

Revista do Ministério Público Militar

**Brasília – DF
2022**



República Federativa do Brasil
Ministério Público da União
Ministério Público Militar

Procurador-Geral da República
Antônio Augusto Brandão de Aras

Procurador-Geral de Justiça Militar
Antônio Pereira Duarte

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

Coordenador da Câmara de Coordenação e Revisão do MPM
Edmar Jorge de Almeida

Corregedor-Geral do MPM
Samuel Pereira

Conselho Editorial

Antonio Carlos Gomes Facuri
Promotor de Justiça Militar –
Coordenador

Fernando Hugo Miranda Teles
Promotor de Justiça Militar

Karollyne Dias Gondim Neo
Promotora de Justiça Militar

Luciano Moreira Gorrilhas
Procurador de Justiça Militar

Conselho Editorial Honorário

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

Manoel Jorge e Silva Neto
Subprocurador-Geral do Trabalho

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

Maurizio Block
Procurador-Geral da Justiça Militar
italiana

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

Romana de Castro
Secretária

Revista do Ministério Público Militar

Ano XLVII – Edição Extraordinária – março de 2022
Brasília – DF

Revista do Ministério Público Militar

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

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

Capa: Carole Kümmecke

Revisão de textos e diagramação: Romana de Castro

Tiragem: 500 exemplares

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

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

Semestral

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

ISSN 0103-6769

I – Brasil. Ministério Público Militar.

Apresentação

Qual é a maior lição que uma mulher pode aprender?

Que desde o primeiro dia, ela sempre teve tudo o que precisa dentro de si mesma. Foi o mundo que a convenceu que ela não tinha.

(Rupi Kaur)

A presente e histórica edição da Revista do Ministério Público Militar constitui uma homenagem a todas as integrantes do sexo feminino, inserindo-se no contexto da celebração do **Dia Internacional da Mulher**, que é comemorado em 08 de março de cada ano, consoante data eleita pela Organização das Nações Unidas (ONU); bem como o aniversário da **conquista do sufrágio feminino no Brasil**, em 24 de fevereiro de 1932, com o advento do Decreto 21076/32, então Código Eleitoral, em que restrições eleitorais às mulheres são abolidas em terras brasileiras, direito consolidado pelas posteriores Constituições e Leis que para elas convergiram.

Nessa toada, os protestos de cunho trabalhista e reivindicações para igualdade social, econômica e política, culminando com a celebração do Dia Internacional da Mulher; e a luta encetada pelo movimento sufragista, ascendendo à mulher o direito de participar das eleições, são exemplos do bom combate que deve ser travado, até porque comportamento indeclinável e inalienável consoante o disposto no preâmbulo da CRFB.

Entretanto, é preciso que se ultrapassem as fronteiras da retórica para efetivamente se batalhar por uma sociedade com todos conquistando os mesmos tratamentos, oportunidades, rendimentos, direitos e deveres, contenda em que o Ministério Público deve ombrear com as mulheres no alcance de um mundo mais justo.

Esta edição, portanto, tem o efeito simbólico de chamar a atenção para a importância de que a pauta de gênero jamais deve ser relegada na esfera pública, muito em especial no âmbito do Ministério Público, guardião que é dos altos anseios da República, espelhados nos valores e princípios albergados pela Carta Constitucional vigente, dentre os quais avultam a igualdade e a dignidade da pessoa como fios condutores de toda a vontade constituinte.

É bem verdade que o tema gênero deve ser objeto de atenção contínua e permanente de todos os que almejamos uma sociedade livre, justa e solidária, tal como moldado no art. 2º, inciso I, da Constituição de 1988.

Não por outra razão, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), em muito boa hora, unindo forças com o Ministério Público Federal (MPF) e a Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), lançou o projeto **Respeito e Diversidade**, ao qual o MPM aderiu na primeira oportunidade, somando também esforços para que se possa perseverar na busca de concretização de um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que é a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo,

cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, como insculpido no art. 2º, IV da *Lex Legum*.

Nesta essencial procura de avanço, o Ministério Público Militar – ramo mais antigo do Ministério Público da União, nascido em 30 de outubro de 1920, vem se empenhando para, de forma vanguardista, conferir especial atenção à tão irrefreável agenda, tanto que, pela Portaria PGJM nº 173, de 21 de outubro de 2021, criou-se a Equipe do Projeto denominado “Mostra a cara MPM – Programa pró-igualdade de gênero e raça” –, voltado para, na esteira da iniciativa estratégica “7.3 – Política institucional de igualdade de gênero e igualdade étnico-racial”, constante do Plano Estratégico 2021/2026 –, debater o assunto e apresentar relatório visando construir os necessários avanços e sua final implementação. A aludida iniciativa foi, inclusive, contemplada com o selo de reconhecimento de boas práticas do Projeto Respeito e Diversidade.

É bem verdade que muito ainda precisa ser feito e se torna inadiável que os esforços prossigam com total ênfase, até porque, no caso específico do Ministério Público Militar, há toda uma gama considerável de aspectos relacionados às Instituições Militares perante as quais desenvolve suas atribuições singulares, especialmente as que decorrem da inclusão das integrantes do sexo feminino nas fileiras castrenses, com inumeráveis reflexos de ordem jurídica, inclusive no campo dos Direitos Humanos, do Direito Penal Militar e do Direito Internacional Humanitário.

Destarte, dentre as preocupações que giram o MPM está a implementação dos compromissos internacionais advindos da agenda Mulheres, Paz e Segurança da Organização das Nações Unidas. Nesse sentido, o *Parquet* contribuiu com os debates da elaboração do Plano Nacional de Ação sobre a temática, coordenado pelo Ministério das Relações Exteriores, e, por meio da Secretaria de Direitos Humanos, Direito Humanitário e Relações Internacionais, vem cooperando com a sua execução.

Além da sua atuação na persecução penal de crimes militares contra a dignidade sexual – que vitimam, sobretudo, mulheres e meninas –, cujo elenco de competência da Justiça Militar da União foi ampliado com o advento da lei 13.491/17, no âmbito preventivo, nossa instituição promove a proteção jurídica da mulher em eventos, cursos, publicações e recomendações. Ademais, a temática foi incluída no programa do concurso público para Promotor de Justiça Militar, e o MPM vem se esforçando para sensibilizar os congressistas sobre a necessidade de novos tipos penais no ordenamento jurídico pátrio, como o crime de exploração e abuso sexuais em missões de paz e os crimes internacionais previstos no Estatuto de Roma.

O caminho civilizatório tem sido longo e vagaroso, mas não pode ser postergado de forma alguma. Urge que a humanidade desperte e até se envergonhe por tanto sangue derramado e por tantas lágrimas arrancadas a fórceps pela intolerância, incompreensão e violência física ou psicológica de todos os dias, em todos os lugares,

lares e recantos deste vasto mundo onde uma mulher busca compartilhar espaço. Quantas Marias da Penha serão paralisadas e quantas outras sacrificadas para sensibilizar o outro. Como escancara **Lya Luft**¹, com a agudeza de sua construção literária:

*Que o outro saiba quando estou com medo, e me tome nos braços sem fazer perguntas demais.
Que o outro note quando preciso de silêncio e não vá embora batendo a porta, mas entenda que não o amarei menos porque estou quieta.
Que o outro aceite que me preocupo com ele e não se irrite com minha solicitude, e se ela for excessiva saiba me dizer isso com delicadeza ou bom humor.*

Que o outro perceba minha fragilidade e não ria de mim, nem se aproveite disso.

Que se eu faço uma bobagem o outro goste um pouco mais de mim, porque também preciso poder fazer tolices tantas vezes.

Que se estou apenas cansada o outro não pense logo que estou nervosa, ou doente, ou agressiva, nem diga que reclamo demais.

Que o outro sinta quanto me dói a idéia da perda, e ouse ficar comigo um pouco mais – em lugar de voltar logo à sua vida, indo porque lá está a sua verdade mas talvez seu medo ou sua culpa.

¹ In crônica ‘Canção das mulheres’, do livro ‘Pensar é transgredir’. Rio de Janeiro: Editora Record, 2004.

Que se começo a chorar sem motivo depois de um dia daqueles, o outro não desconfie logo que é culpa dele, ou que não o amo mais.

Que se estou numa fase ruim o outro seja meu cúmplice, mas sem fazer alarde nem dizendo “Olha que estou tendo muita paciência com você!”

Que se me entusiasmo por alguma coisa o outro não a diminua, nem me chame de ingênua, nem queira fechar essa porta necessária que se abre para mim, por mais tola que lhe pareça.

Que quando sem querer eu digo uma coisa bem inadequada diante de mais pessoas, o outro não me exponha nem me ridicularize.

Que quando levanto de madrugada e ando pela casa, o outro não venha logo atrás de mim reclamando: “Mas que chateação essa sua mania, volta pra cama!”

Que se eu peço um segundo drinque no restaurante o outro não comente logo: “Pôxa, mais um?”

Que se eu eventualmente perco a paciência, perco a graça e perco a compostura, o outro ainda assim me ache linda e me admire.

Que o outro – filho, amigo, amante, marido – não me considere sempre disponível, sempre necessariamente compreensiva, mas me aceite quando não estou podendo ser nada disso.

Entretanto e em que pesem os reconhecidos retardos na implementação de uma agenda positiva em prol da salvaguarda dos direitos e garantias em favor das profissionais do sexo feminino, é, ao

menos, motivo de aplauso poder observar iniciativas como a do Conselho Editorial da Revista do MPM, que, com muita sensibilidade, reuniu uma plêiade de profissionais e pesquisadoras de escol, que nos brindam com textos de largo alcance e profundas reflexões sobre questões palpitantes nessa temática.

Louvamos e nos congratulamos, portanto, com os valorosos componentes do Conselho Editorial e, em particular, com todas as articulistas desta edição comemorativa, que representa mais uma bela e expressiva passagem do nosso agora secular *Parquet*, o qual, pretendendo homenagear, na verdade homenageado é com essa notável e portentosa edição festiva.

O escopo, certamente, é no sentido de que esta demonstração de respeito para com a condição feminina constitua mais um marco afirmativo das expectativas institucionais de ver progressos realmente consistentes nessa seara da isonomia de gênero, demonstrando a irreversibilidade do processo evolutivo em torno da paridade das conquistas dos seres humanos, certo de que é a essência da proclamação universal dos Direitos Humanos, os quais nascem livres e iguais em dignidade e em direitos.

Por fim e para que se perenize em nós o sentido da percepção de que a mulher é fonte inexaurível de amor, beleza e força, eis, em **Rabindranath Tagore**, os seus líricos e luminosos versos de “A mulher inspiradora”:

*Mulher, não és só obra de Deus;
os homens vão-te criando eternamente
com a formosura dos seus corações,
e os seus anseios
vestiram de glória a tua juventude.*

*Por ti o poeta vai tecendo
a sua imaginária teia de oiro:
o pintor dá às tuas formas,
dia após dia,
nova imortalidade.*

*Para te adornar, para te vestir,
para tornar-te mais preciosa,
o mar traz as suas pérolas,
a terra o seu oiro,
sua flor os jardins do Verão.*

*Mulher, és meio mulher,
meio sonho.*

Antônio Pereira Duarte
Procurador-Geral de Justiça Militar

Antonio Carlos Gomes Facuri
Coordenador do Conselho Editorial do MPM

Najla Nassif Palma
Secretária de Direitos Humanos, Direito
Humanitário e Relações Internacionais do MPM

Editorial

O Conselho Editorial do MPM tem a honra de apresentar aos caríssimos leitores e à comunidade científica esta edição extraordinária da Revista do Ministério Público Militar, a qual foi idealizada em comemoração ao dia internacional da mulher (8 de março), bem como aos 90 anos do reconhecimento do direito ao voto feminino no Brasil.

O dia 8 de março representa mais que uma homenagem às mulheres, nos faz refletir sobre o árduo caminho trilhado na busca e efetividade de seus direitos, sendo certo que a luta continua nos dias de hoje. Apesar dos grandes avanços conquistados, ainda nos deparamos com questões como a desigualdade salarial entre homens e mulheres, misoginia, violência doméstica, jornada excessiva de trabalho, desvantagens na carreira profissional e desvalorização da mulher. Temas que serão evidenciados nos diversos artigos desta edição.

Não podemos nos olvidar que da intensa luta pelos direitos das mulheres resultou a conquista, em diversas sociedades democráticas, do direito ao sufrágio feminino, que no Brasil foi reconhecido apenas em 1.932, por meio do Decreto n° 21.076 (Código Eleitoral), de 24 de fevereiro de 1.932, o qual traz em seu artigo 2º, de forma simples e clara, mas com grande poder de transformação, a seguinte redação: “É eleitor o cidadão maior de 21 anos, sem distinção

de sexo, alistado na fôrma deste Código.” Passados 90 anos, rendemos homenagem a esse triunfo, com votos de que a participação política das mulheres seja cada vez mais igualitária em nosso país.

Vale destacar que, nesta edição, todos os artigos foram escritos por mulheres brilhantes, a quem dispensamos o nosso profundo respeito e externamos a nossa gratidão. Como se verá, a diversidade de temas escolhidos, ligados ao Direito Militar, ao Direito Público, aos Direitos Humanos, ao Direito Internacional Humanitário e ao Direito Internacional Penal, proporciona uma experiência ímpar de leitura e de aprofundamento do conhecimento, o que nos deixa entusiasmados em ofertar à nossa comunidade científica mais um exemplar da Revista do MPM.

Boa leitura!

Karollyne Dias Gondim Neo
Promotora de Justiça Militar
Conselheira do Conselho Editorial do MPM

Sumário

- ❖ ALVES, Wanessa Oliveira. *A violência intrafamiliar infantil e o sistema de justiça criminal*, pp. 21-50
- ❖ ANTUNES, Claudia Maria Sousa; ANDRADE, Tamires Maria Batista. *Crimes sexuais em conflitos armados: breve histórico à luz das abordagens feministas*, pp. 51-70
- ❖ ARANTES, Helen Fabricio. *Breves considerações sobre a execução das penas privativas de liberdade na Justiça Militar da União*, pp. 71-102
- ❖ ASSIS, Cirelene Maria da Silva Rondon de. *Transplantes jurídicos domésticos: intercâmbio entre sistemas de justiça penal comum e penal militar*, pp. 103-126
- ❖ BRANDÃO, Vanessa Rovaron. *Aplicabilidade da Lei Maria da Penha nas relações entre militares da ativa*, pp. 127-148
- ❖ BRITO, Marianna Vial. *O efeito Maria Quitéria*, pp. 149-170
- ❖ BRITTO, Cláudia Aguiar Silva. *A Dialética do aprendizado democrático. Uma narrativa sobre educação para os Direitos Humanos no âmbito das Forças Armadas e da Segurança Pública*, pp. 171-196
- ❖ COELHO, Giselle Carvalho Pereira. *Atividade de Inteligência no âmbito do Ministério Público aplicada ao combate à corrupção*, pp. 197-216
- ❖ FERRARI, Flávia Jeane. *O conflito entre o direito humanitário internacional e o direito internacional dos conflitos armados*, pp. 217-238

- ❖ HENRIQUES, Paula de Oliveira. *Os padrões de gênero incorporados ao processo penal: mulheres como vítimas de crimes sexuais*, pp. 239-274
- ❖ KOLTERMANN, Liana Estela Merladete de Souza Pozeczek; CORRÊA, Maryana Zubiaurre; NEDEL, Nathalie Kuczura. *Os direitos humanos das mulheres e o mito da beleza*, pp. 275-296
- ❖ LEITE, Karolyne Christina Queiroz. *Direito ao “Nome do Ventre”:* uma visão a partir de Niklas Luhmann e Bert Hellinger, pp. 297-312
- ❖ MARIANI, Taiza Andrade. *Mulheres nas Forças Armadas: protagonismo, trajetórias e desafios*, pp. 313-328
- ❖ MOREIRA, Martha Abrahão Jorge; ALBUQUERQUE, Gabriela Maria Negreiros. *Aspectos relevantes da pensão militar*, pp. 329-358
- ❖ MOTA, Helena Mercês Claret da. *Aspectos gerais sobre políticas públicas de gênero. Objetivos e desafios*, pp. 359-370
- ❖ PODCAMENI, Anna Beatriz; GADELHA, Patricia Silva. *A natureza jurídica dos animais no direito brasileiro: o que se espera do Ordenamento Jurídico Brasileiro nos próximos anos*, pp. 371-390
- ❖ QUINTAS, Monick de Souza. *A Lei Maria da Penha à luz do Direito Militar: o direito ao acesso prioritário à remoção da servidora militar vítima de violência doméstica e familiar contra a mulher*, pp. 391-408

- ❖ RECLUSIANO, Karla Marinaska. *Análise dos direitos das mulheres encarceradas norte-americanas e breve comparação com o tratamento carcerário às brasileiras*, pp. 409-434
- ❖ RHODEN, Camila Ramos; FERNANDES, Luiza de Souza. *Operações cibernéticas militares em conflitos armados: a questão dos ataques aos bens de uso duplo e à infraestrutura crítica*, pp. 435-458
- ❖ SANTOS, Adriana. *Bezirksgericht: o tribunal de Kafka*, pp. 459-500
- ❖ SILVA, Susi Castro. *Fronteiras marítimas e área cinzenta no Direito do Mar ante a exploração de recursos marinhos: uma análise sobre as “Águas Jurisdicionais Brasileiras”*, pp. 501-530
- ❖ SOUZA, Paula Coutinho Bahia de. *A aplicação do ordenamento jurídico pátrio pela prática de falha de conduta por militar brasileiro desdobrado em operações de paz da ONU e a investigação conduzida pelo National Investigation Officer (NIO)*, pp. 531-564
- ❖ TORRÃO, Sandra Vania Jurado Vidal. *Dos direitos humanos ao feminismo em seu estágio atual no Brasil*, pp. 565-582
- ❖ XAVIER, Priscila Goulart Garrastazu. *O papel da vítima no processo penal comum e militar brasileiro*, pp. 583-602

O Direito por Elas
Artigos

A violência intrafamiliar infantil e o sistema de justiça criminal

Wanessa Oliveira Alves

Servidora pública do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Doutora em Direito pela Universidade Estácio de Sá – UNESA

Data de recebimento: 25/01/2022

Data de aceitação: 26/01/2022

RESUMO: Este artigo apresenta reflexões com base em investigações e análises discursivas realizadas a partir de decisões judiciais em que crianças foram vítimas de violência, avaliando o potencial das metodologias empregadas no sistema de justiça criminal no enfrentamento à violência e a sua relação com a justiça restaurativa e a cultura de paz. Abrange considerações sobre a questão da violência de uma forma geral e, especificamente, violência intrafamiliar infantil, relacionando a naturalização da violência ao sistema de justiça criminal.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema de Justiça Criminal. Violência Intrafamiliar. Justiça Restaurativa.

ENGLISH

TITLE: Child domestic violence and the criminal justice system.

ABSTRACT: This article presents reflections from investigations and discursive analyzes carried out from judicial decisions in which children were victims of violence, evaluating the potential of the methodologies used in the criminal justice system to confront violence and its relationship with restorative justice and culture of peace. It covers considerations on the issue of violence in general and, specifically, intra-family violence against children, relating the naturalization of violence to the criminal justice system.

KEYWORDS: Criminal Justice System. Intrafamily Violence. Restorative Justice.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Aspectos gerais da violência – 3 O processo de vitimização infantil – 4 Violência intrafamiliar – 5 Aspectos gerais envolvidos na relação violência e direito – 6 Justiça restaurativa e cultura de paz – 7 A prática restaurativa nas decisões judiciais – 8 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Vivemos num cotidiano violento, no qual, sem a necessidade de maiores esforços, é perceptível a conduta violenta do homem. A tolerância e a paciência cederam seus espaços à violência. Cotidianamente são mostradas ações violentas pela mídia, praticadas contra vulneráveis ou não. Nesse ponto, Souza (2008) afirma de que os renitentes e continuados obstáculos que caminham ao encontro de uma melhor qualidade de vida desafiam a argúcia, a eficiência e a capacidade resolutiva dos integrantes dos governos, das instituições e da sociedade.

Aspecto inquietante é que parcela da sociedade “aceita”, ou, pelo menos, não se posiciona de forma contrária a alguns tipos de violência. Isso se deve, essencialmente, à banalização da cultura da violência. Aquilo que Spink (2010) denomina de naturalização do cotidiano. Sem contar, ainda, que muitas vítimas acreditam que são responsáveis pelo comportamento do agressor. E essa mencionada percepção da vítima também é frequentemente positivada por atitudes de parcela da sociedade.

No entanto, há a constante e crescente indagação acerca do papel a ser desempenhado pela sociedade: de qual deveria ser o seu posicionamento diante de situações violentas, de qual seria o seu limite de atuação, da conduta de seus membros em relação aos demais participantes nesse processo, principalmente o Estado e os membros da família, estes últimos na condição de atores ou vítimas de situações violentas.

O objetivo geral que norteia este estudo, diante da importância e atualidade do tema e da aparente fragilidade prática em relação ao assunto, traduz-se no fato de que a naturalização da violência no mundo social torna a violência no âmbito familiar também naturalizada e de que, em certa medida, esse *status* de violência permanece, mesmo quando as normas jurídicas e sociais vigentes são aplicadas.

E, nesse contexto, busca-se analisar a efetividade das normas jurídicas de proteção aos direitos humanos das crianças diante da violência intrafamiliar e a viabilidade de aplicação de práticas restaurativas nesse contexto.

A pesquisa foi realizada a partir de uma inquietação fundamental, passando à fase de questionamentos acerca das normas e dos métodos existentes: se eles se revelavam efetivos nos casos de vítimas de violência intrafamiliar infantil ou se a naturalização da violência na sociedade também seria responsável por naturalizar a violência cometida no seio familiar.

Em seguida, formulou-se como hipóteses investigativas que um dos fatores responsáveis pela naturalização da violência está na ausência de aplicação de métodos complementares à justiça tradicional com a finalidade de prevenir e/ou minimizar as práticas violentas ocorridas no âmbito familiar, bem como que, nas decisões judiciais envolvendo violência intrafamiliar infantil, pelo dogmatismo da regra, não preponderam medidas voltadas à proteção do melhor interesse da criança.

Este artigo está estruturado inicialmente a partir de considerações acerca da violência de uma forma geral, do processo de vitimização infantil e violência intrafamiliar para, na sequência, abordar aspectos gerais envolvidos na relação violência e direito, justiça restaurativa e cultura de paz.

2 ASPECTOS GERAIS DA VIOLÊNCIA

Apesar de ser um tema que frequentemente é discutido, objeto de debates, a violência tem evidenciado um crescente protagonismo, o que demanda estudos, principalmente sobre medidas preventivas e alternativas considerando as múltiplas variáveis que fazem parte das interações humanas,

como o amor e ódio, que podem, respectivamente, ser responsáveis por relações construtivas ou destrutivas.

E essa multiplicidade contribui ainda mais para a complexidade do tema, diante da necessidade de movimento engajado que requer, minimamente, a concretização, por meio de políticas públicas de mudanças no cenário sócio-político-cultural, de desenvolvimento de programas e campanhas com a finalidade específica de conscientização, em busca de medidas preventivas que objetivem o que Veronese e Costa (2006, p. 25) chamam de “processo humano e civilizador”.

Além disso, o conceito de violência está marcado por elevada subjetividade, somado a inúmeras controvérsias, o que reafirma o fato de que a violência não pode ser vista de modo isolado, tampouco que devem ser desenvolvidas majoritariamente medidas voltadas às ações restritivas e punitivas, uma vez que o foco principal deve ir ao encontro de implementação de medidas preventivas.

São diversas as definições abrangendo as terminologias violência e conduta violenta; e, diante de seus muitos sentidos e consequências, cada vez mais se revela necessária a aproximação do Direito com o campo das Ciências Humanas, pois do contrário não seria possível regular a vida em sociedade, sem o conhecimento de como o homem se comporta, essencialmente no que diz respeito às situações adversas, conflituosas.

E a importância da interdisciplinaridade está justamente no objeto de estudo das ciências humanas, sobretudo nas áreas de sociologia, antropologia e filosofia, em relação aos fenômenos sociais e ao estudo do homem, pois ao mesmo tempo em que o Direito regulamenta a atividade de profissionais de outras áreas, para a sua consecução, cada vez mais, ele necessita das interferências dos demais ramos da ciência.

O Direito e sua função social têm a finalidade de ordenar as relações sociais, em busca de uma sociedade mais justa, e é bem nesse cenário que surgem normas, leis, regras, para disciplinarem da melhor forma como se dará a vida no meio social. Porém, quando são relacionados temas como violência, justiça e direito (como normas jurídicas), a percepção é a de que a justiça sempre carece de sua concretude.

Dito isso, apresenta-se um corriqueiro questionamento: se a violência é nata ou se é adquirida culturalmente. Sobre esse ponto, os autores Varea e Delgado (2006) registram que a explicação mais cômoda sobre a violência que se observa e da qual se padece é que as pessoas são seres violentos por natureza. No entanto, acerca desse ponto de vista, pondera-se que o que frequentemente ocorre é o fato de que a cultura converte a agressividade em violência. Esses autores expõem, ainda, as diferenças conceituais entre agressividade e violência: que a primeira é inata, inevitável e biológica, ao passo que a segunda é humana, evitável e não biológica.

Por sua vez, Calabrese (1997) afirma que a violência e a agressão são duas caras da mesma moeda, que tradicionalmente tem sido aceita como mecanismo de controle pelos indivíduos que ostentam o papel hegemônico dentro de um grupo social que, de um ou outro modo, se justificam e, portanto, se sentem legitimados para o exercício da violência e do poder arbitrário.

Assim, sobre o referido questionamento, denota-se importante a posição defendida pela professora Barazal (2014) e por Varea e Delgado (2016), no sentido de que a violência é criação natural e que é transformada histórica e culturalmente¹, pois se assim não fosse, por uma questão de lógica, não haveria variação nos dados sobre a violência no mundo, as estatísticas seriam similares.

Sob esse fundamento, relevante recordar que por muito tempo o exercício do poder, do domínio, era quantificado pela “quantidade” de violência que era praticada. Para corroborar com essa afirmação, tem-se aqui uma expressão utilizada por Han (2017, p. 39), da existência de uma

¹ Han (2017, p. 7-8) aborda importantes questões sobre o tema em seu livro *Topologia da Violência*. Logo na introdução afirma que a violência é proteica, “se desloca do caráter visível para o invisível, do frontal para o viral, da força bruta para a medial, do real para o virtual, do físico para o psíquico, do negativo para o positivo, e volta a se recolher para espaços subcutâneos, subcomunicativos”. Expõe que a violência torna-se invisível quando se identifica com a liberdade, que é o seu contraponto, e, em seu poder anônimo, surge a equivocada impressão de que ela teria desaparecido, enquanto, na verdade, está escondida no poder sistêmico, que é a própria sociedade. Essa violência pode ser exercida inclusive “sem a negatividade do domínio ou da inimizade”, ocasião em que imaginamos que a perpetuidade da violência, e uma violência também sistêmica, pode justificar-se pelo fato de sua naturalização social.

“economia mágica da violência”, escapando, em todos os seus termos, da lógica racional. As mortes, a vingança cometida, eram entendidas como incremento no poder exercido.

Em análise da relação exposta por Han (2017) entre poder e violência, tal como acontecia na sociedade arcaica, a violência não é mais sinônimo de poder. O que se percebe, no entanto, é que muitas condutas violentas são invocadas em nome de uma ilusão de que se tem poder, sentimento de dominação por outro, como ocorre em relação à violência praticada contra vulneráveis.

Sob esse ponto, importante trazer a este estudo as considerações da pesquisadora Minayo (2007, p. 23) acerca da violência tratada como um fato humano e social, no sentido de que “não se conhece nenhuma sociedade totalmente isenta de violência” e de que “há sociedades mais violentas do que outras, o que evidencia o peso da cultura na forma de solução de conflitos”.

Ao relacionar poder e violência, não se pode esquecer da “justificativa biológica da violência” abordada por Arendt (1985), na qual o tradicional conceito de poder, ao ser equiparado à violência, revela-se expansionista por natureza, só sendo possível a sua manutenção por meio de sua expansão.

Como fato social, Barazal (2014) expõe que a violência é negligenciada porque, apesar de existir a consciência de sua existência, ela se transforma em algo suportável porque faz parte da lógica do sistema que a sociedade reproduz. E, dessa afirmação, retoma-se a hipótese apresentada de que a efetividade ou inefetividade das normas podem estar relacionadas à naturalização da violência como fato social, bem como a problematização no aspecto estritamente objetivo da norma, o que será objeto de discussão no campo teórico quando da análise das decisões judiciais constantes do capítulo quinto deste estudo.

A violência, mesmo considerada como um problema social de primeira ordem não pode ser aceita como uma condição inevitável para a sobrevivência humana, até mesmo porque ela pode e deve ser evitada, “da mesma forma que os esforços em saúde pública evitaram e reduziram, em muitas partes do mundo, complicações ligadas à gravidez, lesões

ocupacionais, doenças infecciosas e doenças resultantes de alimentos e água contaminados” (DAHLBERG; KRUG, 2002, p. 3).

No entanto, na (re) construção do que se pode chamar de processo de humanização, mesmo que seja apenas pela referida condição de sobrevivência humana, acredita-se que a construção social de mecanismos para contornar a violência envolve inúmeras implicações, as quais, somadas à própria multiplicidade da violência e à complexidade social, requerem, minimamente, o estabelecimento de diretrizes e compromissos éticos.

3 O PROCESSO DE VITIMIZAÇÃO INFANTIL

Para entender o conceito de violência infantil, principalmente no contexto familiar, antes se faz necessário conhecer criança, bem como trazer algumas considerações a respeito do desenvolvimento infantil.

A ideia de que as crianças são sujeitos de direitos é algo bem recente, e, nesse sentido, há uma tendência em pensar que a violência contra a criança é algo também novo. No entanto, apesar de a relação entre direitos da criança e violência ser recente, do ponto de vista histórico, a violência é um fenômeno antigo, que já vitimou muitas crianças, com diversas práticas na antiguidade, como o infanticídio, que era tido como forma de controlar a população e eliminar crianças com deficiência; também havia o abandono, o trabalho e a prostituição infantil, que eram formas de violência aceitas pela sociedade.

Conforme se observa em Aristóteles (2000), a expressão paternal revelava que os filhos eram tratados como súditos, como em uma espécie de realeza, justificando, para tanto, fatores como geração, autoridade afetiva e a idade. As crianças eram vistas como propriedades dos pais, tratadas como seres distintos, integrantes de hierarquia de comando, sem praticamente nenhum direito de expressão.

Percebe-se que as influências dessas teorias ainda são bem marcantes na sociedade, sendo exercido o poder hierárquico dos pais em relação aos seus filhos, o que pode levar a falsas crenças no procedimento judicial envolvendo condutas violentas sofridas no âmbito familiar.

Na definição de criança, no Brasil, conforme disposto no art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, considera-se a pessoa até os doze anos de idade incompletos. Por sua vez, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em relação ao marco temporal, seguiu a previsão contida no art. 1º da Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989, definindo como criança toda pessoa que não tenha atingido 18 anos completos.

Posto isso, já de início, há a consciência de que a doutrina de proteção integral à criança, na legislação internacional, é mais ampla do que a existente no Brasil, possibilitando, desse modo, a extensão da proteção e promoção dos direitos humanos das crianças.

Ao considerar a vulnerabilidade a que estão submetidas as crianças, sobretudo frente as precárias condições de preservação de direitos humanos, essencialmente em países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, percebe-se que a adoção de medidas especiais para essa proteção muitas vezes é relegada.

A Lei Federal nº 13.257, de 8 de março de 2016, “estabelece princípios e diretrizes para a formulação e a implementação de políticas públicas para a primeira infância em relação à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano”, conforme princípios e diretrizes previstos na Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

A citada lei prevê como primeira infância o período que compreende os primeiros 6 (seis) anos de vida da criança e, tendo como prioridade absoluta a de assegurar os direitos da criança, do adolescente e do jovem, essa norma dispõe que, nos termos do art. 227 da Constituição da República Federativa do Brasil, constitui dever do Estado o de “estabelecer políticas, planos, programas e serviços para a primeira infância que atendam às especificidades dessa faixa etária, visando garantir seu desenvolvimento integral”.

4 VIOLÊNCIA INTRAFAMILIAR

Antes de iniciar a abordagem atinente à violência intrafamiliar, são trazidas breves considerações acerca das concepções de família, especialmente em relação ao chamado modelo tradicional de família e a família moderna.

A primeira Constituição democrática, de 1934, previu, no seu Título V, Capítulo I, dos artigos 144 a 147, disposições sobre a família, basicamente aspectos relacionados à constituição do casamento, tendo sido, a primeira também a tratar sobre o amparo à infância, como incumbência da União, dos Estados e do Município (artigos 138 e 141).

Por sua vez, a de 1937, mesmo sendo de inspiração fascista, trouxe, para dentro da parte que se referia à família, a infância e a juventude (art. 127), estabelecendo que “devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas a assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento das suas faculdades”.

A Constituição Federal de 1937, mesmo com supressão de direitos e garantias, inaugurou o termo “proteção da infância e da juventude”, dentro dos direitos e garantias individuais (art. 122). No entanto, nesse artigo, verifica-se que esse dispositivo era apenas uma faculdade, ao prever que “a lei pode prescrever” medidas voltadas à proteção da infância e da juventude.

Por outro lado, o já referido art. 127, que data de mais de 80 anos, disciplinou sobre temas tão importantes em nossa atualidade, como abandono moral, intelectual ou físico da infância e juventude, o que, já naquela época, na qual nem se imaginava a instituição do Estatuto da Criança e do Adolescente, importava em falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, ao tempo que criava para o Estado o dever de prover as crianças e os adolescentes do conforto e dos cuidados indispensáveis à preservação física e moral.

Em contraposição ao modelo tradicional de família, surge “uma configuração democrática de família”, na qual os direitos são acompanhados das responsabilidades; e a autoridade, da democracia (MORAES, 2013, p.

592). No entanto, principalmente no aspecto relacionado à violência intrafamiliar, não é possível afirmar que coexiste o conceito de famílias democratizadas, considerando que a dignidade dos membros não é respeitada e/ou tutelada.

Porém, o avanço dessa nova configuração advém de lutas por direitos iguais, sendo admitidas mais de uma forma de entidade familiar a partir do reconhecimento pela Constituição Federal de 1988, que prevê, em seu Capítulo VII, disposições sobre a família, criança, adolescente, jovem e idoso, estabelecendo no início desse capítulo, no art. 226, que a família, considerada a base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

O conceito tradicional de família, definido pelo casamento entre homem e mulher e seus descendentes, não mais explica o contexto atual, tendo o conceito jurídico de família sofrido muitas alterações nos últimos anos, decorrentes, em grande parte, da mudança de valores, de cultura, do modo de pensar, de viver, de se relacionar, e das demandas sociais pelo reconhecimento de novas formas de entidades familiares além daquela constituída pelo casamento, união estável e família monoparental.

No entanto, em face dos inúmeros e diversos fatos sociais e demandas, diferentemente do que acontecia lá no século XVIII, quando, com a Revolução Francesa, ocorreu a consagração do princípio de divisão de poderes, atualmente o legislador não mais consegue atuar de modo a acompanhar os processos de transformação social.

