quando o Órgão de Acusação requerer o arquivamento, total ou parcial, do IPM, e o Juiz considerar improcedentes as razões invocadas, os autos devem ser remetidos ao Procurador-Geral da Justiça Militar, que poderá designar outro membro do Ministério Público Militar para promover a ação penal militar, ou em caso contrário, se entender que não há elementos para a propositura da demanda, mandará arquivar o processo. **Não se aplica o novo art. 28 do CPP, alterado pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, no âmbito desta Justiça Especializada, uma vez que o Supremo Tribunal Federal suspendeu sua eficácia, liminarmente, nos autos da ADI nº 6.305/DF. Ademais, mostra-se imperiosa a aplicação do art. 397 do CPPM que está em perfeita vigência no ordenamento jurídico pátrio, em homenagem ao princípio da especialidade.** Ordem denegada. Decisão unânime. (Superior Tribunal Militar. HABEAS CORPUS nº 7000520-13.2021.7.00.0000. Relator(a): Ministro(a) FRANCISCO JOSELI PARENTE CAMELO. Data de Julgamento: 09/09/2021, Data de Publicação: 21/09/2021) (negritos nossos)

2.3 Procedimento de arquivamento do CPP após julgamento do STF do instituto do Juiz das Garantias

Após longos 3 (três) anos de suspensão da nova redação do artigo 28 do CPP e demais normas do juiz das garantias por meio de liminar nas ADI

nº 6298, 6299, 6300 e 6305, eis que o conjunto de processos é julgado em 24/08/2023 e lá ficou estabelecido que cabe a autoridade judicial também participar do processo de arquivamento do IP junto às instâncias de revisão do *Parquet*, conforme trecho que segue:

Decisão: O Tribunal, **nos termos do voto do Relator**, julgou parcialmente procedentes as ações diretas de inconstitucionalidade, para:(...) **20. Por maioria**, atribuir interpretação conforme ao *caput* do art. 28 do CPP, alterado pela Lei nº 13.964/2019, para assentar que, ao se manifestar pelo arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público submeterá sua manifestação ao juiz competente e comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial, podendo encaminhar os autos para o Procurador-Geral ou para a instância de revisão ministerial, quando houver, para fins de homologação, na forma da lei, vencido, em parte, o Ministro Alexandre de Moraes, que incluía a revisão automática em outras hipóteses; (...) Redigirá o acórdão o Relator. Presidência da Ministra Rosa Weber. Plenário, 24.8.2023.

427

Aqui a natureza da sentença de controle de constitucionalidade se parece com uma sentença aditiva ou manipulativa de efeito aditivo, na qual, conforme Mendes (2017, p. 1193): “o órgão de jurisdição constitucional modifica ou adita normas submetidas a sua apreciação, a fim de que saiam do juízo constitucional com incidência normativa ou conteúdo distinto do original, mas concordante com a Constituição”.

Ora, se na redação do dispositivo pelo Pacote Anticrime e anterior ao julgado não se previa a presença do juiz na sistemática de arquivamento de inquéritos e sua revisão pelos Órgãos Superiores do *Parquet* e agora fica determinado que, “ao se manifestar pelo arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público submeterá sua manifestação ao juiz competente”, fica evidente tal modificação.

Parece que se saiu, na visão da Suprema Corte, da constitucionalidade da titularidade privativa da ação penal pública pelo

Ministério Público, prevista no artigo 129, inciso I, da CF, para o entendimento mais amplo, defendido por Rangel (2021, p. 375), por exemplo, para o sistema de freios e contrapesos, na qual a presença do juiz se faz necessária dentro da garantia do princípio da obrigatoriedade.

Contudo, tal sistemática adotada pela Suprema Corte pode ser protegida de outras formas, como a exemplo, do remédio constitucional do *habeas corpus*, em que a Defesa pode solicitar à autoridade judicial o trancamento de um inquérito lastreado em atipicidade formal/material ou numa causa extintiva de punibilidade, por exemplo, situações já seriam objeto de revisão das Instâncias Superiores do Ministério Público, fato que não demandaria o acionamento da já sobrecarregada máquina do Poder Judiciário.

Outrossim, é importante resgatar que, dentro a hermenêutica constitucional, o princípio da concordância prática ou harmonização sempre nos lembra que os bens constitucionais devem coexistir de maneira harmoniosa sem sacrifício total de um diante de outro, fato que não pode ser aceitável diante do afastamento da independência funcional do Ministério Público.

No campo doutrinário, ainda há uns primeiros passos na análise do presente julgado em razão da recente publicação do resultado e no aguardo da disponibilização do inteiro teor do acórdão.

Desponta nesse cenário inicial um encontro virtual¹⁷ realizado entre os professores Rogério Sanches Cunha, promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo; Douglas Fischer, procurador Regional da República na 4ª Região; Renee do Ó Souza, promotor de Justiça do

17

https://www.youtube.com/watch?v=6214xzA1dkg&ab_channel=Rog%C3%A9rioSanchesCunha, acessado no dia 20/09/2023, às 14h25.

Ministério Público do Estado do Mato Grosso; e a professora Graciela de Rezende Henriquez, juíza de Direito do Estado do Espírito Santo.

Nesse encontro, em linhas gerais, foi reconhecido que a nova estrutura do artigo 28 do CPP representou uma tentativa de apagar uma nota de inquisitividade do Código de Processo Penal, legislação dos anos 40, dando a ele um tom mais de sistema acusatório.

A interpretação do artigo 28 do CPP, a partir desse julgado, ainda que apenas com base no extrato de julgamento e tendo ciência de que o Supremo Tribunal Federal precisará esclarecer esse ponto no inteiro teor do acórdão, deve ser no sentido de que o Promotor deve apenas comunicar ao Juiz a sua intenção de arquivar inquérito e não o submeter a uma homologação judicial como nos moldes do antigo artigo 28, considerando que o termo “submeter” é impreciso, principalmente se em contraste ao 3-A do CPP¹⁸, pois se nesse dispositivo é vedado ao juiz qualquer iniciativa na fase investigativa, e o magistrado somente pode realizar diligências para dirimir dúvidas pontuais na fase processual, não cabendo falar em análise de mérito do pronunciamento de arquivamento proposto pelo Promotor por parte da autoridade judicial.

Observou-se ainda que, se antiga estrutura do artigo 28 for combinada com a remessa obrigatória a Instância Revisional do MP, tal fato representaria uma insegurança jurídica ao próprio sistema de arquivamento, pois, em caso de divergência entre o Magistrado que homologou o encerramento do inquérito e a estrutura superior do MP, não haverá uma solução aparente no sistema para tal conflito.

Isso sem falar da vítima, que deve ser intimada pelo MP antes do ato de remessa do inquérito ao juiz, caso esse pensamento prevaleça no Supremo, pois faltará a ela interesse no caso de homologação do inquérito pelo juiz.

¹⁸ Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.

Pontuou-se que há distinção entre controle de legalidade e mérito: no primeiro caso (falta de provas), o sistema de controle interno do *Parquet*, com apenas a comunicação ao juiz, é mais que suficiente para resolver o fim do inquérito; no segundo caso, divergiu-se entre a necessidade de um controle judicial, trazendo-se o manto da segurança jurídica da coisa julgada ao arquivamento do IP e a manutenção da comunicação pura e simples do arquivamento da inquisição à autoridade judicial, pois, no caso de arquivamento por atipicidade (caso de coisa julgada material), o juiz pode rejeitar uma denúncia, com base no entendimento do órgão revisor do próprio Ministério Público, mantendo-se a segurança e a interpretação uniforme do artigo 28 do CPP.

3 CONCLUSÕES

Deve-se aguardar a publicação do acórdão com o inteiro teor do julgamento das ADI's nº 6298, 6299, 6300 e 6305, no qual ficará esclarecido qual o real papel do juiz na nova sistemática do artigo 28 do Código de Processo Penal. Sendo importante sua aplicação em substituição ao artigo 397 do CPPM em prol de um processo penal constitucional (englobando o processo penal comum e militar) e mais ligado ao sistema acusatório, declarando-se a não recepção do artigo 397 no sistema constitucional com base no artigo 129, inciso I, da Constituição Federal.

Esse processo penal constitucional é defendido por Neves (2021, p. 76), o qual esclarece que:

Dito isso, como o Código de Processo Penal Militar é datado de 1969, imprescindível, para sua aplicação hodierna, que se faça um cotejo de seus dispositivos com a ordem constitucional, inaugurada em 05 de outubro de 1988 – fruto do constitucionalismo que favoreceu a formação do Estado Democrático de Direito – valendo dizer que aquelas normas incompatíveis – mormente tendo a dignidade da pessoa humana como mote principal de interpretação –, em face da

supremacia da Constituição Federal, não foram recepcionadas, devendo ser afastada a sua aplicação no processo penal militar

Por sua vez, Pacelli (2020, p.39), seguindo na mesma linha sobre a estrutura do sistema acusatório, esclarece que:

Nesse particular, pensamos que somente uma leitura constitucional do processo penal poderá afastar ou diminuir tais inconvenientes, com a afirmação do princípio do juiz natural e de sua indispensável imparcialidade. Com efeito, a igualdade das partes somente será alcançada quando não se permitir mais ao juiz uma atuação substitutiva da função ministerial, não só no que respeita ao oferecimento da acusação, mas também no que se refere ao ônus processual de demonstrar a veracidade das imputações feitas ao acusado. A iniciativa probatória do juiz deve limitar-se, então, ao esclarecimento de questões ou pontos duvidosos sobre o material já trazido pelas partes, nos termos da nova redação do art. 156, II, do CPP, trazida pela Lei nº 11.690/08.