Diante dessa afirmação, claro que, em respeito às competências de cada um dos poderes, não se pode mais pensar na vontade do legislador, tal como na Escola Exegese, pois a separação dos poderes não deve mais ser vista como existente na teoria. As lacunas encontradas na lei, principalmente diante do surgimento das novas necessidades, requerem novos direitos, os quais, como já afirmado, não têm sua função acompanhada pelo legislador.

Ademais, não se pode negar que a mudança na estrutura familiar não descaracteriza a sua instituição e importância para os membros. Assim, mesmo que diversas, continuam sendo famílias e merecem a proteção constitucional (PEREIRA; CRUZ; CONSALTER, 2017). E esse dinamismo, como se sabe, não é acompanhado pelas Ciências Sociais, ocasião em que

surge a hipótese de que a regulação da vida em sociedade carece de amparo legal próprio para coibir situações violentas, conflituosas, que sejam capazes de estabelecer linhas – preventiva e mitigatória – dessas condutas.

A existência de dinamicidade e flexibilidade nas múltiplas estruturas familiares tem como resultado significativas mudanças na sociedade e, conseqüentemente, na própria vida das pessoas, o que requer a busca pelo bem-estar comum e, essencialmente, da dignidade humana. No entanto, o conceito tradicional de família, mesmo que apenas em nome da moral, ainda está presente de modo marcante em nosso meio social.

Apenas para estabelecer parâmetros dessa evolução, mesmo que haja mudança nos modelos de família, a relação primária que nasce com o vínculo afetivo familiar permanece inalterada, e conhecer as estruturas das famílias (como um organismo vivo) e conceitualizar suas funções auxiliam na identificação da origem dos problemas existentes no âmbito familiar.

No que diz respeito à rede de comunicação interna de cada família, sabe-se que atualmente é uma das responsáveis pela promoção da saúde ou enfermidade dos indivíduos, na qual precisam ser identificados e revelados os atributos que são próprios de cada um, o que atualmente tem se tornado cada vez mais difícil, considerando a indiferença entre as pessoas, a ausência de diálogo.

A instituição de padrões e essa marcante intolerância e preconceito, associadas ao multiculturalismo, proporcionam diferentes concepções de dignidade da pessoa humana e, talvez, sejam alguns dos fatores ensejadores para que se acredite que a violência intrafamiliar contra a criança está diretamente relacionada a um conceito cultural, de modo que parece extremamente difícil perceber o que seria uma conduta normal de agir e qual seria esse limite dentro do contexto social e das normas legais vigentes.

E, dentro do aspecto do multiculturalismo, sendo o Brasil um país com enorme diversidade cultural, com diferenças regionais, envolvendo costumes e tradições, torna ainda mais complexa a análise da ocorrência da conduta violenta, bem como a definição de políticas públicas referentes à possibilidade de intervenção ou não do Estado nos diálogos necessários à proteção das vítimas de violência.

No entanto, mesmo diante desse processo complexo, a necessidade de preservar a diversidade de crenças, de costumes e de tradições deve prevalecer, já que os desafios impostos ao Estado, à sociedade (estando a família aí inserida) permanecerão em direção ao respeito às minorias² e aos vulneráveis, em constante reconhecimento de valorização das diferenças, uma vez que não existe um conceito universal de família e o meio social está em constante transformação.

No tocante às minorias e aos vulneráveis, relevante trazer aqui os apontamentos de Oliveira (2014, p. 33 e 34) sobre o que o autor denomina de “novíssimos direitos dos indígenas crianças” sob a perspectiva inicial de enfatizar a patente “constatação da baixa receptividade da diversidade cultural das crianças nos Direitos Humanos”, como sendo algo vago, que não é capaz de representar “as condições específicas das formulações jurídicas para os destinatários, mas ajuda a compreender o espaço discursivo, político e jurídico no qual a questão se insere”.

Dentre as críticas apresentadas por Oliveira (2014) em relação à proposta de universalização da cidadania diferenciada para as crianças, pela linguagem de Direitos Humanos, considerando o seu grau de desenvolvimento, compreende-se o fato de que essa diferenciação até possibilita o fortalecimento do que o autor denomina de “categoria geracional da infância”, mas não abrange “a devida problematização da perspectiva cultural de construção social da infância e dos próprios direitos”.

A base teórico-normativa da Doutrina da Proteção Integral das crianças, definida como conjunto de normas jurídicas que passaram a indicar as crianças como sujeitos de direitos, tema que será abordado em capítulo específico deste estudo, “substituiu o então paradigma da Doutrina da Situação Irregular, que se ocupava apenas do que denominava de

² Bamber e Ferreira (2017, p. 157) asseguram que, “se os direitos humanos buscam conferir especial proteção às minorias, tendo em vista a dignidade da pessoa humana, em sua dimensão coletiva – resguardando-se e preservando os costumes e características próprias de um grupo, expressão da riqueza cultural – a proteção aos vulneráveis apresenta-se como um desdobramento da dimensão também individual da dignidade da pessoa humana, a nortear e garantir tanto a possibilidade de escolha pela vida que vale a pena ser vivida pelo indivíduo, quanto a protegê-lo diante de situações que o coloque numa posição de excessiva desvantagem, a ameaçar a sua dignidade”.

menores em circunstância de delinquência ou abandono” (REBELO; RAIOL, p. 349, 20190).

E, ainda, Rebelo e Raiol (2019. p. 350-351), assim como defendido por Oliveira (2014), entendem que a Doutrina da Proteção Integral “representa um paradigma colonizador”, sob o fundamento de que a visão universal não pode ser considerada apenas a partir de uma perspectiva da infância.

Ao desconsiderar a possibilidade de outras tradições, de outras culturas, a partir da universalização dos direitos, observa-se que os novos direitos podem contribuir para a falta de coesão do Estado-nação, pois da mesma forma em que se faz necessário proteger de maneira conjunta a universalidade dos direitos de todo ser humano, necessário se faz, também, proteger, conjuntamente, a diversidade cultural³.

Posto isso, diante da transculturalidade e da ausência de respostas adequadas aos problemas sociais, afirma-se que as leis não devem ser interpretadas por meio de um rigoroso método, apenas como fruto da razão, já que, se assim fosse, os novos direitos, que carecem de regulamentação, não teriam lugar no ordenamento jurídico.

Nesse aspecto, apesar de o estudo de Oliveira (2014, p. 39) referir-se à questão dos Direitos Humanos dos indígenas crianças, a premissa abordada acerca da necessidade de desconstrução dos “marcadores ocidentais de construção da infância para possibilitar a tradução intercultural”, a partir da formulação de críticas que traga elementos complementares com a finalidade de aperfeiçoar o quadro normativo, baseado na “Doutrina da Proteção Plural”, tem validade para a construção de outras relações envolvendo

³ Nesse sentido, a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural (2002), em seu artigo 4 (Os direitos humanos, garantias da diversidade cultural) estabelece que “a defesa da diversidade cultural é um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade humana. Ela implica o compromisso de respeitar os direitos humanos e as liberdades fundamentais, em particular os direitos das pessoas que pertencem a minorias e os dos povos autóctones. Ninguém pode invocar a diversidade cultural para violar os direitos humanos garantidos pelo direito internacional, nem para limitar seu alcance”.

Assim, como afirma Oliveira (2014), há um crescente processo voltado a reivindicações de textos normativos relacionados a políticas indígenas, a partir da concepção de que os povos indígenas não sejam apenas os destinatários das normas jurídicas, mas que também possam participar de sua construção.

crianças e Direitos Humanos, principalmente em questões que dizem respeito às inclusões no contexto da diversidade cultural.

E o reconhecimento dessas diferenças, do direito à diferença, da identidade cultural do próximo, por meio dessa tradução das tradições, nas sociedades multiculturais, junto ao diálogo intercultural, contribuem para a formação e fortalecimento de pautas comuns e efetivação de políticas públicas.

Ainda, a despeito disso, entende-se que a justificativa sobre a política progressista de direitos humanos na forma apresentada por Santos (2001), no sentido de que as políticas sejam definidas em âmbito global e que a legitimidade ocorra localmente, faz muito sentido no campo dessa relação entre multiculturalismo/transculturalismo e a consciência da impossibilidade de serem atingidas a completude e a concretude, de modo globalizado, da aplicação e efetivação das políticas públicas e das normas legais.

A violência intrafamiliar, fenômeno de caráter universal e endêmico, é um tema que tem tido grande repercussão na sociedade, sendo cometida por pessoas que possuem os mesmos laços familiares, seja uma ligação familiar civil ou de parentesco natural.

Segundo dados da ONDH, contidos no Relatório 2019 do Disque Direitos Humanos, a ocorrência de violações na residência da vítima representa 56% do quantitativo recebido, seguida pela casa do suspeito, com ocorrência em 19% dos casos, somando 75% do total das denúncias registradas, o que evidencia importância a ser dada para a efetiva implementação de medidas preventivas em situações envolvendo violência intrafamiliar infantil.

Algeri e Souza (2006, p. 3) afirmam que a “maioria das políticas públicas voltadas à questão da violência contra a criança e o adolescente ainda não se deteve na análise a respeito de como as famílias violentas fabricam jovens violentos”. Esses mesmos autores registram que a “exposição de crianças à violência doméstica/familiar, responsável pelo ciclo da violência multigeracional, corresponde à reprodução da violência na adolescência e na idade adulta, tanto no âmbito da família quanto da sociedade”.

Nem sempre é possível identificar os motivos que levaram à prática da violência intrafamiliar, sendo mais um reforço para que as medidas preventivas sejam constantes, ao menos com a finalidade primária de detectar, atempadamente, possíveis vias de solução para a cessação das condutas violentas. E, nesse aspecto, ressalta-se a importância de conhecimento da violação de direitos decorrentes de prática negligentes.

5 ASPECTOS GERAIS ENVOLVIDOS NA RELAÇÃO VIOLÊNCIA E DIREITO

A relação entre violência e direito, frequentemente, tem sido objeto de questionamentos, acerca, sobretudo, do papel do direito, da ciência jurídica, nos assuntos relacionados à violência, se sua ação estaria ou não restrita à aplicação das normas existentes. E, nessa indagação, retoma-se a tese de que a violência pode ter se tornado um fato naturalizado em nossa sociedade, e uma das dimensões do problema apresentado (com a finalidade de justificar a forma como ocorrem determinadas punições).

O que de fato pode ocorrer, a partir da observação, das pesquisas acadêmicas e das evidentes e crescentes estatísticas, é a vinculação à dificuldade no despertar social e das ciências sociais e jurídicas para enfrentar esse problema.

A existência de uma estrutura normativa surge para regular as relações entre as pessoas, como uma necessidade à ordem política, pois a razão humana, e conseqüentemente a conduta a partir dessa perspectiva, não era mais capaz de responder sozinha aos conflitos existentes. E, nesse mesmo raciocínio, segundo Gómez (2020), a justiça se encontra fortemente influenciada por políticas normativistas que procuram a obediência da norma, o que as tornam rígidas e inflexíveis.

A base da teoria normativista, que se baseia na punição ou absolvição e, conseqüentemente, busca a aplicação de sanções ou da impunidade, praticamente não deixa espaços para métodos complementares à aplicação da justiça ao se basear apenas na literalidade legal. O que se menciona aqui é que a concepção de que o direito não pode mais se basear

isoladamente nos pontos de vista individuais, sem levar em consideração o comportamento e a evolução social.

Han (2017, p. 104) escreve que, de fato, essa hipótese é bastante difundida, no sentido de que “a ordem do direito perderia sua eficácia se, para impor seus objetivos, não dispusesse de recursos violentos”; e acrescenta que, “segundo essa assertiva, o direito nada mais seria do que uma prerrogativa do poderoso de impor a violência”.

Na relação entre direito e justiça, envolvendo a violência, Benjamin (1991) expõe que, no que diz respeito à violência em seu sentido mais conciso, apenas se chega a uma razão efetiva quando esta estiver inserida dentro de um contexto ético, estando a esfera desse conceito indicada pelos conceitos de direito e justiça. Para ele, em princípio, a violência somente pode encontrar-se no domínio dos meios e não dos fins. A filosofia política de Walter Benjamin “concebe o direito como a filosofia do poderoso”, partindo “da unidade interna entre violência e direito” (HAN, 2017, p. 105).

Nesse mesmo sentido, Arendt (1985, p. 45) afirma que o perigo da violência sempre dirá respeito ao fato de que os meios poderão dominar os fins, mesmo que a violência se movimente dentro de uma estrutura não extremista de objetivos em curto prazo, pois as ações são irreversíveis, e “a prática da violência como toda ação, transforma o mundo, mas a transformação mais provável é em um mundo mais violento”.

E é justamente devido a esses ciclos e fases da violência, diante da quase certeza de sua ocorrência, e a constante busca pelo poder, que esse processo se torna cada vez mais “naturalizado” nas relações humanas.

Segundo Benjamin (1991), ao considerar o elo entre direito e violência⁴, o direito não se demonstra capaz de oferecer justiça, como se efetivamente, aqui, os fins fossem justificados pelos meios, com violência gerando violência mesmo diante do descrédito da aplicação normativa, pela

⁴ Benjamin (1991, p. 24), pertinente à violência como identificada na corrente do Direito Natural, dentro da filosofia do Direito, evidencia que é preciso ter em mente que, desde que a violência não seja usada para fins injustos, tanto faz se utilizada para os fins justos, como para toda pessoa que se sente no “direito” de mudar o seu corpo diante de uma meta estabelecida. Assim, a “violência é um produto natural, comparável a uma matéria-prima, que não apresenta problema algum”, se não utilizada para os fins injustos.

arbitrariedade e imposição da ordem, e, conforme aponta Bobbio (1991) em “Três textos sobre a violência”, a prática da violência pela violência.

Conforme exposto por Benjamin (1991, p. 24), a violência, no direito natural, assume uma posição diametralmente contrária à sua posição construída, como dado histórico, no direito positivo. O direito natural é capaz de exercer juízos críticos da violência no direito que foi estabelecido apenas em relação aos fins, ao passo que o direito positivo estabelece juízos sobre todo direito em vias de constituição, exclusivamente mediante a crítica de seus meios. Acrescenta que, apesar dessas posições, essas duas escolas possuem o mesmo dogma fundamental de que os “fins justos podem ser alcançados por meios legítimos, e meios legítimos podem ser empregados para fins justos”.

Nesse momento, pondera-se que a legitimação, o direito e a justiça se relacionam, entre outros conceitos, ao multiculturalismo, à interculturalidade, à forma de agir de determinada localidade, aos costumes socioculturais, à subalternização. O fenômeno da violência tem-se revelado de forma bastante cíclica, com a violência, em muitas situações, sendo combatida por outro ato violento, o que favorece o círculo do crime e amplia a problemática a respeito de um dos temas mais complexos de nossa atualidade.

No processo em que os fatos sociais dão origem ao direito, explicitando a sociologia jurídica, é preciso ter em mente que a concepção do direito materializada em uma lei, invariavelmente, não abrangerá as diversas dimensões da realidade, fazendo-se necessário o fortalecimento do vínculo jurídico com a realidade moral e social, pois a legislação surge da necessidade de regular a vida em sociedade após a descrição e conhecimento da lógica existente na sociedade, objetivando a ordem social.

6 JUSTIÇA RESTAURATIVA E CULTURA DE PAZ

Uma maneira mais construtiva para se pensar o direito penal para além de sua visão de justiça criminal tradicional abarca práticas, variações e interpretações complexas, que não conseguem ser reproduzidas apenas em

uma decisão judicial. Nas situações em que as crianças são vítimas da violência cometida por algum membro da família, a solução não abrange apenas duas partes, e, dependendo de quem for o agressor e, ainda, a dimensão dos efeitos traumáticos, a amplitude pode ser maior.

Em muitas situações, sabe-se que, no contexto da violência intrafamiliar, a vítima continuará convivendo com o seu agressor, daí a importância do reconhecimento da dimensão do conflito por parte do ofensor e consequente comprometimento com ações voltadas à pacificação, reconciliação e segurança. Ademais, um aspecto importante a ser considerado refere-se ao fato de que a Justiça Restaurativa não tem a finalidade apenas de alcançar o agressor, mas também apoia a vítima e o seu núcleo familiar em busca de superação das sequelas sofridas em virtude de uma agressão.

Nesse pressuposto, a sensibilização do agressor e a sua responsabilização podem evitar que situações semelhantes aconteçam novamente. No entanto, para a ocorrência de resultados restaurativos positivos, torna-se necessário, além de cuidar dos danos e de repará-los, abordar as causas do crime. E, como se sabe, compreender as experiências que envolvem os crimes não é simples, além de ser extremamente doloroso, devastador, em virtude das emoções e sentimentos vivenciados.

O crime torna a vítima vulnerável, sem reação, indefesa, e, quando se trata de criança, essas condições já estão presentes, o que pode tornar mais graves as situações, os traumas, principalmente naqueles casos em que as vítimas se sentem, de certa forma, responsáveis e muitas vezes culpadas pela ação do agressor.

No tocante às crianças, exemplifica-se o crime de alienação parental. Os pais alegam, muitas vezes, que não possuíam o conhecimento de que estavam praticando condutas que manipulavam psicologicamente a criança, usando, inclusive, como justificativa, que a criança em nada havia alterado o seu comportamento ou modo de pensar; e que acreditava que os “ensinamentos” e “orientações” recebidos faziam parte de sua educação no âmbito familiar.

Nesse cenário, importante ponderar que em alguns lares se visualiza a inversão de papéis, onde os pais não exercem suas funções no

seio familiar e, frequentemente, “esquecem” que lidam com outra vida em formação, com uma criança.

A multiplicidade de práticas restaurativas (inclusive diante do fato de que na literatura não há uma única e consensual definição sobre o conceito de Justiça Restaurativa) pode provocar tensões capazes de inviabilizar sua aplicação em substituição às práticas retributivas, impedindo, assim, o seu desenvolvimento (FROESTAD; SHEARING, 2005).

No Brasil, justamente diante da necessidade de implantação da Justiça Restaurativa nos estados membros, de garantia do acesso à Justiça, de desenvolvimento de meios voltados à pacificação social e, também, como medida necessária à uniformização do conceito de JR, com a finalidade de evitar a banalização e o descrédito de sua aplicabilidade, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016, estabeleceu como elementos compreendidos no enfoque restaurativo: (a) Participação dos envolvidos, das famílias e das comunidades; (b) Atenção às necessidades legítimas da vítima e do ofensor; (c) Reparação dos danos sofridos; (d) Compartilhamento de responsabilidades e obrigações entre ofensor, vítima, famílias e comunidade para superação das causas e consequências do ocorrido.

Alinhado aos pensamentos dos citados especialistas sobre Justiça Restaurativa, o Conselho Nacional de Justiça traz, na citada Resolução, como princípios orientadores a “corresponsabilidade, a reparação dos danos, o atendimento às necessidades de todos os envolvidos, a informalidade, a voluntariedade, a imparcialidade, a participação, o empoderamento, a consensualidade, a confidencialidade, a celeridade e a urbanidade”.

Achutti (2013, p. 178), ao abordar a Justiça Restaurativa no Brasil a partir de possibilidades da experiência belga, nos deixa claro que não se trata apenas de uma mudança de procedimento, mas sim de cultura, essencialmente no que se refere ao rompimento do “paradigma do crime-castigo”.

No processo de quebra desse paradigma, Hart (2001) afirma que em um sistema jurídico se faz necessária uma abordagem mais complexa, no sentido de que as normas não sejam vistas pelos seus aplicadores apenas

como um dever de obediência, pois, desse modo, o dever de obediência estaria restrito a qualquer motivação por obediência, sem qualquer reflexão quanto ao comportamento de aceitar aquilo que é correto ou necessário (obrigatório).

No entanto, ao considerar a perspectiva de pensar a partir de um ponto de vista diferente, protagonizado pelo terceiro, com a discussão das mais possíveis variáveis subjetivas, requer-se uma rigorosa valorização e sistematização da citada mudança de procedimento do agressor, a fim de que a condução prática das situações não seja mais um agravante para uma possível revitimização. E, mais do que isso, além de a Justiça proteger aqueles que são os elos mais frágeis de nossa sociedade, a exemplo das crianças, há a necessidade, também, de falar sobre a Justiça Social, a fim de que oportunidades iguais sejam uma realidade para todos.

Assim sendo, por mais que pareça difícil a luta contra as assimetrias sociais, é preciso concretizar as políticas de prevenção que favoreçam a socialização e a integração, de modo eficaz, das crianças, por meio da família, da comunidade e da escola.

O sistema judicial deve adotar meios de sustentar, de garantir os direitos dos cidadãos e não ser considerado como um obstáculo a esses mesmos direitos. E, sabedores de que as crianças de hoje serão os adultos de amanhã, o futuro da humanidade, é necessário termos em mente que os seus interesses devem ser o princípio orientador que norteia todos os procedimentos e sistemas da justiça que os afetam, a preocupação primordial de todas as atividades desenvolvidas nesse setor.

As práticas restaurativas não vão ao encontro de uma anomia, mas, ao contrário, em respeito às normas legais, éticas e morais, talvez pudessem ser consideradas como uma nova forma de buscar a humanização do atual sistema punitivo de justiça, sem a legitimidade que se dá na pura e simples segregação do infrator e sem que a aplicação da pena seja considerada como mera formalidade e alívio de consciência por parte do julgador.

Diante da existência de mais de uma forma de pensar o papel jurídico-estatal e a cidadania da criança, há a patente necessidade de adequar práticas e pensamentos em contextos socioculturais e nas relações de poder,

pois, conforme afirma Oliveira (2014, p. 130), os modos de compreender e governar a criança não podem ser superados apenas por meio da “formalização normativa de outros mecanismos institucionais e recursos discursivos”.

A possibilidade de revisar e resgatar os valores morais, para uma convivência harmoniosa e saudável, deve ser colocada diante da responsabilidade que é assumida pelo ofensor e, também, pela atuação dos agentes governamentais e do Poder Judiciário.

Na relação entre a ação, o direito e as medidas de enfrentamento da violência, neste ponto da discussão, referimo-nos também à Teoria da Ação Comunicativa de Jurgen Habermas (1996), pelo fato de que as pessoas se encontram e estão dispostas a agir em cooperação, de modo recíproco, com liberdade comunicativa, e a contribuir para a prevenção à violência. O diálogo, as redes interativas, a adoção de estratégias de forma sistêmica contribuem para que o ser humano, na conduta de agir comunicativo, possa recuperar elementos essenciais da vida em sociedade e do respeito ao próximo, a partir do reconhecimento da percepção, mesmo que um tanto subjetiva, do que é adequado ou não para o convívio no meio social.

Nesse aspecto de construção de vínculos e de solidariedade, podem surgir efetivas contribuições para a formulação de políticas públicas. O que se percebe, de modo específico em relação a este estudo, é que, apesar de a violência intrafamiliar ocorrer no âmbito do lar, da convivência entre os membros de uma família, as condutas possuem reflexo no espaço público, seja na conduta ativa violenta, como no resultado dessa violência na vítima.

O principal foco quando é abordado o tema justiça restaurativa está na prevenção do dano ao bem-estar comum. E nesse ponto, quando se assume que determinada norma é justa, a sua violação é um ato injusto que deve ser condenado pela conduta culpável e, assim, volta-se à discussão daquilo que é justo.

A construção de uma Cultura de Paz tem sido frequentemente discutida nas sociedades, sobretudo em relação à vivência dos direitos humanos e o respeito à dignidade humana. Uma Cultura de Paz é definida como um conjunto de valores, de atitudes, comportamentos e modos de vida

que se baseiam, entre outros princípios e fundamentos, nos seguintes: respeito à vida, no fim da violência e na promoção e prática da não violência por meio da educação, do diálogo e da cooperação; pleno respeito e na promoção de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais; compromisso com a solução pacífica dos conflitos (Artigo 1º, Declaração e Programa de Ação sobre uma Cultura de Paz, 1999).

A Declaração sobre uma Cultura de Paz data de mais de 21 anos (proclamada em 6 de outubro de 1999), e prevê, entre seus objetivos iniciais, o de promover e fortalecer a paz no novo milênio.

Como elemento fundamental para o desenvolvimento de uma cultura de paz está a promoção da educação em direitos humanos, com o envolvimento de toda a sociedade, do governo, dos meios de comunicação, professores, políticos, dentre outros atores. E a promoção dessa educação, em nível de organização internacional, incumbe à UNESCO, conforme sua ata constitutiva.

Ao tratar sobre o tema, Durling (2007) afirma que além da importância em promover o reconhecimento em direitos humanos, torna-se necessária a exigência de sua efetividade, bem como as constantes lutas contra as violações desses direitos, por meio, sobretudo, da educação e aprendizagem em direitos humanos. E, conforme exposto por essa autora, para que haja efetividade, a comunidade internacional deve adotar medidas que possibilitem a concretude das normas a nível interno de tutela, respeitando os convênios de direitos humanos ratificados, além de responsabilizar internacionalmente quando ocorrerem as violações.

Dessa forma, denota-se que, constantemente, haverá a necessidade de adequações no sistema jurídico, nos planos nacional e internacional, com o objetivo de assegurar a efetividade do usufruto dos direitos humanos. Há a necessidade de pensar e agir de modo a realizar atividades tendentes à reafirmação dos direitos fundamentais do homem, de sua dignidade e valor.

Gómez (2015), ao discorrer sobre o processo de construção de uma cultura para uso na implementação dos métodos alternativos de solução de conflitos no México, como um instrumento de “cidadania da justiça”, julga necessário ordenar todos os conceitos e iniciativas, aportando ferramentas de

instrumentalização que possibilitem uma sincronia entre os diversos instrumentos legais existentes; e identificar seus construtos e estabelecer um modelo de culturalização que seja capaz de considerar todos os estratos sociais e os estados culturais, econômicos e políticos.

Diante desse panorama e do marco de indecisão sobre o tema, Gómez (2015), a partir do que denomina de “Teoria da Impetração da Justiça”, como ponto de partida para justificar a real necessidade de implementação dos métodos alternativos de solução de conflitos, defende que se busque a passagem de uma justiça tradicional e retributiva a uma justiça alternativa e restaurativa, de modo que a justiça, em toda a extensão de sua palavra, não seja privativa do poder judicial.

A ideia de que a justiça, a cultura da paz, os métodos complementares de solução de conflitos e a justiça restaurativa sejam pensados para além do Poder Judiciário, para além das normas “definidas” e propostas por esse poder, ainda nos demanda significativas mudanças de paradigmas, principalmente quando se verifica que a exigência é quase que exclusivamente de uma justiça retributiva, buscando a retribuição do mal com o mal, não proporcionando mudanças e responsabilização do ofensor.

Essa aparente inalcançabilidade de soluções fora das rígidas normas existentes, sobretudo as de caráter punitivo faz com que muitas propostas boas sejam descartadas pela sua impossibilidade e, até mesmo, que outras eficientes, mas que isoladas, não sejam levadas a efeito para uma maior abrangência.

Para a construção de uma cultura de paz, a educação para a paz se torna um processo transcendental, sem o qual não se efetivará essa construção. A abordagem é complexa, principalmente quando as reflexões são dirigidas e orientadas a mudanças de caráter subjetivo do ser humano⁵.

⁵ Ainda sobre essa complexa abordagem, trazemos a seguinte questão abordada por Adorno (1995, p. 139): “Educação – para quê?”. Para ele, o “para quê” não é mais compreensível por si mesmo e “tudo se torna inseguro e requer reflexões complicadas”. Acrescenta que “uma vez perdido este ‘para quê’, ele não pode ser simplesmente restituído por um ato de vontade, erigindo um objetivo educacional a partir do seu exterior”. Adorno (1995, p. 142) ainda nos traz outra importante afirmação: “a educação seria impotente e ideológica se ignorasse o objetivo de adaptação e não preparasse os homens para se orientarem ao mundo. Porém ela seria igualmente questionável se ficasse nisto, produzindo nada além de *well adjusted people*, pessoas bem

Na obra “Elogio da Serenidade”, Bobbio (2002, p. 117) aponta a necessidade de “desenvolvimento das consciências”, por meio da educação e da luta incessante, ao abordar a natureza do preconceito. Essa afirmação, e também os incessantes questionamentos sobre como eliminar as formas de violência que tanto nos causam danos (de todas as grandezas possíveis), nos reforça a importância de uma educação voltada para a promoção dos direitos humanos, a partir da concepção de que as nossas ações são comandadas por aquilo que é pensado e desejado.

A sociedade moderna parece estar cada vez mais dissociada da promoção do bem-estar e da paz social, diante das mais acentuadas diferenças, as quais são perceptíveis nas formas de satisfazer as necessidades de cada um.

Uma concepção humanista, da justiça e do senso de bem-estar comum, com oferta de iguais condições (igualdade comum), que possibilite a participação e o reconhecimento de todos na sociedade, cada vez mais se torna essencial para o exercício das liberdades do pluralismo democrático.

7 A PRÁTICA RESTAURATIVA NAS DECISÕES JUDICIAIS

A partir da identificação de decisões judiciais no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Goiás envolvendo situações de violência intrafamiliar praticada contra a criança, que possuía correlação com as expressões “justiça restaurativa”, nos anos de 2019 e 2020, o escopo da pesquisa revelou-se bastante reduzido e, ainda mais diante da existência de casos similares, o que resultou na análise de seis decisões/sentenças.

Apesar de as decisões analisadas serem resultado da busca voltada à adoção de práticas restaurativas nos processos judiciais envolvendo violência

ajustadas, em consequência do que a situação existente se impõe precisamente no que tem de pior. Nestes termos, desde o início existe no conceito de educação para a consciência e para a racionalidade uma ambiguidade. Talvez não seja possível superá-la no existente, mas certamente não podemos desviar dela”.

A educação serve para nos orientar no mundo, e a citada adaptação nos remete, uma vez mais à forma como a violência intrafamiliar infantil vem sendo naturalizada em nossa sociedade. E essa adaptação e naturalização pode nos conduzir à perda da individualidade, promovendo um conformismo uniformizador, adaptado e resistente.

intrafamiliar infantil contra a criança não se verificou a utilização dessa prática em nenhuma das decisões estudadas.

Foi observada a importância das atividades desenvolvidas pelos profissionais integrantes da equipe interdisciplinar, sobretudo diante de situações que implicam demandas particulares e requerem conhecimentos múltiplos.

Também foi possível constatar a vitimização secundária no processo de escuta/depoimento sem dano das crianças, as que se viam muitas vezes obrigadas a repetirem a mesma história triste e sofrida por anos, considerando, sobretudo, que a maioria dos casos identificados está relacionada a situações envolvendo violência sexual e alienação parental.

Importante consignar que, de todas as decisões/sentenças analisadas, desde o recebimento da denúncia, apenas um processo teve duração inferior a 12 meses. Não restou demonstrada, em todos os casos, a realização de estudo social como instrumento de proteção à criança e à família no âmbito do sistema de justiça, nem mesmo a colheita do depoimento especial.

Um fator que chamou bastante atenção é que, em praticamente todas as decisões/sentenças, o nome das crianças foi revelado e, em algumas, inclusive o sobrenome completo. A surpresa se dá, sobretudo pelo resultado de a pesquisa ter-se originado de uma consulta pública de atos judiciais, os quais não deveriam estar disponíveis, não apenas pelo segredo de justiça, mas pela particularidade sofrida e dolorosa nos casos ali identificados.

Outro aspecto que merece registro diz respeito ao fato de que, nos processos em que foi suscitada a prática de alienação parental, esta partiu da mãe da criança em relação a algum membro de sua família para proteger o autor da violência.

Diante dessas breves considerações revela-se essencial recordar uma reflexão compartilhada por Bauman (2004, p. 74), de que “talvez fosse melhor mudar os costumes do mundo e tornar nosso hábitat mais hospitaleiro à dignidade humana, de modo que amadurecer não exigisse o comprometimento da humanidade de uma criança”.

8 CONCLUSÃO

Ao longo de nosso estudo e, especificamente, a partir dos casos analisados, percebe-se que é operada uma imensa burocracia institucional, que em certa medida também ocasiona violência e exclusões. Identificou-se também a violência silenciosa das normas e a ausência de práticas de custódia do Estado.

Em determinada perspectiva, é possível acreditar que a ideia de retribuição, de uma justiça retributiva, está associada diretamente à ideia de fracasso, à ideia de falha no sistema, nos poderes e na sociedade. E partindo justamente desse pressuposto é que se deve refletir, em busca do conhecimento e da percepção de nossa real dimensão clínica, do contexto no qual cada um está inserido.

A aplicação da Justiça Restaurativa requer, em caráter preliminar, o conhecimento das causas e as consequências do crime e, para tanto, requisita o fortalecimento das instituições que fazem parte da política criminal e que são responsáveis por satisfazer as necessidades da sociedade. Nesse novo olhar para a justiça e para a conduta criminosa, cabe lembrar a importância a ser dada ao autor da violência e o papel do jurista em promover e facilitar a pacificação social.

A inflação legislativa, como denomina Cernelutti (2015), nos remete a um descrédito cada vez maior em relação à efetividade das normas. No entanto, por outro lado, é necessário lembrar que a maioria das leis, sobretudo aquelas relacionadas às normas de conduta e convivência, surge em virtude de fatos e motivações sociais. O que se discute aqui é, efetivamente, essa relação entre o fato e a norma e, conseqüentemente, sua interligação com a atuação do sistema judicial na proteção de indivíduos.

Observou-se que a conclusão (sentença judicial) dos processos envolvendo violência contra crianças não resguarda a devida celeridade, o que pode, inevitavelmente, provocar mais traumas nas crianças, com a revitimização (vitimização institucional). Nesse ponto, revela-se importante o papel desempenhado pelas instituições de acolhimento, família, escola, sociedade.

Acredita-se que em todo esse processo de transformação, a maior dificuldade continua sendo a de encontrar o equilíbrio adequado entre as garantias judiciais e a segurança jurídica, sem lançar mão de possíveis medidas e conhecimentos complementares. Ainda não se podem afirmar quais são as qualificações necessárias para que um processo seja instruído devidamente, tampouco para que os valores sejam corretamente interpretados em relação às declarações dos menores vítimas de violência.

A aplicação de modelos teóricos é válida quando os casos são tratados individualmente, quando há empatia, sensibilidade e flexibilidade, pois não há uma forma patenteada de colher declarações de crianças. A diferença entre os resultados depende das técnicas aplicadas e, por esse motivo, é imprescindível que o regime jurídico não estabeleça uma formação teórica como um único meio para determinar a forma de ouvir as crianças.

Os entraves são muitos, as possibilidades de práticas restaurativas podem ser assimétricas, desde que as ações sejam convergentes e haja convicção de que a Justiça Restaurativa é um processo de transformação em nível mundial, que não é mais pensada apenas nas situações envolvendo adolescentes em conflito com a lei.

O efeito paradoxal provocado pelos discursos fático e normativo, em relação à conduta prática, remete à ideia de que as ações de caráter social e aquelas que devem ser concretizadas e efetivadas pelo Estado não têm alcançado o seu propósito; e parte desse “fracasso” se deve à forte presença do poder burocrático, que, nesse ato de anulação da vítima, acarreta a mencionada violação institucional.

O contexto normativo existente, mesmo que complexo, tem sido aplicado, a despeito de alguns descompassos e dificuldades procedimentais na implementação, estrutura própria e adequada. Não há uma falha da legislação. Porém, apenas a sua aplicação não tem se revelado suficiente para cessar ou reduzir as perversidades praticadas por uma sociedade fundada no exercício cotidiano de múltiplas, intensas e incessantes violências.

A Justiça Restaurativa não veio disputar espaço, nem para criar uma fase procedimental, mas sim ocupar um lugar que ninguém quis para a priorização da cultura de paz. É um instituto precioso, mas que ainda carece

de implementação nos espaços adequados, uniformização e compartilhamento dos procedimentos, adoção de mecanismos estratégicos, melhor qualificação dos atores envolvidos, formação de facilitadores.

A mudança de paradigmas é um movimento lento e com retrocessos, mas é necessário conscientizar de que é preciso caminhar, por etapas, levando um dos pensamentos de Napoleão Bonaparte, de que é necessário ir devagar, pois se tem pressa. No entanto, não se pode perder o calor humano e o desejo de uma rápida, produtiva e eficiente atuação justa.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. Justiça restaurativa no Brasil. Possibilidades a partir da experiência belga. *Civitas*, v. 13, n. 1, p. 154-181, jan.-abr., Porto Alegre, 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/civitas/v13n1/1984-7289-civitas-13-01-0154.pdf>. Acesso em: 30 out. 2020.

ALGERI, Simone; SOUZA, Luccas Melo. Violência contra crianças e adolescentes: um desafio no cotidiano da equipe de enfermagem. *Revista Latino Americana Enfermagem*, v. 14, n. 4, jul./ago., 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rlae/v14n4/pt_v14n4a23.pdf. Acesso em: 31 jan. 2019.

ARENDDT, Hannah. *Da violência*. Tradução: Maria Claudia Drummond Trindade. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração e Programa de Ação sobre uma Cultura de Paz*, 1999. Disponível em: <http://www.comitepaz.org.br/download/Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20A%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20uma%20Cultura%20de%20Paz%20-%20ONU.pdf>. Acesso em: 9 out. 2020.

BAUMAN, Zygmunt. *Amor líquido: sobre a fragilidade dos laços humanos*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

BENJAMIN, Walter. *Para una crítica de la violencia y otros ensayos. Iluminaciones IV*. Tradução de Roberto Blatt. Madrid, 1991.

BRASIL. Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Poder Executivo, Seção 1, p. 13563, Brasília-DF, 16 de julho de 1990.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 225*, de 31 de maio de 2016. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf. Acesso em: 15 jan. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1988.

BOBBIO, Norberto. *Elogio da serenidade e outros escritos morais*. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora UNESP, 2002.

CALABRESE, Elena. La violencia en el hogar. *Leviatán, Revista de hechos e ideas*, II Época, n. 69, 1997.

CARNELUTTI, Francesco. *Como nasce o direito*. São Paulo: Editora Pillares, 2015.

DAHLBERG, Linda L.; KRUG, Etienne G. Violência: um problema global de saúde pública. *Relatório mundial sobre violência e saúde*. Editado por Etienne G. Krug, Linda L. Dahlberg, James A. Mercy, Anthony B. Zwi e Rafael Lozano. Disponível em: <https://www.opas.org.br/wp-content/uploads/2015/09/relatorio-mundial-violencia-saude.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2019.

DURLING, Virginia del Carmen Arango. Paz social y cultura de paz. *Ediciones Panamá Viejo*, Panamá, 2007. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/30445.pdf>. Acesso em: 23 out. 2020.

FROESTAD, Jan; SHEARING, Clifford. Prática da Justiça: O Modelo Zwelethemba de Resolução de Conflitos. In: SLAKMON et al. *Justiça Restaurativa*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2005, p. 79-123.

GÓMEZ, Francisco Javier Gorjon. Teoría de la Impetración de la justicia. Por la necesaria ciudadanía de la justicia y la paz. *Revista Internacional de Trabajo Social y Ciencias Sociales*, n. 10, julho, 2015. Disponível em: <http://revistas.uned.es/index.php/comunitania/article/view/18913>. Acesso em: 28 out. 2020.

HABERMAS, Jurgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: The MIT Press, 1996.

HAN, Byung-Chul. *Topologia da Violência*. Tradução de Enio Paulo Giachini. Vozes, Petrópolis: Rio de Janeiro, 2017.

HART, Herbert Lionel Adolphus. Obligación jurídica y obligación moral. *Cuadernos de crítica 3*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1977.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A nova família, de novo – Estruturas e função das famílias contemporâneas. *Pensar*, v. 18, n. 2, p. 587-628, mai./ago., Fortaleza, 2013. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2705>. Acesso em: 13 nov. 2020.

OLIVEIRA, Assis da Costa. *Indígenas crianças, crianças indígenas: perspectivas para construção da doutrina da proteção plural*. Curitiba; Juruá, 2014.

PEREIRA, Dirce do Nascimento; CRUZ, Taís Vella; CONSALTER, Zilda Mara. Os novos arranjos familiares brasileiros: caminhos da Administração Pública inclusiva e políticas públicas na busca pela efetivação das garantias fundamentais. In: *Arranjos familiares e alguns temas correlatos*. Organizado por: Dirce do Nascimento Pereira e Zilda Mara Consalter. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

REBELO, Romário Edson da Silva; RAIOL, Raimundo Wilson Gama. Além da Doutrina da Proteção Integral: rumo às perspectivas indígenas de infância. *Revista de @ntropologia da UFSCar*, v. 11, n. 1, p. 347-365, jan./jun., 2019. Disponível em: <http://www.rau.ufscar.br/wp-content/uploads/2019/10/15.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma Concepção Multicultural dos Direitos Humanos. *Contexto Internacional*, v. 23, n. 1, janeiro/junho, p. 7-34, 2001. Disponível em: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_ContextoInternacional01.PDF. Acesso em: 2 dez. 2020.

Crimes sexuais em conflitos armados: breve histórico à luz das abordagens feministas

Claudia Maria Sousa Antunes

Professora Adjunta da Universidade da Força Aérea (UNIFA).
Pesquisadora do Núcleo de Estudos Interdisciplinares em Ciências
Aeroespaciais (NEICA).

Tamires Maria Batista Andrade

Mestranda na Universidade da Força Aérea (UNIFA).
Adjunta Jurídica da Aeronáutica.

Data de recebimento: 24/12/2021

Data de aceitação: 27/01/2022

RESUMO: Este artigo se propõe a analisar o contexto histórico dos crimes sexuais para o Direito Internacional no período da 2ª Guerra Mundial e seus desdobramentos no pós-guerra. Busca apontar, também, o tratamento dado pela Justiça Militar da União no Brasil aos crimes sexuais cometidos por militares integrantes da Força Expedicionária Brasileira (FEB) durante aquele conflito. Foi realizado estudo bibliográfico de livros, artigos e teses que se debruçaram sobre o tema, com recorte temporal do ano de 1945 até 2017, abarcando os julgamentos em Nuremberg, Tóquio, ex-Iugoslávia e Ruanda. Este estudo tomou como base metodológica de análise histórica em Direito Internacional as abordagens feministas de Charlesworth, Chinkin e Wright. Tais autoras revelam a importância do desenvolvimento da jurisprudência feminista para a teoria jurídica no direito internacional e propõem um olhar crítico às estruturas que aparentemente se mostram universais e neutras nessa disciplina. Assim, de forma a prover um olhar crítico sobre os primórdios da responsabilização por crimes sexuais no Direito Penal Internacional após os anos de 1945, serão utilizados referenciais bibliográficos feministas, tais como Alona Hagay-Frey e Claudia Paiva Carvalho. O presente exame pretende demonstrar que a responsabilização por esses crimes cometidos, principalmente contra mulheres, em períodos de conflitos armados, ainda tem

Claudia Maria Sousa Antunes; Tamires Maria Batista
Andrade

um grande caminho a ser percorrido no Direito Internacional em busca de uma justiça efetiva.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes Sexuais. Conflitos Armados. História do Direito Internacional. Abordagens Feministas.

ENGLISH

TITLE: Sex Crimes in Armed Conflicts: a Brief History in Light of Feminist Approaches.

ABSTRACT: This paper aims to analyze the historical context of sexual crimes for International Law in the period of the 2nd World War and its post-war developments. It also seeks to point out the treatment given by the Federal Military Justice in Brazil to sexual crimes committed by military members of the Brazilian Expeditionary Force (FEB) during that conflict. A bibliographical study was carried out of books, articles and theses that dealt with the theme, with a time frame from 1945 to 2017, covering the trials in Nuremberg, Tokyo, former Yugoslavia and Rwanda. This study took the feminist approaches of Charlesworth, Chinkin and Wright as a methodological basis for historical analysis in International Law. These authors reveal the importance of the development of feminist jurisprudence for legal theory in international law and propose a critical look at the structures that apparently, they are universal and neutral in this discipline. Thus, in order to provide a critical look at the beginnings of accountability for sexual crimes in International Criminal Law after 1945, feminist bibliographic references will be used, such as Alona Hagay-Frey and Claudia Paiva Carvalho: This examination intends to demonstrate that accountability for these crimes committed, especially against women, in periods of armed conflict, still has a long way to go in international law in search of effective justice.

KEYWORDS: Sex Crimes. Armed Conflicts. History of International Law. Feminist Approaches.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 As abordagens feministas da História do Direito Internacional – 3 Da responsabilização dos crimes sexuais em conflitos armados a partir da 2ª Guerra Mundial – 3.1 Do Tribunal de Nuremberg e de Tóquio – 3.2 Dos Tribunais *ad hoc* da Ex-Iugoslávia e de Ruanda – 3.3 Da Justiça Militar da União do Brasil na Itália – 3.4 Do Tribunal Penal Internacional – 4 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O exame histórico de um tema deve ser realizado com cautela. Contar uma história requer investigação profunda sobre o que se pretende desvendar, bem como responsabilidade pelo modo no qual se fará o referido exame. Tal análise, dependendo da abordagem escolhida, torna-se diferente das demais, construídas sobre os mais distintos vieses. Em se tratando de Direito Internacional¹ (DI), muito se tem questionado em relação aos métodos e às abordagens utilizados para (re)construção de sua história.

Em “Para que serve a história do direito internacional?” (GALINDO, 2015), o autor ressalta a importância de se reconhecer a face prática da história do DI, sobretudo de maneira crítica, para que internacionalistas desenvolvam uma consciência ética sobre a atual situação do direito internacional e para que haja o rompimento e a indagação em face das tradições estabelecidas, de forma que o direito internacional repense os seus próprios fundamentos.

É nesse sentido que se propõe este breve estudo histórico sobre os crimes sexuais em conflitos armados. Aqui, não se busca eleger um avanço linear sobre o tema, pelo contrário, se busca demonstrar que um marco inicial para tais condutas foi trazido para a pauta de discussões e para os tratados de direito internacional. Porém, longe de perpetrarem um avanço significativo

¹ “O direito internacional está longe de produzir justiça em larga escala para os povos do mundo. Ele serve mesmo para confirmar relações de poder entre Estados, instituições e pessoas ao redor do globo” (GALINDO, 2015, p. 352).

sobre a temática, demonstram uma perpetuação, não de progresso, mas de discriminação e desigualdades com o gênero feminino (CHARLESWORTH *et al.*, 1991).

Para tanto, será exposta a abordagem eleita, para, posteriormente e à luz de autoras feministas, analisar a forma pela qual foi tratada a responsabilização penal individual dos crimes sexuais cometidos em conflitos armados.

Esse contexto será abordado a partir da análise de decisões sobre crimes sexuais praticados durante a Segunda Guerra Mundial. Prosseguindo, serão efetuadas considerações sobre os Tribunais de Nuremberg e de Tóquio; os tribunais penais internacionais *ad hoc* da Ex-Iugoslávia e de Ruanda; da observação da atuação da Justiça Militar da União no Brasil; das atividades da Força Expedicionária Brasileira (FEB), período de 1944 a 1945, até a promulgação do Estatuto de Roma de 1998; e a criação do Tribunal Penal Internacional (TPI) em 2002. Ressalta-se que o foco está, somente, nos crimes sexuais praticados em face do gênero feminino. Ao final, conclui-se que as questões jurídicas envolvidas ao tema carregam a influência de gênero, marginalizando os direitos das mulheres, pois as leis não podem ser tidas como enunciados meramente gerais e abstratos (CHARLESWORTH *et al.*, 1991).

2 AS ABORDAGENS FEMINISTAS DA HISTÓRIA DO DIREITO INTERNACIONAL

As abordagens feministas ou voltadas para o gênero (GONÇALVES, 2006) da história do direito internacional são identificadas por meio de seu objeto de investigação histórica, qual seja, o exame do impacto do direito internacional sobre o tratamento dispensado às mulheres nos mais diversos períodos da história e nas mais diferentes regiões. Essas abordagens debruçam-se sobre o papel desenvolvido por elas, tanto como sujeitos de direitos, quanto operadoras de mudanças, no campo legal internacional, bem como quanto às suas contribuições

intelectuais para os estudos jurídicos nacionais e internacionais ao longo do tempo (DE LA RASILLA, 2021).

As mudanças operadas nas perspectivas de gênero relacionam-se a posicionamentos, ações e práticas instituídos na sociedade. Assim, busca-se ultrapassar a percepção de suposta neutralidade no tratamento das questões relativas ao sistema jurídico e o consequente desvelamento das relações de poder. Segundo Berger e Luckman (1976, *apud* CAPELLE *et al.*, 2004, s/p), “o ser humano se desenvolve correlacionando-se tanto com um ambiente natural particular, quanto com uma ordem cultural e social específica, considerando-se, ao mesmo tempo, a ordem social como um produto da atividade humana.” Nesse sentido, os papéis e comportamentos atribuídos aos gêneros masculino e feminino não partem de um caráter neutro, pelo contrário, possuem significados e representações de relações de poder entre os gêneros (GONÇALVES, 2006). Essa teoria, assim, desafia o racionalismo abstrato atribuído ao sistema jurídico, em que as leis são tidas como autônomas, diversas do sistema político ou econômico, e que operam na base de neutralidades abstratas e na objetividade. O sistema jurídico é visto, portanto, como instrumento para a criação e perpetuação das posições de desigualdades a que estão submetidas as mulheres (CHARLESWORTH, *et al.*, 1991).

A teoria feminista é utilizada “como base para a análise crítica, isto é, para mostrar como as estruturas, os processos e as metodologias do direito internacional marginalizam as mulheres ao não levar em consideração suas vidas ou experiências” (CHINKIN, 2010, p.1, tradução nossa). Cumpre destacar que essa interpretação como uma escola moderna e distinta de pensamento de direito internacional remonta à publicação do premiado artigo acadêmico “Feminist Approaches to International Law”, da década de 1990, das autoras Hilary Charlesworth, Christine Chinkin e Shelley Wright, principal referencial da abordagem escolhida para este breve estudo.

Tal abordagem está presente quando da análise dos crimes sexuais cometidos em conflitos armados. Isso, pois, se verificará no percurso histórico traçado neste trabalho que as principais vítimas dessas condutas ilícitas são do gênero feminino, mulheres, adolescentes e crianças, de tropa

inimiga, em territórios ocupados ou quando do deslocamento para outro território. Essa característica de gênero deve ser levada em consideração, pois, os homens, apesar de serem vítimas de violências sexuais, o são em menor número, e com características diversas das mulheres, que recebem um tratamento marginal no sistema de Direito Internacional (CHARLESWORTH, CHINKIN, WRIGHT, 1991). Assim, observa-se a construção de um discurso marcado por uma perspectiva “generificada” da realidade que, embora seja apenas uma visão parcial, é tida como universal (TICKNER, 1992, p. 43). Uma perspectiva feminista inclui a ideia de que formulações teóricas reproduzem as hierarquias de poder presentes nas sociedades (OLIVEIRA, LIMA JR, 2019; TICKNER, 1992).

Segundo Chappel (2003, p. 6):

O direito internacional incorporou as mulheres principalmente como vítimas de conflito armado e como mães, mas nunca como atores independentes. As mulheres não têm direito à proteção "mainstream" concedida aos homens em circunstâncias semelhantes, nem tomada em conta suas experiências únicas e variadas de participação em conflito armado (tradução nossa).

Logo, devem-se examinar, criticamente, os motivos pelos quais a responsabilização penal desses crimes em conflito se deu, conforme será exposto no item 3 e seus subitens.

3 DA RESPONSABILIZAÇÃO DOS CRIMES SEXUAIS EM CONFLITOS ARMADOS A PARTIR DA 2ª GUERRA MUNDIAL

O conceito de crimes sexuais utilizado se dá pelo conjunto amplo de violências sexuais estabelecido no artigo 7º do Estatuto de Roma de 1998², tidas como crime contra a humanidade³. Apesar de, em 1945, consoante será

² A violência sexual, considerada como um crime contra a humanidade, compreende a “agressão sexual, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável” (art. 7º, letra g, do Decreto n.º 4.388, de 25 de setembro de 2002).

³ “O conjunto das normas que regulam meios e métodos utilizados nos conflitos, e das que protegem os civis, os feridos e os prisioneiros de guerra, compõem o chamado Direito Internacional Humanitário. A partir do estabelecimento dos tribunais internacionais, Nuremberg

demonstrado no item 3.3, no ordenamento jurídico brasileiro, os crimes sexuais terem sido “resumidos” ao conceito de “conjunção carnal” e “ato libidinoso diverso da conjunção carnal”, e no Tribunal de Tóquio, por exemplo, conceituados como “tratamento desumano” ou crimes “contra a honra familiar”, para fins de inserção no Direito Internacional, será utilizado aquele conceito consolidado no Estatuto.

3.1 Do Tribunal de Nuremberg e de Tóquio

As atrocidades ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial são das mais diversas. A frieza com que os Estados do Eixo, sobretudo a Alemanha, agiram ante a população por eles subjugada, movimentou, no âmbito Internacional dos Estados vencedores, um sentimento de se fazer “justiça”⁴ e processar e julgar os nazistas, resultando no estabelecimento do Tribunal de Nuremberg, em 1945.

Embora houvesse o conhecimento pela prática de crimes sexuais cometidos na guerra contra a população civil, os nazistas não foram processados e julgados, especificadamente por esses atos delituosos, sendo estes inseridos na classificação de crime de tortura. Nas palavras de Carvalho (2016, p. 25), “Os crimes sexuais praticados durante a II Guerra Mundial não foram enfrentados ou foram apenas de uma forma muito parcial e incompleta pelos tribunais militares internacionais instaurados ao final do conflito”.

No entendimento de Hagay-Frey (2011), os crimes sexuais eram vistos como inevitáveis nos conflitos armados e, por isso, permaneceram impunes e silenciados. Segundo Pereira e Cavalcante (2015, p. 8), o estupro é usado como ferramenta “para ameaçar, humilhar, torturar e/ou desestabilizar o inimigo”, constituindo-se em uma estratégia de guerra (OLIVEIRA; LIMA

e Tóquio, Iugoslávia e Ruanda e do Tribunal Penal Internacional, os crimes de guerra passaram a ser punidos também por instâncias internacionais” (PERRONE-MOISÉS, 2003, p. 575).

⁴ “Assim, o próprio poder punitivo pretende ser legitimado com a condenação de alguns poucos criminosos contra a humanidade ao longo de toda a sua história. Não é esse o caminho para legitimar Nuremberg ou Tóquio, senão – embora prima facie – pareça paradoxal, devido ao hábito criado pela argumentação contrária – através da deslegitimação radical do poder punitivo. Daí as dificuldades que todo direito penal legitimador do poder punitivo enfrenta para explicá-los e justificá-los” (ZAFFARONI, 2003, p. 327).

JR, 2019). Já para Copelon (2000), a ausência de punibilidade em Nuremberg poderia ser justificada pela prática de tais crimes de igual forma pelas tropas dos Estados Aliados, em virtude da banalidade e da maldade da cultura militar patriarcal.

O Tribunal de Tóquio, cujos trabalhos se iniciaram em 1946, diversamente do de Nuremberg, julgou de forma limitada os crimes de violência sexual, sob o argumento de irem contra “a honra familiar” e se perfazerem em “tratamento desumano”. Desse modo, “No Tribunal de Tokio, embora não estivesse previsto como crime pelo Estatuto, casos de estupro foram denunciados e julgados entre os demais crimes de guerra”. (CARVALHO, 2016, p. 26).

A abordagem feminista realizada por Hagay-Frey (2011) sobre o período acima descrito denomina esse *status* inicial de “Era do Silêncio”, de forma que, em ambos os tribunais pós-guerra, nenhuma vítima foi chamada a testemunhar contra tais delitos, sendo que “os crimes sexuais seguiram invisíveis e secundarizados em relação a outros crimes tidos como mais graves ou relevantes” (HAGAY-FREY, 2011, p.65-66).

Apesar da crítica contida na abordagem acima, é importante dizer que não se pode retirar desses tribunais um significado de “primeiro passo” para a desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário e do Direito Penal Internacional na seara de violência sexual (HAGAY-FREY, 2011).

3.2 Dos Tribunais *ad hoc* da Ex-Iugoslávia e de Ruanda⁵

Na década de 1990, as guerras civis ocorridas na ex-Iugoslávia e em Ruanda deixaram marcas de genocídio e de graves violações aos direitos humanos, que incluíam a prática em massa de estupro e diversas outras violências sexuais contra mulheres e meninas subjugadas pelos conflitos. (CARVALHO, 2016).

⁵ Criados, respectivamente, pelas resoluções n.º 827 (1993) e n.º 955 (1994) Conselho de Segurança das Nações Unidas.

Em relação ao conflito na ex-Iugoslávia, há a estimava perversa de 20 mil a 50 mil mulheres vítimas de agressão sexual pelos territórios da Bósnia Herzegovina e do Kosovo, estando as muçulmanas entre as mais atingidas por esse delito, o que caracterizou o estupro em massa (CHIAROTTI, 2011). E, de acordo com Hagay-Frey (2011), os estupros foram praticados com o intuito de gravidez forçada para consequente expansão da população sérvia.

Em Ruanda as atrocidades não foram muito diferentes. O conflito armado entre os Tutsi e os Hutu, que ocupavam o governo, deu-se em outubro de 1990, por meio da invasão do país pelos membros da denominada “Frente Patriótica Ruandesa” (FPR), formada por Tutsi exilados. Estima-se que, entre os meses de abril e de julho de 1994, foram estupradas entre 100 mil e 250 mil mulheres (CARVALHO, 2016).

Tanto no estatuto do Tribunal Penal Internacional da Ex-Iugoslávia (TPIY), quanto no de Ruanda (TPIR), os crimes sexuais⁶ foram incluídos como crimes contra a humanidade. Os procedimentos realizados pelo TPIY, de acordo com Hagay-Frey (2011), foram bem significativos, uma vez que, em seu estatuto, o crime de estupro foi incluído como fruto de pressões políticas e mobilização de grupos de mulheres, tais como a organização “Women in the Law Project” (WILP).

Ademais, o TPIY previu as denominadas Regras de Procedimento e Prova, “regras especiais aplicáveis aos casos de crimes sexuais. Isso foi possível graças à abertura do processo de elaboração das normas à participação de organizações de direitos humanos e feministas” (COPELON, 2011, p. 10 op.cit. CARVALHO, 2016). Destaca-se, ainda, a Regra 34, que conta com a “indicação de mulheres qualificadas” para o processo de nomeação de funcionários (CARVALHO, 2016, p.37), o que valorizou o

⁶ Destaca-se que a inclusão do crime de estupro no Estatuto do TPIY foi fruto de pressões políticas e da mobilização de grupos de mulheres, como a organização Women in the Law Project (WILP), que enviou uma delegação para o local do conflito e publicou um relatório, com base nas investigações e entrevistas conduzidas. O relatório recomendou a constituição de um tribunal internacional e a inserção do estupro entre os crimes internacionais sob a sua competência (Hagay-Frey, 2011, p. 82).

“envolvimento de mulheres como investigadoras e promotoras em casos de estupro e ofensas sexuais” (Hagay-Frey, 2011, p. 87).

A atuação de organizações não governamentais no TPIR também contribuiu para a inclusão dos crimes sexuais por parte da justiça, o que, segundo Copelon (2011), foi intensificado por atuação da juíza Navanethem Pillay, única juíza mulher do Tribunal, e pela escuta de testemunhas. Para Carvalho (2016, p. 38) “[...] é possível destacar três aspectos principais da jurisprudência dos dois órgãos: i) a definição de estupro; ii) a configuração do estupro como crime contra a humanidade, genocídio e tortura; iii) a aplicação de regras específicas de procedimento e prova”.

Esse período dos tribunais penais internacionais *ad hoc*, incluindo o Tribunal Penal Internacional (TPI) permanente, é denominado por Hagay-Frey (2011) de “Terceira Era”, uma vez que, para ela, ocorreu uma revolução temporária no tratamento de crimes sexuais em âmbito da lei internacional.

3.3 Da Justiça Militar da União do Brasil na Itália

Após a finalização dos julgamentos pelos tribunais internacionais, Nuremberg e Tóquio, foi autorizada a persecução penal de oficiais de patentes menores em tribunais militares nacionais. Essa autorização foi concedida pelo ato denominado Control Council Law n.º 10 (CCL10), que incluiu o crime de estupro dentro da categoria de crime contra a humanidade (CARVALHO, 2016). De acordo com Hagay-Frey (2011), nenhuma denúncia por estupro foi apresentada nesta ocasião.

Não obstante a isso, no que diz respeito à participação brasileira na II Guerra Mundial, com envio de militares pela Força Expedicionária Brasileira (FEB), foi verificada a apuração de crimes sexuais praticados por esses militares. A obra “A justiça militar na campanha da Itália: constituição, legislação, decisões” (ALBUQUERQUE, 1958), encontrada nos arquivos do Superior Tribunal Militar (STM), registra as decisões e sentenças que processaram e julgaram militares brasileiros que cometeram violências sexuais na Itália.

Consoante se depreende da referida obra, o Decreto-Lei n.º 6.396, de 1º de abril de 1944, assinado por Getúlio Vargas, organizou a justiça militar junto às Forças Expedicionárias (FEB), de forma a regularizar o seu funcionamento, distribuindo-a em duas auditorias: 1ª e 2ª Auditorias⁷. Posteriormente, ao final da guerra, os órgãos da Justiça Militar foram extintos pelo Decreto-Lei n.º 8.443, de 20 de dezembro de 1945, haja vista o regresso da FEB ao Brasil e o fim dos trabalhos daquela justiça em acompanhá-la nas operações de guerra.

Em ambas as Auditorias Militares, houve julgamentos por crime sexual. Na 1ª Auditoria da 1ª Divisão de Infantaria da FEB, foram julgados 5 (cinco) processos por crimes sexuais. Pela 2ª Auditoria da 1ª Divisão de Infantaria da FEB foram 10 (dez) processos, de acordo com o Código Penal Militar de 1944⁸. Tais Auditorias atuaram durante o período de tropas brasileiras na Itália e processaram oficiais, praças e civis pelos mais diversos crimes (além dos de cunho sexual), tais como: deserção, homicídio, lesão corporal, abandono de posto, peculato, violência contra superior, cobardia, roubo, desacatado, insubordinação falsidade, apropriação indébita, dano etc. (ALBUQUERQUE, 1958).

Importante ressaltar que os crimes sexuais cometidos por militares naquele período não foram alvo de indulto, ou seja, não foram abrangidos pelo que dispôs o Decreto n.º 20.082, de 3 de dezembro de 1945⁹, com

⁷ “Em relação às Auditorias Expedicionárias, divididas em duas, estas se deslocaram constantemente a fim de realizar diligências e instruções de processos para melhor atender às necessidades de apuração dos casos de julgamento, e tomar conhecimento *in loco* dos acontecimentos relacionados com o processo 228, muitas vezes em unidades que estavam na frente de combate. Funcionaram, durante o período de hostilidades bélicas, a todo o tempo na Itália, tendo tido como sedes fixas naquele país as cidades de Bagnoli, Vada, San Rossore, Pistóia e Pavana. No Brasil, o Rio de Janeiro foi sede das Auditorias quando o efetivo da FEB retornou”. (LAPORT, 2016, p.70).

⁸ Art. 192, do Código Penal Militar de 1944: Constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. Pena- reclusão, de três a oito anos.

⁹ Seguem, respectivamente, dados dos militares (identificação apenas com as iniciais, local onde serviram, o crime que cometeram e a pena aplicada). Observa-se que apenas o primeiro da lista foi agraciado com o indulto. Veja: 1) E.P. Soldado do 6º R.I., Conjunção Carnal, Indultado, 2) M.G. J.A. de Q. Soldados 3ª Biado II/1º R.O.AR, Conjunção carnal, 2 anos de reclusão, 3) A.D.P e L.B. de M. Soldados do Pelotão de Defesa do QG da 1ª DIE Conjunção Carnal. Homicídio Pena de morte; 4) F.A.M Soldado do I/22 R.O. Autorrebotado Conjunção carnal 1 ano, 4 meses e 15 dias; 5) A. de F. J. M. / J. A. C. / Soldados do I/II R.O.C Autorrebotado, Conjunção carnal, 6 anos e 4 meses, O último foi absolvido; 6) P.A. de S./ M.F.- Soldados; H. do C.- Cabo;

exceção de um caso¹⁰. Destaca-se, ainda, o baixo número de registros desses crimes, efetivamente processados e julgados. Isso, no entendimento de Laport (2016, p.146):

[...] a partir das sentenças proferidas pela Justiça da FEB, que os principais delitos sexuais julgados foram o estupro e o uso de violência para forçar a conjunção carnal. Contudo, destaca-se que, comparativamente, aos demais delitos cometidos pelos expedicionários, não foram muitos os crimes sexuais relatados. Há diversas hipóteses que podem ser aventadas para esse número relativamente reduzido de julgados referentes aos delitos sexuais. **Inicialmente, convém aclarar que os favores sexuais eram moeda corrente entre a população civil para com os soldados aliados, em troca, principalmente, por alimentos, ou pelo que fosse necessário dentre os gêneros de primeira necessidade.** (Sem destaques no original).

Essa colocação reforça a denominada “Era do Silêncio”¹¹, de Hagay-Frey (2011), e a ausência de relevância, de fato, dos crimes sexuais cometidos nos conflitos armados, até então, em face do gênero feminino.

Foi somente a partir das Convenções de Genebra de 1949 que o direito internacional passou a condenar explicitamente a prática de estupro contra mulheres em situações de conflito armado (CARVALHO, 2016). Porém, “[...] o estupro não foi listado de forma expressa entre os atos proibidos pelo artigo 3º comum a todas as Convenções de Genebra, não sendo considerado como uma grave infração ao direito internacional humanitário.”¹² (CARVALHO, 2016, p.26).

Conjunção carnal mediante violência, P.A. de S.: 16 NOS, 1 mês e 10 dias. H. do C.: 5 meses e 10 dias. M.F.: 5 anos; 7) A.F. M.H. da S. J.T.C. Soldados do IV G.A., Conjunção carnal mediante violência, 7 anos e 6 meses; 8) M.C. / S.A/ Soldados do 11º R.I. e D.P Da FEB, Conjunção carnal 2 anos, 2 meses e 20 dias para o primeiro indiciado e absolvição para os demais; 9) P.C.L.A. Soldado do 11º R.I. Conjunção Carnal 5 anos e 6 meses (LAPORT, 2016, p. 92-108).

¹⁰ E.P. Soldado do 6º R.I., Conjunção Carnal, Indultado (LAPORT, 2016, p. 92).

¹¹ Indiferença do direito internacional em relação aos crimes sexuais e se estende desde o surgimento até o final da II Guerra Mundial (HAGAY-FREY, 2011, p. 57).

¹² Artigo 27, da Convenção de Genebra IV “As pessoas protegidas têm direito, em todas as circunstâncias, ao respeito da sua pessoa, da sua honra, dos seus direitos de família, das suas convicções e práticas religiosas, dos seus hábitos e costumes. Serão tratadas, sempre, com humanidade e protegidas especialmente contra todos os atos de violência ou de intimidação, contra os insultos e a curiosidade pública. As mulheres serão especialmente protegidas contra qualquer ataque à sua honra, e particularmente contra violação, prostituição forçada ou qualquer forma de atentado ao seu pudor”.

Nesse sentido, tem-se a denominada “Era da Honra” (HAGAY-FREY, 2011, p.14), em que o estupro “[...] é entendido como uma forma de atentado ao pudor, e a proteção contra o estupro aparece como uma subdivisão da proteção mais ampla da “honra”, dos “direitos de família”, das “convicções e práticas religiosas”, dos ‘hábitos e costumes”’.

Quanto ao posicionamento recente do Brasil perante os crimes sexuais cometidos em conflitos, verifica que o país é membro da Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (RLAJT), ratificador dos seguintes tratados internacionais: Convenção das Nações Unidas para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW), de 1979 – em 1º de fevereiro de 1984; Protocolo Adicional da CEDAW – 2002; Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar todas as formas de violência contra a mulher, de 1994 – em 27 de novembro de 1995; e Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, de 1998 – 20 de julho de 2002 (CARVALHO, 2016, p 24).

3.4 Do Tribunal Penal Internacional

A jurisprudência, especialmente a dos tribunais *ad hoc* da Ex-Iugoslávia e de Ruanda, juntamente com os primórdios de julgamento de crimes sexuais do Tribunal de Tóquio (visto que, no de Nuremberg, a responsabilização penal por violência sexual foi ato implícito), exerceu influência significativa para a codificação desse delito no Estatuto de Roma de 1998, que criou o Tribunal Penal Internacional (TPI), com vigência a partir de 2002 (COPELON, 2011; CARVALHO, 2016). Ressalte-se que, para a sua concretização, foi necessário transpor as barreiras interpostas por aqueles grupos que não entendiam a necessidade de uma perspectiva de gênero sobre a responsabilização penal por violência sexual (COPELON, 2011).

Para Copelon (2011), os principais objetivos eram o de “i) codificar uma gama de crimes sexuais, inseridos na listagem de crimes sob a jurisdição do TPI e considerados como crimes em si mesmos, e não constitutivos de outros; ii) incorporar o entendimento da violência sexual também como

constitutiva de outros crimes, como tortura, genocídio e escravidão” (CARVALHO, 2016, p. 44), representando um significativo avanço do tema no Direito Internacional, com as prescrições contidas nos artigos 7º, (1), ‘h’¹³; 7º, (3)¹⁴ – inclusão da palavra gênero – e 8º (2) ‘b’, (xii)¹⁵; 8º (2) ‘e’ (vi)¹⁶ – crimes sexuais previstos como crimes de guerra –; e a definição de crime de genocídio artigo 6º, d’¹⁷. Como bem expõe Carvalho (2016, p. 45):

Os crimes sexuais foram incorporados, portanto, de forma ampla, como crimes especialmente graves perante o direito internacional e que, por isso, são imprescritíveis (artigo 24) e ensejam a responsabilidade criminal individual dos perpetradores (artigo 25). Também é admitida a responsabilização dos chefes militares e outros superiores hierárquicos, quando satisfeitas as condições previstas pelo artigo 28 do Estatuto.

O TPI, então, pode ser visto como uma “evolução” do tratamento dos crimes sexuais cometidos em conflitos armados, sobretudo, em face do gênero feminino, sendo “tido como referência em justiça de gênero” (CARVALHO, 2016, p. 48). Contudo, não deve ser desprezado o fato de que, na jurisprudência desse tribunal, como um todo, poucos foram os casos desenvolvidos, de fato, em relação à prática de crimes sexuais.