Dessa forma, considerando que a não recepção do artigo 397 do CPPM criou uma omissão na legislação processual militar, é cabível a aplicação do artigo 28 do CPP com base no artigo 3º, alínea “a”, do CPPM¹⁹, a exemplo do que ocorre da aplicação de dosimetria do crime continuado do Código Penal (CP), mesmo existindo dispositivo legal semelhante no CPM:

EMENTA: FURTO NOTURNO. ART. 240. § 4º, DO CPM. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. MINORANTE INOMINADA. INOCORRÊNCIA FÁTICA DE EXCEPCIONALIDADE A JUSTIFICAR A DIMINUIÇÃO DA PENA IMPOSTA NA ORIGEM. CRIME CONTINUADO. RECONHECIMENTO. ADOÇÃO DA TEORIA OBJETIVA. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 71 DO CP COMUM. SUBSTITUIÇÃO DA DOSIMETRIA E ALTERAÇÃO DO QUANTUM DA PENA. APELO MINISTERIAL PARCIALMENTE PROVIDO. DECISÃO POR MAIORIA. Viola a norma inserta no § 4º do art. 240 do CPM o agente que subtrai para si smartphones, no interior de Organização Militar, durante o período noturno, assim considerado como aquele destituído completamente de luminosidade natural (critério físico-

¹⁹ Art. 3º Os casos omissos neste Código serão supridos: a) pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar.

astronômico). A jurisprudência desta Corte somente admite a aplicação da denominada "minorante inominada" quando o contexto fático demonstre a ocorrência de situações excepcionais, verificadas nos casos em que a fixação da reprimenda imposta revela-se desproporcional para restabelecer o equilíbrio da ordem jurídica abalada pelo cometimento do injusto. À mingua de tais circunstâncias, não há que se cogitar de sua aplicação, cabendo ao Julgador apenas adotar a solução jurídica abstratamente idealizada pelo legislador. Caracteriza-se o crime continuado quando, nas mesmas condições de tempo, lugar e modo de execução, há o cometimento de dois ou mais crimes de mesma espécie, descabendo, para tanto, perquirir, sobre o elemento anímico do agente, ante a ausência de previsão legal para tal. **Demonstrado, pois, no contexto fático, a ocorrência de crime continuado, deve-se aplicar, por analogia, o art. 71 do CP, eis que o referido regramento é o que melhor atende à política criminal a que visa o aludido instituto, de evitar e impedir o excessivo rigor punitivo ao criminoso de ocasião, sendo inaplicável, nesses casos, o art. 80 do CPM.** Apelo parcialmente provido. Decisão por maioria. (Superior Tribunal Militar. APELAÇÃO nº 7000737-56.2021.7.00.0000. Relator(a): Ministro(a) CLÁUDIO PORTUGAL DE VIVEIROS. Data de Julgamento: 07/04/2022, Data de Publicação: 25/05/2022) (negrito nossos)

432

Importante observar que, quando se pensa em direito processual castrense, imagina-se sempre o princípio da especialidade como principal barreira para aplicação do CPP no CPPM, conforme julgado do STM apresentado sobre o tema, o qual se assenta na ideia de prevalência da índole do processo penal militar, como consta na própria redação do artigo 3º do CPPM. Assis (2020, p. 24) explica que esta expressão está ligada essencialmente aos valores de hierarquia e disciplina que devem nortear os direitos dos acusados no processo penal militar:

Fazem parte da índole do Processo Penal Militar as prerrogativas dos militares, constituídas pelas honras, dignidades e distinções devidas aos graus militares e cargos (Estatuto dos Militares, art. 73), e que se retratam já na definição do juízo natural do acusado militar (Conselho Especial ou Permanente); na obrigação do acusado militar prestar os sinais de respeito aos membros do Conselho de Justiça; a conservação, pelo militar da reserva ou reformado, das prerrogativas do posto ou graduação, quando pratica ou contra ele é praticado crime militar (CPM, art. 13); a

prestação do compromisso legal pelos juízes militares (CPPM, art. 400) etc.

Tais valores não são desrespeitados no arquivamento do inquérito, pois se está num momento anterior ao processo e mesmo nessa etapa os primados na hierarquia e disciplina são mantidos, pois o encarregado do inquérito sempre será ao menos mais antigo que o próprio indiciado, e há medidas para garantia disso, caso se descubra que um novo indiciado que esteja acima do posto do responsável pelas diligências, conforme consta nos artigos 7º, §§1º ao 5º, e 10, §5º, ambos do CPPM²⁰.

Dessa maneira não há barreiras à aplicação do artigo 28 do CPP à legislação castrense nos termos do estabelecido no Pacote Anticrime, restando aguardar que o Supremo Tribunal Federal não desnature o referido dispositivo legal quando da publicação do inteiro teor do acórdão das ADIs nº 6298, 6299, 6300 e 6305. A principal ideia é garantir a autonomia do Promotor Natural e aperfeiçoar o sistema acusatório.

433

²⁰ 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.

§ 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. § 5º Se o pôsto 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 pôsto mais elevado para a instauração do inquérito policial militar; e, se este estiver iniciado, avocá-lo, para tomar essa providência.

Art 10 (...)

§ 5º Se, no curso do inquérito, o seu encarregado verificar a existência de indícios contra oficial de posto superior ao seu, ou mais antigo, tomará as providências necessárias para que as suas funções sejam delegadas a outro oficial, nos termos do § 2º do art. 7º.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge Cesar de. *Código de processo penal militar anotado* – 1. v. (arts. 1º 383). 5. ed. Curitiba: Juruá, 2020.

AVENA, Noberto. *Processo Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

NEVES, Cicero Robson Coimbra. *Manual de Direito Processual Penal Militar* – Volume Único. 5. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 24. ed., rev., ampl. e reform. São Paulo: Atlas. 2020.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 29. ed., rev., ampl. e atual. Barueri (SP): Atlas. 2021.

A liberdade de expressão nas redes sociais e no Estado Democrático de Direito: O impacto do seu uso desregulado sobre as práticas democráticas

Ângela Montenegro Taveira

Promotora de Justiça Militar, membro do Ministério Público Militar. Secretária-Geral da Secretaria de Pesquisa e Apoio à Investigação da PGJM/MPM. Representante do MPM no GT de Inteligência Criminal do Grupo Nacional de Combate às Organizações Criminosas – GNCOOC. Integrante do Observatório do MPM para o enfrentamento da Corrupção. Integrante do Comitê Estratégico de Tecnologia da Informação (CETI) do MPM. Integrante do Grupo de Trabalho – GT para monitoramento e divulgação do Sistema de Apoio à Investigação da Comissão de Defesa da Probidade Administrativa – CDPA.
CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2131761753401003>
E-mail: angela.taveira@mpm.mp.br

Revisores: Fernando Hugo Miranda Teles (ORCID: 0009-0005-3088-4294; e-mail: fernando.teles@mpm.mp.br)
Cristiane Pereira Machado (e-mail: cristiane.machado@mpm.mp.br)

Data de recebimento: 09/10/2023

Data de aceitação: 10/10/2023

Data da publicação: 21/11/2023

DOI: 10.5281/zenodo.10078835

RESUMO: O objetivo deste artigo foi analisar como o uso abusivo das redes sociais tem impactado as práticas democráticas, o debate político e o exercício de direitos, garantias e liberdades individuais. Para tal, analisa-se o exercício da liberdade de expressão nas mídias digitais sob a perspectiva do princípio da igualdade no Estado Democrático de Direito; aborda-se a “tecnologia da persuasão”, desenvolvida pela indústria da tecnologia da informação, a aplicação de algoritmos para impulsionar o crescimento das redes sociais, e como isso tem influenciado negativamente as formas de

pensar e agir das pessoas; aponta-se o proselitismo e os ataques ao Estado Democrático de Direito difundidos nas redes sociais por grupos políticos, religiosos e ideológicos; assinala-se a urgente necessidade da criação de mecanismos de controle e modulação da desinformação e dos conteúdos impróprios que circulam nas redes sociais, em especial as *fake news*. Em conclusão, afirma-se a necessidade do aprimoramento de mecanismos de controles do uso da internet mediante a elaboração de lei sobre liberdade, responsabilidade e transparência no uso de aplicativos e de redes sociais, preocupação que transcende fronteiras e reclama uma solução integrada e universal.

PALAVRAS-CHAVE: liberdade de expressão; redes sociais; Estado Democrático de Direito.

ENGLISH

TITLE: The freedom of speech on social networks in Democratic Rule of Law: The impact of its unregulated use on democratic practices.

ABSTRACT: The goal of this article was to analyze how the abusive use of social networks has impacted democratic practices, political debate upon individual rights, guarantees and freedoms. To this end, the freedom of speech in digital media is analyzed from the perspective of the principle of equality under Democratic Rule of law disseminated on social media by political, religious and ideological groups. The need to create mechanisms to control and modulate misinformation and inappropriate content circulating on social networks, especially fake news, is highlighted. In conclusion, it is pointed out the need to improve control mechanisms for internet use by drafting a law on freedom, responsibility and transparency in the use of applications, social networks and information search mechanisms, a concern that transcends borders and demands an integrated and universal solution.

KEYWORDS: freedom of speech; social networks; Democratic Rule of Law.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 A liberdade de expressão e o Estado Democrático de Direito – 3 A tecnologia da persuasão nas redes sociais – 4 As *fake news* e a

regulação de conteúdo das redes sociais no Brasil – 5 A polarização e a degeneração da democracia no Brasil – 6 Conclusões.

1 INTRODUÇÃO

O filósofo grego Sócrates, Jesus de Nazaré, a francesa Joana D’Arc, o italiano Girolamo Savonarola e o brasileiro Joaquim José da Silva Xavier são exemplos emblemáticos de pessoas que perderam a vida por expressarem publicamente ideias e opiniões em tempos de letal intolerância. Durante vários milênios a humanidade foi marcada por sublevações, lutas e guerras civis contra a opressão e a censura, período que começou a ter fim com o movimento iluminista (séc. XVII) que influenciou todos os campos do conhecimento humano e que mudou o rumo da política e das artes. Naquele rico período de proliferação de ideias filosóficas e inovações tecnológicas, em que o mundo ingressou na era da modernidade, a liberdade de expressão foi reconhecida como um direito natural fundamental de todos os homens e cidadãos¹ contra abusos do Estado e da Igreja, e passou a constar expressamente das cartas constitucionais dos Estados Liberais que se formaram a partir do século XVIII até nossos dias.

437

Atualmente, ingressamos em uma era nova, a digital, marcada por rupturas e grandes transformações na sociedade, no Estado e no Direito. Segundo Abboud², vivemos uma pós-modernidade, era em que a globalização e as novas tecnologias são fatores transformadores que romperam com a era

¹ Lê-se na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*, artigo 11º: “A livre comunicação dos pensamentos e das opiniões é um dos mais preciosos direitos do Homem; todo o cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na Lei” AMBASSADE DE FRANCE AU BRÉSIL. *A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. 2017. Disponível em: <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao> Acesso em: 13 set. 2023.

² ABBOUD, Georges. *Direito Constitucional pós-moderno*. São Paulo: Thomson-Reuters Brasil, 2021.

moderna tradicional. A ainda existente desregulação das práticas digitais, no entanto, ensejou a possibilidade de os diretores das grandes empresas de tecnologia da informação, as chamadas *big techs*, estabelecerem suas próprias regras.

Os aplicativos de *internet* e as redes sociais oferecem de tudo: conhecimento, entretenimento, serviços de utilidade pública e facilidades laborais. O uso intenso de tecnologias digitais e de aplicativos de comunicação instantânea, como as redes sociais, inunda a sociedade de informações fragmentadas, incompletas, imediatas, duvidosas, que influenciam o modo de viver e de enxergar a realidade. Junto às benesses, conheceu-se um lado obscuro das facilidades dos aplicativos digitais: o da proliferação de teorias conspiratórias, discursos de ódio e incitação ao crime, tudo com uma intensidade nunca antes verificada. Terreno fértil para a pós-verdade e para a proliferação de *fake news*, o uso abusivo da *internet* nos dispositivos eletrônicos móveis colocara, de forma reativa, a liberdade de expressão e a democracia sob ameaça.

O objetivo deste artigo é adensar as reflexões correntes sobre a liberdade de expressão nas redes sociais e a as consequentes ameaças à democracia que tomaram vulto no Brasil. Procura-se compreender como o discurso de ódio e as teorias conspiratórias conseguem ter um alcance tão rápido e devastador nas redes sociais e, conseqüentemente, na vida objetiva das pessoas.

A questão é complexa e reclama uma normatização capaz de promover a harmonização de direitos, a responsabilidade dos usuários das redes, a autorregulação das empresas de tecnologia que controlam as plataformas digitais bem como impor medidas regulatórias por parte do Estado, por meio da elaboração de leis.

A primeira parte do artigo versa sobre o direito à liberdade de expressão no Estado Democrático de Direito, em que ideias liberais, sociais e

progressistas acomodam-se em um ambiente de pluralismo político. Aponta-se o radicalismo dos discursos político-ideológicos como fator para o ressurgimento do autoritarismo e da adoção de uma velha estratégia de manipulação de massas que deveria ter sido superada, mas se renovou com o advento das redes sociais: o populismo. Menções aos resultados das eleições para presidente da República de 2018 e 2022 são feitas, unicamente, como recurso de esclarecimento da conjuntura política.

A segunda parte do estudo busca trazer esclarecimento sobre o emprego da tecnologia da persuasão e o uso da inteligência artificial pelas *big techs*. Sob a justificativa de oferta de melhores experiências para o usuário, a indústria da tecnologia obtém lucros com a aplicação de algoritmos desenvolvidos para provocar o maior engajamento possível dos usuários, ampliar exponencialmente o alcance das redes de relacionamentos e comercializar os dados pessoais dos usuários para obter ganhos de capital.

Em seguida, aborda-se o fenômeno da disseminação de *fake news* e a tensão que o uso das redes sociais, para esse propósito, causou na concepção tradicional do direito à liberdade de expressão. Procura-se uma interpretação harmônica entre esse direito e o princípio da igualdade, considerado como viga mestra do Estado Democrático de Direito. Ressalta-se a necessidade de regulação das redes sociais, com a elaboração de leis que definam os limites das atividades dos usuários nos ambientes digitais, a responsabilidade das *big techs* e revele com total transparência a origem e o impulsionamento dos conteúdos. Aproveita-se para destacar alguns aspectos polêmicos do projeto de lei 2.630/2020, que busca instituir a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na *internet*.

O quarto tópico trata da evolução da insatisfação popular com o contexto sociopolítico e econômico do nosso país demonstrado nas urnas e os ataques à democracia, sem a pretensão de uma análise aprofundada do tema, que somente poderia ser feita a partir de uma pesquisa sociológica empírica,

mas que posiciona as redes sociais como canal amplificador e replicador das frustrações populares. Como é de conhecimento público, as ideias radicais e o planejamento dos ataques à democracia que culminaram na tentativa de golpe do 08 de janeiro de 2023 foram gestadas nas redes sociais e conduziram o Estado Brasileiro a um passo de ingressar, novamente, no túnel sombrio do autoritarismo.

A metodologia usada foi a pesquisa bibliográfica e legislativa, como fontes-base de conceitos essenciais, visando à construção de um conhecimento apropriado para promover uma análise crítica quanto ao tema escolhido. Foram usadas também fontes secundárias, especialmente jurisprudências, livros e artigos sobre a questão principal deste estudo.

Como conclusão, aponta-se a ausência de uma boa governança de dados nas redes sociais, a necessidade de regulação e adoção de boas práticas no ambiente virtual, para a preservação de direitos fundamentais como a liberdade de expressão, à luz do princípio da igualdade.

2 A LIBERDADE DE EXPRESSÃO E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Para prosseguir com a proposta deste breve estudo, far-se-á um rápido retrospecto histórico sobre alguns componentes do caldo ideológico que trouxe os brasileiros até o presente momento, e como as redes sociais contribuem fortemente para acirrar o cenário de polarização com suas estratégias de aplicação de algoritmos e formação de grupos e comunidades virtuais antagonistas.

Em 1824, embora uma monarquia, o Brasil escreveu sua primeira constituição inspirada na liberal constituição estadunidense. Os Estados Unidos se afirmaram, no século XVIII, como estados federados sob uma só constituição, unidos sob um único governo no qual os poderes da União e dos

estados confederados são autônomos e separados, conforme modelo de Montesquieu. Nesse modelo, o poder judiciário compõe a estrutura dos Estados e da União, ao lado do executivo e do legislativo, numa relação harmônica³. Dom Pedro I escreveu pessoalmente o capítulo das garantias e direitos civis, no qual consta o direito à liberdade de expressão, copiado da francesa *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*⁴

Carl Schmitt (1934)⁵ aponta duas características básicas presentes nas constituições liberais modernas. São elas: (i) o princípio da distribuição, segundo o qual a liberdade do indivíduo é um dado anterior ao Estado e, em princípio, ilimitada (direitos fundamentais de liberdade); e (ii) o princípio da organização, cuja finalidade é pôr em prática o princípio da distribuição, de modo que o poder do Estado se divide em feixes de competência atribuídos a órgãos diferentes (separação de poderes). O jurista alemão afirma, ainda, que o Estado Liberal de Direito nasceu amparado por ideais do individualismo burguês, do direito à propriedade e da liberdade contratual.

Nesses moldes, Laski (1973)⁶ anota que o liberalismo que vigorou na grande maioria dos estados constitucionais do Ocidente ao longo dos séculos XVIII, XIX e XX, garantiu à burguesia um domínio quase total dos bens de produção e das riquezas em geral.

Segundo Silva (1999)⁷ o modelo de Estado Liberal foi fortemente abalado pelas guerras mundiais e pelas reivindicações por direitos trabalhistas, previdenciários e sociais. Surge na Europa do século XX o Estado Social. Silva anota que o adjetivo “social” reporta “à correção do

³ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, Jonh. *O Federalista*. Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

⁴ GOMES, Laurentino. *1822. Como um homem sábio, uma princesa triste e um escocês louco por dinheiro ajudaram dom Pedro a criar o Brasil – um país que tinha tudo para dar errado*. Rio de Janeiro: Editora Globo S.A., 2. ed., 2015.

⁵ SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1934.

⁶ LASKI, Harold J. *O liberalismo europeu*. São Paulo: Mestre Jou, 1973.

⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização de objetivos de justiça social”.

Para Miranda (2005)⁸, o moderno Estado Social de Direito não abandonou as conquistas do Estado Liberal, mas representa uma segunda fase do Estado Constitucional Moderno, que incorpora o componente social. Os direitos, garantias e liberdades individuais se articulam com os direitos sociais, que não são homogêneos como os do Estado Liberal (burguês), mas heterogêneos e plurais.⁹

A Constituição Federal de 1988 nasceu após duas décadas de ditadura militar e realinou as balizas democráticas sacrificadas naquele período. O país ressurgiu como República Federativa do Brasil, constituído como Estado Democrático de Direito sob as vigas mestras dos princípios da igualdade e da dignidade humana.