¹³ 1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "crime contra a humanidade", qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque: h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3º, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal;

¹⁴ 3. Para efeitos do presente Estatuto, entende-se que o termo "gênero" abrange os sexos masculino e feminino, dentro do contexto da sociedade, não lhe devendo ser atribuído qualquer outro significado.

¹⁵ Ultrajar a dignidade da pessoa, em particular por meio de tratamentos humilhantes e degradantes;

¹⁶ Cometer atos de agressão sexual, escravidão sexual, prostituição forçada, gravidez à força, tal como definida na alínea f do parágrafo 2º do artigo 7º; esterilização à força ou qualquer outra forma de violência sexual que constitua uma violação grave do artigo 3º comum às quatro Convenções de Genebra.

¹⁷ Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por "genocídio", qualquer um dos atos que a seguir se enumeram, praticado com intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, enquanto tal: d) Imposição de medidas destinadas a impedir nascimentos no seio do grupo;

A exemplo disso, os primeiros casos de investigação de violência sexual no âmbito do TPI se referem à República Democrática do Congo, lugar no qual, de acordo com estimativas da Organização das Nações Unidas (ONU), mais de 40.000 mulheres e meninas foram estupradas durante conflitos civis, tendo apenas duas decisões de confirmação das acusações em 2012. O reconhecimento, contudo, do crime de estupro como crime de guerra se deu apenas em março de 2016, quando o TPI condenou o ex-presidente Jean-Pierre Bemba Gombo (GARZÓN, 2012, op. cit. CARVALHO, 2016, p. 48).

Para Hagay-Frey (2011), o Estatuto de Roma e o TPI, com a definição dada aos crimes sexuais na categoria de crimes violentos, representa o que ela denomina de um “Novo Status Quo da Terceira Era”. Ao passo que há uma evolução no conceito de crimes sexuais, como crime de guerra, de genocídio e contra a humanidade, há a ausência, porém, de classificação dos crimes sexuais como crime de gênero (aquele cometido contra mulheres em virtude de sua subordinação social). Nas palavras da autora:

Assim, o reconhecimento de crimes sexuais no Estatuto de Roma apenas no âmbito de as categorias de crimes violentos existentes não fornece uma solução abrangente para este problema, porque continua a ignorar o estrato de gênero desses crimes.

Usar as categorias de crimes existentes para cobrir crimes sexuais de violência equivale o estupro com outros crimes internacionais. Sim, o estupro é um crime internacional violento, mas também contém dentro de si um estrato adicional – por ser uma ferramenta para mulheres sobre subordinação, satisfação sexual, empoderamento masculino e perpetuação da dominação masculina sobre o gênero feminino. (HAGAY-FREY, 2011, p. 138, tradução nossa).

Dessa forma, ainda há o que se evoluir na conceituação dos crimes sexuais de forma que o direito penal internacional proteja, de fato, o gênero feminino de delitos dessa categoria cometidos em períodos de conflitos armados, resultando nos “crimes sexuais e de gênero”¹⁸. Portanto, essa nova

¹⁸ A proposta de redação do novo tipo penal internacional de crime sexual sugerido por Hagay-Frey (2011, p. 155, tradução nossa) é: “Crimes sexuais e de gênero. Para os fins

categoria de crime – crimes sexuais e de gênero – deve proteger todas as vítimas contra qualquer ato sexual cometido com indiferença à sua vontade (HAGAY-FREY, 2011, p.143).

4 CONCLUSÃO

A história do direito internacional sob uma abordagem crítica feminista mostra que a conceituação dos atos de violência sexual cometidos em teatros de operações sofreu mudanças ao longo dos tempos, ocupando pauta no direito penal internacional, a partir da atenção dada pela sociedade às crueldades cometidas durante a 2ª Guerra Mundial.

Crimes sexuais cometidos em períodos belicosos eram tidos como “comuns”, forma de demonstrar dominação sobre o inimigo, subjugar e humilhar. Verifica-se que, nesse contexto, apesar de homens também serem vítimas de violência sexual, as mulheres e meninas são as principais vítimas.

A abordagem feminista sobre o tema, desenvolvida pela autora Hagay-Frey (2011), mostra que o fato de tais delitos serem cometidos contra mulheres é muito mais do que uma questão de violência física, mas uma violência contra o próprio gênero feminino. De acordo com a autora, as mulheres são os principais alvos por serem consideradas subordinadas socialmente, quando comparadas aos homens.

deste estatuto, 'crimes sexuais e de gênero' significa qualquer uso do corpo de uma pessoa para a satisfação sexual do perpetrador ou de uma terceira pessoa, ou pela humilhação sexual de uma pessoa, ao cometer um ou mais dos seguintes atos com indiferença à violação da vontade da vítima ou de natureza coercitiva, conforme descrito no parágrafo (2) abaixo: (a) qualquer penetração, por menor que seja (i) na vagina ou ânus da vítima pelo pênis do perpetrador ou por qualquer outra parte do corpo ou qualquer outro objeto usado pelo perpetrador; ou (ii) da boca da vítima pelo pênis do perpetrador; (b) outras formas de violência sexual, incluindo, mas não se limitando a, (i) escravidão sexual, (ii) gravidez forçada, (iii) maternidade forçada, (iv) aborto forçado, (v) esterilização forçada, (vi) casamento forçado, (vii) nudez forçada, (viii) molestamento sexual, (ix) mutilação sexual, (x) humilhação sexual e (xi) tráfico sexual. Para efeitos do Parágrafo 1, a natureza coercitiva inclui, mas não se limita a, circunstâncias em que um crime é cometido por meio de coerção, força, ou ameaça de força dirigida à vítima ou a uma terceira pessoa, causada pelo aproveitamento de um ambiente coercitivo, aproveitando-se de uma pessoa incapaz de dar consentimento genuíno, por abuso de poder ou por exercer ou ameaçar exercer violência, coação, detenção ou opressão psicológica contra a vítima ou uma terceira pessoa”.

Logo, as mulheres se encontram em *status* de desigualdade dentro de um sistema político, econômico, social e jurídico, pois, de acordo com as eras – do silêncio, da honra, terceira era e *status quo* – não houve ainda uma conceituação dos crimes sexuais que consideram o gênero como um determinante na qualificação dessas condutas ilícitas.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, Bento Costa Lima Leite de. *A justiça militar na campanha da Itália*: constituição, legislação, decisões. Fortaleza: Imprensa Oficial, 1958. Brasília: Superior Tribunal Militar, 1995. Disponível em: <https://dspace.stm.jus.br/handle/123456789/51156>. Acesso em: 30 set. 2021.
- BANDEIRA GALINDO, George Rodrigo. Para que serve a história do direito internacional? *Revista de Direito Internacional*, supl. Direito do Mar e Direito Marítimo: Aspectos nacionais. Brasília, V. 12, ed. 1, (2015).
- BERGER, P.; LUCKMANN, T. *A construção social da realidade*: tratado de sociologia do conhecimento. Tradução: Floriano de Souza Fernandes. Petrópolis: Vozes, 1976.
- BRASIL. *Decreto n.º 4.388*, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 31 out. 2021.
- CAPPELLE, Mônica Carvalho Alves *et al.* Uma análise da dinâmica do poder e das relações de gênero no espaço organizacional. *RAE eletrônica* [online]. 2004, v. 3, n. 2, Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1676-56482004000200006> . Acesso em: 23 dez. 2021.
- CARVALHO, Claudia Paiva. *Crimes sexuais e justiça de transição na América Latina: judicialização e arquivos*. Florianópolis: Tribo da Ilha; Belo Horizonte: Projeto Memorial da Anistia; Rede Latino-Americana de Justiça de Transição (RLAJT); Centro de Estudos sobre Justiça de Transição, Universidade Federal de Minas Gerais (CJT/UFMG), Universidade de Brasília (UnB), 2016. 491p.

Claudia Maria Sousa Antunes; Tamires Maria Batista
Andrade

CHARLESWORTH, Hilary, et al. Feminist Approaches to International Law. *The American Journal of International Law*, v. 85, n. 4, American Society of International Law, 1991, pp. 613–45. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/2203269>. Acesso em: 23 dez. 2021.

CHAPPEL, Louise. Gender and International Institutions: Exploring New Opportunities at the International Criminal Court. *Policy and Society*, V. 22, n. 1, 2003, p 3-25.

CHIAROTTI, Susana. Jurisprudência internacional sobre violência sexual. In: Analía Aucía, Florencia Barrera, Celina Berterame, Susana Chiarotti, Alejandra Paolini (Org.). *Grietas en el silencio*. Una investigación sobre la violencia sexual en el marco del terrorismo de Estado. Rosario: Cladem, 2011.

COPELON, Rhonda. Crímenes de género como crímenes de guerra: integrando los crímenes contra las mujeres en el derecho penal internacional. *McGill Law Journal*, 2000.

DE LA RASILLA, I. (2021). Feminist Approaches to the History of International Law. In: *International Law and History: Modern Interfaces* (Cambridge Studies in International and Comparative Law, pp. 183-219). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/9781108562003.007.

GAGGIOLI, Gloria. Sexual violence in armed conflicts: A violation of international humanitarian law and human rights law. *International Review of the Red Cross* (2014), 96 (894), 503–538.

GONÇALVES, Andréa Lisly. *História e Gênero*. Belo Horizonte: Autêntica, 2006.

HAGAY-FREY, Alona. *Sex and Gender Crimes in the New International Law Past, Present, Future*. Translated from Hebrew by Stefanie Raker. p. cm. -- (Nijhoff law specials; v. 75) Adapted from the author's thesis (LLM)--Universitat Tel-Aviv, 2009. Includes bibliographical references and index. ISBN 978-90-04-18912-6.

KOSKENNIEMI, Martti, Why History of International Law Today? In: *Rechtsgeschichte Rg 04* (2004) 61-66, online. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.12946/rg04/061-066>. Acesso em: 23 dez. 2021.

LAPORT, William Pereira. *A atuação da Justiça Expedicionária Brasileira no teatro de guerra da Itália (1944-1945)*. Dissertação de Mestrado

apresentada ao Programa de Pós-Graduação em História da Universidade de Brasília. 2016. Disponível em <https://repositorio.unb.br/handle/10482/22624>. Acesso em: 30 set. 2021.

OLIVEIRA, Bárbara de Abreu; LIMA JR, Jayme Benvenuto. O estupro como estratégia de guerra em conflitos armados: a experiência do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia nos casos de violência de gênero. *Brazilian Journal Of International Relations* (BJIR), Marília, v. 8, n. 1, p. 97-116, jan./abr. 2019.

PECEGUEIRO, Carolina Guimarães. *Uma falácia chamada Tribunal Penal Internacional: das promessas descumpridas à reprodução de desigualdades*. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. 2007. Disponível em: <http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/90676>. Acesso em: 30 set. 2021.

PENACHIONI, Júlia Battistuzzi. *Violência sexual em conflitos armados e em ataques generalizados ou sistemáticos: a criminalização pelo Tribunal Penal Internacional*. Dissertação de mestrado apresentado junto à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo/SP. 2017. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/19843/2/J%c3%balia%20Battistuzzi%20Penachioni.pdf>. Acesso em: 30 set. 2021.

PERRONE-MOISÉS, C. Antecedentes históricos do estabelecimento do Tribunal Penal Internacional. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, [S. l.], v.98, p.573-579, 2003. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67603>. Acesso em: 1 nov. 2021.

SCOTT, Joan. *Gênero: uma categoria útil para análise histórica*. Trad. DABAT, Christine Rufino; ÁVILA, Maria Betânia. Texto original: Joan Scott – Gender: a useful category of historical analyses. Gender and the politics of history. New York, Columbia University Press. 1989.

TICKNER, J. Gender in International Relations: Feminist Perspectives on Achieving Global Security. *Political Science Quarterly*, 1993. 108. 10.2307/2080425.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; et al. *Direito penal brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. 666 p.

Breves considerações sobre a execução das penas privativas de liberdade na Justiça Militar da União

Helen Fabricio Arantes

Especialista em Direito Militar.
Servidora da Justiça Militar da União.

Data de recebimento: 20/12/2021

Data de aceitação: 27/01/2022

RESUMO: O direito de punição estatal é pautado em lei penal formal e estrita, a partir de escolhas políticas de determinada sociedade. No Brasil, a nossa Constituição Federal busca sintetizar princípios basilares para a aplicação da pena, a fim de estabelecer parâmetros quanto à atuação punitiva do Estado. Nesse contexto, o presente trabalho tem por objetivo analisar em breves linhas alguns aspectos quanto à execução da pena privativa de liberdade aos condenados pela Justiça Militar da União, em confronto com a legislação penal comum e à luz dos princípios constitucionais da pena. O princípio da especialidade, por vezes, é invocado pela Corte Militar para que sejam afastados os benefícios da legislação comum aos condenados que cumprem pena na Organização Militar. O texto procura demonstrar as diferenças mais peculiares nos modos de execução da pena privativa de liberdade no âmbito da Justiça Militar Federal, bem como demonstrar a aplicação prática dos princípios constitucionais da pena no contexto dessa Justiça especializada.

PALAVRAS-CHAVE: Gênero. Política pública. Política de gênero. Sanções penais. Princípios constitucionais das penas. Penas privativas de liberdade. Execução penal. Justiça Militar da União.

ENGLISH

TITLE: Brief Considerations on the Execution of Custodial Sentences in the Military Justice of the Union.

ABSTRACT: The State's punishment right is based on formal and strict penal law from political choices of a specific society. In Brazil, the Federal Constitution attempts to synthesize base principles for sentence application, with the end goal of establishing parameters in relation to the State's punishment. In this context the following work has as an objective briefly analyzing some aspects of the execution of custodial sentences applied by the Union's Military Justice, in parallel with the common penal legislation and in light of the Constitutional principles of penalties. The principle of specialty is sometimes invoked by the Military Court so that the benefits of common legislation are separated from those that are condemned by the military organization. The text attempts to demonstrate the most peculiar differences in methods of execution of custodial sentences in regard to the Union's Military Justice, as well demonstrating the actual application of constitutional principles of the sentence according to that specialized Justice.

KEYWORDS: Criminal Sanctions. Constitutional Principles of Penalties. Custodial Sentences. Penal Execution. Union's Military Justice.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Princípios constitucionais informadores da pena – 2.1 Princípio da legalidade penal – 2.2 Princípio da pessoalidade, personalização, incontagibilidade ou da intranscendência da pena – 2.3 Princípio da individualização da pena – 2.4 Princípio da humanidade ou da humanização da pena – 3 Conceito e finalidades da pena – 3.1 Espécies de penas no direito penal militar – 3.1.1 Penas privativas de liberdade: reclusão, detenção, prisão e impedimento – 4 A execução da pena privativa de liberdade – 4.1 Pena privativa de liberdade aplicada ao militar – 4.2 Pena privativa de liberdade

aplicada ao civil – 4.3 A suspensão condicional da pena (*sursis*) – 4.4 O livramento condicional – 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A valoração dos bens jurídicos a serem penalmente tutelados pelo Estado é fruto de escolhas políticas que representam a intolerância e a reprovação de uma determinada comunidade para com o ato criminoso praticado. Quanto mais abominável o crime, maior é o repúdio social sobre a conduta e a resposta penal se equivale.

Em séculos passados, as penas espelhavam um desejo de vingança que se transportava para o corpo físico e psíquico do condenado e era comum a legislação prever a imposição de penas cruéis ou de tortura. No Brasil, essas espécies de penas foram abolidas do ordenamento jurídico desde a Constituição Imperial.

Importante consignar que a missão do Direito Penal é resguardar bens jurídicos de grande relevância e não é diferente no Direito Penal Militar, que tem como principal tutela os interesses e os valores essenciais à preservação da hierarquia, da disciplina e dos deveres da caserna. Por isso, o sistema penal brasileiro assegura aos crimes militares um conjunto sancionatório próprio, pautado em legislação própria.

Nesse contexto, o trabalho pretende abordar algumas considerações acerca da execução da pena privativa de liberdade efetuada no âmbito da Justiça Militar da União, aplicáveis às condenações provenientes de infrações penais militares, à luz dos princípios constitucionais da pena.

O texto abordará tão somente aspectos relativos às penas privativas de liberdade, suas diferentes formas de cumprimento e os institutos descarcerizadores da suspensão condicional da pena e do livramento condicional. Não serão abordadas as demais penas principais nem as penas acessórias, tendo em vista tratar-se de um rol extenso e de certa complexidade no âmbito dessa Justiça especializada.

O tema é relevante, tendo em vista que a execução penal é assunto sensível no direito penal e processual penal militar e faz parte da rotina diária

dos operadores do Direito Militar, sendo ainda pouco explorado pela doutrina. Portanto, carece de debates.

O texto também demonstrará o atual posicionamento da jurisprudência dos Tribunais Superiores acerca da execução penal militar, considerando os entendimentos mais modernos.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS INFORMADORES DA PENA

A Constituição Federal, no seu artigo 5º, assegura a igualdade de todos perante a lei: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]”. O aludido artigo, em vários de seus incisos, prevê diretrizes para o estabelecimento e a aplicação das penas. Mais do que orientações, os princípios inerentes às penas constituem direitos e garantias fundamentais, dos quais nem o legislador, nem o aplicador do direito penal podem se afastar, sob pena de inconstitucionalidade.

No direito penal militar, os princípios norteadores da pena ganham relevo, na medida em que devem ser sopesados com os princípios da hierarquia e disciplina. E nessa esteira, a sanção penal militar pode, por vezes, ter contornos diferentes da reprimenda adotada pelo direito penal comum, inclusive aplicando ao infrator a pena de morte, nos termos admitidos pela Constituição Federal, sob o fundamento de manutenção da hierarquia e disciplina e da regularidade das instituições militares.

Não obstante tamanhas peculiaridades, os militares não devem ficar à margem das garantias constitucionais, se a Constituição assim não estabelecer.

2.1 Princípio da legalidade penal

O primeiro princípio penal constitucional a ser observado é o princípio da legalidade, que, como bem lembrado por Cezar Roberto Bitencourt (2000, p. 34), ficou consagrado pela expressão clássica *nullum crimen nulla poena sine lege*, construída por Feuerbach no início do século XIX. Antes dele, há mais de

duzentos anos (1764), Beccaria (1982, p.112) já ousara mencionar as primeiras linhas de pensamento desse princípio. Em sua obra, expressou:

Para que toda pena não seja violência de um ou de muitos contra um particular cidadão, **deve essencialmente ser pública**, pronta, necessária, a mais pequena das possíveis nas circunstâncias atuais, proporcionada aos delitos e ditada por leis...; [...] **só as leis podem decretar as penas** dos delitos, esta autoridade deve residir unicamente no legislador, que representa toda a sociedade unida pelo contrato social. (grifos nossos)

A legalidade é o sustentáculo do Estado de Direito que visa garantir uma situação de confiança e certeza, na qual o indivíduo possui a tranquilidade de poder fazer tudo aquilo o que não está proibido em lei. Segundo ressalva Jorge Romeiro (1994, p. 40), a legalidade sempre figurou em todas as nossas constituições e, conseqüentemente, em todos os nossos códigos penais comuns e militares, tendo como fundamento político-jurídico a necessidade da liberdade individual e a segurança do próprio direito.

É considerado o mais importante dos princípios do direito penal. Tanto o é que fica a cargo da União, privativamente, legislar em matéria penal, conforme estabelecido no artigo 22, inciso I, CF/88: “**compete privativamente à União legislar sobre: I – direito civil, comercial, penal, processual**, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho”. (grifos nossos)

Adicionalmente, o texto constitucional também veda a edição de medida provisória em matéria penal, *in verbis*:

Artigo 62. §1º É vedada a edição de medidas provisórias sobre matéria:
I – relativa a:
a. (...);
b. **direito penal, processual penal** e processual civil.
(grifos nossos)

De acordo com a doutrina, o princípio da legalidade penal abrange várias dimensões, pois não basta que a norma penal incriminadora (ou sancionadora) seja instituída por lei em sentido estrito (reserva legal), mas esta deve ser anterior ao fato criminoso (anterioridade), ser escrita, estrita, certa (taxatividade) e necessária (intervenção mínima) (GOMES, 2003 p. 128).

Dessa forma, os costumes ou os precedentes jurisprudenciais não se prestam a incriminar tampouco a estabelecer punições. Apenas a lei formal em sentido estrito, exclusivamente, pode definir crimes e cominar sanções penais.

Por outro lado, a doutrina e a jurisprudência admitem a aplicação dos costumes em benefício do acusado, inclusive quanto à possibilidade de as medidas provisórias poderem beneficiá-lo (GOMES, 2003, p. 130).

No que tange especificamente à legalidade da pena, a parte final do inciso XXXIX do artigo 5º prevê, em outros termos, que “não há pena sem prévia cominação legal”. E, em consonância com o texto constitucional, a expressão encabeça ambos os códigos penais (comum e militar) ao preverem, nos seus artigos inaugurais a mesma afirmação de “que não há pena sem prévia cominação legal”.

Como corolário da legalidade penal, o inciso XL do artigo 5º da CF/88 estabelece a vedação da retroatividade da lei penal incriminadora ao passo que também consagra a retroatividade da lei mais benéfica: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.” A retroatividade da lei penal mais benigna também encontra amparo no §1º do artigo 2º do CPM, de igual teor do parágrafo único do artigo 2º do CP comum.

Ademais, ambos os Códigos Penais (comum e militar), nos artigos 2º, consagram igualmente o instituto da *abolitio criminis*.

Assim, a legalidade penal é considerada como princípio angular do direito penal e possui várias dimensões, de modo que, por esse princípio, busca-se conferir segurança jurídica aos jurisdicionados.

2.2 Princípio da pessoalidade, da personalização, incontestabilidade ou da intrascendência da pena

A pena tem caráter personalíssimo e não pode ultrapassar da pessoa do condenado. É a garantia de que somente o sentenciado sofrerá as consequências do crime que praticou e somente essa pessoa responderá pela pena aplicada.

Nesse sentido, segue colacionada a redação do inciso XLV do artigo 5º da Constituição Federal:

Art. 5º, XLV. Nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido.

Vale ressaltar que a obrigação de reparar os danos à vítima e o perdimento de bens podem atingir os sucessores do condenado, que deverão responder até o limite de seu quinhão hereditário e tão somente no tocante a este. Tal obrigação “não se confunde com as sanções penais de natureza pecuniária (multa, perda de bens e prestação pecuniária)” (NOVELINO, 2021, p. 455).

A propósito, foi com base nesse princípio que o Supremo Tribunal Federal, em 2018, no *habeas corpus* coletivo de nº 143641-SP, impetrado pela Defensoria Pública da União, determinou a substituição, em todo o território nacional, da prisão preventiva por domiciliar para mulheres presas gestantes ou mães de crianças de até doze anos ou de pessoas com deficiência, salvo nos casos de crimes praticados mediante violência ou grave ameaça contra seus descendentes e outras raríssimas exceções. Entre as razões, o Relator, Ministro Ricardo Lewandowski, descreveu diversas situações cotidianas que mães e gestantes presas vivenciam e destacou que o sistema prisional brasileiro faz com que a pena passe da mãe para os filhos, pois os sujeitam a situações desgastantes e de extrema calamidade.

Portanto, o aludido princípio veda que terceiros não participantes da ação delituosa possam sofrer as consequências punitivas por crimes cometidos por outra pessoa.

2.3 Princípio da individualização da pena

A pena deve ser individualizada, considerando-se o fato e o agente, de modo que a punição seja adequada ao condenado, bem como ao delito por ele perpetrado. Nesse sentido, é a redação do inciso XLVI do artigo 5º da Constituição, a saber:

Art. 5º, XLVI – a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a. privação ou restrição da liberdade;
- b. perda de bens;
- c. multa;
- d. prestação social alternativa;
- e. suspensão ou interdição de direitos. (grifos nossos)

A individualização da pena, de acordo com a doutrina, abrange três momentos distintos: o processo legislativo, a dosimetria da pena a ser aplicada pelo juiz e a execução penal. Primeiramente, o legislador elege quais condutas devem ser punidas, a intensidade dessa punição e quais as circunstâncias que deverão agravar ou atenuar a pena. É uma fase abstrata, que se caracteriza pela escolha do tipo penal, com base nos critérios sócio-políticos relativos aos bens jurídicos a serem tutelados (UZEDA, 2017, p.42).

A concretização do princípio se dá inicialmente no momento em que cabe ao juiz definir a sanção penal. Na legislação penal militar, os critérios estão delineados nos artigos 69 a 83, do CPM, os quais traçam os caminhos a serem trilhados no momento da dosimetria da pena, sem prejuízo da devida fundamentação a ser dada pelo juiz na sentença, atendendo-se ao disposto no artigo 93, IX, da CF/88.

Na fase de execução penal, busca-se ajustar a pena e o modo de sua execução, apurando-se as particularidades do caso concreto. No Código Penal Militar, a matéria é tratada nos artigos 59 a 67, de modo que, a lei castrense estabelece diferentes modos de execução, de acordo com o posto ou a graduação do condenado; e ainda, levando-se em consideração a espécie de pena e o tempo de sua duração.

Na mesma esteira, a Lei de Execuções Penais traz em seu artigo 5º a seguinte redação: “os condenados serão classificados, segundo seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.”

Desse modo, esse princípio requer, em última análise, nortear o operador do direito na distinção e pormenorização quanto à imputação e a execução da pena, ao passo que busca evidenciar as particularidades de cada condenado.

2.4 Princípio da humanidade ou da humanização da pena

A Constituição Federal prevê expressamente a aplicação da humanidade da pena, no inciso XLVII do artigo 5º:

- XLVII – não haverá penas:
- a. de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do artigo 84, XIX;
 - b. de caráter perpétuo;
 - c. de trabalhos forçados;
 - d. de banimento;
 - e. cruéis.

Por esse princípio é vedado ao direito penal a adoção de penas cruéis e desumanas. A partir da Constituição Imperial de 1824, foram abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e demais penas cruéis (NOVELINO, 2021, p. 459).

No que tange à pena de morte, ressalta-se que ela somente se dará nos exatos termos permitidos pelo texto constitucional (artigo 84, XIX): em caso de guerra declarada mediante resposta à agressão estrangeira.

Ademais, vale lembrar que o Pacto de São José da Costa Rica, recepcionado pelo ordenamento brasileiro interno, traz em seu texto a proibição de retrocesso quanto à aplicação da pena de morte.

A pena de caráter perpétuo, conforme observado por Marcelo Novelino (2021, p. 460), contraria uma das finalidades das sanções penais, que é a ressocialização. Ao passo que o Estado tem o dever de assistência ao apenado orientando-o ao retorno à convivência em sociedade (art. 10, LEP). A proposta é que o apenado sofra uma sanção capaz de intimidá-lo e ao mesmo tempo recuperá-lo, ou seja: o *ius puniendi* não deve infringir ao condenado tratamento vil ou degradante.

3 CONCEITO E FINALIDADES DA PENA

A pena é a consequência jurídica que sofre o indivíduo que, após o devido processo legal, é considerado culpado pela prática de um ato criminoso. Para Damásio, pena “é a sanção afliitiva imposta pelo Estado,

através da ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ato ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos.”

De acordo com o entendimento de Guilherme Nucci (2019, p. 11) a pena “é a sanção imposta pelo Estado, através da ação penal, ao criminoso, cuja finalidade é a retribuição ao delito perpetrado e a prevenção a novos crimes.”

Na visão de Jorge Alberto Romeiro (1994, p. 164), “a melhor e mais atual ainda das definições de pena é a velha e revelha de Ugo Grotius: o mal que se padece em virtude do mal que se fez [...]”

A doutrina se debruça sobre as diversas teorias da pena, a fim de explicar sua função ou finalidade, as quais podem ser resumidas em absolutas, relativas e mistas ou ecléticas. Para as teorias absolutas, a pena é tida como um castigo pelo crime cometido. O foco dessas teorias é a punição do indivíduo, sem levar em consideração a prevenção ao delito. Nas teorias relativas, o que se pretende com a pena não é a repressão, mas a prevenção. Fundamenta-se que a pena tem um caráter intimidador e impeditivo do cometimento do delito. Dessa forma, possuem as seguintes vertentes: prevenção geral (positiva e negativa) e prevenção especial (positiva e negativa) (NEVES; STREIFINGER, 2021, p. 87).

De acordo com a prevenção geral positiva, a pena possui o poder de demonstrar e reafirmar a existência e eficácia do direito penal (NUCCI, 2019, p. 119). Na prevenção geral negativa, a pena presta-se a coagir psicologicamente e intimidar a sociedade (SANCHES, 2015, p. 384).

No que tange à prevenção especial positiva, esta tem como proposta a ressocialização do condenado; e a especial negativa, propõe a intimidação ao autor do delito, para que não volte a transgredir, recolhendo-o ao cárcere, quando necessário. Assim, o sistema normativo brasileiro possui todas essas características em sentido amplo: castigo, intimidação, reafirmação do direito penal e ressocialização (NUCCI, 2019, p. 119).

A propósito, Jorge Romeiro (1944, p. 164) afirma que as teorias mistas resultam da combinação das duas outras teorias, pois a pena é castigo e prevenção: “pune-se porque se pecou e para que não se peque”. Sendo esta teoria a de maior número de adeptos, inclusive a adotada pelo Código Penal Militar.

3.1 Espécies de pena no direito penal militar

A legislação penal militar prevê a incidência de duas espécies de penas: principais e acessórias, além de medidas de segurança. Estas se destinam aos casos de condenados inimputáveis ou semi-imputáveis.

As penas acessórias são dependentes das principais e não serão aqui abordadas, pois devido às suas peculiaridades em cotejo à atual ordem constitucional, demandam uma longa análise.

As penas principais são classificadas pela doutrina em pena privativa da vida (morte), privativas de liberdade (reclusão, detenção, prisão e impedimento) e restritivas de direito (impedimento, suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função e reforma) (NEVES; STREIFINGER, 2021, p. 601).

Peculiarmente, a lei penal militar não prevê a incidência de multa nem a substituição das penas privativas de liberdade pelas restritivas de direito. Contudo, devido à alteração trazida pela Lei nº 13.491/2007, a pena de multa pode vir a ser aplicada pela Justiça Militar, quando ocorrer a hipótese de crime militar por extensão em que seja prevista tal sanção, tendo em vista que a referida Lei ampliou o conceito de crime militar, para abarcar os crimes prescritos também na legislação penal comum e extravagante, desde que cometidos em uma das hipóteses do artigo 9º, incisos II ou III, do Código Penal Militar.

3.1.1 Penas privativas de liberdade: reclusão, detenção, prisão e impedimento

São classificadas como penas privativas de liberdade, na lei penal militar, as penas de reclusão, detenção, prisão e impedimento, uma vez que essas penas promovem ao condenado uma restrição ao seu direito constitucional de ir e vir.

No que tange às penas de reclusão e de detenção, a legislação militar não traça uma diferença substancial entre elas, a não ser os limites genéricos estabelecidos pelo Código Castrense, no artigo 58, pelo qual, estabelece que

“o mínimo da pena de reclusão é de um ano, e o máximo de trinta anos; o mínimo da pena de detenção é de trinta dias, e o máximo é de dez anos.

O Código ainda prevê, no seu artigo 81, os limites máximos para o cumprimento da pena unificada: sendo de reclusão, não pode ultrapassar trinta anos; se de detenção, o máximo da pena a ser cumprida é de quinze anos.

A pena de prisão, de acordo com o artigo 59 do CPM, é o resultado da conversão das penas de reclusão ou detenção, cominadas em até dois anos.

Quanto à pena de impedimento, vale ressaltar que o único crime em que esta é cominada, é o crime de Insubmissão, tipificado no artigo 183, do CPM, cuja duração é de três meses a um ano. O artigo 63 do CPM dispõe acerca dessa espécie de pena: “a pena de impedimento sujeita o condenado a permanecer no recinto da unidade, sem prejuízo da instrução militar”.

Embora não haja encarceramento, a pena de impedimento é classificada como pena privativa de liberdade, pois o sentenciado fica com sua locomoção restrita à área da Unidade Militar em que estiver cumprindo a pena, salvo para instrução militar (NEVES; STREIFINGER, 2021, p. 621).

Assim também dispõe a Exposição de Motivos do Código Penal Militar:

8. No capítulo das penas principais, o Projeto introduziu nova modalidade de pena privativa de liberdade: o impedimento, para o crime de insubmissão, sujeitando o condenado a permanecer no recinto da unidade, sem prejuízo da instrução militar. [...] (grifos nossos)

4 A EXECUÇÃO DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE

Importa destacar que quanto à execução da sentença penal condenatória, na Justiça Militar da União, o Juízo sentenciante também é o responsável pela execução da pena, em atenção à norma do artigo 588 do Código de Processo Penal Militar: “A execução da sentença compete ao auditor da Auditoria por onde correu o processo, ou, nos casos de competência originária do Superior Tribunal Militar, ao seu presidente.”

Portanto, na Justiça Militar da União, a competência para executar a pena é atribuída de forma monocrática ao Juiz togado, mesmo que a sentença condenatória tenha sido proferida pelo Conselho de Justiça.

Outra interessante peculiaridade traz a legislação militar, quanto aos modos de execução da pena privativa de liberdade, a depender, se o condenado for militar ou civil; e também, da reprimenda imposta, se a condenação foi inferior ou superior a dois anos.

4.1 Pena privativa de liberdade aplicada ao militar

Quanto à pena privativa de liberdade aplicada ao militar, pelo cometimento de crime militar, os artigos 59 e 61 do Código de Processo Penal Militar traçam as diretrizes:

Pena até dois anos aplicada a militar

Art. 59. A pena de reclusão ou de detenção **até dois anos**, aplicada a militar, é **convertida em pena de prisão e cumprida, quando não cabível a suspensão condicional:**

I - pelo **oficial**, em recinto de estabelecimento militar;

II - pela **praça**, em estabelecimento penal militar, onde ficará separada de presos que estejam cumprindo pena disciplinar ou privativa de liberdade por tempo superior a dois anos. (grifos nossos)

Pena superior a dois anos, aplicada a militar.

Art. 61. A pena privativa da liberdade por **mais de dois anos**, aplicada a militar, é cumprida em penitenciária militar e, na falta dessa, em estabelecimento prisional civil, ficando o recluso ou detento sujeito ao regime conforme a legislação penal comum, de cujos benefícios e concessões, também, poderá gozar. (grifos nossos)

Vale observar, que a supramencionada norma busca priorizar a suspensão condicional da pena, em detrimento da privação de liberdade do indivíduo, sempre que possível. Trata-se de um instituto descarcerizador, bastante aplicado na Justiça Militar da União, que será mais bem abordado adiante.

A Lei Penal Militar, por sua vez, não contempla o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade, como o faz o Código Penal comum (fechado, semiaberto ou aberto), nem o sistema de progressão de penas, em alinho ao artigo 112 da Lei de Execuções Penais.

Ademais, na sistemática da Lei Militar, a pena não se classifica em reclusão ou detenção, considerando-se o *quantum* da pena privativa de liberdade arbitrada, conforme ocorre na legislação penal comum, como se observa na redação do artigo 33 do CP, que possui o seguinte teor:

Art. 33. A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 1º Considera-se:

- a. regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média;
- b. regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar;
- c. regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

- a. o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b. o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;
- c. o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com a observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código. (grifos nossos).

Contudo, a doutrina mais moderna defende que se deve diferenciar a detenção da reclusão, bebendo-se da fonte do direito penal comum, ressaltando-se que a reclusão reserva maior rigidez quanto ao regime de cumprimento da pena (NEVES; STREIFINGER, 2021, p. 609-610).

Considerando que a legislação penal militar é omissa quanto ao regime de cumprimento da pena, na Justiça Militar, o órgão julgador, deve, na sentença penal condenatória, estabelecer o regime a ser cumprido pelo sentenciado, com base no supracitado artigo do Código Penal comum, por analogia, aplicando-se a regra do artigo 3º, alínea *a*, do CPPM.

Nesse sentido, tem sido o posicionamento da Corte Militar:

[...]. Como assentado na Sentença, o regime prisional fixado para o cumprimento da pena privativa de liberdade foi o

inicialmente aberto, sem qualquer outra adjetivação. Nessa perspectiva, **forçoso é reconhecer que, diante do silêncio da legislação processual e penal militar a disciplinar o cumprimento da Sentença de militares em regime prisional inicialmente aberto, deve ser observado, quanto a esse regime, o que dispõe a legislação processual e penal comum**, notadamente, para a hipótese, o que se expressa nos artigos 33, § 1º, alínea "c", e 36, § 1º, ambos do Código Penal. [...]. (STM. Apelação 0000114-84.2017.7.01.0401. Rel. Min. Luis Carlos Gomes Mattos. Julgado em 7.12.2017. Publicado em 6.2.2018). (grifos nossos)

Vale lembrar, que na sistemática do artigo 599 do Código de Processo Penal Militar, sendo imposta cumulativamente as duas espécies de pena (reclusão e detenção), deve ser executada primeiramente a de reclusão e depois a de detenção.

O Código Castrense também estabelece que somente quando o condenado militar for cumprir pena em estabelecimento civil é que fará jus à aplicação da Lei de Execuções Penais, excluindo-o dos benefícios da citada Lei, se a pena for cumprida em Organização Militar. Vale aqui uma reflexão acerca do tema, à luz dos princípios da isonomia e da individualização da pena, tendo em vista a desigualdade provocada pela citada norma.

Não obstante a norma penal militar, o entendimento do Supremo Tribunal Federal é pela aplicação subsidiária da legislação penal comum, sob o fundamento de que os militares não foram excluídos do princípio da individualização da pena. Nesse sentido, manifestou-se o Ministro Carlos Ayres Britto, Relator do *habeas corpus* nº 104174-RJ:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR. EXECUÇÃO DA PENA. **PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL EM ESTABELECIMENTO MILITAR. POSSIBILIDADE.** PROJEÇÃO DA GARANTIA DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). LEI CASTRENSE. OMISSÃO. **APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO PENAL COMUM E DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL.** ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. (grifos nossos)
(HC 104174, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 29/03/2011, publicação: 18/05/2011).

A propósito, o Superior Tribunal Militar, no mesmo sentido da Corte Constitucional, já admitiu a concessão ao apenado da progressão de regime, aplicando-se subsidiariamente a norma do direito penal comum:

CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME MILITAR. EXECUÇÃO DA PENA EM ESTABELECIMENTO PENAL MILITAR. **PROGRESSÃO DE REGIME. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA LEGISLAÇÃO CASTRENSE.** PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL NOS CASOS OMISSOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS EXAMINADOS PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. ORDEM CONCEDIDA.

I. Hipótese em que o paciente, cumprindo pena em estabelecimento militar, busca obter a progressão de regime prisional, tendo o Tribunal *a quo* negado o direito com fundamento na ausência de previsão na legislação castrense.

II. Em que pese o art. 2º, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, indicar a aplicação da lei apenas para militares "*quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária*", o art. 3º do Código de Processo Penal Militar determina a aplicação da legislação processual penal comum nos casos omissos.

III. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do *habeas corpus* n.º 104.174/RJ, afirmou que a exigência do cumprimento de pena privativa de liberdade no regime integralmente fechado em estabelecimento militar contraria, não só o texto constitucional, como todos os postulados infraconstitucionais atrelados ao princípio da individualização da pena. **IV.** Pela observância deste princípio, todos os institutos de direito penal, tais como, progressão de regime, liberdade provisória, conversão de penas, devem ostentar o timbre da estrita personalização, quando de sua concreta aplicabilidade.

V. Deve ser cassado o acórdão combatido para reconhecer o direito do paciente ao benefício da progressão de regime prisional, restabelecendo-se a decisão do Juízo de 1º grau, que verificou a presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos por lei e fixou as condições para o cumprimento da pena no regime mais brando.

VI. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. HABEAS CORPUS Nº 215.765 - RS (2011/0191919-0). Relator Min. Gilson Dipp. Julgamento: 08/11/2011. (grifos nossos)

Vale, por fim, ressaltar que, no que tange aos militares, devem ser observadas, também, as prerrogativas dispostas no Estatuto dos Militares, quando forem cumprir pena em Organização Militar:

Art. 73. As prerrogativas dos militares são constituídas pelas honras, dignidades e distinções devidas aos graus hierárquicos e cargos.

Parágrafo único. São prerrogativas dos militares:

(...)

c) cumprimento de pena de prisão ou detenção somente em organização militar da respectiva Força cujo comandante, chefe ou diretor tenha precedência hierárquica sobre os presos ou, na impossibilidade de cumprir esta disposição, em organização militar de outra Força cujo comandante, chefe ou diretor tenha a necessária precedência;

4.2 Pena privativa de liberdade aplicada ao civil

Quanto ao civil condenado pela Justiça Militar da União, o Código estabelece que a pena será cumprida em estabelecimento prisional comum, salvo, excepcionalmente, em tempo de guerra:

Artigo 62. O civil cumpre pena aplicada pela Justiça Militar, em estabelecimento prisional civil, ficando ele sujeito ao regime conforme a legislação penal comum, de cujos benefícios e concessões, também, poderá gozar. (grifos nossos)

Parágrafo único. Por crime militar praticado em tempo de guerra poderá o civil ficar sujeito a cumprir a pena, no todo ou em parte, em penitenciária militar, se, em benefício da segurança nacional, assim o determinar a sentença.

Esse também é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, evidenciado na Súmula nº 192, *in verbis*:

Súmula 192. Compete ao juízo das Execuções Penais do Estado a execução das penas impostas a sentenciados pela Justiça Federal, Militar ou Eleitoral quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à administração estadual.

Dessa forma, ocorrendo a condenação de um civil pela Justiça Militar, cuja pena não permita a aplicação do benefício do *sursis*, há o entendimento de que o Juiz Federal da Justiça Militar deve declinar de sua competência e remeter os autos ao Juízo da Vara de Execuções Penais da Justiça Estadual.

Mas, fazendo jus ao benefício da suspensão condicional da pena, sem haver recolhimento ao cárcere, é possível que a execução fique a cargo

do próprio juiz que condenou, de modo a conferir se o sentenciado cumprirá o período de prova conforme determinado em Audiência Admonitória.

4.3 A suspensão condicional da pena (*sursis*)

A suspensão condicional da pena é um instituto de política criminal que visa evitar o encarceramento do sentenciado à pena de curta duração, desde que preenchidos alguns requisitos legais. Em troca, o condenado deve cumprir certas obrigações, por um determinado período de tempo.

Destaca Rogério Sanches (2021, p. 651) que o instituto tem um “espírito de evitar o recolhimento do condenado à prisão (de curta duração) e que se trata de política criminal que suspende, por um tempo certo (período de prova), a execução da pena privativa, ficando o sentenciado em liberdade sob determinadas condições.”

Para Guilherme de Souza Nucci (2019, p. 175), o mais correto é tratar o instituto como “medida alternativa ao cumprimento de pena privativa da liberdade, não deixando de ser um benefício, nem tampouco uma reprimenda”. Aduz, também, que não se trata de penas, pois estas estão enumeradas no artigo 55 do CPM.

Da mesma forma, para o Superior Tribunal Militar, o *sursis* não tem natureza de pena, mas é um instituto descarcerizador e um benefício concedido ao condenado. Esse entendimento restou sedimentado na redação da Súmula de nº 16, *in verbis*:

A suspensão condicional da pena (*sursis*) não é espécie de pena; portanto, o transcurso do período de prova, estabelecido em audiência admonitória, não atende ao requisito objetivo exigível para a declaração de extinção da punibilidade pelo indulto. (grifos nossos).

No direito penal militar, a suspensão condicional da pena encontra amparo legal nos artigos 84 do CPM e 606 do CPPM, conforme segue:

Art. 84, CPM. A execução da pena privativa de liberdade, não superior a dois anos, pode ser suspensa, por dois anos a seis anos, desde que:

I – o sentenciado não haja sofrido, no País ou no estrangeiro, condenação irrecorrível por outro crime a pena privativa de liberdade, salvo o disposto no §1º do artigo 71;

II – os seus antecedentes e personalidades, os motivos e as circunstâncias do crime, bem como sua conduta posterior, autorizem a presunção de que não tornará a delinquir.

Parágrafo único. A suspensão não se estende às penas de reforma, suspensão do exercício do posto, graduação ou função ou à pena acessória, nem exclui a aplicação de medida de segurança não detentiva. (grifos nossos)

Art. 606, CPPM. O Conselho de Justiça, o Auditor ou o Tribunal poderão suspender, por tempo não inferior a dois anos nem superior a seis anos, a execução da pena privativa de liberdade que não exceda a dois anos, desde que:

a. não tenha o sentenciado sofrido, no País ou no estrangeiro, condenação irrecorrível por outro crime à pena privativa da liberdade, salvo o disposto no §1º do artigo 71 do Código Penal Militar;

b. os antecedentes e a personalidade do sentenciado, os motivos e as circunstâncias do crime, bem como sua conduta posterior, autorizem a presunção de que não tornará a delinquir.

Parágrafo único. A suspensão não se estende às penas de reforma, suspensão do exercício do posto, graduação ou função, ou à pena acessória, nem exclui a medida de segurança não detentiva. (grifos nossos)

Importa ressaltar que na lei penal militar somente existe uma modalidade de *sursis*, enquanto que na lei penal comum, de acordo com a doutrina (SANCHES, 2021, p. 653), são adotadas, nos artigos 77 e 78, quatro modalidades desse benefício: o *sursis* simples ou comum, (que se assemelha à figura do *sursis* do direito militar, mas que se difere quanto ao período de prova, que pode ser concedido pelo prazo de dois a quatro anos e também pelo critério objetivo de que o condenado não pode ser reincidente em crime doloso); o *sursis* especial, que exige a reparação do dano; o *sursis* etário, concedido ao maior de setenta anos, na data da sentença; e o *sursis* humanitário, concedido ao enfermo, cujas condições de saúde justifiquem a suspensão. Estes últimos contemplam a condenação por pena privativa de liberdade de até quatro anos e a suspensão pode ser concedida de no mínimo quatro e máximo de seis anos.

No entanto, no direito penal comum, a concessão desse benefício é subsidiária, pois a alteração do CP promovida pela Lei nº 9.714/98 passou a

valorizar mais as penas restritivas de direito (ASSIS, 2011, p.119). Nesse sentido, o inciso III do artigo 77 do CP estabelece, como um dos requisitos para a concessão do benefício, que, no caso, não seja cabível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito. Assim, o CP comum priorizou as penas restritivas em detrimento da suspensão condicional da pena, o que esvaziou as hipóteses de concessão do referido benefício na justiça comum.

Já no direito penal militar, o *sursis* ainda é bastante aplicado, visto que não vigora na seara militar a substituição por penas restritivas de direito, próprias do direito penal comum.

A jurisprudência é firme no entendimento de que não se aplicam, na Justiça Militar, as penas restritivas de direito em substituição às privativas de liberdade, em defesa do princípio da especialidade. A propósito, seguem os seguintes julgados:

EMENTA: PENA – PROCESSO PENAL MILITAR – SUBSTITUIÇÃO – ARTIGO 44 DO CÓDIGO PENAL. **Ante o critério da especialidade, descabe observar o disposto no artigo 44 do Código Penal, no que prevê a substituição da pena restritiva da liberdade pela de direitos** – precedentes: recurso extraordinário nº 273.900, relator o ministro Sepúlveda Pertence, *habeas corpus* nº 94.083, relator o ministro Joaquim Barbosa, e *habeas corpus* nº 91.709, relatora a ministra Cármen Lúcia. HABEAS CORPUS 127.199 BAHIA. Relator: Min. Marco Aurélio. Data: 25/04/2017. (grifos nossos)

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO (RSE). RECEBIMENTO COMO AGRAVO EM EXECUÇÃO. LEI DE EXECUÇÕES PENAIAS (LEP). ADMISSÍVEL. OMISSÃO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR (CPPM). INTEGRAÇÃO. MÉRITO. REQUERIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITO. DESCABIMENTO. PREVALÊNCIA DAS NORMAS GERAIS DO CÓDIGO PENAL MILITAR (CPM). PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. SUFICIÊNCIA DO DIPLOMA MILITAR. RESTRIÇÃO À INCIDÊNCIA DO CÓDIGO PENAL (CP) COMUM. PROIBIÇÃO DE HIBRIDISMO LEGAL. INALTERAÇÃO PELA LEI 13.491/2017. RECURSO CONHECIDO COMO AGRAVO EM EXECUÇÃO. NEGADO PROVIMENTO NO MÉRITO. DECISÃO UNÂNIME. [...] X - Recurso admitido e conhecido como Agravo em Execução e, no mérito, negado provimento. Decisão Unânime. (Superior Tribunal Militar.

Recurso em Sentido Estrito nº 7000222-55.2020.7.00.0000.
Relator(a): Ministro(a) PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE
QUEIROZ. Data de Julgamento: 04/06/2020, Data de
Publicação: 12/06/2020)

Ressalva ainda o Código Penal Militar que a suspensão condicional da pena não alcança outras espécies de pena, senão a privativa de liberdade, nem exclui a aplicação de medida de segurança não detentiva. Nesse ponto, vale reafirmar o entendimento de que o *sursis* é medida de política criminal contra o encarceramento e visa evitar que o condenado à pena de pequena monta sofra as consequências da segregação social.

Ainda de acordo com a legislação, a suspensão condicional da pena também não se aplica aos crimes cometidos em tempo de guerra; e, em tempo de paz, aos crimes contra a segurança nacional, aliciamento e incitamento, de violência contra superior, oficial de dia, de serviço, desrespeito a superior, insubordinação, deserção, desrespeito a símbolo nacional, despojamento desprezível, ato de libidinagem e receita ilegal e casos assimilados, nos moldes previstos no artigo 88, inciso II do CPM.

A vedação legal ao *sursis* é questão polêmica no âmbito da execução penal militar, ressaltando-se que a própria legislação traz em si contradições, uma vez que o artigo 617, II, CPPM adicionalmente veda a concessão do *sursis* aos crimes de desacato e de insubmissão. Contudo, o entendimento é de que a aludida norma não se presta a alterar o rol taxativo do CPM, pois se trata de norma processual, enquanto que o *sursis* é norma de direito material (ASSIS, 2011, p. 139).

Constantemente a defesa sustenta que a proibição legal de concessão do *sursis* é ofensiva aos princípios constitucionais da individualização da pena, da proporcionalidade e da humanidade. Todavia, o Superior Tribunal Militar, com base no entendimento já consolidado pelo STF, espancou essa interpretação, ao passo que considera constitucional a vedação expressa na lei castrense, conforme pode ser observado da leitura dos recentes julgados:

EMENTA: HABEAS CORPUS. DESERÇÃO. ART. 187 DO CÓDIGO PENAL MILITAR (CPM). CONDENAÇÃO. CUMPRIMENTO DA PENA. **VEDAÇÃO DO SURSIS**. PEDIDO DE PRISÃO DOMICILIAR. PANDEMIA. CORONAVÍRUS. ORDEM DENEGADA. DECISÃO POR

UNANIMIDADE. I - O Paciente responde a processo de execução penal após regular condenação em Primeira Instância e confirmação da Sentença em sede de Apelação. II - **O Superior Tribunal Militar já pacificou posicionamento de que a vedação legal da suspensão condicional da pena nos casos previstos no art. 88, inciso II, "a", do CPM, e no art. 617, II, "a", do Código de Processo Penal Militar (CPM), não afronta o texto constitucional.** III - Ademais, no tocante à situação de pandemia vivenciada pela população mundial, verifica-se, *in casu*, adoção pela autoridade militar das medidas preventivas recomendadas pelo Conselho Nacional de Justiça quanto à propagação do novo coronavírus - Covid-19. IV - Não há nos autos informações sobre qualquer condição de vulnerabilidade do Paciente, que foi considerado apto em inspeção de saúde e cumpre a reprimenda em regime de menagem, ou seja, presta serviços na Unidade Militar durante o dia e recolhe-se ao alojamento no período noturno. V - Além disso, ele possui circulação livre nos limites do aquartelamento e a atividade laboral diária contribui para a sua saúde mental e para a sua ressocialização. VI - Habeas Corpus conhecido. Ordem denegada. Decisão unânime. (Superior Tribunal Militar. Habeas Corpus nº 7000205-19.2020.7.00.0000. Relator(a): Ministro(a) PÉRICLES AURÉLIO LIMA DE QUEIROZ. Data de Julgamento: 14/05/2020, Data de Publicação: 26/05/2020) (grifos nossos)

EMENTA: RECURSOS DE APELAÇÃO. DEFESA E MPM. ART. 160 DO CPM. PRELIMINAR DE CONTRADIÇÃO NA APLICAÇÃO DAS ATENUANTES. MATÉRIA IMBRICADA COM O MÉRITO. PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO. REJEIÇÃO. MÉRITO. AUTORIA, MATERIALIDADE E DOLO COMPROVADOS. DOSIMETRIA DA PENA. MANUTENÇÃO. **VEDAÇÃO AO SURSIS. APELAÇÃO MPM. CONCESSÃO DO SURSIS. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NO ART. 88, INCISO II, ALÍNEA "B", DO CPM.** APELAÇÕES DESPROVIDAS. DECISÕES UNÂNIMES. A dosimetria da pena e sua respectiva fundamentação estão imbricadas com o mérito, de forma que, nos termos do art. 79, § 3º, do RISTM, devem ser apreciadas quando do exame do mérito da causa.(...) A lei penal militar prevê o aumento da pena no crime de desrespeito a superior quando o fato é praticado contra o Comandante da Unidade do Agente. A previsão legal inserta no art. 88, inciso II, alínea "b", do CPM, ao vedar a concessão de sursis, reflete a vontade do legislador pátrio e foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, consoante sedimentada jurisprudência desta Corte Castrense e do STF. Apelações da Defesa e do MPM não providas. Decisão Unânime. (Superior Tribunal Militar. Apelação nº 7000732-05.2019.7.00.0000. Relator(a): Ministro(a) LÚCIO MÁRIO DE BARROS GÓES. Data de Julgamento: 26/11/2019, Data de Publicação: 09/12/2019) (grifos nossos)

Entretanto, o Superior Tribunal Militar ultimamente vem entendendo que a vedação ao *sursis* deve ser mitigada quando o réu não ostenta mais a condição de militar:

EMENTA: APELAÇÃO. DPU. RECUSA DE OBEDIÊNCIA. ART. 163 DO CPM. BEM JURÍDICO. AUTORIDADE OU DISCIPLINA MILITAR. TIPO PENAL QUE VISA PROTEGER A HIERARQUIA E A DISCIPLINA. ADMINISTRAÇÃO MILITAR. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. **EXCLUSÃO DO MILITAR. CONCESSÃO DO SURSIS.** UNANIMIDADE. (...) 4. **Havendo exclusão do militar, a aplicação do sursis é medida de política criminal que se impõe, nos termos do entendimento desta Corte Castrense.** 5. Apelo conhecido e parcialmente provido para restabelecer a pena de detenção e conceder o benefício do sursis. Unanimidade. (Superior Tribunal Militar. Apelação nº 7000110-57.2018.7.00.0000. Relator(a): Ministro(a) CARLOS AUGUSTO DE SOUSA. Data de Julgamento: 28/02/2019, Data de Publicação: 19/03/2019) (grifos nossos)

EMENTA: APELAÇÃO. DESERÇÃO. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE/PROSEGUIBILIDADE. DELITO DELINEADO E PROVADO. AUSÊNCIA DE EXCLUDENTE DE QUALQUER NATUREZA. SURSIS. DOSIMETRIA DA PENA. (...) **Entendimento recente desta Corte no sentido de que a perda da condição de militar por parte do Acusado viabiliza a concessão do benefício do sursis aos desertores, apesar da vedação ínsita no art. 88, inc. II, alínea "a", do CPM.** Este Tribunal assim o fez por motivo de política criminal. E isso ocorre porque, tendo em vista não mais ostentarem o *status* de militar, tais desertores deverão cumprir as penas que lhe foram impostas em estabelecimento prisional civil. Como se sabe, cumpridos os requisitos para a concessão do *sursis*, dentre estes a imposição de pena privativa de liberdade não superior a dois anos, o condenado civil tem direito ao benefício. Descabe realizar a conversão da pena de detenção em prisão, na forma do art. 59 do CPM. Considerando-se que o Acusado perdeu a condição de militar, a aludida conversão não há que ser realizada. Preliminar rejeitada, por maioria. Provimento parcial do Apelo, por unanimidade. (Superior Tribunal Militar. Apelação nº 0000158-58.2016.7.11.0111. Relator(a): Ministro(a) LUIS CARLOS GOMES MATTOS. Data de Julgamento: 15/02/2018, Data de Publicação: 05/03/2018) (grifos nossos)

As condições do *sursis* estão previstas nos artigos 608 e 626 do Código de Processo Penal Militar e devem ser estabelecidas na sentença

condenatória. Prevê a norma que as condições devem ser adequadas ao delito, ao meio social e à personalidade do condenado. Os aludidos artigos trazem o rol das condições que podem ser estabelecidas ao sursitário como frequentar curso de habilitação profissional ou de instrução escolar; prestar serviços em favor da comunidade; proibição de se ausentar do território da jurisdição sem autorização, de portar armas, de não frequentar casas de bebidas alcoólicas, entre outras restrições.

Cabe registrar que o cumprimento do período de prova tem início com a Audiência Admonitória, que pode ser realizada antes mesmo do trânsito em julgado da sentença. De acordo com o CPPM, na Audiência, o juiz deve advertir ao condenado acerca das condições que lhe estão sendo impostas e quanto ao período em que a pena ficará suspensa.

Considerando ainda que o benefício é condicionado, defende Guilherme Nucci (2017, p. 889) que “[...] é possível que o sentenciado não aceite as condições impostas, passando então a cumprir a pena no regime imposto pelo juiz.”

O cumprimento integral do período, sem que haja revogação ou suspensão, extingue a pena, conforme a redação do artigo 87 do CPM: “se o prazo expira sem que tenha sido revogada a suspensão, fica extinta a pena privativa de liberdade.”

No mesmo sentido, é o teor do artigo 615 do CPPM: “expirado o prazo da suspensão, ou da prorrogação, sem que tenha havido motivo de revogação, a pena privativa de liberdade será declarada extinta.”

Por outro lado, enuncia a legislação, que pode haver a revogação, a suspensão ou a prorrogação do benefício, conforme o caso. Nesse passo, vale enumerar as hipóteses em que o sursitário deve ter seu benefício revogado obrigatoriamente, a rigor do artigo 86 do CPM:

Art. 86. A suspensão é revogada se, no curso do prazo, o beneficiário:

I – **é condenado**, por sentença irrecorrível, na Justiça Militar ou na comum, em razão de **crime ou de contravenção reveladora de má índole ou** a que tenha sido imposta **pena privativa de liberdade**;

II – não efetua, sem motivo justificado, a **reparação do dano**;

III – sendo militar, é **punido** por infração disciplinar considerada grave. (grifos nossos)

De acordo com o parágrafo 1º, é causa de revogação facultativa, se o condenado deixar de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença. E, de acordo com o parágrafo 2º, sendo facultativa a causa de revogação, “o juiz pode ao invés de decretá-la, prorrogar o período de prova até o máximo”, que no caso são seis anos.

Por sua vez, a prorrogação do benefício se dá de ofício quando o sursitário estiver respondendo a processo que, no caso de condenação, poderá acarretar a revogação do *sursis*. Dessa forma, se o beneficiário responde a outro processo, no qual é cominada pena privativa de liberdade, considera-se prorrogado o período de prova, até o julgamento definitivo do outro processo a que responde o condenado, conforme salienta o §3º, artigo 86, CPM:

Art. 86. [...] § 3º. Se o beneficiário está respondendo a processo que, no caso de condenação, pode acarretar a revogação, **considera-se prorrogado o prazo da suspensão até o julgamento definitivo.** (grifos nossos)

A propósito, a legislação penal militar traz divergências quanto às causas de revogação do *sursis*, de modo que o artigo 86 do CPM deve ser analisado em cotejo com o artigo 614 do CPPM, pois este estabelece causas de revogação diversas das enumeradas naquele diploma normativo:

Art. 614. A suspensão **será revogada** se, no curso do prazo, o beneficiário:

I – for **condenado**, na justiça militar ou na comum, por **sentença irrecorrível, a pena privativa de liberdade**;

II – não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano;

III – sendo militar, for **punido por crime próprio** ou por transgressão disciplinar considerada grave.(grifos nossos)

§ 1º A suspensão **podrá ser revogada**, se o beneficiário:

a. deixar de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença;

b. deixar de observar obrigações inerentes à pena acessória;

c. for irrecorrivelmente condenado à pena não privativa de liberdade.

§ 2º Quando, em caso do parágrafo anterior, o juiz não revogar a suspensão, deverá:

a. advertir o beneficiário; ou

b. exacerbar as condições ou, ainda,

c. prorrogar o período de suspensão até o máximo, se esse limite não foi o fixado.

§ 3º Se o beneficiário estiver respondendo a processo, que, no caso de condenação, poderá acarretar a revogação, **o juiz declarará, por despacho, a prorrogação do prazo da suspensão até sentença passada em julgado**, fazendo as comunicações necessárias nesse sentido. (grifos nossos)

Nota-se que o CPPM restringiu, em relação ao CPM, como causa de revogação obrigatória do benefício, a condenação por pena privativa de liberdade, independentemente da natureza do crime cometido e deixou de considerar a infração reveladora de má índole. Por outro lado, acrescentou como causa de revogação a punição por crime militar próprio.

Dessa forma, a interpretação de Jorge Romeiro (1994, p. 203) é no sentido de que devem prevalecer as normas da lei processual, embora se trate de matéria de direito substantivo, tais normas foram introduzidas por lei posterior, a Lei nº 6.544/78, cujo teor teria revogado a norma do CPM.

Se o condenado, devidamente intimado, deixar de comparecer à Audiência Admonitória, a suspensão concedida ficará sem efeito e a pena poderá ser imediatamente executada, de acordo com o disposto no CPPM, artigo 612. Todavia, caso o sentenciado comprove justo impedimento em comparecer ao ato, a Audiência será novamente marcada.

Igualmente não terá efeito a concessão do *sursis*, quando o Ministério Público lograr o aumento da pena, por meio de recurso, de modo que exclua a concessão do benefício, conforme estabelecido no artigo 613, do CPPM.

Por fim, evidencia a doutrina que o *sursis* é um direito subjetivo do réu de ter a pena suspensa, desde que preenchidos os requisitos legais (NEVES; STREINFILGER, 2021, p. 709). Ressalta Jorge Romeiro (1994, p. 201) que tanto é assim, que o juiz “deverá pronunciar-se motivadamente sobre a suspensão condicional, quer a conceda, quer a denegue (art. 607, CPPM).”

4.4 O livramento condicional

Na mesma linha do *sursis*, o livramento condicional também se trata de um instituto descarcerizador, uma vez que visa antecipar a liberdade do sentenciado, se cumpridos certos requisitos. Nos dizeres de Jorge Romeiro

(1994, p. 208), “o livramento condicional é a antecipação da liberdade ao condenado que ofereça índices de regeneração, após o cumprimento de uma parte da pena e sob certas condições previamente fixadas (...).”

Os requisitos para a concessão do benefício estão previstos nos artigos 89 do CPM e 618 do CPPM, ambos de igual redação:

O condenado à pena de **reclusão ou de detenção** por tempo **igual ou superior a dois anos** pode ser liberado condicionalmente, desde que:

I - tenha cumprido:

a. **metade da pena**, se primário;

b. **dois terços**, se reincidente;

II - tenha reparado, salvo impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pelo crime;

III - sua boa conduta durante a execução da pena, sua adaptação ao trabalho e às circunstâncias atinentes a sua personalidade, ao meio social e à sua vida progressa permitem supor que não voltará a delinquir.

§1º No caso de condenação por infrações penais em concurso, deve ter-se em conta a pena unificada.

§2º Se o condenado é **primário e menor de vinte e um ou maior de setenta anos**, o tempo de cumprimento da pena pode ser reduzido a um terço. (grifos nossos)

Importa destacar que o artigo 91 do CPM traz as condições preliminares para a concessão do livramento:

Artigo 91. O livramento **somente se concede** mediante parecer do **Conselho Penitenciário**, ouvidos o **diretor do estabelecimento** em que está ou tenha estado o liberando e o **representante do Ministério Público da Justiça Militar**; e, se imposta medida de segurança detentiva, após perícia conclusiva da não-periculosidade do liberando. (grifos nossos)

O Código Penal comum traz regras mais benéficas quanto aos requisitos para a concessão do livramento condicional, pois exige o cumprimento de um terço se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes; e mais da metade da pena se reincidente em crime doloso. Trata-se de mais uma desigualdade provocada pela legislação, tendo em vista que os militares que cumprem pena em estabelecimento sujeito à jurisdição comum, alcançam a liberdade condicional de forma mais favorável e célere do que aqueles que cumprem pena sob a jurisdição militar.

Nesses termos, vale colacionar a posição de Jorge Romeiro, quanto à existência dessa diferença substancial entre a Lei Militar e a comum:

Injustiça que tal pode, entretanto, ser obviada pelos juízes e tribunais militares, por aplicação, aos condenados militares que não cumprem pena em estabelecimento prisional civil, dos dispositivos mais benéficos da Lei de Execução Penal, como, aliás, fez o STM, no que tange ao crime continuado, adaptando dispositivos do CPM aos do CP comum.

As condições obrigatórias impostas ao sentenciado são sustentadas no artigo 626 do CPPM:

Artigo 626, CPM. Serão normas obrigatórias impostas ao sentenciado que obtiver o livramento condicional:

- a. tomar ocupação, dentro de prazo razoável, se for apto para o trabalho;
- b. não se ausentar do território da jurisdição do juiz, sem prévia autorização;
- c. não portar armas ofensivas ou instrumentos capazes de ofender;
- d. não frequentar casas de bebidas alcoólicas ou de tavolagem;
- e. não mudar de habitação, sem aviso prévio à autoridade competente.

Contudo, a legislação deixa a cargo do juiz a fixação de outras condições, a depender do caso concreto, conforme se extrai da interpretação dos artigos 90 do CPM e 625 do CPPM.

Assim como ocorre no *sursis*, a lei penal militar igualmente veda a aplicação do livramento condicional ao condenado por crime cometido em tempo de guerra. E, em tempo de paz, o benefício encontra restrição para determinados crimes, somente sendo aplicado após o cumprimento de dois terços da pena imposta, no mesmo patamar exigido aos condenados reincidentes:

Artigo 97, CPM. Em tempo de paz, o livramento condicional por crime contra a segurança externa do País, ou de revolta, motim, aliciação e incitamento, violência contra superior ou militar de serviço, só será concedido após o cumprimento de dois terços da pena, observando ainda o disposto no artigo 89, preâmbulo, seus nº II e III e §§ 1º e 2º.

Interessante notar que a Lei Processual Penal Militar dispõe que o benefício pode ser requerido pelo próprio sentenciado, seu cônjuge ou

parente em linha reta. Também pode ser concedido mediante proposta do diretor do estabelecimento penal, por iniciativa do Conselho Penitenciário, ou órgão equivalente, cabendo ao juiz decidir acerca do pedido. Em qualquer caso, é indispensável o parecer do órgão do Ministério Público Militar.

Sustenta a doutrina que o livramento também é um direito subjetivo do condenado; e, uma vez preenchidos os requisitos, o juiz deve conceder o benefício (NEVES; STREINFILGER, 2021, p. 717).

À semelhança do *sursis*, no caso do livramento, a legislação também impõe causas de revogação obrigatória e facultativa do benefício, podendo o liberado perdê-lo, se violadas as condições impostas. Dita a norma que o livramento condicional deve ser revogado obrigatoriamente se o liberado vem a ser condenado em sentença irrecorrível à pena privativa de liberdade pela prática de infração penal cometida durante ou após a concessão do benefício, conforme preceituam os artigos 93 do CPM e 631 do CPPM.

Em alinhamento com o ordenamento penal militar, **se o liberado se valer da condicional para cometer novo delito, a revogação deve ser obrigatória**, pois entende o legislador ser ele carecedor do benefício, uma vez que foi traída a confiança que o Estado depositou nele, livrando-o do cárcere antes do cumprimento integral da pena. No caso, revogado o livramento, não poderá ser novamente concedido e nem se desconta da pena o tempo em que esteve solto.

Contudo, o inciso II do artigo 93 do CPM prevê que, **se a infração penal for praticada antes da concessão do livramento** e, unificadas as penas, não for prejudicado o requisito do art. 89, n° I, alínea *a*, do CPM, a revogação é facultativa. Também é considerada facultativa a revogação, se a condenação não for a pena privativa de liberdade, ou, se militar, sofrer transgressão disciplinar grave; ou, ainda, se deixar de cumprir qualquer das obrigações impostas na sentença, nos termos do § 1° do artigo 93 do CPM e do artigo 632, *caput* do CPPM.

Ademais, pela redação do parágrafo único do artigo 95 do CPM, fica vedado ao juiz declarar a extinção da pena, enquanto não transitar em julgado a sentença em processo a que responde o liberado, pela infração que cometeu

na vigência do benefício. Do contrário, considera-se extinta a pena privativa de liberdade, se, ao final do prazo, o livramento não foi revogado.

5 CONCLUSÃO

É inquestionável que a restrição da liberdade afeta o condenado tanto física quanto psicologicamente. Por isso, se faz necessária, na execução da pena, a incidência dos princípios constitucionais debatidos.

A Justiça Militar da União possui regramento próprio de execução penal, mas a doutrina e jurisprudência mais moderna tendem a não opor aos militares, que cumprem pena em Organização Militar, os direitos fundamentais a uma execução penal pautada nos princípios constitucionais da pena.

Dessa forma, as normas de execução penal do direito penal comum, quando indicarem a melhor interpretação à luz constitucional, também podem ser aplicadas na execução penal militar.

O cumprimento integral da pena em regime fechado, como previsto na legislação penal militar, viola direitos fundamentais constitucionais, notadamente, a dignidade humana. O Superior Tribunal Militar, no mesmo sentido da Corte Constitucional, já admitiu a concessão ao apenado da progressão de regime, aplicando-se subsidiariamente a progressão do regime de cumprimento de pena, nos moldes do Código Penal, conforme restou demonstrado.