Silva (1999) refere-se ao princípio da igualdade como a unidade conceitual fundamental da democracia, cuja finalidade é distribuir as prestações materiais necessárias para que se proporcione dignidade humana e se afirmem os direitos fundamentais de todos os cidadãos.

Parodiando Miranda (2005), o princípio da igualdade, como princípio democrático de um Estado Social, deve articular-se com a liberdade de expressão validado pelo Estado Liberal em fase anterior, sendo que ambos geram direitos que precisam, por sua vez, articularem-se com os direitos da quinta fase da evolução de direitos fundamentais: os direitos surgidos a partir da “utilização de modernas tecnologias”, como a proteção dos dados digitais.

⁸ MIRANDA, Jorge. Estado Social e Direitos Fundamentais. In: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (org.). *Doutrina do Superior Tribunal de Justiça*: edição comemorativa 15 anos. Brasília: STJ, 2005.

⁹ Miranda (2005) classifica ainda uma terceira e quarta fases dos direitos fundamentais universais, numa concepção de “proteção internacional dos direitos do homem”, “assegurados por organismos e instâncias internacionais”. São os “direitos ao ambiente e à autodeterminação, aos recursos naturais e ao desenvolvimento”; e ainda a (fase) dos “direitos relativos à bioética, à engenharia genética, à informática e a outras utilizações de modernas tecnologias”.

A Constituição Federal de 1988 prevê a livre manifestação do pensamento, vedado o anonimato, no seu artigo 5º, inciso IV.¹⁰ Esse direito fundamental está regulado no próprio texto constitucional (art. 220) ao prever que a regra da liberdade de expressão, e de informação, estende-se a qualquer forma, processo ou veículo, sem restrição, e ainda proíbe a censura de natureza política, ideológica e artística. Além de cláusula pétreia, o direito fundamental à livre manifestação encontra na própria Constituição as regras para aplicação imediata, não existindo, em nosso ordenamento jurídico, lei que o limite.

A liberdade de expressão como direito estruturante do Estado Democrático de Direito foi bem traduzida pelo ministro Alexandre de Moraes no julgamento da ADI 4.451/DF¹¹ ao proclamar: “A Democracia não existirá e a livre participação política não florescerá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático”.

As redes sociais criaram formas diferentes de linguagem e de exercício da liberdade de expressão que foi amplificado a partir do poder de engajamento dos usuários e alcance dos conteúdos. Além de encurtar distâncias, as redes se apresentaram como um canal novo para a expressão de ideias e opiniões de pessoas incógnitas. Nesses espaços, diferentemente do mundo físico, pessoas que se sentiam alijadas do processo democrático passaram a ter voz e encontraram acolhimento ideológico, autorrepresentação

¹⁰ No Brasil, já houve uma lei que restringia a liberdade de expressão, a chamada Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67), criada durante a ditadura militar. Essa lei foi integralmente revogada pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130, após ter sido julgada “não recepcionada” pela Constituição Federal de 1988. A Lei de Imprensa previa a prisão de jornalistas e multas a veículos de informação por publicações ofensivas à “moral e aos bons costumes” ou “difamatórias” do presidente da República.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.451/DF*. Relator: min. Alexandre de Moraes, 21/06/2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749287337>. Acesso em: 13 set. 2023.

em ambientes julgados seguros (na verdade não tão seguros) para a prática de atividades que vão desde o puro entretenimento ao proselitismo político. Por mais absurdos, satíricos, debochados ou falaciosos que sejam os conteúdos discursivos veiculados nas redes sociais, não passariam de meras opiniões, facilmente esquecidas, não fosse o alcance e o efeito que esses discursos geram ao serem replicados por milhões de “curtidas” impulsionadas por algoritmos.

Tudo é tão novo e as opiniões são tão fragmentadas que os próprios ministros do Supremo Tribunal Federal têm decidido as questões relacionadas à liberdade de expressão de forma oportunista e circunstancial, distanciando-se, por vezes, da jurisprudência tradicional daquela Corte Constitucional.

Segundo John Stuart Mill (2011), uma forma de limitar a liberdade de expressão é aplicar o princípio do dano¹². O possível dano se evidencia quando o exercício da livre opinião viola outro direito fundamental. Essa colisão de direitos fundamentais, para Barros (1996)¹³, deve ser ponderada com aplicação do princípio da proporcionalidade, juízo exercido tanto pelo magistrado, que profere decisões passíveis de se tornarem normas, como pelo legislador, ao elaborar leis que pretendem restringir ou equacionar direitos fundamentais de mesma hierarquia constitucional, como a liberdade de expressão e a privacidade

A jurisprudência tradicional consolidada pelo Supremo Tribunal Federal reconhece, na liberdade de expressão, um valor caro e inafastável, e o excepciona somente em face à ocorrência de fatos ilícitos. Esse posicionamento encontra fundamento na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que dispõe que os Estados Parte

¹² MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2011.

¹³ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

devem “assegurar a proteção dos direitos e reputação das demais pessoas, a proteção da segurança nacional, da ordem, da saúde e da moral pública”¹⁴.

No julgamento da ADPF 187¹⁵, a Corte decidiu que a limitação à liberdade de expressão se dá na ocorrência de um fato ilícito, como o racismo, por exemplo, mas não por alguma manifestação de opinião contrária à lei. Também na colisão com o direito à privacidade, por ocasião do julgamento sobre as biografias não autorizadas (ADI 4815¹⁶), a liberdade de expressão foi considerada preponderante sobre o direito à privacidade. Nesse caso, a ministra Carmem Lúcia declarou a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos artigos 20 e 21 do Código Civil, para que fosse afastada a necessidade do consentimento da pessoa biografada e das pessoas retratadas como coadjuvantes ou familiares, em caso de pessoas falecidas. O posicionamento da relatora foi fortalecido pelo ministro Roberto Barroso ao conduzir seu voto, no qual consignou que a intenção do legislador em proteger os direitos de personalidade do novo Código Civil acabou por preterir o direito à liberdade de expressão e impor uma inadequada hierarquização entre os valores envolvidos. Votou pela necessidade da liberdade de expressão ser reafirmada, pela inadmissibilidade da censura prévia em qualquer hipótese e pelo cabimento de medidas como a retratação, retificação, direito de resposta, indenização e, eventualmente, a responsabilização penal do autor sobre os conteúdos das biografias, nos casos

¹⁴ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. San José, Costa Rica, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 14 set. 2023.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 187 Distrito Federal*. Relator: Min. Celso de Mello, 15/06/2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>. Acesso em: 16 set. 2023.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4815*, Distrito Federal. Relatora: Min. Carmen Lúcia, 10/06/2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 16 set. 2023.

em que os biografados ou seus familiares se julgassem atingidos em suas honras.

O debate sobre a liberdade de expressão toma vulto nas redes sociais em meio a campanhas eleitorais, que configuram o ápice das manifestações de uma sociedade democrática. Essas redes de relacionamentos permitem o encontro dos mais variados valores e opiniões, porém de forma fragmentada, transformados em conteúdos e veiculados por dois polos ideológicos que passaram a se confrontar, tensionando os postulados da democracia: de um lado estão os grupos que se apresentam como liberais, que chamam de censura qualquer restrição à liberdade de expressão; do outro, os que se pretendem defensores de um estado social mais progressista e buscam relativizar esse direito e submetê-lo a regulação.

446 Para Fiss¹⁷, o princípio da igualdade é “uma das vigas centrais da ordem jurídica”, na qual se funda o Estado Democrático de Direito. A igualdade só é efetivamente alcançada se o Estado promove a liberdade com transparência, dando oportunidade ao ofendido de rechaçar o conteúdo impróprio e retaliar seu criador na mesma velocidade com que é atacado. Fiss aponta um paradoxo entre a liberdade de expressão como direito fundamental, originário do estado constitucional liberal, e a liberdade de expressão praticada nas redes sociais, que tem causado sublevações populares e ocasionado fortes reações do poder executivo e repressão do poder judiciário. Na compreensão tradicional, a liberdade de expressão encerra o direito do cidadão de expressar sua opinião sem sofrer represálias ou perseguição por parte do Estado. Todavia, a liberdade sem restrições tomou uma dimensão nociva nas redes sociais, e o Estado, que antes era o opressor, é chamado a intervir para proteger o direito de terceiros e do próprio Estado.

¹⁷ FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão*. Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005.

Se o Estado Social tem o dever de assegurar a igualdade de direitos e deveres, dentre os quais a liberdade de expressão, como impor restrições aos conteúdos e quais critérios seriam adotados para taxá-los de impróprios?

Na ausência de norma específica, o Supremo Tribunal Federal tem exercido o papel de modulador dos conteúdos transmitidos pelas redes sociais. Assim, por exemplo, no bojo do Inquérito 4.874/DF¹⁸ em que são investigadas as “milícias digitais”, sob a condução do ministro Alexandre de Moraes. Segundo Moraes, o Inquérito se justifica ante os “fortes indícios e significativas provas apontando a existência de uma verdadeira organização criminosa, de forte atuação digital e com núcleos de produção, publicação, financiamento e político [...] com a nítida finalidade de atentar contra a Democracia e o Estado de Direito”. O contexto da instauração do inquérito inclui as notícias falsas e teorias conspiratórias compartilhadas entre parlamentares e seus seguidores sobre fraudes no sistema eleitoral, intervenção militar, desobediência civil e ataques aos ministros do STF, inclusive ao próprio ministro Alexandre de Moraes.