Ademais, a individualização da pena vai além da fixação desta e engloba as modalidades de cumprimento, tendo por parâmetro a situação pessoal de cada condenado, de modo a conceder benefícios ou até mesmo retirá-los, quando não for merecedor, como ocorre no caso do *sursis* e do livramento condicional.

Vale lembrar que, quando a Constituição Federal requer diferenciar os militares, o faz expressamente; e as normas de direito penal militar, por serem anteriores à Lei Fundamental, devem ser interpretadas sob a ótica da atual ordem constitucional.

A propósito, esse tem sido o entendimento mais atualizado da doutrina e da jurisprudência das Cortes Superiores, conforme restou demonstrado.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores*. 7. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Rio, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Novas penas alternativas: análise político-criminal das alterações da Lei nº 9.714/98*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BRASIL. *Código penal militar: Código de processo penal militar / Ricardo Vergueiro Figueiredo, organização* – 18. ed. – São Paulo: Ridel, 2020.

BRASIL. *Constituição de 1824*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 8 dez. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência do STJ*. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 8 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Constitucional. Penal Militar. *HC nº 120179*. Paciente: Marcelo Bueno Andrade. Impetrante: Tadeu Bastos Roriz e Silva. Coator: STJ. Relator Ministro Ricardo Levandowski. 17.02.2014.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)*, 10. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2021.

CUNHA, Rogério Sanches; SILVA, Davi Castro. *Código Penal para Concursos*. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

FARIA, Marcelo Uzeda de. *Direito Penal Militar*. Coleção Sinopses para Concursos. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

GOMES, Luiz Flávio. Direito penal: parte geral, introdução, v. 1/Luiz Flávio Gomes. *Série Manuais para Concursos e Graduação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

GRECO, Rogério. *Direito Processual Penal Militar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

JESUS, Damásio. *Direito Penal: Parte Geral*. 36 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito Penal Militar*. 5. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2010.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de direito penal militar*. 5. ed. – São Paulo: Saraiva, 2021.

NOVELINO, Marcelo, *Curso de Direito Constitucional*. 16. ed. rev. ampl. e atual. - Salvador: JusPodivm, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Militar Comentado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de Direito Penal Militar: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROTH, RONALDO JOÃO. Os delitos militares por extensão e a nova competência da Justiça Militar (LEI 13.491/17). *Jusmilitaris*. Artigo originariamente publicado na Revista Direito Militar nº 126, Florianópolis: AMAJME, 2017, pp. 29-36. Disponível em: <https://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/artigoRothLeino va.pdf>. Acesso em: 4 dez. 2021.

Transplantes jurídicos domésticos: intercâmbio entre sistemas de justiça penal comum e penal militar

Cirelene Maria da Silva Rondon de Assis

Especialista em Direito Penal e Processual Penal Militar.

Especialista em Direito Constitucional.

Especialista em Ciências Militares Complementares.

Capitão do Quadro Complementar de Oficiais do Exército Brasileiro.

Mestranda em Direito Público.

Data de recebimento: 21/12/2021

Data de aceitação: 31/12/2021

RESUMO: O objeto deste estudo é a análise dos transplantes (transferências, irritantes ou traduções jurídicas), com abordagem no viés doméstico: entre o sistema penal de justiça comum e o sistema penal militar. A problemática circunscreve-se à suposta ausência de critérios objetivos de justificabilidade na importação de institutos da legislação repressiva comum, material e formal, para a congênera substantiva e adjetivada especial, o que, em tese, produz insegurança jurídica aos jurisdicionados que são submetidos a uma espécie de loteria processual nos feitos em trâmite na justiça especializada. A inquietação decorre da observância da jurisprudência da Justiça Militar da União, especialmente a exarada pela Corte Superior Castrense, que ora admite a utilização de institutos do sistema comum, sob fundamento da “política criminal”, e ora os repele, em nome da “especialidade”, sem, contudo, detalhar as razões da inaplicabilidade ou aplicabilidade e ainda seus impactos nos contornos do sistema de justiça penal especial. O método adotado é dogmático, calcado na pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Em um primeiro momento buscar-se-á a conceituação de transplantes legais para, após, partir para a análise de alguns julgados selecionados exarados pelo Superior Tribunal Militar e cotejá-los com os conceitos inicialmente traçados.

A seguir, passar-se-á ao estudo de um grupo seletivo de julgados que, em tese, admitiram a importação de institutos, com foco nos aspectos da motivação dessas decisões e no prognóstico da adoção de institutos de um sistema em outro. Por fim, traçar-se-á as conclusões sobre as questões inicialmente apresentadas para a presente investigação acadêmica.

PALAVRAS-CHAVE: Transplantes jurídicos. Sistemas de justiça penal comum e militar. Crime continuado. Justificabilidade.

ENGLISH

TITLE: Domestic Legal Transplants: Interchange between Common Criminal Justice and Military Criminal Justice Systems.

ABSTRACT: The object of this study is to analyze the legal transplants (transfers, irritants or translations), with the domestic bias approach: between the criminal justice system and the military penal system. The problem is circumscribed in the supposed absence of objective standards that justify the importation of institutes of common repressive legislation, substantive and procedural, to the special legislation, which, in theory, creates legal uncertainty for those who are submitted to a kind of procedural lottery in the specialized court. The concern results accrue from the observance of the jurisprudence of the Federal Military Justice, especially the one drawn up by the respective Superior Court, which sometimes accepts the institutes of the common system, based on “criminal policy”, and at other times rejects them, grounding on the “specialty”, without detailing the reasons for the inapplicability or applicability and even its impacts on the contours of the special criminal justice system. The dogmatic method will be applied, based on bibliographical and jurisprudential research. At first the concept of legal transplants will be defined and, after, some selected judgments filed by the Superior Military Court will be analyzed and compared with the concepts initially outlined. Next, we will proceed to the study of a select group of judgments that, in theory, admitted the importation of institutes, focusing on the motivation of these decisions and on the prognosis of the adoption of institutes from one system to another. Finally, conclusions will be drawn on the issues initially presented for this academic investigation.

KEYWORDS: Legal transplants. Common and Military. Criminal Justice System. Continuing crime. Justifiability.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Desenvolvimento – 3 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A Justiça Militar brasileira, diversamente do que ocorre com a esmagadora maioria dos países que a organizam na forma de corte marcial¹, desde a Constituição Federal de 1934, faz parte da estrutura do Poder Judiciário.

As decisões das cortes marciais, por não constituírem atos judiciais, não se mostram como paradigma adequado para o modelo do sistema de justiça penal militar pátrio. Nesse aspecto acentuam a responsabilidade dos operadores do direito castrense brasileiro em construir os alicerces desse sistema peculiar.

No seu desenho organizatório, a Justiça castrense nacional, seja na sua atuação federal² ou estadual, conta em seus quadros com civis: magistrados e servidores concursados, em nada diferindo de quaisquer outros ramos do Poder Judiciário. Cabe consignar que a existência de órgãos colegiados compostos por militares, sob a presidência do juiz de direito, não desnatura a inclusão da Justiça Militar na estrutura do Poder Judiciário. Tal procedimento, na forma de escabinato, em muito se assemelha ao Tribunal do Júri. Cabe consignar que, no âmbito federal, a presença de militares como julgadores ocorre apenas quando não houver civil na condição de réu.

Na estrutura judiciária brasileira, coexistem dois sistemas de justiça penal: o comum e o militar. Paralelamente ao primeiro funciona o sistema de justiça penal castrense que, considerando as suas peculiaridades, além da

¹ KINOSHITA, Adriana. *Justiça Militar da União*: permanência ou extinção. Rio de Janeiro: ESG, 2013. Disponível em: <https://repositorio.esg.br/bitstream/123456789/1333/1/Adriana%20Kinoshita%20-%20Justi%C3%A7a%20Militar%20da%20Uniao%20x%20Justi%C3%A7a%20de%20Tr.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2021.

² Lei 8.457/1992, Lei de Organização Judiciária Militar da União.

codificação própria do direito material, o Código Penal Militar (CPM), restou adotado como instrumento processual de prestação jurisdicional o Código de Processo Penal Militar (CPPM).

Os modelos de justiça que até a edição da Lei 13.491/2017 se mostravam, em regra, herméticos, passaram a dialogar, reafirmando a abertura de intercâmbios entre os dois sistemas como forma de concretização do poder punitivo castrense.

Nesse contexto é que se objetiva a reflexão ora posta. Explorar a existência dos “transplantes” entre os sistemas de justiça penal comum e o militar. No entanto, em razão do leque de possibilidades de intercâmbios, optou-se por estudar a utilização da legislação penal comum na dosimetria da reprimenda aplicável ao crime militar de natureza continuada. A escolha se deu em razão da existência de maior número desses casos no banco de jurisprudência assim como por ser questão debatida no âmbito da Justiça Militar por mais de três décadas.

O recorte nacional da pesquisa decorre da escassez de bases para estudos de direito comparado na seara penal e processual militar. O fato de as decisões proferidas pelas cortes marciais dos diversos Estados soberanos não ostentarem natureza judicial inviabiliza a adoção dos transplantes legais clássicos, ou seja, aqueles que ocorrem de um país para outro.

2 DESENVOLVIMENTO

A adoção terminológica de transplantes jurídicos tem seu nascedouro nos idos de 1974 nas pesquisas de direito comparado. Creditado a Alan Watson, o termo atualmente é consagrado como paradigma central dos estudos comparados dos ordenamentos jurídicos, como “movimento de uma regra ou de um sistema jurídico de um país a outro, ou de um povo a outro”.³ Transplantar de acordo com os dicionários:

[...] é “remover e reposicionar”, “transportar ou remover para outro lugar”, “transportar para outro país ou local de

³ WATSON, Alan. *Legal transplants. An Approach to Comparative Law*. 2. ed. London: University of Georgia Press, 1993. p. 21.

residência”. “Transplante”, então, implica deslocamento. Para os propósitos dos juristas, a transferência é aquela que ocorre entre as jurisdições: há algo em uma dada jurisdição que não é nativo a ela e que foi levado para lá de outra jurisdição⁴

Oportuno salientar que muitos dos pontos doutrinários discordantes das teorias sobre os transplantes jurídicos deixaram de ser aqui abordados em razão de não tangenciarem as questões postas neste ensaio, no qual os intercâmbios acontecem dentro do próprio país, ou seja, entre suas regras domésticas enquanto ciência. O viés ora examinado se restringe aos “empréstimos” da jurisdição comum para a especial militar, ou seja, ambos os sistemas são pertencentes ao plexo legislativo nacional. Exatamente por isso adotou-se a denominação “transplantes domésticos”. Dessa forma, não se justifica o debate sobre fatores antropológicos, econômicos, dentre outros que envolvem culturas distintas, o que afasta de plano as críticas de Legrand⁵ a Watson sobre o modelo de “Direito-como-regras” e “regras-como-declarações-proposicionais-vazias”, e por isso altamente intercambiáveis entre quaisquer sistemas jurídicos, já que a análise aqui trata sobre diálogos entre regras de um mesmo Poder Judiciário.

A metáfora dos transplantes jurídicos tem sido o principal dispositivo utilizado por pesquisadores e aplicadores do direito comparado para analisar a importação de práticas jurídicas estrangeiras.⁶ Igual é a lógica que se busca estabelecer na importação de um instituto típico do sistema de

⁴ LEGRAND, Pierre. A Impossibilidade de “Transplantes Jurídicos”. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 9, n. 1, ago. 2014. ISSN 2317-8558. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/49746/35160>. Acesso em: 27 jul. 2021. doi: <https://doi.org/10.22456/2317-8558.49746>.

⁵ Ibid. Nesse sentido, a posição de Watson, embora simplista, é representativa da abordagem que deve ser seguida, de forma explícita ou não, pelos defensores da tese da “modificação-jurídica-como transplante-jurídico”. Qualquer um que assuma a visão de que “o Direito” ou “as regras do Direito” viajam por jurisdições deve ter em mente que o Direito é uma entidade de alguma forma autônoma, desonerada de bagagem histórica, epistemológica ou cultural. [...] As regras não são apenas aquilo que é interpretado por Watson que sejam. E, por causa do que elas efetivamente são, as regras não podem viajar. Assim, os transplantes jurídicos são impossíveis.

⁶ LANGER, Maximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do *plea bargaining* e a tese da americanização do processo penal: *from legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure*. *Delictae Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, [S. l.], v. 2, n. 3, p. 19, 2017. DOI: 10.24861/2526-5180.v2i3.41. Disponível em: <https://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41>. Acesso em: 29 jul. 2021.

justiça penal comum para o penal militar, com a migração de um procedimento, instrumento ou fase do primeiro para o último.

Em que pese sedutora a metáfora dos transplantes legais, nem sempre a adaptação de um instituto alienígena no corpo de outro sistema jurídico será plena e harmônica. Assim como na fisiologia animal, devem ser consideradas as hipóteses de rejeições em decorrência de vários fatores endógenos e exógenos. A importação de práticas jurídicas estrangeiras nem sempre se traduz em funcionalidade para o sistema que as recebe, isso porque o transplante possui falhas:

A metáfora, contudo, possui deficiências. O seu principal problema é que transmite a noção de que ideias e instituições podem ser simplesmente “recortadas e coladas” entre os sistemas jurídicos. Dessa maneira, a metáfora falha na explicação da transformação que ideias e instituições jurídicas podem sofrer quando transferidas entre sistemas jurídicos. [...] Um rim ou uma muda de planta se parecerão em seu corpo ou ambiente original e receptor, mas isto normalmente não ocorre com ideias e instituições jurídicas, que são imitadas até certos níveis conceituais, mas não em outros.⁷

Em que pese o sucesso da metáfora de Watson, outros estudiosos que o sucederam buscaram aprimorar a nomenclatura, como fez o professor Otto Kahn-Freund, que tomou o termo “transplante” como sinônimo de “transferência” em matéria de modificações legislativas a partir do direito alienígena.⁸ Para Gunther Teubner não ocorre um transplante, mas uma ‘irritação’, que propicia novos e inesperados eventos, inclusive, institucionais. Também crítico da expressão transplantes é o professor Maximo Langer, que sugere mais adequada a terminologia traduções para designar a circulação de instituições jurídicas entre sistemas jurídicos⁹:

⁷ Ibid.

⁸ VIEIRA, Renato Stanzola. O que vem depois dos “legal transplants”? Uma análise do processo penal brasileiro atual à luz de direito comparado. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 767-806, mai./set. 2018. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_ser_vicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBDPP_v.04_n.2_2018.pdf. Acesso em: 27 jul.2021.

⁹ Ibid.

[...] a metáfora da tradução distingue a fonte linguística ou sistema jurídico – de onde vem a ideia ou a instituição – do sistema de destino – na qual a ideia jurídica ou instituição é traduzida. A metáfora da tradução também permite a distinção a ser feita entre o ‘texto’ original – a ideia ou instituição tal qual desenvolvida no sistema jurídico de fonte – e o texto traduzido.

Tracejada a doutrina dos transplantes, transferências, irritantes ou traduções jurídicas como forma de intercâmbio entre sistemas de justiça dos países, passe-se à abordagem ora proposta que difere do âmbito de incidência, em geral, dos estudos doutrinários sobre a temática, que têm seu enfoque no terreno de direito comparado. Isso considerando que a pretensão neste ensaio é analisar o “empréstimo” de institutos entre os sistemas de justiça penal ordinário e o especial nacional, ou seja, um traslado de mecanismos jurídicos entre sistemas domésticos: comum e militar.

Cabe consignar que tudo que foi dito até aqui sobre os transplantes legais na seara de direito comparado aplica-se à transferência de institutos típicos do sistema de justiça penal comum para o castrense.

Nesse viés de estudo, cabe assinalar que, conforme o antes exposto, diferentemente da maioria dos países, no Brasil, a justiça militar é integrante do Poder Judiciário (colegiado civil) e não corte marcial (tribunal militar dentro do Executivo). Fato que possibilitaria, em tese, os transplantes jurídicos. Denominação que, em homenagem a Watson, restou adotada neste ensaio.

Da análise de pequena amostra de julgados exarados pelo Superior Tribunal Militar (STM), observa-se, de longa data até os dias atuais, alguns transplantes jurídicos traduzidos na importação de institutos do sistema penal comum para o militar. A título de exemplos ilustrativos, cita-se: (a) Recurso em Sentido Estrito 7000222-55.2020.7.00.0000 – recebido como Agravo em Execução, ante a lacuna existente no sistema de justiça penal militar, no entanto restou negada a aplicação de outros institutos previstos na parte geral do Código Penal comum; (b) Apelação 7000006-31.2019.7.00.0000 – na dosimetria em caso de inimizabilidade fez incidir o art. 26 da legislação penal comum em detrimento do art. 48 do Código Penal Militar; (c) Apelação

7000488-42.2020.7.00.0000 – aplicou art. 71 Código Penal comum ao crime militar continuado, em detrimento do art. 80 do Codex castrense congênere.

Cabe assinalar que até mesmo a Corte Constitucional tem adotado os transplantes domésticos. O *Habeas Corpus* 127.900/AM transplantou o art. 400 do Código de Processo Penal comum para o sistema de justiça militar, ao determinar a migração do interrogatório para o final da instrução processual em homenagem ao princípio do contraditório, afastando a incidência do art. 302 do Código de Processo Penal Militar.

De todos esses casos de transplantes de institutos do sistema de justiça penal comum para o militar, acima citados, optou-se por fazer um recorte no tocante a transposição da punição do crime continuado, art. 71 do CP, em substituição ao disposto no art. 80 do CPM. A opção se deu em razão do fato de o Superior Tribunal Militar (STM), levando em conta sua composição, ao longo de mais de 30 anos, ter trabalhado a questão de forma oscilante, inicialmente contrária ao transplante legal, depois favorável; e, na atualidade, com tendência a renegar o empréstimo legislativo.

O sistema de justiça penal militar, de forma idêntica ao comum, em matéria de crime continuado, adotou a teoria da ficção jurídica, também chamada teoria objetiva. Entretanto, as regras castrenses punem com mais severidade as infrações perpetradas nesse padrão de conduta, considerando que adotam a fórmula do concurso material de crimes. Prevê o cúmulo material para penas da mesma espécie, sendo a reprimenda única a resultante da soma de todas elas. Já em relação à sanção decorrente da continuação delitiva com penas diversas, a pena única será a resultante da mais grave acrescida do aumento da metade das menos graves.¹⁰

Da análise comparativa observa-se que a jurisprudência e a doutrina especializadas têm-se inclinado à aplicação da regra de punição prevista no Código Penal comum (CP) aos delitos castrenses de natureza continuada, com fundamento em questões de política criminal, consistentes em evitar desigualdade entre os infratores aos tipos penais comuns e aos militares, após

¹⁰ ASSIS, Jorge Cesar de. *Comentários ao Código Penal Militar*: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores e jurisprudência em tempo de guerra. 10. ed. Curitiba: Juruá, 2018, pp. 326-328.

a reforma da Parte Geral do CP em 1984.¹¹ Há relatos de casos concretos cujo resultado da dosimetria com pálio no art. 80 do CPM atingiu mais de três casas decimais de privação de liberdade, traduzindo-se em prisão perpétua, em patente afronta ao leque protetivo de direitos fundamentais encartado na Constituição Federal de 1988¹².

Jorge Alberto Romeiro¹³, apontando essa divergência de punição e considerando que o instituto foi criado em benefício do réu, rememora que a Corte Castrense desde 1986, entendia por bem aplicar as regras do *Codex* comum aos feitos militares em razão da equidade, princípios gerais de justiça e política criminal.

No entanto, nos primeiros anos da década de 1990, a questão não era pacífica no âmbito do STM, que refutava a aplicação do art. 71 do CP em detrimento da norma castrense com fulcro na especialidade conforme ditames do art. 12 da norma substantiva comum.¹⁴ De forma progressiva, a Corte foi admitindo transplante do teor do dispositivo comum para o sistema penal

¹¹ ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Código Penal Militar Comentado – Parte Geral*. Belo Horizonte: Líder, 2009, pp. 183-184.

¹² ASSIS, op. cit., p. 328. A Justiça Militar da Paraíba registrou uma sentença inédita que com certeza será motivo de acompanhamento pela comunidade acadêmica. Dois bombeiros militares foram condenados [...] [por terem] desviado os recursos para serviços que não foram feitos ou que foram cobrados mais de uma vez. A pena aplicada chegou a 1533 anos de reclusão, em face do tratamento dado ao crime continuado pelo Código Penal Militar. (Processo 200.2003.030.472-5, Vara da Auditoria Militar, sentença de 17.03.2014).

¹³ ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de Direito Penal Militar: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 195. Em face de tão intrigante disparidade de punições entre o direito penal comum e militar vigentes para o crime continuado, e atendendo a que a origem do instituto mirava beneficiar o réu – está ligada ao sentimento de humanidade dos Práticos, que, concebendo o crime continuado como um só crime, tentavam impedir a pena de morte então cominada ao autor de um terceiro furto – a jurisprudência do STM, por forma equânime, pretoriana, vem punindo o crime continuado por forma semelhante ao direito penal comum: Aplicando a pena de um só dos crimes, com aumento variável conforme o caso. Nesse sentido, vejamos as Apelações n. 44.860-8-AM (acórdão de 8-4-1987) e 44.657-5-PA (acórdão de 11-11-1986).

¹⁴ EMBARGOS. CRIME CONTINUADO. ART. 80 DO CPM. FURTO QUALIFICADO E RECEPÇÃO DOLOSA DE ARMAMENTO MILITAR. INAPLICABILIDADE DA REGRA CONTIDA NO ART. 71 DO CODIGO PENAL EM FACE DO CONTIDO NO ART. 12 DO MESMO DIPLOMA. MANUTENÇÃO DO ACORDÃO HOSTILIZADO. MAIORIA. (Superior Tribunal Militar. EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE N.º 1991.01.045918-2 Relator(a): Ministro(a) JOSÉ DO CABO TEIXEIRA DE CARVALHO. Data de Julgamento: 22.10.1991, Data de Publicação: 10.2.1992).

castrense, embora o Ministério Público Militar¹⁵ se insurgisse contra a migração da regra.

De lá para cá, a Corte Castrense e os Tribunais de Justiça Militares estatuais se mantiveram uniformes na aplicação do art. 71 do CP e vinham afastando a incidência do art. 80 do CPM nos casos de crimes continuados. Ao longo desses anos, a autorização jurisprudencial para o transplante jurídico entre os sistemas teve sua justificativa calcada, em síntese, na proporcionalidade da pena, em questões de política criminal e no senso de distribuição de justiça¹⁶:

Furto simples. Crime continuado. Medida de segurança. Tratamento ambulatorial. Espécie de medida de segurança não prevista no CPM. Subtração de quantia em dinheiro à bordo de Navio-Transporte de Tropa. Aplicação no caso do disposto no art. 71 do CP (comum) para a continuidade delitiva. (STM – AP 2000.01.048652-6. Publicação: 29.5.2001)

Prova da falsificação de inúmeros documentos oficiais (Carteiras de Inscrição e Registro e Certificados de Cursos) pelos agentes, resta inequívoca a pluralidade de ações, justificando o reconhecimento da continuidade delitiva, devendo ser aplicada a regra constante do art. 71 do Código Penal comum, por ser mais benéfica ao réu, consoante a reiterada jurisprudência do STM. (STM – AP 0000043-32.2005.7.01.0101. Data de Julgamento: 6.8.2013, Data de Publicação: 16.8.2013)

A pluralidade de ações se coaduna com a incidência da continuidade delitiva prevista no art. 71 do CPP em

¹⁵ PECULATO COM CONTINUIDADE DELITIVA. COISA JULGADA MATERIAL, PELO TRÂNSITO EM JULGADO PARA A DEFESA, DA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU. INCONFORMISMO DO MPM, QUE SUSTENTA A INAPLICABILIDADE DOS ARTS. 16 E 71 DO CPB (REDAÇÃO DADA PELA LEI NUMERO 7.209/84), INVOCADOS NA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL DA SENTENÇA RECORRIDA. O ATENDIMENTO LITERAL DO PEDIDO DO MPM CONDUZIRIA O JULGADOR A APLICAÇÃO DE PENA EXTREMAMENTE SEVERA: 12 ANOS DE RECLUSÃO. FATORES DE ORDEM HUMANITARIA, NESTE CASO ESPECIALISSIMO, LEVAM A CORTE A ACEITAÇÃO DO 'QUANTUM' DA PENA FIXADA NA SENTENÇA, NA FORMA ALI ESTABELECIDADA. NEGADO PROVIMENTO AO APELO DO MPM. DECISÃO TOMADA NA FORMA DO PARAGRAFO UNICO DO ART. 435 DO CPPM, C/C O PARAGRAFO PRIMEIRO DO ART. 92 DO RISTM. (Superior Tribunal Militar. APELAÇÃO N.º 1994.01.047339-4 Relator(a): Ministro(a) ALDO DA SILVA FAGUNDES. Data de Julgamento: 29.11.1994, Data de Publicação: 20.3.1995).

¹⁶ TJMSP -Apelação Criminal n. 5.240/03, Rel. Juiz Cel. PM Lourival Costa Ramos, j. 25.8.2005.

TJMMG - Apelação Criminal n. 2.332, Rel. Juiz Cel. PM Paulo Duarte Pereira, j. 4.11.2004.

STM - Apelação 7000587-46.2019.7.00.0000, Rel. Min. José Coêlho Ferreira, j. 12.2.2020.

detrimento do art. 80 do CPM por razões de política criminal, tendo em vista que permite a fixação de uma reprimenda mais justa e proporcional ao Réu. (STM - AP 000064-70.2008.7.12.0012. Data de Julgamento: 11.10.2017. Data de Publicação: 9.11.2017)

De forma diversa, o Supremo Tribunal Federal¹⁷ sempre prezou pela incidência das regras especiais de dosimetria para o concurso de crimes militares conforme previsto na norma material castrense (art. 80): “o tratamento diferenciado decorrente dos referidos Códigos tem justificativa constitucionalmente aceitável em face das circunstâncias peculiares relativas aos agentes e objetos jurídicos protegidos. A disparidade na disciplina do crime continuado não vulnera o princípio da igualdade”.

Não oscilou o entendimento ao longo desses anos. Sob o reforço da especialidade, a Corte Suprema rechaça a mescla do regime penal comum com penal militar de modo a selecionar o que cada sistema possui de mais favorável ao acusado. A maior severidade da reprimenda no sistema de justiça castrense decorre da própria política legislativa¹⁸, ou seja, tem por fundamento a política criminal legislativo-dogmática¹⁹. Nesse ponto, a Corte Constitucional não aponta qualquer espaço de correção da opção do

¹⁷ RECr 115.770/RJ, (RE 115770/RJ, rel. Min. Aldir Passarinho, 2ª Turma, julgamento: 29.10.1991, publicação: 21.02.1992); HC 73056/PR.

¹⁸ Não se aplica aos crimes militares a regra de continuidade delitiva a que se reporta o art. 71 do Código Penal Comum. Isso porque, nos termos do art. 12 do CP, a inexistência de regramento específico em sentido contrário é premissa da aplicação subsidiária do Código Penal às legislações especiais. No caso, tal premissa não se faz presente. Bem ou mal, o Código Penal Militar cuidou de disciplinar os crimes continuados de forma distinta e mais severa do que o Código Penal Comum. Não se pode mesclar o regime penal comum e o castrense, de modo a selecionar o que cada um tem de mais favorável ao acusado. Tal proceder geraria um “hibridismo” incompatível com o princípio da especialidade das leis. Sem contar que a disciplina mais rigorosa do Código Penal Castrense funda-se em razões de política legislativa que se voltam para o combate com maior rigor daquelas infrações definidas como militares. Precedentes. Ordem denegada. (HC 86854/SP, rel. Min. Carlos Britto. Julgamento: 14.3.2006. Publicação: 2.3.2007. 1ª Turma).

¹⁹ [...] a política criminal legislativa dogmática, juntamente com a criminal penalógica e a processual, compõem a chamada política criminal extra-sistemática que está ligada estritamente ao âmbito legislativo. A função da política criminal legislativa dogmática é aprimorar a teoria do delito e, a luz da teoria do bem jurídico, criar novos tipos penais. [...] “Advirta-se ainda que toda política criminal intra-sistemática pode repercutir numa política criminal extra-sistemática e vice-versa, sendo isso o ideal que se busca, pois só assim a ciência criminal pode progredir como um todo”. (SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana*: contributo para compreensão dos bens jurídicos supra individuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 31 e ss.).

legislador dentro da política criminal intrassistemática dogmática, aquela imanente do sistema de direito criminal propriamente dito, nos casos de crime militar continuado.²⁰

O fundamento que o Supremo Tribunal Federal invoca para validar a incidência do art. 80 do CPM é o mesmo que a Corte castrense, em ocasiões diversas, se utiliza para repelir e não aplicar outros institutos do sistema de justiça penal comum ao militar, qual seja: a especialidade do sistema de justiça penal militar. Como exemplo, pode ser citada a não incidência da Lei 9.099/1995, do art. 366 do Código de Processo Penal, entre outras.

Nessa esteira cabe colacionar alguns julgados exarados pelo STM: o HC 7000027-36.2021.7.00.0000, que em nome da especialidade e do silêncio eloquente não aplicou os normativos do sistema penal comum ao militar, no caso do acordo de não persecução penal, bem como os institutos despenalizares da Lei 9.099/95; e o HC 7000129-58.2021.7.00.0000, que, também sob o escólio da especialidade, não admitiu a incidência do art. 366 do Código de Processo Penal comum e manteve o julgamento do réu revel nos moldes do disposto no art. 292 do CPPM.

Como se observa, para alguns casos vale a regra da especialidade, para a continuidade delitiva, não²¹. A ausência de justificabilidade objetiva para o transplante legal gera insegurança jurídica, ainda mais quando contrária ao posicionamento da Corte Constitucional.

No intuito de conferir maior racionalidade se mostra oportuno, nos casos do uso dos transplantes domésticos entre os dois sistemas de justiça

²⁰ “[...] o STF já assentou que “não se aplica aos crimes militares a regra de continuidade delitiva a que se reporta o art. 71 do Código Penal comum. Isso porque, nos termos do art. 12 do CP, a inexistência de regramento específico em sentido contrário é premissa da aplicação subsidiária do Código Penal às legislações especiais”. (HC 201428/RJ, rel. Min. Roberto Barroso, Julgamento: 29.5.2021, Publicação: 02.6.2021).

²¹ “[...] silêncio quanto à incidência do ANPP na Justiça Militar, em um claro silêncio eloquente, capaz de afastar a aplicação do benefício aos processos em curso nesta Justiça especializada. [...] descabe a aplicação da suspensão condicional do processo, prevista na Lei nº 9.099/95 nesta Justiça castrense, por expressa vedação do art. 90-A [...] (STM – AP 7000618-32.2020.7.00.000. Julgamento 25.05.2021, Publicação: 9.6.2021). [...] em observância ao princípio da especialidade, não há que se cogitar da aplicabilidade subsidiária do art. 366 do CPP comum ao rito do processo penal militar. (STM – AP 7000717-02.2020.7.00.000. Julgamento 12.8.2021, Publicação: 26.8.2021)

penal, o estabelecimento de *standards*²², objetivos aferíveis que justifiquem a adoção de uma norma alienígena em substituição às normas especiais vigentes. A fixação desses parâmetros, além de plenamente possível, mostra-se premente e alinhada à segurança jurídica, considerando que extrapola os limites subjetivos do caso concreto e adota critérios objetivos sindicáveis pelas instâncias jurisdicionais superiores.

A decisão estrutural²³ de correção judicial de injustiças, no caso posto, que afrontam direitos fundamentais é medida exigida do magistrado. Seus efeitos, em regra, são *erga omnes*. Para tanto, deve o julgador justificar objetivamente sua escolha em razão das especificidades do caso concreto, ou seja, deve obedecer aos *standards* já traçados, ou na inexistência, delinear tais modelos objetivos para servir a decisões futuras.

Nesse contexto, é oportuno rememorar a decisão estrutural proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 979.962/RS²⁴, julgado em 24.3.2021, na qual, com fundamento no princípio da proporcionalidade, restou consignado que é inconstitucional a pena de reclusão de 10 a 15 anos, cominada para a importação de medicamento sem registro. No caso, como solução a Corte Constitucional determinou a ripristinação dos patamares previstos na legislação anterior²⁵. Assim, em que

²² *Standard* significa padrão, norma, modelo.

²³ A decisão estrutural é espécie de provimento jurisdicional na qual o juiz intervém na gestão de uma instituição, entidade ou organização, visando concretizar um direito fundamental, elaborar uma política pública ou resolver um conflito complexo. DIAS, Daniella Maria dos Santos; NEPOMUCENO, Chaira Lacerda; COSTA, Carlos Henrique. As decisões estruturais e o procedimento das ações possessórias: um estudo de caso do residencial “Cristo Vive” *Revista de Direito da Cidade*, v. 11, n. 4. ISSN 2317-7721. pp. 135-173

²⁴ “É inconstitucional a aplicação do preceito secundário do artigo 273 do Código Penal, com a redação dada pela Lei 9.677/1998 – reclusão de 10 a 15 anos – à hipótese prevista no seu parágrafo 1º-B, inciso I, que versa sobre a importação de medicamento sem registro no órgão de vigilância sanitária. Para esta situação específica, fica ripristinado o preceito secundário do artigo 273, na redação originária – reclusão de um a três anos e multa” (RE 979.962/RS, j. 24.3.21).

²⁵ O Superior Tribunal de Justiça (STJ) no ano de 2015, ao enfrentar a questão, afastou a constitucionalidade da pena do art. 273, § 1º-B, V, do CP: “reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa”. Como solução, asseverou que deveria ser aplicada ao condenado a pena prevista para o *caput* do art. 33 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas), inclusive, com possibilidade de incidência da causa de diminuição de pena do respectivo § 4º. (STJ. Corte Especial. AI no HC 239.363-PR, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, j. 26.2.2015). Cabe assinalar a dupla função judicante do STM: atua como segundo grau e como Corte Superior no controle de legalidade das normas que compõem o sistema de justiça penal militar da União. Assim como ocorre com a

pese proferida em um processo dual, a tese fixada deverá ser aplicada a todos os demais feitos congêneres.

Como se observa, o transplante é medida plenamente viável, o que não se mostra razoável é a fundamentação casuística resumida na mera invocação de princípios norteadores sem, contudo, justificar a incidência e subsunção ao caso concreto, sob pena de violar até mesmo preceitos constitucionais referentes ao dever de fundamentar as decisões judiciais.