447

Muitas decisões restritivas do exercício da liberdade de expressão foram proferidas nos autos do Inquérito 4.874/DF (e no correlato Inquérito 4.828/DF)¹⁹, com ordens de derrubada de perfis em redes sociais, remoção de conteúdos, afastamento do presidente do Partido Trabalhista Brasileiro de suas funções, decretação de busca e apreensão de material, bem como prisões de manifestantes durante a campanha presidencial ocorrida em 2022.

Essa guinada na atuação da Corte Constitucional precisa ser compreendida a partir do fenômeno da polarização política que se intensificou no Brasil na campanha para presidente da república desde 2018 e

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inq. 4874/DF*. Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6214799>. Acesso em: 14 set. 2023.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inq. 4828/DF*. Protocolado em 20/04/2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5895367>. Acesso em: 14 set. 2023.

da defesa do Estado Democrático de Direito. Tornaram-se frequentes os ataques às instituições democráticas, em especial ao próprio Supremo Tribunal Federal, ao Congresso Nacional e, mais recentemente, às Forças Armadas.

O uso abusivo de notícias falsas, teorias conspiratórias e discursos de ódio veiculados nas redes sociais instaurou uma grave crise institucional entre os três poderes da República e criou um panorama político schmitteano de amigo-aliado/inimigo-adversário²⁰, com prisões preventivas para calar ou fazer falar, condenações e “descondenações”, difamações e concessões de graça.

Neste cenário, acredita-se que o Poder Legislativo deve exercer sua função de forma a apaziguar a crise social e política mediante a elaboração de lei que passe a regular as ações dos usuários das redes sociais, sem necessidade de censura, mas com a imposição de transparência e atribuição de responsabilidades específicas a cada parte (usuários, criadores de conteúdo e gestores). Talvez seja essa a iniciativa que falta para promover uma melhor proteção de direitos fundamentais individuais e da própria democracia, contra comportamento e uso abusivos das redes.

3 A TECNOLOGIA DA PERSUASÃO NAS REDES SOCIAIS

3.1 A tecnologia da persuasão

Em algum momento da virada do século XX para o século XXI, a humanidade adentrou na era digital. O fenômeno da evolução tecnológica, aliado ao uso da inteligência artificial, garante um fluxo de informações e de armazenamento digital de dados pessoais considerados mais valiosos do que

²⁰ SCHIMITT, Carl. *O Conceito do Político*. Lisboa: Edições 70, 2015.

a própria identidade física humana, segundo apregoou Yuval Noha Harari (2016)²¹. O historiador-filósofo alerta para o nascimento de uma nova filosofia, ou religião, chamada “dataísmo”, ou “culto aos dados”. Para Harari, muito em breve os algoritmos serão capazes de nos conhecer melhor do que nós mesmos. O emprego de superalgoritmos torna possível que, em breve, a captação de reações e sentimentos do nosso corpo por meio da biometria do nosso andar ou de reconhecimento facial, por exemplo. Ao identificar o que pensamos ou sentimos, os provedores de aplicativos e redes sociais têm por objetivo nos induzir a tomar decisões que lhes sejam favoráveis. Aos poucos, perdemos o poder do livre arbítrio e da escolha consciente para os algoritmos, em especial porque não sabemos bem como eles atuam.

As chamadas *big techs* da indústria de tecnologia, como *Google*, *Microsoft* e *Meta*, esta última controladora do *Facebook* e do *Instagram*, faturam bilhões de dólares por ano com estratégias de *marketing* baseadas na tecnologia da persuasão. Atualmente, elas detêm um maior poder de controle sobre o comportamento humano do que qualquer líder político ou religioso. O poder absoluto sobre o tráfego de informações pelos canais digitais sem fronteiras confere às *big techs* a capacidade de determinar os rumos dos mercados, a vitória de candidatos e até o resultado de guerras.

TikTok, *Twitter*, *Telegram*, *WhatsApp* completam a lista das redes sociais mais populares no Brasil. Todas visam lucro econômico, o que pode não ser óbvio para algumas pessoas, já que possuir uma conta nesses aplicativos é gratuito. A concessão de uso gratuito dos aplicativos denota que os verdadeiros clientes não são os usuários.

Recentemente, Shosana Zuboff²² alertou para o grande poder das *big techs*. Ele seria fruto do desenvolvimento de uma tecnologia voltada para a

²¹ HARARI, Yuval Noha. *O Homo Deus: uma breve história do amanhã*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

²² ZUBOFF, Shoshana. *A Era do Capitalismo de Vigilância: a luta por um futuro humano na*

persuasão, capaz de fazer previsões sobre o que os usuários irão consumir no futuro, os locais que visitarão, as emoções que serão capazes de sentir, tudo para persuadi-los a consumir os produtos das empresas que pagam por publicidade. A tecnologia da persuasão foi desenvolvida para personalizar as contas nas redes sociais e nos *sites* de busca, com auxílio dos algoritmos, sequencias de instruções e regras destinadas à execução de uma tarefa. Nas redes sociais, essas sequências de instruções são aplicadas para captar dados, monitorar as atividades dos usuários e direcionar informações para influenciar uma tomada de decisão.

Para explicar esse fenômeno, Zuboff compara os dados dos usuários com a matéria-prima que dá início à formação de uma “cadeia de suprimentos” na *internet*, renovada a cada clique. As “curtidas” ampliam a rede de relacionamentos, fazendo com que conteúdos cada vez mais relevantes sejam apresentados a determinado perfil de usuários. Enquanto o usuário se mantém “engajado” ou “entretido”, os algoritmos captam formas de utilização de seus dados que estão expostos ou compartilhados nas redes.

Essa arquitetura digital certamente não foi pensada para disseminar *fake news* ou teorias conspiratórias, muito menos discursos de ódio. Todavia, as mesmas técnicas de impulsionamento de conteúdos relevantes, praticadas para prender a atenção do usuário em publicidades tidas como benéficas e utilitárias, são utilizadas para impulsionar conteúdos de doutrinação ideológica e político-partidária.

A aplicação dessa ordem de consumo inaugurada pelas *big techs* é completamente diferente de qualquer outra já experimentada pela humanidade. Zuboff deu-lhe o nome de “capitalismo de vigilância”, em referência ao uso da experiência humana como matéria-prima. Os dados que deixamos nas redes sociais e nos *sites* de busca possuem sistemas de

nova fronteira do poder. Trad. George Schelesinger. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca, 2022.

georreferenciamento capazes de identificar a localização do usuário para aproximá-lo de locais ou de pessoas de interesse. Todos os nossos dados e experiências são negociados com o nosso consentimento, mas com pouca consciência das finalidades de seu emprego.

É difícil perceber as consequências dessa relação pouco honesta entre usuário e rede social até o surgimento de uma situação de uso indevido de dados. Primeiro, vem a sensação de impotência ante o dano sofrido. Depois, a angústia pelo desconhecimento da autoria do golpe, a incapacidade de entender como e quando se deu o vazamento de seus dados. É preciso então buscar responsabilização do dano junto ao gestor do aplicativo de onde os dados foram vazados, mas não se sabe quem ele é nem como fazer. Só resta pleitear reparação junto ao judiciário, um caminho custoso, longo e nem sempre eficiente.

Por fim, a tecnologia da persuasão desenvolveu vícios tão intensos nos usuários de redes sociais que a vítima raramente considera deixar de usá-las mesmo após sofrer um dano.

451

3.2 A inteligência artificial

A indústria da tecnologia desenvolve permanentemente inovações que impactam a vida cotidiana, tornando mais simples e céleres atividades anteriormente consideradas complexas ou demoradas. Isso se deve à utilização da chamada inteligência artificial (IA).

A IA é definida como “uma capacidade do sistema (computacional) para interpretar corretamente dados externos, aprender a partir desses dados e utilizar essas aprendizagens para atingir objetivos e tarefas específicas através

de adaptação flexível”²³. Simon²⁴ explica que a IA é o “campo de estudo que dá aos computadores a habilidade de aprender sem serem explicitamente programados”, ou seja, programas que aprendem por dados ou experiências a ele alimentadas.

Essa área do conhecimento não é exatamente nova. Boa parte das bases dessa tecnologia foram desenvolvidas e sedimentadas ainda nos anos setenta. Porém, Chun Chen Liu e Ming Kin Law²⁵ anotam que, apesar de ativamente utilizada, a IA era limitada, principalmente devido a inconsistências de *hardwares* de aplicação, não de *software*. Com a evolução da microeletrônica e o aperfeiçoamento dos processos de produção de *hardware*, o escopo de aplicação da IA foi amplificado. A partir do séc. XXI, com o intenso uso da *internet* e acesso quase irrestrito a todo tipo de dados, a aplicação tomou a importância e o alcance que possui hoje.

452 A inteligência artificial aplicada às redes sociais é um importante elemento de movimento da “cadeia de suprimentos” identificada por Zuboff. A IA é usada para monitorar preferências, atividades, trabalhos, opções de lazer, *hobbies*, práticas religiosas e até as tendências filosóficas ou ideológicas dos usuários. É comum, por exemplo, que o usuário de redes sociais receba ofertas de publicidade correlata ao produto que estava sendo buscado nas redes, ou mesmo verbalizado próximo a um *smartphone* ou a qualquer dispositivo eletrônico equipado com assistente virtual.

Recuero, Soares e Zago²⁶ alertam para um dos efeitos perigosos verificados na refinada personalização do perfil de rede social por algoritmos:

²³ KAPLAN, Andreas; HAELEN, Michael. Siri, Siri in my Hand, who's the Faires in the Land? On the Interpretations, Illustrations and Implications of Artificial Intelligence. *Business Horizons*, 62(1), jan-fev, 2019.

²⁴ SIMON, Phil. *Too Big to Ignore: The Business Case for Big Data*. Nova Jersey: Editora Wiley, 2015.

²⁵ CHUN-CHEN LIU, Albert; MING KIN LAW, Oscar. *Artificial Intelligence Hardware Design: Challenges and Solutions*. Editora John Willey and Sons Inc., Hoboken, New Jersey: 2021.

²⁶ RECUERO, Raquel; SOARES, Felipe; ZAGO, Gabriela. Polarização, Hiperpartidarismo e Câmaras de Eco: como circula a desinformação sobre Covid-19 no Twitter. *Revista*

a formação de “bolhas” de realidade virtual na qual ideias, fatos e opiniões convergem para a defesa de uma mesma causa e, assim, o usuário deixa de desenvolver senso crítico com relação aos conteúdos considerados “relevantes” que lhe são direcionados. Esse tipo de ambiente virtual dificulta a reflexão, o debate e a variedade de pensamento. Os pesquisadores expõem que uma das principais críticas às “bolhas”, também chamadas de “câmaras de eco” (*clusters*), consiste na formação de grupos muito homogêneos que mantêm seus participantes em círculos fechados formados por iguais. Os participantes dos grupos “aderem” com facilidade às ideias trocadas e se tornam intolerantes e agressivos com relação a outras opiniões. Em casos extremos, esses sentimentos negativos podem extravasar para o mundo físico de forma caótica e perigosa.

Contudo, é preciso admitir que os benefícios que os seres humanos podem tirar do uso da IA são maiores, em contrapartida, que os malefícios. Diagnósticos rápidos de saúde, decisões judiciais simples que desafogam os tribunais, monitoramentos de auxílio à segurança pública e à investigação criminal, monitoramento de acesso a ambientes, tarefas que podem ser automatizadas para ganho de tempo e economia financeira, são alguns exemplos.

453

3.3 A proteção dos dados pessoais digitais

Como consequência da intensa interação humana com as aplicações da *internet*, a preocupação com a privacidade tornou-se objeto de debates jurídicos internacionais nas duas primeiras décadas do séc. XIX e a proteção dos dados pessoais, em especial os digitais, ganhou contornos de direito fundamental.

Contracampo, agosto de 2020. Disponível em:
<https://doi.org/10.22409/contracampo.v40i1.45611>. Acesso em: 16 set. 2023.

No Brasil, a Emenda Constitucional nº 115/2022²⁷ inseriu esse direito fundamental no inciso LXXIX do art. 5º, com o seguinte texto: “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais”. A emenda também regulamentou a matéria ao incluir no art. 21, inciso XXVI, a atribuição da União na competência de “organizar e fiscalizar a proteção e o tratamento de dados pessoais, nos termos da lei” e, no artigo 22, o inciso XXX, segundo o qual compete privativamente à União legislar sobre “proteção e tratamento de dados pessoais”.

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais brasileira — LGPD, Lei nº 13.709/2018²⁸, é pré-existente à referida emenda constitucional e invoca os princípios da privacidade, boa-fé, adequação, finalidade, segurança e transparência no tratamento dos dados pessoais nas esferas pública e privada, com a finalidade de garantir os direitos de personalidade e privacidade a seus detentores mediante a vedação de acessos, tratamento e uso dos dados pessoais sem expressa autorização, aplicação de multas e outras sanções administrativas para a pessoa jurídica ou física que desobedecer os termos da lei.

O artigo 4º, inciso III, da LGPD excepciona, todavia, os acessos e tratamento de dados pessoais para fins exclusivos de: (a) segurança pública; (b) defesa nacional; (c) segurança do Estado; ou (d) atividades de investigação e repressão de infrações penais. Nesse sentido, é inegável a obrigação do Estado na promoção da segurança pública e da ação das autoridades legalmente constituídas nas atividades investigativas e de

²⁷ BRASIL. Presidência da República. *Emenda constitucional nº 115*, de 10 de fevereiro de 2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm Acesso em: 16 set. 2023.

²⁸ BRASIL. Presidência da República. *Lei nº 13.709*, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm Acesso em: 16/ set. 2023.

persecução penal. Anote-se que, somente nas situações excepcionadas em lei, os dados pessoais de investigados pela prática de ilícitos penais ou por violação da segurança nacional podem ser acessados e tratados pelas autoridades de Estado incumbidos da defesa e da proteção dos cidadãos, da sociedade e das instituições democráticas²⁹.

Embora existam normas constitucionais e infraconstitucionais sobre o tema da proteção de dados e regulação da *internet*, como a Lei do Marco Civil³⁰ e a própria LGPD, constantes violações de direitos fundamentais têm sido objeto de notificações e demandas judiciais por danos à vida, à saúde, à honra e à personalidade.

Na atual conjuntura a preocupação do legislador volta-se para o preenchimento de lacunas normativas sobre o uso adequado dos aplicativos de redes sociais, canais digitais e sítios de busca, pois as formas abusivas e nocivas de utilização desses recursos de *internet* têm impactado de forma negativa práticas democráticas que até uma década atrás se desenvolviam de forma tranquila como a escolha de candidatos em campanhas eleitorais, o respeito a regras sanitárias, ao exercício da cidadania e aos poderes constituídos.

455

²⁹ Para aprofundar a matéria que versa sobre a proteção de dados para fins penais, ver: Oliveira (2022) aborda a complexo equilíbrio entre a privacidade e a segurança pública, bem como sobre não aplicabilidade dos conceitos essenciais da Lei de Proteção de Dados Pessoais no âmbito da investigação criminal para a promoção da persecução penal. (OLIVEIRA, Luciano Rocha de. *O necessário equilíbrio entre a proteção de dados pessoais e a atuação estatal na persecução penal: análise do anteprojeto NEFI 2020, limites e possibilidades, a compreensão da proteção integral dos direitos fundamentais, especialmente da segurança pública e da privacidade, à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito. Dissertação de Mestrado em Ciências Sociais aplicadas ao Direito. Faculdade de Direito de Vitória, 2022).*

³⁰ BRASIL. Presidência da República. *Lei nº 12.965*, de 23 de abril de 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm Acesso em: 16 set. 2023.

4 AS *FAKE NEWS* E A REGULAÇÃO DE CONTEÚDO DAS REDES SOCIAIS NO BRASIL

Fake new é um termo utilizado para se referir à propagação de notícia de fato falso, ou distorcido de modo fraudulento³¹. O termo se popularizou nos Estados Unidos da América por ocasião da campanha eleitoral de Donald Trump, em 2014. No Brasil, essa prática também foi ostensivamente adotada na campanha eleitoral para presidente de 2018.

O crescimento do debate em torno das *fake news* e o impacto que elas causam nas estruturas das democracias modernas é uma preocupação global. A propagação de notícias falsas é perigosa e potencialmente letal, a exemplo de ocorrências durante a pandemia da covid-19, quando foram disseminadas desinformações de que a pandemia era uma invenção da Organização Mundial da Saúde, que as vacinas causavam mutações genéticas preocupantes etc.

A sociedade passou a exigir do Estado uma estruturação de procedimentos para tratamento e controle das informações que circulam no mundo digital³² de modo que, desde o período pandêmico, tornou-se comum entidades públicas e privadas manterem painéis de checagem e investirem em alertas contra *fake news*.

Distinguir o que é fato do que é opinião é por vezes complexo e demanda uma compreensão cognitiva muito mais profunda que a velocidade de um *tweet*. É humanamente impossível para os usuários das redes processarem a quantidade e a complexidade de informações na mesma velocidade em que as recebem³³, especialmente quando o objeto da

³¹ABBOUD, Georges. *Democracia para quem não acredita*. Democracia e Fake News. Belo Horizonte: Letramento, 2021.

³²*Idem*.

³³*Idem*.

desinformação não revela uma mentira evidente, dificultando o discernimento do que é falso e do que é verdadeiro.

Siebert e Pereira (2020)³⁴ anotam que o sujeito dominado por uma crença, política ou religiosa, é inclinado a ser seletivo quanto a ela e admite como verdadeiras somente as informações que reforçam sua posição ideológico-histórica (opinião). Do mesmo modo, a pessoa que experimenta uma relação negativa com a verdade (não crê no que é fato) tende a se proteger contra ela e suprimir seus efeitos, recolhendo-se em sua “bolha” de rede social, na qual o pensamento é homogêneo.

Como combater a desinformação sem ferir a liberdade de expressão? Seria lícito, em nome da liberdade de expressão, atacar o regime democrático e conclamar uma intervenção militar para depor um poder constituído? Existe liberdade para propagar teorias conspiratórias de dissolução do Congresso Nacional, *impeachment* de ministros do Supremo Tribunal Federal ou desobediência civil a ordens judiciais? Esta não é uma resposta fácil.

No mundo *off-line* a desinformação pode ser vista como uma “fofoca”, uma informação enganosa ou mera opinião a ser desconsiderada. Há muitos mecanismos de controle da desinformação, por exemplo, o debate nas escolas, universidades, foros comunitários ou associações de lazer. As campanhas educativas e de utilidade pública, os aconselhamentos religiosos, as notas de esclarecimento na imprensa etc. são, tradicionalmente, formas de lidar com boatos e neutralizá-los. Havendo dano, este é resolvido em ações judiciais individuais ou coletivas de ressarcimento. Mas, nas redes sociais, tudo é diferente. A desinformação nunca é isolada, ela vem em ondas, com o aval de *influencers*, autoridades e profissionais. A rapidez e o alcance são incalculáveis, a prova é técnica e difícil de ser obtida.

³⁴ SIEBERT, Silvânia; PEREIRA, Israel Vieira. A pós-verdade como acontecimento discursivo. *Linguagem em (Dis)curso – LemD*, Tubarão, SC, v. 20, n. 20, p. 239-249, maio/ago, 2020.