No tocante à questão do crime militar continuado, o empréstimo da regra do sistema penal comum para o castrense, em que pese à aplicação ao longo dos anos, na atualidade sofreu uma reviravolta decorrente da atual composição da Corte. Isso porque conta em sua composição com magistrados que discordam da posição até então adotada:

[...] O Codex castrense possui maior rigidez no tratamento penal ao crime continuado militar em comparação ao crime continuado comum do Código Penal (CP), pois diferentemente deste, aquele cuida do concurso de crimes e do crime continuado sob a disciplina da soma de penas. II – Há uma verdadeira relação especial de sujeição à norma de oficiais e graduados. Assim, o que se veda no princípio da igualdade é a discriminação gratuita, sem nexos com a realidade jurídica, cujo fim seja sempre o bem ou a utilidade pública. A norma especializada militar resguarda bens jurídicos sensíveis e aos combatentes da pátria cabem a execução de tarefas essenciais à soberania do país. III – Obedecido o princípio da proporcionalidade nos vetores da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O somatório das penas foi necessário para se resguardar a credibilidade da Administração Pública Militar e a especificidade da legislação penal castrense. (STM, Embargos Infringentes e de Nulidade 7000284-95.2020.7.00.0000. Julgado: 6.8.2020. Publicação: 3.9.2020). (sem grifo no original)

Ainda que o Regimento Interno da Corte castrense autorize, inexistem turmas naquele Tribunal. Assim, todos julgados são sempre submetidos ao pleno. O que, em tese, traz um grau de estabilidade pouco

Justiça Eleitoral, o STJ não atua em relação àquele sistema de justiça castrense, embora o faça quando se tratar da especializada estadual. Situação peculiar que, em tese, justificaria a competência da Corte castrense para proferir decisões estruturais em tema de repercussão geral, como é o caso da análise da legalidade do art. 80 do CPM.

seguro aos precedentes do STM, isso considerando a facilidade da alteração dos posicionamentos. Bastando outra sessão ordinária de julgamento para que ocorra uma guinada na tese fixada. Exatamente o que ocorreu no acórdão a seguir transcrito, que sucedeu o proferido pelo mesmo pleno em 2020. Posicionamentos contrapostos em curto espaço de tempo e, ao que parece, sem o necessário *distinguish*:

A materialidade e a autoria estão amplamente comprovadas e revelam que a conduta praticada pelo Apelante, em continuidade delitiva, perfaz os requisitos objetivos e subjetivos do crime de estelionato, previsto no art. 251, caput, do CPM, c/c o art. 71 do CP comum. Apelação desprovida, à unanimidade. (STM – AP 7000922-31.2020.7.00.0000. Data de Julgamento: 10.6.2021, Data de Publicação: 29.6.2021)

Fato é que o desenho organizatório da Corte castrense, ao que parece, mostra-se na contramão da necessidade de valorização do precedente, com a permanência da jurisprudência uniforme, estável íntegra e coerente, conforme preceituado no art. 926 do Código de Processo Civil, perfeitamente aplicável aos feitos de natureza penal.

Sobre o mérito da questão, oportuno assinalar que a Constituição Federal traça nítida distinção de tratamento entre servidores civis e militares, sendo que estes últimos, em razão da sua relação de sujeição especial com o Estado, estão submetidos a vínculos jurídicos, em regra, mais severos. Nessa diferenciação aporta a constitucionalidade da apenação mais gravosa dos delitos militares.²⁶ A diferença entre os sistemas comum e militar está calcada

²⁶ Os benefícios da Lei 9.099/95 (crimes de menor potencial ofensivo) aplicam-se somente aos crimes comuns sendo vedada sua aplicação os crimes militares (art. 90-A da Lei 9.099/95, instituído pela Lei 9.839/99). Sobre essa questão, um crime com mesma definição jurídica e mesma pena, previstos no Código Penal Comum (CP) e no Código Penal Militar (CPM), v.g., uma lesão corporal leve (o denominado crime impropriamente militar neste último), tem tratamento distinto, dependendo do enfoque, se crime comum ou crime militar. Apenas no primeiro se aplica os benefícios da Lei 9.099/95 (composição civil, transação, representação e suspensão condicional do processo). ROTH, R. J. A aplicação dos institutos despenalizadores do Direito Penal Comum no âmbito militar. *Revista Estudos e Informações da Justiça Militar do Estado de Minas Gerais*, nov.. 2008, pp. 30/4-1. O autor ainda menciona as questões sobre a Lei 11.343/2016, por vezes até mais gravosa no que se refere à traficância em relação a idêntica conduta na ambiência militar. De igual sorte há as atualizações normativas em relação ao tipo penal do estupro, sem equiparação na legislação castrense. (ROTH, Crime continuado: A

na isonomia, e não igualdade, dos bens jurídicos tutelados, nisso consiste a especialidade do último em detrimento da generalidade do primeiro.

Cabe nesse ponto a indagação: a política criminal legislativo-dogmática pode sucumbir à política criminal intrassistemática dogmática? Em outras palavras haveria justificativa para que o exegeta, no caso os magistrados, em nome da proporcionalidade, aproximasse sistemas diversos mediante transplante de uma regra do sistema de justiça penal comum para o sistema militar? Ao que parece esse é o ponto de partida da análise da medida.

Como fundamento para o transplante do art. 71 do CP para a reprimenda de um delito militar, delineiam-se duas hipóteses: ou existe lacuna²⁷ ou o dispositivo que regula o tema é inconstitucional. No caso ora estudado, ao menos na visão da Corte Suprema, não há nenhuma nem outra justificativa para a correção judicial mediante a importação de dispositivos legais.

Das origens do instituto²⁸ extrai-se importante abordagem para a análise da funcionalidade do transplante do art. 71 do CP para o sistema de justiça militar, ovacionado por parte dos estudiosos do sistema de justiça militar como forma de abrandar os rigores da reprimenda positivada para o crime militar continuado, qual seja, o resultado da equação matemática

distinção de tratamento no CPM e no CP Comum: existe razão para isso? *Revista do Ministério Público Militar*, ed. 23, 2013, pp. 11-27.)

²⁷ No caso inexistente, o art. 80 do CPM regula a dosimetria no caso de crime continuado.

²⁸ A origem histórica do instituto aqui estudado remonta ao período medieval; foi uma tentativa de se diminuir o peso da pena de morte, imposta ao criminoso que houvesse reincidido no furto pela terceira vez. [...] Desde então, existe uma tendência em considerar a possibilidade de utilização do concurso de crimes como meio de se evitar o rigor do sistema da cumulação das penas e como solução, o conceito de crime continuado, como ficção para os efeitos da atenuação das penas. [...] Deste modo, no caso da prática do crime de dano simples (art.259 do CPM), por mais de dez vezes em continuidade delitiva, aplicar-se-ia a pena em cúmulo material. Na mesma hipótese, contudo, se fosse um dos crimes praticados por motivo egoístico, aplicar-se-ia a sanção do crime qualificado (art.261, inciso III do CPM), mais a soma da metade das sanções de cada um dos crimes simples. Em resumo, enquanto o crime continuado do Código Penal comum adota o critério jurídico, com enfoque ao princípio da absorção com aumento de pena, para os crimes de igual ou diversa espécie, o Código Penal Militar adota o critério jurídico, com enfoque ao princípio do cúmulo material nos crimes de igual ou diversa espécie. SOUZA, Anderson Batista. O crime continuado no código penal militar na visão do STF e do STM. *Revista do Ministério Público Militar*, ed. 26, 2016, pp. 1-20.

adotada na legislação penal comum se mostra, significativamente, mais brando que o congênere art. 80 do CPM.

Um ponto relevante a se investigar no caso concreto seria o bem jurídico tutelado pela norma penal comum e o protegido pela norma castrense, para que se possa aferir a razoabilidade da discrepância de tratamento da ficção jurídica do crime continuado entre os sistemas. As conclusões decorrentes, ao menos em tese, podem contribuir para que se possa conferir o mínimo de objetividade e justificabilidade à decisão de transplantar ou não o dispositivo em questão.

De plano é possível apontar uma significativa diferença: em regra, no tipo penal militar o bem jurídico é composto²⁹:

[...] cumpre questionar se os pressupostos mínimos indicados para a tutela penal comum, especificamente no que tange ao bem jurídico penal, podem ser transplantados para o Direito Penal Militar. [...] Vários bens, na acepção genérica acima descrita, interessam ao Direito Penal Militar, destacando-se, obviamente, a hierarquia e a disciplina, elevadas a bem jurídico tutelado pela Carta Maior. [...] Por outro lado, é possível afirmar que, qualquer que seja o bem jurídico evidentemente protegido pela norma, sempre haverá, de forma direta ou indireta, a tutela da regularidade das instituições militares, o que permite asseverar que, ao menos ela, sempre estará no escopo de proteção dos tipos penais militares, levando-nos a concluir que em alguns casos teremos um bem jurídico composto como objeto de proteção do diploma penal castrense.

O conceito de bem jurídico-penal militar é tema pouco debatido na doutrina. Oportuno até mesmo analisar a possível existência de vieses cognitivos sobre a questão, isso porque os atalhos mentais para o aproveitamento das teorias desenvolvidas para o sistema penal comum são bastante sedutores, no entanto, não se pode atestar sua perfeita adequação no âmbito do sistema penal castrense.

Isso porque a lógica do sistema de justiça penal militar é diversa do comum, em regra os tipos penais constantes do primeiro possuem uma estrutura composta: tutelam mais de um bem jurídico, um imediato e outro

²⁹ NEVES, Cicero Robson Coimbra; STREINFINGER, Marcelo. *Manual de Direito Penal Militar*, v. único. Salvador: JusPodivm, 2021, pp. 68-78.

mediato, v. g., a conduta prevista no art. 209 do CPM, a lesão corporal dolosa sofrida por um militar em atividade – há ofensa à integridade física (bem jurídico imediato) e também ofensa a outro bem jurídico de forma mediata, qual seja, aquele previsto em alguma das alíneas dos incisos do art. 9º do *Codex castrense*, em regra, a ordem e a regularidade administrativa militar ou a hierarquia e a disciplina.

A estrutura complexa do tipo penal militar aflorou com mais intensidade ante as inovações trazidas pela Lei 13.491/2017 em consequência da necessidade de se fazer a adequação típica indireta mediante a norma de extensão positivada no art. 9º do COM. Isso porque o tipo penal comum somente se transmutará em delito castrense se, além do bem jurídico tutelado em sua construção básica, ofender também bens jurídicos previstos na norma de extensão do *Codex castrense* (art. 9º do CPM).

Ao que parece a questão da fundamentação do transplante, no caso do art. 71 do CPM, não pode ser calcada apenas no escólio de questão de política criminal sem, contudo, esmiuçar outros dados objetivos de caráter geral, até mesmo afastar a aplicação da norma constante do sistema militar, por razão de não ter sido recepcionada pela ordem constitucional vigente. Para após, em face da lacuna provocada, poder-se invocar a norma comum.

A oscilação jurisprudencial da Corte castrense sobre a importação do instituto repercute na esfera de direitos fundamentais dos jurisdicionados, qual seja, a segurança jurídica. Ainda mais quando o que está em jogo é o caro direito à liberdade. Nesses termos, a construção sólida e a valorização do precedente judicial se mostram como ferramentas de grande valia na estabilização e evolução do sistema de justiça penal militar.

3 CONCLUSÃO

Como conclusão, não se mostra oportuno apenas invocar a desproporcionalidade da reprimenda ou questões vagas sobre a política criminal como fundamento da escolha casuística dos institutos do sistema especial que devem ser substituídos por instrumentos do corpo penal genérico. As consequências para o funcionamento regular do sistema que recebe o

instituto deverão restar objetivamente atestadas e sopesadas, sob pena de se assim não for, o transplante legal tornar-se uma iatrogênica jurídica.

Onde há a mesma razão deve haver o mesmo direito. Nesse aspecto, ao que parece, não se mostra adequado à fisiologia do sistema de justiça penal militar invocar, sob o frágil argumento da especialidade, a massiva importação das regras comuns para apenação do crime continuado, enquanto se repele a utilização de institutos que também reclamam uma análise no viés da razoabilidade. Como exemplo, com guarida nesse postulado, a Corte Castrense repele a incidência da Lei 9.099/90 e do Acordo de Não Persecução Penal, da Lei de Execução Penal, embora, nesse último caso, a Justiça Militar da União sequer possua um regramento de execução penal completo, nem mesmo na órbita regimental.

Os transplantes legais do sistema comum para o militar tendem a aumentar em razão das alterações introduzidas pela Lei 13.491/2017. Isso no que tange à abertura para o ingresso na legislação castrense dos crimes militares extravagantes, considerados como tais aqueles previstos na legislação comum e que venham, concomitantemente, ofender bem jurídico militar, na forma do art. 9º do CPM, ou seja, aqueles que ofendem bem jurídico composto. Por exemplo, um furto de material vinculado ao patrimônio de uma Força militar, ofende o patrimônio da União e, simultaneamente, a regularidade da administração militar.

A aplicação ou não de institutos do sistema penal comum ao militar sofre uma filtragem hermenêutica no momento do transplante do organismo ordinário para o especial. No entanto, faz-se premente adotar a interpretação como um fenômeno “intersubjetivo”, no sentido de que é o produto da subjetividade do próprio intérprete, na medida em que interage com a rede de todas as subjetividades dentro de uma comunidade interpretativa que, ao longo do tempo, é fundamentalmente constitutiva dos valores articulados daquela coletividade e sustenta a sua identidade cultural³⁰.

³⁰ LEGRAND, Pierre. A impossibilidade de “transplantes Jurídicos”. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 9, n. 1, ago. 2014. ISSN 2317-8558. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/49746/35160>. Acesso em: 27 jul. 2021.

E no caso da justiça castrense, cuja especificidade se justifica na tutela da hierarquia e disciplina como bases constitucionais das instituições militares, a junção da experiência dos julgadores leigos com a dos togados, na forma de escabinato, tem especial desenho na importação de institutos da seara repressiva comum para a militar.

O exame dos bens jurídicos tutelados e a finalidade da justiça especializada devem ser considerados no momento de se decidir pela viabilidade do transplante entre um sistema e outro, ou seja, a incursão de um instituto do sistema penal comum ao militar deve possuir compatibilidade funcional e considerar o organismo receptor.

É inegável que o estudo de viabilidade do transplante dependerá de uma boa anamnese levando em consideração o diagnóstico e o prognóstico com todas as idiossincrasias decorrentes. Após, deve ainda ser ponderada a relação entre custo benefício da cambiabilidade de institutos comuns para o sistema especializado.

Assim, como ocorre com as ciências biológicas, o transplante de apenas parte de um órgão, por exemplo, 1/3 do coração, não parece viável e funcional para o organismo. As tentativas de junções aleatórias de parte do corpo sem estudos aprofundados de suas incompatibilidades e repercussões, no campo das ciências médicas, criou até mesmo o personagem literário do monstro Frankstein. *Mutatis mutandis*, transplantar apenas partes de um sistema para outro, sem um exame objetivo e criterioso das suas consequências, pode incorrer em disfuncionalidades tamanhas que o sistema de justiça receptor restará desnaturado e com sua identidade comprometida.

O Direito não é hermético, inegável a intercambiabilidade entre os países, ora aproximando ora repelindo suas ferramentas. Se entre culturas, línguas e economias diversas os direitos dialogam, com muito mais razão isso acontece em relação à circulação de institutos e regras entre os sistemas de justiça alocados no mesmo ordenamento jurídico, o que poderia até mesmo superar a ideia de transplantes legais para diálogo das fontes como acontece com o microsistema processual coletivo. Ao que parece, desde devidamente justificada, a prática se mostra salutar para o fomento da coesão e

desenvolvimento do sistema de justiça penal como um todo, de forma a conferir tratamento justo e equânime a todos os seus jurisdicionados.

Seja qual for a decisão, transplantar ou não, o importante é que seja ela construída de forma racional e objetiva fixando premissas ou *standards* que possam ser auditados não apenas pelo Poder Judiciário, mas, principalmente, pelos jurisdicionados, conforme apregoado e fomentado pelo Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge Cesar de. *Comentários ao Código Penal Militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores e jurisprudência em tempo de guerra*. 10. ed. Curitiba: Juruá, 2018.

DIAS, Daniella Maria dos Santos; NEPOMUCENO, Chaira Lacerda; COSTA, Carlos Henrique. As decisões estruturais e o procedimento das ações possessórias: um estudo de caso do residencial “Cristo Vive”. *Revista de Direito da Cidade*, vo. 11, n. 4. ISSN 2317-7721.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal Militar: Teoria do crime*. 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018.

KINOSHITA, Adriana. *Justiça Militar da União: permanência ou extinção*. Rio de Janeiro: ESG, 2013. Disponível em: <https://repositorio.esg.br/bitstream/123456789/1333/1/Adriana%20Kinoshita%20-%20Justi%C3%A7a%20Militar%20da%20Uniao%20x%20Justi%C3%A7a%20de%20Tr.pdf>. Acesso em: 27 jul. 2021.

LACAVA FILHO, Nelson. *Bases do sistema de direito penal militar*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019.

LANGER, Maximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do *plea bargaining* e a tese da americanização do processo penal: *from legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure*. *Delictae Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, [S. l.], v. 2, n. 3, p. 19, 2017. DOI: 10.24861/2526-5180.v2i3.41. Disponível em:

<https://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41>. Acesso em: 29 jul. 2021.

LEGRAND, Pierre. A Impossibilidade de “Transplantes Jurídicos”. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*, Porto Alegre, v. 9, n. 1, ago. 2014. ISSN 2317-8558. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/49746/35160>. Acesso em: 27 jul. 2021.

MARREIROS, Adriano Alves. *Hierarquia e Disciplina são garantias constitucionais: fundamentos para a diferenciação do Direito Militar*. Londrina: Editora E.D.A – Educação, Direito e Alta Cultura, 2020.

NEVES, Cicero Robson Coimbra; STREINFINGER, Marcelo. *Manual de Direito Penal Militar*. v. único. Salvador: JusPodivm, 2021.

ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de Direito Penal Militar: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Código Penal Militar Comentado – Parte Geral*. Belo Horizonte: Líder, 2009.

ROTH, R. J. A aplicação dos institutos despenalizadores do Direito Penal Comum no âmbito militar. *Revista Estudos e Informações da Justiça Militar do Estado de Minas Gerais*, nov. 2008.

ROTH, Crime continuado: A distinção de tratamento no CPM e no CP Comum: existe razão para isso? *Revista do Ministério Público Militar*, ed. 23, 2013.

SOUZA, Anderson Batista. O crime continuado no código penal militar na visão do STF e do STM. *Revista do Ministério Público Militar*, ed. 26, 2016.

SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. *Bem Jurídico-Penal e Engenharia Genética Humana: contributo para compreensão dos bens jurídicos supra individuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VIEIRA, Renato Stanziola. O que vem depois dos “legal transplants”? Uma análise do processo penal brasileiro atual à luz de direito comparado. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 767-806, mai./set. 2018. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_

biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBDPP_v.04_n.2_2018.pdf. Acesso em: 27 jul. 2021.

WATSON, Alan. *Legal transplants. An Approach to Comparative Law*. 2. ed. London: University of Georgia Press, 1993.

Aplicabilidade da Lei Maria da Penha nas relações entre militares da ativa

Vanessa Rovaron Brandão

Advogada.

Pós-Graduada em Direito Público.

Data de recebimento: 28/12/2021

Data de aceitação: 27/01/2022

RESUMO: A violência entre militares da ativa atinge uma parcela considerável e repercute de forma significativa sobre a saúde física e psíquica dos envolvidos. O imbróglgio cinge-se diante da aplicabilidade da Lei Maria da Penha ou legislações militares vigentes. A Lei Maria da Penha é um instrumento que visa proteger a mulher de violência doméstica e familiar e proíbe a aplicação de penas pecuniárias para os agressores. A prevenção é o primeiro dos objetivos da lei, na qual se busca evitar o cometimento de violência doméstica e familiar, por meio do aprendizado no cumprimento da norma. O método de pesquisa utilizado resultou de uma revisão da jurisprudência e doutrina que apresenta como vantagem a possibilidade de analisar e identificar como os doutrinadores e demais operadores do direito se pronunciam em relação à função preventiva, à função pedagógica e à função sancionadora da pena para os autores de violência doméstica e familiar contra a mulher, seja por ação ou omissão, baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. Importante destacar que, na qualidade de militar da ativa, com amparo nos fundamentos constitucionais, legais, castrenses e nas demais regras previstas no ordenamento jurídico brasileiro, o agressor deve sofrer medidas punitivas de acordo com as ações realizadas. Isso deve promover mais credibilidade das instituições castrenses perante a sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Maria da Penha. Militares da ativa. Crime militar. Violência contra a mulher.

ENGLISH

TITLE: Applicability of the Maria da Penha Law in Relations between Active Duty Military.

ABSTRACT: Violence among active duty military personnel affects a considerable proportion and has a significant impact on the physical and psychological health of those involved. The imbroglío is limited to the applicability of the Maria da Penha Law or existing military legislation. The Maria da Penha Law is an instrument that aims to protect women from domestic and family violence and prohibits the application of pecuniary penalties to aggressors. Prevention is the first objective of the law, which seeks to avoid the commission of domestic and family violence, through learning to comply with the norm. The research method used resulted from a review of jurisprudence and doctrine, which has the advantage of being able to analyze and identify how scholars and other legal practitioners pronounce themselves in relation to the preventive function, the pedagogical function and the sanctioning function of the penalty for the perpetrators of domestic and family violence against women, whether by action or omission, based on the gender that causes death, injury, physical, sexual or psychological suffering and moral or property damage. It is important to note that, as an active duty soldier, based on constitutional, legal, military and other rules provided for in the Brazilian legal system, the aggressor must suffer punitive measures according to the actions taken. This should promote more credibility of military institutions before society.

KEYWORDS: Maria da Penha Law. Active military. Military crime. Violence against women.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Números redondos são sempre falsos – 3 Mulheres no Militarismo – 4 Violência doméstica e familiar entre militares da ativa – 5 O Julgamento ocorrido após a saída do militar da instituição – 6 Projeto de Lei 2117/21 – 7 Da competência e imparcialidade do magistrado militar – 8 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A Lei Maria da Penha foi um marco civilizatório. Foi o momento em que a sociedade granjeou na luta pela coibição da violência doméstica e familiar contra a mulher. Agora, à lei incumbe o dever de assegurar severa punição dos agressores por meio da atuação estatal.

Um dos corolários da Lei Maria da Penha é a garantia de oportunidades e facilidades para que toda mulher viva sem violência, tendo preservada sua saúde física e mental e aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

A despeito do comando constitucional o qual assegura que todos são iguais perante a lei e que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, por muito tempo a cultura continuou a atuar com óbice em relação à mulher.

Para tanto, destaca-se o artigo 26, § 8º, da Constituição Federal, o qual concebe que o Estado deve assegurar a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram visando coibir a violência no âmbito de suas relações.

Em grande medida, em que pese a previsão do artigo 26, § 8º, da Constituição Federal, na ausência de um marco regulador específico e adequado que fixasse parâmetros e punições bem definidas a respeito da violência doméstica e familiar contra a mulher, essa lacuna permanecia latente, fazendo com que os agressores mantivessem reiteradas condutas a fim de atingir a integridade física, sexual, psíquica, moral e patrimonial.

De modo a referendar esses dispositivos constitucionais e preencher essa lacuna, em 7 de agosto de 2006, foi publicada a Lei Maria da Penha, que entrou em vigor em 22 de setembro de 2006, precedida por um longo processo da construção do direito à proteção das mulheres no âmbito doméstico e familiar.

Para tanto, o primeiro passo será um estudo pormenorizado a fim de cotejar os índices de violência doméstica e familiar, ainda que brevemente, tendo em vista a dimensão da análise científica.

Analisar-se-á, ainda, a aplicabilidade da Lei Maria da Penha subsidiariamente às legislações militares vigentes, com a demonstração da pluralidade de leis e princípios jurídicos que poderão vir a ser empregados.

Por fim, para cumprir o aventado nesta proposta, far-se-á um estudo entre a utilização da legislação penal e processual penal comum e da legislação penal e processual penal militar. Buscar-se-á, ainda, evidenciar os desdobramentos do direito perquirido pelas mulheres vítimas de violência doméstica e familiar no âmbito das casernas, instituições militares e afins.

2 NÚMEROS REDONDOS SÃO SEMPRE FALSOS

Advertia o escritor inglês Samuel Johnson, “números redondos são sempre falsos”. Nas últimas décadas, os dados mostram que, no ano de 2019, houve 1,3 milhão de atendimentos registrados na Central de Atendimento à Mulher em situação de violência doméstica e familiar – Ligue 180. O Ligue 180 é um serviço de utilidade pública confidencial e gratuito oferecido pela Secretaria Nacional de Políticas desde o ano de 2005¹.

De modo a referendar suas estatísticas, buscam citar os números da OPAS Brasil. A OPAS Brasil, Organização Pan-Americana da Saúde, revela por meio de seu banco de dados a existência de que aproximadamente 60% das mulheres em países das Américas sofrem violência por parte de seus parceiros. Essa estatística alavanca não somente a violação dos Direitos Humanos, não obstante, ocasiona uma demanda generalizada no sistema de saúde. Tais dados obtiveram destaque em um evento no marco do Dia Internacional pela Eliminação da Violência contra a Mulher.

¹ Fonte: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/maio/balanco-anual-ligue-180-registra-1-3-milhao-de-ligacoes-em-2019>. Acesso em: 18 fev. 2021.

A seguir, a fim de analisar os índices de violência doméstica e familiar, um levantamento realizado a pedido do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, em consulta ao sítio eletrônico que busca realizar cooperação técnica na área da segurança pública (forumseguranca.org.br), foi possível constatar que ocorre uma agressão física no âmbito doméstico e familiar a cada dois minutos. No referido relatório do Anuário Brasileiro de Segurança Pública do ano de 2020, buscou-se apresentar estatísticas em relação à violência doméstica e familiar e seu crescimento. Por conseguinte, conforme o relatório do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2020), o Brasil possuía o registro de 267.930 registros de lesão corporal dolosa em decorrência de violência doméstica e familiar. Esse brutal crescimento gira em torno de 5,2%.

A posição brasileira no comparativo, a fim de cotejar os índices, informa que, no ano de 2019, ocorreram por volta de 1.326 casos de vítimas de feminicídio, apresentando um crescimento de 7,1%². Isto é, não se observou que o estudo pormenorizado não integra mulheres vítimas de violência doméstica e familiar – seja física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral – que não formalizam denúncia perante os órgãos competentes.

Em primeiro estudo, realizou-se análise de que a violência doméstica e familiar contra a mulher teve um aumento significativo, e, nas relações entre militares, não poderia ser diferente.

3 MULHERES NO MILITARISMO

A evolução da participação das mulheres no militarismo é imprescindível para percebermos o contexto dessa participação e como a inserção das mulheres nas forças armadas e auxiliares acabaram permeando as atividades militares com um todo.

² Fonte: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/02/anuario-2020-final-100221.pdf> Acesso: 17 dez. 2020.

Sem adentrarmos nos detalhes minuciosos do contexto histórico, antigamente, havia uma imagem de que a mulher se relacionava com o conceito de fragilidade, feminilidade e fraqueza. Entretanto a figura da mulher começou a ganhar espaço no militarismo, ambiente anteriormente de predominância masculina.

Reponsáveis pela defesa da Pátria e da sociedade, as mulheres, ao adentrarem o militarismo, foram granjeando, pouco a pouco, postos em diversas áreas.

As mulheres serviam às forças armadas brasileiras como enfermeiras em diferentes hospitais do exército norte-americano. Essas profissionais da saúde foram as primeiras mulheres a ingressarem no serviço ativo das forças armadas brasileiras.

No Exército Brasileiro, em 1823, ocorreu a primeira participação de uma mulher, Maria Quitéria, em frente de combate. Ocorre que, somente no ano de 1943, as mulheres ingressaram oficialmente no Exército Brasileiro, período em que ocorria a Segunda Guerra Mundial.

Em meados de 1992, 49 mulheres foram matriculadas na primeira turma da Escola de Administração do Exército, mediante concurso público.

Adiante, mais precisamente no ano de 1996, o Exército instituiu serviço voluntário para médicas, dentistas, farmacêuticas, enfermeiras e veterinárias.

O Instituto Militar de Engenharia, situado no Rio de Janeiro, matriculou, em 1997, a primeira turma de 10 mulheres para comporem o quadro de Engenheiros Militares.

Em 1998, o Exército atendendo necessidades da instituição, permitiu inscrição de profissionais para o Estágio de Serviço Técnico, no qual, na oportunidade, incorporaram-se mulheres administradoras, advogadas, arquitetas, entre outras formações nas áreas das ciências humanas e exatas.

Em meados de 1980, mediante influência do Ministro de Estado da Marinha, Almirante de Esquadra Maximiliano Eduardo Fonseca da Silva, foi promulgada a Lei 6.807, tornando a Marinha pioneira na participação de

mulheres nas fileiras das Forças Armadas, ocasião em que foi proposto o Corpo Auxiliar Feminino da Reserva da Marinha.

Com o advento da Lei nº 9.519, de 26 de novembro de 1997, foi extinto o Corpo Auxiliar Feminino da Reserva da Marinha, e as mulheres passaram a integrar os respectivos Quadros e Corpos existentes para o sexo masculino.

Em 2014, como parte contínua do processo, a Força Naval admitiu a primeira turma somente de mulheres da Escola Naval ao posto de aspirantes.

Em 1982, as primeiras mulheres ingressaram na Força Aérea Brasileira. Porém somente em 1995 foi autorizada a entrada de mulheres na Academia da Força Aérea.

Em 2003, a Academia da Força Aérea recebeu as primeiras mulheres para o curso de aviadores. Deste modo, aos poucos, as mulheres foram conquistando espaço dentro da Força Aérea Brasileira.

Na década de 1950, surge a ideia de empregar mulheres para suprir lacunas existentes no âmbito policial. A inclusão de mulheres, neste período, deu-se principalmente para a indicação de atendimento em ocorrências que envolviam casos mais sensíveis, como, por exemplo, a prostituição e delinquência juvenil.

Em 1955, no Estado de São Paulo, institui-se o corpo de Policiamento Especial Feminino, regulamentado pelo Decreto nº 24.548/1955.

Para atuação foram selecionadas treze mulheres, as quais eram denominadas “as 13 mais corajosas de 1955”. As jovens foram pioneiras na área da Segurança Pública no Brasil.

Até meados da década de 1990, a inserção do efetivo feminino deu-se por meio da criação das Companhias Femininas ou do Pelotão de Polícia Militar Feminina.

Nos últimos anos, as mulheres aumentaram significativamente no âmbito da Polícia Militar, ocupando inclusive cargos de alto escalão.

Nesta perspectiva de andejar cada vez mais distante, é perfeitamente perceptível que as mulheres, cada vez mais, estão adentrando os ambientes conhecidos por serem tipicamente masculinos, fazendo com que, homens e mulheres militares não somente mantenham vínculos de amizade, mas, muitas vezes, acabam por adquirir relacionamentos sólidos entre si e com a constituição de família, surgindo, assim, o convívio doméstico e familiar.

4 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR ENTRE MILITARES DA ATIVA

Ab initio, cinge-se um enorme imbróglio ao passo que a legislação penal e processual militar não tem sido objeto de constantes atualizações como a legislação penal e processual comum, gerando controvérsias e criando uma possível desigualdade, *in malam partem*, entre mulheres civis e militares, comprometendo o princípio da igualdade e isonomia que são o arcabouço de nossa Carta Política.

Destarte, mostra-se necessário um estudo crítico da aplicabilidade da Lei Maria da Penha subsidiariamente às legislações militares vigentes, procedendo-se a correta aplicação ao caso concreto, possibilitando prevenir e coibir quaisquer atos de violência contra mulheres militares sejam ocorridos em PNRs, vilas militares e até mesmo dentro das organizações militares na qual realizam suas atividades diárias da caserna.

Outrossim, ressalte-se que até então não se possui um profícuo estudo em relação ao tema ora em análise. É cediço que conforme evolução social a violência contra a mulher militar aos poucos, ainda timidamente, vem ganhando amplitude. Em cartilha publicada no sítio eletrônico do Superior Tribunal Militar³, a Juíza Federal Substituta da Justiça Federal, Mariana Aquino, juntamente com a Assessora Jurídica da 1ª Auditoria da 1ª CJM, Camila Barbosa Assad, elaboraram a cartilha intitulada “Conhecendo a

³ Fonte: https://www.stm.jus.br/images/cartilha_protecao_mulher_militar_correcao.pdf. Acesso em: 25 de abr. 2021.

Proteção Jurídica à Mulher Militar”. A aludida cartilha trata-se de uma ferramenta de conhecimento que possibilita o fomento de direitos e garantias das mulheres militares pautadas em princípios basilares elencados na Constituição Federal e leis esparsas.

A seguir, a fim de cotejar diversas opiniões, foi possível constatar que alguns juristas posicionam-se diferentemente em relação a fato ocorrido como crime comum e crime militar, a depender das consequências e locais onde ocorreram as agressões. Isto é, se o local de ocorrência do crime se deu dentro do perímetro militar ou fora dele. Caso a violência ocorra no interior do lar, provavelmente, considerar-se-á crime comum, pois não estará sobre o crivo da hierarquia e disciplina militar; em outra vertente, caso a violência doméstica e familiar ocorra na caserna, entre casais em serviço, PNRs, vilas militares ou outros locais que estejam sob a jurisdição militar, inevitavelmente, impõe-se o rigor da legislação castrense. Assim, adotando-se o justo critério das legislações militares, evita-se o comprometimento da hierarquia e disciplina que se constituem em preceitos basilares das casernas. Por outro lado, visa-se manter o moral e credibilidade das instituições militares frente à sociedade civil organizada.

O texto da Lei 13.491/17 alterou o art. 9º, inciso II, do Código Penal Militar, e o inseriu no rol dos crimes militares, não somente os previstos na legislação castrense, mas também, todos aqueles previstos no códex da legislação penal esparsa, os chamados crimes militares por extensão.

Por conseguinte, ao se realizar a análise da jurisprudência, no HC 125.836/SP, de relatoria do Ministro Dias Toffoli, percebe-se que, se a conduta nega obediência aos princípios inerentes às Forças Armadas, ela deve ser observada no ambiente castrense, incide a forma prevista no art. 9º, inciso II, alínea a, do Código Penal Militar, em que se observa: “consideram-se crimes militares, em tempo de paz, os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma

situação ou assemelhado”. Por analogia, as forças auxiliares devem seguir o mesmo entendimento.

Com o escopo de analisar a conexão entre violência ocorrida na caserna em ato de serviço ou circunstâncias ocorridas no âmbito familiar ou de intimidade do casal, inevitavelmente, devemos nos recordar da previsão contida no art. 9º, inciso II, alínea b, do Código Penal Militar, o qual aduz que:

[...] consideram-se crimes militares, em tempo de paz, os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil.

Deste modo, ocorrido crime de violência doméstica e familiar contra a mulher, em locais sob a jurisdição militar, devem ser processados e julgados sob a égide da legislação castrense. E subsidiariamente, utilizar-se da legislação penal e processual penal para fins de acolhimento dos chamados crimes militares por extensão.

Outrossim, causa espanto a insistência na tentativa de afastamento da legislação castrense, por parte dos seus agressores, uma vez que, no plano teórico, jurisprudencial e doutrinário, a função militar é imprescindível à manutenção da lei e da ordem, coibindo inclusive quaisquer atos de violência, seja ela doméstica e familiar, seja física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral, ocorridos contra a mulher.

5 O JULGAMENTO OCORRIDO APÓS A SAÍDA DO MILITAR DA INSTITUIÇÃO

Há, por assim dizer, que existe uma relação antagônica no que tange ao militar que já não mais pertence a instituição e o processamento e julgamento de sua causa.

Cabe aqui a dúvida: ao praticar um crime durante o período em que era militar da ativa e o seu julgamento vier a ocorrer posteriormente a sua saída da caserna, qual o juízo competente para processar e julgar causas envolvendo atos de violência contra a mulher militar? Seria a Justiça Comum ou a Justiça Castrense? Passamos a analisar.