Abboud³⁵ adverte que a questão atinente às *fake news* configura emblemático exemplo da necessidade de formação de novos mecanismos de regulação e controle das informações que circulam no mundo digital. Não se está a falar de censura, mas na correção de inconformidades na formação e circulação de informações a partir da adoção de regras de transparência das tecnologias aplicadas às plataformas e aplicativos de *internet*. Uma exigência básica seria a fácil identificação do criador ou produtor do material fraudulento, para a devida remoção e responsabilização, acaso sobrevenha efeito danoso.

A tensão desencadeada entre cidadãos e representantes dos poderes executivo e judiciário revigorou a necessidade de se estabelecer um amplo debate que viabilize a votação do Projeto de Lei 2.630/20, conhecido como “Lei das *Fake News*”, mas que leva o nome oficial de Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet³⁶. Espera-se que a futura lei contribua para a pacificação das questões aqui tratadas, como a obtenção de informações claras sobre as regras de impulsionamento de conteúdos, monetização, patrocínio e robotização de perfis nas redes sociais.

Em tramitação desde 30 de junho de 2020, quando foi apresentado pelo senador Alessandro Vieira, o PL 2.630/20 prevê normas complementares à Lei do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014).

A principal preocupação do texto é a regulação do impulsionamento e do alcance de conteúdos falsos, em razão do potencial grau de nocividade para a sociedade e para as instituições democráticas.

Os tópicos de maior relevância do PL 2.630/20 dispõem sobre: (a) a criação de regras de controle para combater a disseminação de notícias falsas, com a possibilidade de remoção imediata do conteúdo denunciado. Nessa

³⁵ ABOUD, Georges. *Direito Constitucional pós-moderno*. São Paulo: Thomson-Reuters Brasil, 2021.

³⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. *PL 2630/2020*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2256735> Acesso em: 16 set. 2023.

hipótese, a liberdade de expressão é respeitada pela abertura de um canal para que o usuário possa tomar conhecimento dos motivos que ensejaram a remoção do conteúdo ou conta e contraditar; (b) a proibição do uso de contas falsas (robôs digitais) e do impulsionamento de mensagens mediante pagamento; (c) o banimento dos perfis falsos com a exigência da identificação de usuários nas redes sociais e aplicativos de mensagens; e (d) a criação de um conselho independente com a função de supervisionar a atuação das empresas de tecnologia no país mediante auditorias planejadas.

A proposta da lei brasileira é inspirada no modelo europeu³⁷ e, à semelhança daquele, não exige das empresas de tecnologia o monitoramento de todo conteúdo veiculado, mas permite ao conselho fiscalizador impor sanções, caso se verifique, em suas auditorias, conteúdos impróprios que os gestores da plataforma deixaram de remover mesmo cientes da proibição.

As empresas de tecnologia criticam a definição do que vem a ser “conteúdo impróprio” sob alegação de que os termos utilizados no projeto de lei são vagos e exigem interpretação jurídica aplicada. Conforme o projeto, conteúdos impróprios seriam aqueles que atacam o Estado Democrático de Direito e a higidez do processo eleitoral, promovem o racismo, instigam a violência contra a mulher, as crianças, os adolescentes e os idosos. Também é considerado impróprio, todo conteúdo que produza consequências negativas para a saúde física ou mental das pessoas.

Google e *Meta*, empresas de vultoso faturamento na indústria de tecnologia, são contra a regulação proposta, posicionamento expresso no *blog* do *Google* Brasil, replicado e impulsionado no Facebook³⁸. Essas empresas

³⁷ Regulamento (EU) 2018/1807. O presente regulamento respeita os direitos fundamentais e observa os princípios reconhecidos, designadamente, na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, e deverá ser interpretado e aplicado em conformidade com esses direitos e princípios, incluindo os direitos à proteção dos dados pessoais, a liberdade de expressão e de informação e a liberdade de empresa.

³⁸ “PL das Fake news pode aumentar a confusão sobre o que é verdade ou mentira (...) Precisamos melhorar o texto do projeto de lei. O PL das Fake News pode aumentar a

parecem não querer se comprometer com a autorregulação, por temerem a perda de milhões de usuários e do seu valor de mercado.

O *Telegram*, aplicativo de comunicação gratuito para mensagens instantâneas de propriedade de um cidadão russo, com sede em Dubai, nos Emirados Árabes Unidos, também aderiu ao movimento contrário à votação do PL 2.630/20. No dia 02 de abril do corrente ano, quando a Câmara pautou a votação da lei, o representante do aplicativo no Brasil enviou mensagens de alerta aos usuários brasileiros sobre os perigos da aprovação do referido projeto de lei por texto intitulado “A democracia está sob ataque”.³⁹ Por esse motivo foi alvo de ordem judicial de censura nos autos do Inquérito 4.781 (Inquérito das *Fake News*). Na decisão de Alexandre de Moraes⁴⁰, ministro relator, foi determinado que a empresa se retratasse e enviasse a seus usuários, no prazo de 72 horas, nova mensagem explicitando que o texto anterior caracterizou flagrante e ilícita desinformação, mediante aplicação de multa de R\$ 500 mil por cada hora de descumprimento. A ordem foi cumprida.

5 A POLARIZAÇÃO E A DEGENERAÇÃO DA DEMOCRACIA NO BRASIL

Não seria possível expor nesse curto artigo, de forma aprofundada, as várias dimensões da degeneração da democracia no mundo e no Brasil. Abboud⁴¹ faz uma aposta de que as origens estão na incapacidade de

desinformação no Brasil. Fale com seu deputado por aqui ou nas redes sociais ainda hoje”. Disponível em: <https://blog.google/intl/pt-br/novidades/iniciativas/pl2630-2/> Acesso em: 16 set. 2023.

³⁹ LEIA a íntegra da mensagem do Telegram criticando o PL das fake news. *Poder 360*, 09/05/2023. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/brasil/leia-a-integra-da-mensagem-do-telegram-criticando-o-pl-das-fake-news/>. Acesso em: 16 set. 2023.

⁴⁰BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito 4.781*, Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5651823>. Acesso em: 18 set. 2023.

⁴¹ ABOUD, Georges. *Democracia para quem não acredita*. Belo Horizonte: Letramento, 2021.

distribuição de renda, na corrupção sistêmica entre os três poderes e na descrença de que a classe política possa implementar soluções para os graves problemas das áreas da saúde, educação, transporte e segurança. Mas é visível que a degeneração da nossa jovem democracia acelerou no mesmo passo em que as redes sociais foram se tornando cada vez mais um repositório de frustração, indignação e anseios populares.

Abboud⁴² assevera que uma sociedade polarizada é uma sociedade descrente na solução negociada da política, conseqüentemente ela estará sempre à mercê dos demagogos de plantão, que acrescentam discursos autocráticos, populistas, demonizadores da política e declaram soluções tentadoramente simples para os diversos problemas sociais.

O fenômeno do populismo em pleno século XXI não é exclusivamente brasileiro. Vários Estados constitucionais democráticos foram tomados por líderes populistas, a exemplo dos Estados Unidos da América, da Venezuela, da Itália e da Espanha.

A campanha à presidência da República de 2022 se desenrolou sob forte polarização. Conforme a candidatura à reeleição do candidato da direita se tornava mais improvável, apoiadores inconformados com a possibilidade da volta do Partido dos Trabalhadores foram para as ruas invocar a intervenção militar, o fechamento do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal. Acampamentos foram montados em frente ao Congresso e nas portas dos quartéis de todas as capitais brasileiras. O incentivo de algumas lideranças pela deflagração de greves gerais resultou em ordens de prisão, censura de manifestação em espetáculos artísticos, derrubada de canais do *Youtube*, suspensão de contas no *Twitter*, ordens de quebra de sigilo dos conteúdos veiculados nos grupos de *WhatsApp* e restrição do uso do

⁴² *Idem.*

Telegram. Todas essas decisões que contrariam a jurisprudência secular do Supremo Tribunal Federal⁴³.

A radicalização política passou a constar das páginas policiais com homicídios motivados por desentendimentos entre apoiadores de candidatos opostos, granadas lançadas contra equipe da Polícia Federal, bombas caseiras lançadas pela turba de manifestantes contra o edifício sede da Polícia Federal, tentativa frustrada de atentado a bomba no aeroporto internacional Juscelino Kubitschek, cenários de flagrante desrespeito às instituições. A insanidade causada pela polarização extremada deixou as redes sociais e se fez presente no mundo físico.

No dia 8 de janeiro de 2023, uma semana após a posse do presidente eleito, ocorreu a manifestação popular mais inusitada da história da Nova República brasileira: cerca de cinco mil manifestantes, vestidos de verde e amarelo, se reuniram e invadiram de forma significativamente desorganizada as sedes dos três poderes, em Brasília para vandalizar e danificar os ambientes, o mobiliário e as peças de arte em sinal de protesto com o resultado das urnas.

O acontecimento foi chamado de ato terrorista pela grande imprensa. Comentaristas mais moderados se referiam a atos de vandalismo e alguns juristas definiram o evento como uma tentativa de abolição do Estado Democrático de Direito e tentativa de golpe de Estado (art. 359-l e 359-m, do Código Penal). As apurações sobre os atos antidemocráticos ainda estão em curso no Inquérito 4.921/DF⁴⁴, instaurado pela Procuradoria-Geral da República, mas pode-se dizer, sem medo de errar, que há indícios veementes

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito 4.781*, Relator: Min. Alexandre de Moraes. Disponível em:

<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DecisaoInclusodeBolsonaro.pdf>. Acesso em: 16 set. 2023.

⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito 4.921*. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 13/01/22 Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DecisaoInclusodeBolsonaro.pdf>. Acesso em: 16 set. 2023.

de que a manifestação popular contra o resultado das eleições de 2022 foi gestada, em grande parte, nas “câmaras de eco” das redes sociais, alimentadas por *fake news* e discursos de ódio.

Desde a tentativa de golpe, foram efetuadas quase duas mil prisões por ordem do ministro Alexandre de Moraes, sem individualização das condutas supostamente ilícitas. A maioria das prisões foi de pessoas que estavam acampadas em frente ao quartel-general do Exército em Brasília. Todavia, após nove meses da efetuação das prisões, o ministro acolheu requerimento da Procuradoria-Geral da República para suspender a maior parte das ações penais deflagradas e dar início à celebração de Acordos de Não Persecução Penal⁴⁵, *numa visível reconsideração sobre o mérito das prisões efetuadas*.

Regras claras de funcionamento para as redes sociais, banimento de perfis falsos, identificação daqueles que produzem desinformação e proibição do uso de disseminadores artificiais de conteúdo são condutas éticas que necessitam de uma normatização por lei para retirar do jugo do Poder Judiciário questões que afetam toda a sociedade e não somente os casos levados a julgamento. Importa a todos, e não somente aos que dominam os algoritmos aplicados no tráfego das informações, compreender como se deve receber, tratar, cruzar e transmitir o grande volume de informações e dados que trafegam na *internet*. O enfrentamento da matéria é prioritário e de interesse público por envolver direitos fundamentais que interessam à população de todos os países do planeta, haja vista serem as *big techs* empresas com atuação global e com sede em países variados.

⁴⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Decisão monocrática do Ministro Alexandre de Moraes nos autos do Inq. 4921/DF em que defere o sobrestamento das ações penais ofertadas para a realização de ANPP. O documento acessível pelo endereço: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp> sob o código 35C9-C1DE-4297-62D1 e senha CB40-2A68-58EC-2920.

Por óbvio, nos Estados Democráticos a modulação dos discursos de ódio na *internet* não há de ser realizada diretamente pelo governo, como ocorre nos regimes totalitários. A via legislativa para a elaboração de lei que incentive os provedores de redes sociais a se autorregulem e a se responsabilizarem por quaisquer danos causados aos usuários pode ser o começo de um consenso entre “regular a autorregulação” e evitar a repressão. Ademais, cumpre-se, assim, um preceito democrático que é promover a igualdade de todos perante a lei.

Enquanto o projeto de lei 2.630/2020 não for votado nas duas casas legislativas, o judiciário segue resolvendo questões pontuais, embora de interesse público coletivo, consolidando seu ativismo judicial de forma excessiva.

464 6 CONCLUSÕES

Os fatos políticos e as tensões sociais gestadas nas redes sociais por ocasião das últimas eleições, quase levaram o país a um novo estado de exceção. A justa repressão aos responsáveis pela intentona do 8 de janeiro é a única resposta capaz de assegurar a sobrevivência da democracia em nosso país e precisa ser cumprida sem o cometimento de excessos, sem prisões ilegais ou penas desproporcionais.

O debate sobre a elaboração de uma lei de transparência e regulação dos conteúdos das redes sociais está diretamente relacionado à manutenção das liberdades conquistadas a duras penas, como a liberdade de expressão. As garantias constitucionais e os direitos fundamentais que vigoram no mundo *off-line* têm o mesmo valor no mundo *on-line*. Assegurar a democracia na era digital implica no cuidado especial com a segurança e a confiabilidade da informação nos espaços das redes sociais.

Convém ter em conta que ingressar no mundo digital não é uma opção, mas uma imposição circunstancial da nossa permanente evolução civilizatória. Conhecer os metadados, filtrar e interpretar informações, compreender o metaverso e as tecnologias que ainda estão por vir é um dever e um direito da presente e das novas gerações.

A transformação do conhecimento humano em dados processados por inteligência artificial, aliado ao uso intensivo da *internet* acelerou a produção científica em todas as áreas. Atualmente, quem não se insere no mundo digital está fadado a permanecer acorrentado em uma caverna e conhecer somente sombras do mundo real, como os prisioneiros acorrentados da alegoria de Platão.⁴⁶

Uma nova ordem mundial na gestão de dados e consequente regulação das redes de relacionamento na *internet* representam uma opção de liberdade aos que vivem aprisionados nas “bolhas” digitais e captam somente os ecos fragmentados dos fatos e da realidade. Representa também uma tentativa de estimular as pessoas a desfrutarem da tecnologia digital com uma postura positiva e saudável, mediante o exercício pleno da liberdade de manifestação pautada pela igualdade de condições.

A ausência de regulação significa, ao contrário disso, o aprisionamento de ideias e a desigualdade, a permanência da disseminação de mentiras, discriminação e polarização, que degeneram as práticas democráticas. Reconhecer o estágio de complexidade em que se encontra o exercício democrático nas plataformas digitais é um primeiro passo para que a sociedade compreenda como operar essa rede de informações⁴⁷, preferencialmente de forma regulada, pacífica e justa.

⁴⁶ PLATÃO. *A República*. Livro VII. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2000.

⁴⁷ ABBOUD, Georges. *Direito Constitucional pós-moderno*. São Paulo: Thomson-Reuters Brasil, 2021.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. *Democracia para quem não acredita*. Belo Horizonte: Letramento, 2021.

_____. *Direito Constitucional pós-moderno*. São Paulo: Thomson-Reuters Brasil, 2021.

AMBASSADE DE FRANCE AU BRÉSIL. *A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. 2017. Disponível em: <https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao> Acesso em: 13 set. 2023.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *PL 2630/2020*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2256735> Acesso em: 16 set. 2023.

_____. Presidência da República. *Emenda constitucional nº 115*, de 10/02/2022. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm. Acesso em: 16 set. 2023.

_____. Presidência da República. *Lei nº 5.250*, de 9 de fevereiro de 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15250.htm. Acesso em: 14 set. 2023.

_____. Presidência da República. *Lei nº 12.965*, de 23 de abril de 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 16 set. 2023.

_____. Presidência da República. *Lei nº 13.709*, de 14 de agosto de 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 16 set. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADI 4815/DF*. Rel. Min. Cármen Lúcia, 10/06/2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 16 set. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 130/DF*. Relator: Min. Ayres Britto, 01-12-2009. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=12837> Acesso em: 14 set. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 187 Distrito Federal*. Relator: Min. Celso de Mello, 15/06/2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>. Acesso em: 16/09/2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito 4874/DF*. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 02/07/2021. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6214799> Acesso em: 14 set. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito 4.921 Distrito Federal*. Relator: Min. Alexandre de Moraes, 13 de janeiro de 2022. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/DecisaoInclusodeBolsonaro.pdf> Acesso em: 16 set. 2023.

CHUN-CHEN LIU, Albert; MING KIN LAW, Oscar. *Artificial Intelligence Hardware Design: Challenges and Solutions*. Editora John Willey and Sons Inc., Hoboken, New Jersey: 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. San José, Costa Rica, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm Acesso em: 14 set. 2023.

FISS, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão: Estado, Regulação e Diversidade na Esfera Pública*. Trad. Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2005.

GOMES, Laurentino. *1822. Como um homem sábio, uma princesa triste e um escocês louco por dinheiro ajudaram dom Pedro a criar o Brasil – um país que tinha tudo para dar errado*. Rio de Janeiro: Editora Globo S.A., 2. ed., 2015.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, Jonh. *O Federalista*. Trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

HARARI, Yuval Noah. *O Homo Deus: uma breve história do amanhã*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

KAPLAN, Andreas; HAELEN Michael. *Siri, Siri in my Hand, who's the Fairest in the Land ? On the Interpretations, Illustrations and Implications of Artificial Intelligence*. *Business Horizons*, 62(1), jan-fev, 2019.

LASKI, Harold J. *O liberalismo europeu*. São Paulo: Mestre Jou, 1973.

LEIA a íntegra da mensagem do Telegram criticando o PL das fake news. *Poder 360*, 09/05/2023. <https://www.poder360.com.br/brasil/leia-a-integrada-mensagem-do-telegram-criticando-o-pl-das-fake-news/>. Acesso em: 16 set. 2023.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Jorge. Estado Social e Direitos Fundamentais. In: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (org.). *Doutrina do Superior Tribunal de Justiça: edição comemorativa 15 anos*. Brasília: STJ, 2005.

PLATÃO. *A República*. Livro VII. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2000.

RECUERO, Raquel; SOARES, Felipe; ZAGO, Gabriela. Polarização, Hiperpartidarismo e Câmaras de Eco: como circula a desinformação sobre Covid-19 no Twitter. *Revista Contracampo*, agosto/2020. Disponível em: <https://doi.org/10.22409/contracampo.v40i1.45611>. Acesso em: 16 set. 2023.

SCHIMITT, Carl. *O Conceito do Político*. Lisboa: Edições 70, 2015.

_____. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1934.

SIEBERT, Silvânia; PEREIRA, Israel Vieira. A pós-verdade como acontecimento discursivo. *Linguagem em (Dis)curso – LemD*, Tubarão, SC, v. 20, n. 20, p. 239-249, maio/ago, 2020.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SIMON, Phil. *Too Big to Ignore: The Business Case for Big Data*. Nova Jersey: Editora Wiley, 2015.

ZUBOFF, Shoshana. *A Era do Capitalismo de Vigilância: a luta por um futuro humano na nova fronteira do poder*. Trad. por George Schelesinger. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca, 2022.

Este periódico foi impresso em Brasília (DF), em novembro 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/>