Conforme súmula nº 17, do Superior Tribunal Militar: “compete aos Conselhos Especial e Permanente de Justiça processar e julgar acusados que, em tese, praticaram crimes militares na condição de militares das Forças Armadas”⁴.

Em sede de Recurso em Sentido Estrito, no ano de 2021, em decisão proferida pelo Ministro Tenente-Brigadeiro do Ar Francisco Joseli Parente Camelo, do Superior Tribunal Militar, foi adotado o entendimento de que a condição do agente e da vítima é verificada quando da ação supostamente delituosa, com fulcro na Teoria da Atividade, adotada pelo Código Penal Militar.

Ainda, na consecução do Enunciado da Súmula 17 da Jurisprudência da Corte Castrense, é assegurada a plena compreensão de que os acusados de crimes praticados na condição de militares da ativa das Forças Armadas devem ser processados e julgados pelos Conselhos Especial e Permanente de Justiça.

Percebe-se, desse modo, que o julgador ainda cita a alteração no artigo 9º, do inciso II, do Código Penal Militar, com o advento da Lei 13.491/17, no sentido de inserir no rol de crimes militares aqueles previstos na legislação penal, considerados pela doutrina “crimes militares por extensão”⁵.

Feitas essas breves observações, note-se que a competência para processar e julgar militares, ainda que após a saída do militar da instituição,

⁴ Fonte: <https://www.stm.jus.br/servicos-stm/juridico/sumulas-ref>. Acesso em: 20 de jan. 2022.

⁵ [https://jurisprudencia.stm.jus.br/consulta.php?search_filter_option=jurisprudencia&search_filter=busca_avancada&&q=\(numero_processo:*70013617620197000000*\)](https://jurisprudencia.stm.jus.br/consulta.php?search_filter_option=jurisprudencia&search_filter=busca_avancada&&q=(numero_processo:*70013617620197000000*)).

com base na Teoria da Atividade e da alteração do art. 9º, do inciso II, do Código Penal Militar, será da Justiça Castrense.

6 PROJETO DE LEI 2117/21

Com o escopo de alterar o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, Código Penal Militar, o Projeto de Lei 2117/21⁶, de autoria da Policial Katia Sastre, possui o fim de atribuir à justiça comum a competência para o julgamento de crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, quando praticados por militar da ativa contra mulher militar.

Em sua justificativa, a Deputada Federal, autora do referido Projeto de Lei, aduz que, decorridos quase 15 (quinze) anos da edição da Lei Maria da Penha, percebe-se que o Código Penal Militar se manteve alheio aos avanços ocorridos e não houve qualquer atualização no sentido de alongar-se e aderir a proteção especial galgada pela Lei nº 11.340/2006 às mulheres militares vítimas de violência doméstica e familiar.

A respeito do assunto, aduz que fatos ocorridos na intimidade do casal não impactam na hierarquia e disciplina militar, não sendo o caso de submetê-los à jurisdição militar.

Afirma, ainda, que existem distorções existentes entre a justiça comum e a justiça especializada que acabam por gerar injustiças. Por outro giro, a autora do Projeto de Lei explica que, tendo em vista o menor rigor da lei penal militar e suas brandas punições, existe uma ofensa a toda a sociedade brasileira.

Por fim, assegura que a militar vítima de violência doméstica e familiar tem o direito de que seu agressor seja julgado e condenado por um juiz livre de subordinação à hierarquia militar, independente e imparcial. Assim, o Projeto de Lei 2117/21, propõe alteração ao Código Penal Militar

⁶ <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2286299>.

para excluir da competência da Justiça Militar os crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher entre militares da ativa.

7 DA COMPETÊNCIA E IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO MILITAR

No Brasil, foi a Lei Maria da Penha que inseriu, com maior profundez do que antes, os direitos fundamentais para fins de coibição da violência doméstica e familiar contra a mulher.

O Projeto de Lei 2117/21, que possui a finalidade de atribuir à justiça comum a competência para o julgamento de crimes que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher, quando praticados por militar da ativa contra mulher militar, induz que o processo em que o agressor seja julgado e condenado pela justiça militar automaticamente está eivado de parcialidade, dependência e subordinação à hierarquia militar.

À guisa disso, relembramos que tal argumento não encontra abrigo no ordenamento jurídico pátrio.

Vale aludir que a Lei Complementar n° 35, de março de 1979, a qual dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura, em seu artigo 35, dispõe que entre os deveres dos magistrados estão o cumprimento ou o fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, das disposições e dos atos legais de ofício.

Ainda, com a análise da Lei n° 1.002, de 21 de outubro de 1969, o chamado Código de Processo Penal Militar, especialmente no que tange aos poderes, deveres e responsabilidades do juiz, em sua Seção I, Capítulo I, do Título VI, aduz que o juiz dirigirá o processo incumbindo-lhe assegurar às partes igualdade de tratamento e responderá, civil e regressivamente, por perdas e danos quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude e recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício ou a requerimento da parte.

Ultimadas as questões iniciais ao que engloba poderes, deveres e responsabilidades do juiz, adentra-se na Seção II e III, Capítulo II do Título VI, especialmente no que diz respeito ao impedimento e suspeição dos membros do Ministério Público e outras partes que vieram a intervir no processo como mandatário, perito e até mesmo quem prestou depoimento como testemunha.

Nos artigos 37 a 41 do Código de Processo Penal Militar, foram minuciosamente traçadas certas situações de impedimento e suspeição aos juízes, sendo-lhes vedado exercer suas funções no processo quando, por exemplo, forem interessados no julgamento do processo em favor de qualquer das partes, mantiverem amizade íntima ou inimizade com qualquer uma das partes ou de seus advogados, receberem presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, quando for herdeiro presuntivo, quando for parte no processo parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, cônjuge, se tiver dado parte oficial do crime, entre outros.

A ideia de restrições a certos tipos de atuações suscita a imparcialidade à atuação do magistrado e o impõe algumas condutas, sob pena de nulidade dos atos praticados pelo juiz desde o momento a partir do qual o magistrado não poderia ter atuado.

Relembramos, entretanto, que as situações previstas no rol de impedimentos devem ser interpretadas taxativamente, já no rol de suspeição, devem ser interpretadas exemplificadamente. Nesta toada, em nenhum diploma legal estabelece a impossibilidade de interpretação extensiva em situações de comprovada suspeição do magistrado, devendo ser realizada a constatação de efetivo e comprovado comprometimento do julgador da causa.

Com relação à provisão – § 2º do art. 36 do CPPM –, aproveita-se a oportunidade para externar o posicionamento esposado, no sentido de que, no exercício das suas atribuições, o juiz não deverá obediência senão, nos termos da lei, à autoridade judiciária que lhe é superior.

Enfim, com essas considerações reunidas, é cediço que não se pode fomentar a relativização de presunção de parcialidade, dependência e subordinação à hierarquia militar, sob pena de vedação ao exercício jurisdicional sem fundadas provas que torne o juiz não isento em determinado processo.

8 CONCLUSÃO

Após diversas mudanças legislativas, criou-se, com o sangue e a agrura de incontáveis vítimas de violência doméstica e familiar, um sistema protetivo que visa coibir e prevenir a violência contra a mulher, em especial com a promulgação da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, também conhecida como Lei Maria da Penha. Por conseguinte, a legislação penal e processual penal militar não tem sido objeto de constantes atualizações como a legislação penal e processual penal comum. Em outras palavras, a legislação castrense não acompanhou os avanços legislativos perfilhados, ficando a cargo do Juiz-Auditor ou Conselho de Justiça aplicar medidas protetivas de urgência e outros institutos cabíveis não abarcados, visando, deste modo, que a mulher militar goze dos institutos elencados na Lei Maria da Penha.

Cabe aqui o questionamento: por que utilizar apenas a Lei Maria da Penha em casos de agressões e quaisquer outros tipos de violência contra a mulher militar interfere diretamente na sociedade? Ou ainda, qual o benefício de utilizar-se da legislação castrense e subsidiariamente a Lei Maria da Penha? As perguntas muito provavelmente não são feitas em razão da pouca publicidade que se dá aos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher militar.

As taxas auguram que diversos tipos de violência contra a mulher estão em constante crescimento, diversos tipos de agressões são repetidos a todo o momento. Entretanto pouco se fala das taxas de violência ocorrida contra a mulher militar. Taxas estas que não são divulgadas, lembram a lição

de Darrel Huff em “Como Mentir Com Estatística”, quando alertava que “números que parecem tão fortes são na realidade frágeis, quando não totalmente falsos, castelos de areia que ruirão após uma análise detalhada e desprovida de ideias preconcebidas”.

A asserção de que “não se aplica a legislação castrense em situações decorrentes de violência doméstica e familiar”, sempre acompanhada do dito “deve-se preservar o manto de proteção da família e vida privada”, nunca esteve tão dissociada da realidade, visto que, ao militar não é possível dispor de seu posto ou graduação com a finalidade de evadir-se do rigor da legislação castrense. Afinal, quaisquer tipos de violência ocorrida entre casais de militares da ativa tornam-se fatos notórios perante a sociedade civil e devem ser austeramente repelidos.

Manifestamente, no plano teórico, doutrinário, jurisprudencial, das ciências humanas e sociais, busca-se a proteção integral da mulher contra quaisquer tipos de violência doméstica e familiar, seja física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral.

Em compêndio, a Lei Maria da Penha deve ser sempre bem-vinda, mirando coibir e prevenir quaisquer atos de violência doméstica e familiar contra a mulher, porém deve-se utilizá-la de forma subsidiária na justiça castrense em relação a quaisquer crimes de violência contra mulheres militares. Nesta ordem, percebe-se que a violência doméstica e familiar contra a mulher militar ultrapassa a intimidade e vida privada do casal, produzindo reflexos na hierarquia e disciplina, afetando a ordem militar, portanto, caracterizando-se como crime militar.

Outrossim, não é demais repisar que constantemente os agressores descumprem medidas protetivas, agredindo novamente suas companheiras ou, até mesmo, ceifando-lhes a vida e raramente são presos por não serem encontrados em situação de flagrância. Por outro giro, é inconcebível que ocorra o abalo moral e institucional das organizações militares sem punição severa por parte da justiça castrense – especialmente para servir de exemplo aos superiores, pares e subordinados – não colocando suas idiossincrasias

acima do escopo da hierarquia e disciplina. Como observou o lendário John Adms, fatos são coisas teimosas que não se submetem aos nossos desejos.

É necessário tratar a questão de forma rígida mantendo-se a competência da Justiça Castrense, de forma a proteger moralmente às instituições, subsidiariamente, utilizando-se de institutos correlatos da Lei Maria da Penha, onde não houver previsão legal na justiça militar.

Infelizmente, seja por ignorância ou tradição, na conjuntura histórica, é sabido que em diversas sociedades a violência contra a mulher é constante. Conforme salientado na paradigmática frase de Ronald David Laing, médico escocês criador da antipsiquiatria, “destruímos a nós mesmos pela violência disfarçada de amor”. Ademais, como diria o escritor e filósofo francês Jean-Paul Sartre, “A violência, seja qual for a maneira como ela se manifesta, é sempre uma derrota”. É algo que vem ocorrendo de maneira sistemática e crescente no seio da família militar, devendo ser coibido austeramente todos e quaisquer atos de violência contra a mulher militar para preservação de valores e deveres éticos perquiridos por nossas instituições, bem como, mantermos a credibilidade moral e institucional frente a sociedade civil.

REFERÊNCIAS

ABREU, J. L. N. *Manual de Direito Disciplinar Militar*. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2015.

AQUINO, M; ASSAD, B. C.e. Superior Tribunal Militar. *Conhecendo a Proteção Jurídica à Mulher Militar*. Brasília, 2020. Disponível em: https://www.stm.jus.br/images/cartilha_protecao_mulher_militar_correcao.pdf. Acesso em: 25 abr. 2021.

ASSOCIAÇÃO DOS OFICIAIS, PRAÇAS E PENSIONISTAS DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO (AOPP). *Mulheres Policiais Militares, 65 anos de história, realizações e conquistas em São*

Paulo. Disponível em: <https://www.aopp.org.br/mulheres-policiais-militares-65-anos-de-historia-realizacoes-e-conquistas-em-sao-paulo/>. Acesso em: 19 de jan. 2022.

A HISTÓRIA da mulher no Exército. Exército Brasileiro. *Mulheres no Exército*. Disponível em: http://www.eb.mil.br/web/ingresso/mulheres-no-exercito/-/asset_publisher/6ssPDvxqEURI/content/a-historia-da-mulher-no-exercito. Acesso em: 7 jan. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de lei nº 2117/2021*. São Paulo, 2021. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2025238. Acesso em: 7 jan. 2022.

BRASIL. Senado Federal. *Lei Maria da Penha*. Brasília, 2006. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/lei-maria-da-penha>. Acesso em: 6 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. *Primeira Instância*. Disponível em: <https://www.stm.jus.br/o-stm-stm/primeira-instancia#:~:text=Na%20Primeira%20Inst%C3%A2ncia%2C%20o%20julgamento,militares%20que%20n%C3%A3o%20sejam%20oficiais>. Acesso em: 19 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. *Súmulas*. Disponível em: <https://www.stm.jus.br/servicos-stm/juridico/sumulas-ref>. Acesso em: 20 jan. 2022.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 4 fev. 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 1.001*, de 21 de outubro de 1969. Brasília, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm. Acesso em 2 jan. 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 1.002*, de 21 de outubro de 1969. Brasília, 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm. Acesso em: 5 jan. 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei n° 2.848*, de 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei n° 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. Governo Federal. *Ligue 180*. Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/maio/balanco-anual-ligue-180-registra-1-3-milhao-de-ligacoes-em-2019>. Acesso em: 18 de fev. 2021.

BRASIL. Governo Federal. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Ligue 180 e tudo o que você precisa saber*. Brasília, 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/denuncie-violencia-contra-a-mulher/violencia-contra-a-mulher>. Acesso em: 18 fev. 2021.

BRASIL. *Lei n° 11.340*, de 7 de agosto de 2006. Brasília, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 30 dez. 2020.

CUNHA, R. S.; PINTO, R. B. e. *Violência Doméstica*. 10. ed. São Paulo: Juspodivm, 2021.

DIAS, M. B. *A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

FERNANDES, M. P. M. *Sobrevivi... posso contar*. 2. reimp. 2. ed. Fortaleza: Armazém da Cultura, 2012.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/02/anuario-2020-final-100221.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2020.

FREITAS, A. G. T. *Estudos sobre as novas Leis de Violência Doméstica contra a Mulher e de Tóxicos (Lei 11.340/2006 e 11.343/2006)*. Rio de Janeiro: Editora Lumem Jurídica, 2007.

LENZA, P. *Direito Constitucional Esquematizado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2020.

MELLO, A. R. *Comentários à Lei de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

MULHER na Marinha. *Marinha do Brasil*. Disponível em: <https://www.marinha.mil.br/mulher-na-marinha>. Acesso em: 6 jan. 2022.

NEVES, C. R. C. *Manual de Direito Processual Penal Militar*. 3. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DE SAÚDE. *OPAS Brasil*. Quase 60% das mulheres em Países das Américas sofrem violência por parte de seus parceiros. Brasília. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5812:quase-60-das-mulheres-em-paises-das-americas-sofrem-violencia-por-parte-de-seus-parceiros&Itemid=820. Acesso em: 19 fev. 2021.

PRESENÇA Feminina na Força Aérea Brasileira. Força Aérea Brasileira. Disponível em: <https://www.fab.mil.br/noticias/mostra/36603/MULHERES%20NA%20FAB%20-%20Presen%C3%A7a%20feminina%20na%20For%C3%A7a%20A%C3%A9rea%20Brasileira>. Acesso em: 19 jan. 2022.

PROJETO atribui à justiça comum competência para julgar crimes de violência doméstica envolvendo militares. Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/784734-projeto-atribui-a-justica-comum-competencia-para-julgar-crimes-de-violencia-domestica-envolvendo-militares/>. Acesso em: 6 jan. 2022.

ROCHA, M. E. G. T.; OLIVEIRA, A. V.; CAMELO, F. J. P. JMU. Recurso em Sentido Estrito nº 7001361-76.2019.7.00.0000. 2021. *Jurisprudência STM*. Disponível em: [https://jurisprudencia.stm.jus.br/consulta.php?search_filter_option=jurisprudencia&search_filter=busca_avancada&q=\(numero_processo:*70013617620197000000*\)](https://jurisprudencia.stm.jus.br/consulta.php?search_filter_option=jurisprudencia&search_filter=busca_avancada&q=(numero_processo:*70013617620197000000*)). Acesso em: 19 jan. 2022.

WEBER, R.; TOFFOLI, D.; FUX, L.; BARROSO, L. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* 125.836. São Paulo, 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=83640> 11. Acesso em: 19 jan. 2022.

O efeito Maria Quitéria

Marianna Vial Brito

Advogada, especialista em direito militar pela Universidade Cândido Mendes.

Data de recebimento: 30/12/2021

Data de aceitação: 12/01/2022

RESUMO: Nas últimas décadas, a luta das mulheres por equidade e respeito na sociedade obteve grandes avanços no Brasil e no mundo. No entanto, ao rever as conquistas do movimento feminista, percebemos que ainda há um longo processo para a efetiva igualdade entre os gêneros, uma vez que os entraves sociais são encontrados em todas as esferas, inclusive, na vida militar. Por essa razão, o presente artigo visa enaltecer a trajetória da mulher dentro do universo bélico, que é pouco mencionada nos livros históricos, demonstrando todos os avanços conquistados, desde a primeira mulher militar até os dias atuais, apontando quais são os obstáculos encontrados e os meios de enfrentamento para o real alcance da igualdade de gênero nesse mundo androcêntrico.

PALAVRAS-CHAVE: Contexto histórico. Feminismo. Igualdade de gênero. Mulher militar. Maria Quitéria. Lei Mariana Ferrer. Lei nº 14.245/2021. Projeto-Lei 5.016/2020.

ENGLISH

TITLE: The Maria Quitéria Effect.

ABSTRACT: In recent decades, women's struggle for equity and respect in society has made great strides in Brazil and in the world. However, when reviewing the achievements of the feminist movement, we realize that there is still a long process for effective gender equality, since social barriers are found in all spheres, including in military life. For this reason, this article aims to highlight the trajectory of women within the military universe that is rarely mentioned in historical books, demonstrating all the advances

achieved, from the first woman in the military to the present day, pointing out the obstacles encountered and the means of coping with the real achievement of gender equality in this androcentric world.

KEYWORDS: Historical context. Feminism. Gender Equality. Military Woman. Maria Quitéria. Mariana Ferrer Law. Law 14.245/2021. Bill 5016/2020.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 A primeira mulher militar – 3 Mulheres em prol da defesa nacional – 4 A transmutação da atividade militar – 5 A luta contra o retrocesso – 5.1 O assédio sexual e o Projeto de Lei 5.016/2020 – 5.2 A Lei nº 14.245, de 2021 (Lei Mariana Ferrer), e sua aplicabilidade na Justiça Militar – 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Como sabemos, por muitos anos, a figura da mulher foi tida como inferior ao homem, sendo associada como apenas um objeto de procriação e satisfação masculina, ocasionando uma discriminação e desrespeito em diversas áreas nas quais estava inserida.

Desde já é importante esclarecer que, ao falarmos de movimento feminista, muitos, por desconhecimento, acreditam que se trate de um movimento sexista, no qual a finalidade é tentar impor a superioridade de um gênero, nesse caso, o feminino sobre o masculino. Todavia, diferentemente do que é erroneamente propagado, as mulheres, na verdade, usam o movimento feminista como um meio de coibir as repressões sociais e reivindicar seus direitos, desempenhando, assim, um importantíssimo papel em prol da igualdade.

Sobre essa igualdade almejada, sabemos que, no transcorrer dos anos, as mulheres conquistaram um espaço significativo dentro da sociedade; e, entre essas conquistas, podemos afirmar que uma das principais tenha sido

o reconhecimento constitucional da igualdade entre os gêneros, dada pela Carta Magna de 1988, em seu o artigo 5º, inciso I:

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Nada obstante, mesmo com a equidade constitucionalmente assegurada, a mulher permanece sendo colocada em situações de opressão e submissão social, em razão do pensamento patriarcal no qual foi alicerçada nossa sociedade. Identifica-se que tal entendimento fica ainda mais escancarado quando analisamos a estrutura militar, em que a maioria esmagadora é constituída pelo sexo masculino.

Nesse contexto, observa-se que no decorrer da história humana, guerras sempre foram sinônimo de virilidade, agressividade e força física. Por outro lado, as mulheres ficavam limitadas a cuidar do lar e de sua prole, pois eram sinônimo de fragilidade, necessitando, obrigatoriamente, da proteção do sexo oposto.

Destarte, verifica-se que a instituição castrense representou, durante séculos, um símbolo de masculinidade, estruturando-se em protótipos cognitivos de gênero que também comparam e definem identidades sexuais. Nessa perspectiva, tradicionalmente, o serviço militar, em especial, na espécie de modalidade de conscrição obrigatória, ficou caracterizado como uma espécie de rito de passagem para a vida adulta dos homens e, por consequência, uma diferenciação entre o masculino e feminino.

Por esse motivo, vimos que o mundo do militar foi definido por estereótipos de masculinidade, os quais são refletidos como forma de competência, armadura de luta e padrões de heroísmo, o que comprometeria a integração feminina nas Forças Armadas.

Contudo, esse contexto começou a ser modificado em 1944, quando o Brasil declarou guerra aos países do Eixo, e cerca de sessenta e sete mulheres partiram para os Estados Unidos para que seguissem viagem até a

Itália, para auxiliar na guerra, vindo a retornar apenas em 1945. Vale destacar que, mesmo com o apoio dessas mulheres, somente ao fim da guerra, elas foram consideradas integrantes da FEB.

Com o passar de algumas décadas, a Marinha, na década de 1980, permitiu o ingresso de mulheres para os Quadros Auxiliares, devido a diversas mudanças políticas, econômicas e sociais da época. Importante frisar que o acesso foi restrito apenas às áreas administrativas, vedando qualquer possibilidade de serem deslocadas para o combate ou de serem admitidas no curso da Escola Naval. Um registro curioso é que, mesmo com a toda resistência, paradoxalmente, em 2012, a Força Naval foi a primeira a promover uma mulher médica, do Corpo de Saúde, ao cargo de oficial-general.

Ante ao exposto, entende-se que, para analisar a participação feminina dentro das organizações militares, é indispensável compreender qual foi a motivação que provocou a admissão e a realidade atual que essas mulheres possuem dentro das instituições.

Em virtude disso, o escopo do presente artigo é estudar a construção do movimento feminista para o ingresso nas Forças Armadas, destacando, principalmente, todos os obstáculos enfrentados tanto no passado, como nos presentes dias, e as formas de combate, tendo em vista que, mesmo ocorrendo uma valorização no que tange a mulheres no meio militar, ainda há cargos que são limitados a elas.

2 A PRIMEIRA MULHER MILITAR

Antes de expor o contexto da inserção das mulheres dentro da caserna, é importante contextualizar quem e como foi a participação da primeira mulher na defesa da nossa pátria. Para isso, faz-se necessário recordar o contexto político que estávamos vivendo.

Em 1822, Dom Pedro I acabara de proclamar a independência do Brasil, contudo, muitos portugueses não aceitaram esse movimento de prontidão, o que gerou diversos conflitos internos contra a independência. Desse modo, o Imperador, a fim de evitar mais desordem, organizou um

exército pró-independência buscando expulsar todos os portugueses inconformados. Para tanto, foram enviados inúmeros mensageiros às fazendas para recrutar voluntários dispostos a lutar em favor do Brasil, bem como para a arrecadação para reestruturação das tropas.

Em uma das fazendas visitadas, vivia Maria Quitéria de Jesus. Filha do lavrador Gonçalo Alves de Almeida e de Quitéria Maria de Jesus, proprietários da fazenda. Maria Quitéria nasceu em 1792, no sítio do Licorizeiro em São José das Itapororocas, freguesia de Nossa Senhora do Porto da Cachoeira, que, atualmente, integra o município de Feira de Santana – Bahia.

Após o falecimento da sua segunda esposa, Gonçalo decidiu se mudar de Freguesia de São José das Itapororocas com seus três filhos, entre eles, Maria Quitéria. Nesse período, aos doze anos de idade, ela estava à frente da casa e dos cuidados dos irmãos e, com o passar do tempo, acabou aprendendo sozinha a caçar, a montar e a pescar, demonstrando grande habilidade no manuseio de armas, contrariando todos os padrões sociais da época, o que desagradava imensamente seu pai.

Voltando para 1822, enquanto uma guerra civil ocorria na Bahia, Maria Quitéria tomou conhecimento de que a Junta do Governo estava enviando, para todo o Recôncavo Baiano, emissários para convocarem homens para guerra, chegando até a Serra da Agulha. Ao solicitarem auxílio a Gonçalo, pai de Maria Quitéria, o fazendeiro respondeu com indiferença, o que, segundo relatos, pode ter ocorrido por ele ser português e não ter tido filhos homens adultos na época.

Todavia, diferentemente de seu pai, Maria Quitéria não só mostrou interesse, como também sugeriu a ele que permitisse seu alistamento, uma vez que já sabia manejar armas de fogo com maestria, o que foi liminarmente descartado por Gonçalo, tendo em vista que guerra era atividade para homens. Inconformada com tal atitude, Maria Quitéria permaneceu com seu ideal e foi até a casa de sua irmã pedir auxílio, onde recebeu um novo corte de cabelo e roupas masculinas dadas por seu cunhado.

Chegando ao local de alistamento, Maria Quitéria se apresentou como soldado Medeiros, filho de José Cordeiro de Medeiros. Historiadores

apontam que, por manejar as armas com segurança e sua disciplina e comportamento ímpar, o soldado Medeiros foi bem visto nas tropas, sendo rapidamente transferido da artilharia para a infantaria.

No período em que Maria Quitéria servia como soldado, seu pai, após seu desaparecimento, ficou preocupado e passou a procurá-la nos arredores da Serra da Agulha. De acordo com João Francisco de Lima (1977, p. 115), a irmã de Maria Quitéria informou ao pai o paradeiro de Quitéria, e ele imediatamente foi encontrá-la, ocasião em que se revelou a verdadeira identidade do soldado Medeiros.

Porém, o comandante, major Antônio Silva Castro, após saber que o soldado Medeiros na verdade se tratava de uma mulher, permitiu que Quitéria continuasse no batalhão, por seu ótimo desempenho e útil habilidade com as armas, inclusive por já ter conquistado a maioria, já que, na época, Maria Quitéria já tinha 30 anos.

Nesse momento, Maria Quitéria teve seu uniforme modificado, sendo a única pessoa a usar uma saia semelhante a um *highlander*, o que não só a diferenciaria dos demais, como também a identificaria como mulher para os homens do batalhão.

Em combate, Maria Quitéria teve seu primeiro confronto ainda como soldado Medeiros, sendo incumbida de lutar junto ao corpo de artilharia em meados de 1822, quando trabalhou em conjunto com o Batalhão de Voluntários do Príncipe, também conhecido como Batalhão dos Periquitos, devido à cor verde dos uniformes.

Na época, o major Silva Castro determinou que o batalhão fosse até a Ilha da Maré para sua defesa, no entanto, durante o trajeto, passaram por uma emboscada feita pelos portugueses, sendo este o primeiro combate oficial de Maria Quitéria. Posteriormente, houve outros, como o ocorrido em 1823, em Itapuã, que lhe rendeu elogios, por sua atuação contra os inimigos, e sua promoção ao posto de 1º cadete, pelo general Pedro Labatut.

Outro momento memorável foi quando, em abril do mesmo ano, teria ocorrido um episódio em que Maria Quitéria teria comandado um grupo de mulheres que se uniram ao batalhão para lutar contra uma tropa portuguesa (REIS JÚNIOR, 1953, p. 48). Há relatos que tropas portuguesas

atacaram a foz do Rio Paraguaçu, que era uma das principais entradas do Recôncavo, e que Maria Quitéria junto com seu batalhão – que incluía militares e civil, mulheres, idosos e crianças – resistiram bravamente e venceram o combate.

Diante das narrativas, Maria Quitéria não se tratava apenas de uma patriota, tornou-se também um sinônimo de força que conseguiu reunir um batalhão de mulheres em prol da independência brasileira, dessa forma, deixou a imagem de um mero combatente para se tornar uma líder exemplar.

Com o fim da guerra, o batalhão regressou ao Convento de Santa Teresa, e, atendendo a um pedido que ela mesma fez ao General Lima e Silva, Maria Quitéria desembarcou na capital, vestida com seu uniforme militar, chamando atenção das pessoas e da imprensa. No dia 20 de julho, foi recebida pessoalmente pelo Imperador, que, ciente de todos os seus feitos militares, condecorou-a com a insígnia de Cavaleiro da Ordem Imperial do Cruzeiro e a promoveu a alferes de linha. Ao final, Maria Quitéria pediu a D. Pedro I que redigisse uma carta a seu pai a fim de que ele a perdoasse, o que foi prontamente atendido.

Desse modo podemos verificar que, mais do que a história de Maria Quitéria e seu desempenho nas Forças Armadas em prol da defesa do país, temos a importância do fato de a mulher ser posta em igualdade de condições em relação aos homens, uma vez que, mesmo com todas as adversidades, elas podem ter um desempenho igual ou melhor do que eles. As mulheres podem e devem ter o direito de desempenhar o papel que desejar.

3 MULHERES EM PROL DA DEFESA NACIONAL

Conforme mencionado, a incorporação das mulheres nas Forças Armadas brasileiras se iniciou a partir de 1980, concomitantemente quando o movimento por igualdade de gênero começou a ganhar força no país. Vale recordar que, nesse período, o Brasil passava por uma grande instabilidade política, uma vez que vínhamos passando por um processo de redemocratização, devido ao fim do Regime Militar, e uma crise econômica

desde os anos 1970. Por essa razão, considera-se que esse movimento social foi o cenário ideal para diversas questões político-econômicas da época.

Somando-se ao contexto externo às organizações militares, a abertura das Forças Armadas brasileiras para as mulheres também ocorreu devido à crise interna de recrutamento que afetou os principais exércitos do mundo, além do corte da conscrição obrigatória e a baixa remuneração dos soldados, que, em norma, eram mais baixo do que os salários oferecidos pela iniciativa privada e os demais órgãos públicos da esfera civil.

Assim, as mulheres passaram a lutar por direitos na esfera econômica e social, por exemplo, temos a entrada do gênero feminino dentro do mercado de trabalho e da carreira militar, ainda que na condição de voluntária, desempenhando apenas cargos nas áreas administrativas, auxiliares e de saúde.

Contudo, ao analisarmos os tratados e acordos internacionais da época, inexistiam vedações acerca da possibilidade do ingresso feminino em todas as funções militares, inclusive nas funções de combate, conforme previsto na Carta das Nações Unidas de 1945, na qual se proclamava efetivamente a igualação entre os gêneros.

No mesmo sentido, temos a Convenção sobre Direitos Políticos das Mulheres das Nações Unidas de 1953, que, em consonância com a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948, enfatizou que as mulheres teriam o direito de assumir cargos públicos e de exercer as funções públicas em igualdade de condições com os homens, sem nenhum tipo de discriminação.

Corroborando com a Convenção, posteriormente, ainda foram redigidos os Protocolos Adicionais às Convenções de Genebra que preconizaram, nos artigos 43 e 44 do primeiro Protocolo, que as mulheres teriam acesso ao estatuto de combatente, podendo, até mesmo, portar armas.

Ainda assim, para que haja a eficácia às normatividades externa, é necessário que as legislações nacionais as concretizem. Portanto, entende-se que a inserção feminina se relaciona com questões de políticas públicas e não com as questões acerca da competência bélica, como muitos afirmam.

No Brasil, tal situação se estendeu até o início do século XXI, quando, em 1996, contrariando todos os precedentes históricos e rompendo com todo o retrógrado esquema tradicional de participação, a Academia da Força Aérea permitiu o ingresso de mulheres no Curso de Formação de Oficiais Aviadores (CFOAV), como cadetes intendentes, e tornou-se, por muitos anos, a única academia das Forças Armadas do Brasil a incluir mulheres em um dos cursos de formação de oficiais oferecidos. Em sentido oposto, as demais forças, Marinha e Exército, formaram suas primeiras turmas de oficiais femininas apenas em 2017 e 2021, respectivamente.

Atualmente, o Ministério da Defesa conta com mais de 34 mil mulheres em seus quadros, sendo, aproximadamente, 8.413 integrantes da Marinha, 13.009 do Exército e 12.538 da Força Aérea Brasileira, um aumento de 4,2%, 6,42% e 11% em comparação ao último ano, respectivamente, o que somaria uma quantidade de 33.960 mulheres integrantes das Forças Armadas.

Ante a presente circunstância, nota-se que a falta de cuidado das instituições para lidarem com a diversidade impõe o dualismo das polaridades nas relações de gênero, gerando sequelas que potencializam as clivagens de liderança, chances e opções de poder possíveis, em desfavor do sexo feminino, fazendo, conseqüentemente, com que as mulheres que decidem construir uma carreira dentro da caserna encarem muito mais desafios que os homens, ou seja, limita-se a sua atuação.

No mesmo ângulo, constata-se que há certa ausência de um olhar mais atento das instituições militares para as questões de gênero, gerando, por conseguinte, certa desconfiança na execução de atividades pela mulher, bem como sua liderança em cargos de comando e combate. Nota-se ainda que tal abordagem também é muito limitada do ponto de vista acadêmico, uma vez que, mesmo com o engajamento feminino nas carreiras militares, ainda são raras as abordagens acerca das atividades militares femininas.

Em suma, conclui-se que, por mais que haja avanços tardios, como foi a permissão do ingresso feminino nas Forças Armadas, ainda há muita desconfiança da capacidade das mulheres como combatentes, líderes e defensoras da nação.

4 A TRANSMUTAÇÃO DA ATIVIDADE MILITAR

No último século, observa-se que grande parte dos países da América Latina passaram por um predomínio social e político das Forças Armadas, no qual, no decorrer do tempo, acabou se transmutando devido a dois processos simultâneos e imprescindíveis.

O primeiro movimento se refere ao rearranjo das relações cívico-militares que passaram de uma circunstância de tutela para uma subordinação ao poder civil. Já no que tange ao segundo movimento, trata-se de uma ampliação dos direitos civis, políticos, econômicos e sociais, uma vez que as instituições militares são entidades intimamente ligadas à construção social, inclusive se relacionando diretamente aos desenhos que cada sociedade constrói para si, em especial, nos termos de defesa e de delimitação de direitos de cidadania e soberania.

Nesse diapasão, destaca-se que as questões de gênero e a incorporação de mulheres às Forças Armadas somente podem ser consideradas quando aquela sociedade entende e estabelece a liberdade e a igualdade entre os indivíduos, em outras palavras, quando os princípios constitucionais de igualdade e democracia forem o pilar de uma nação. Desse modo, a partir do momento em que um país estipula um alinhamento com as Forças Armadas ao poder civil democrático, entende-se que as instituições militares devem exprimir o mesmo perfil da sociedade em questão.

Nada obstante, insta salientar que essas alterações não importam transformações basilares no que se refere às questões internas, ou seja, os princípios tradicionalmente conhecidos das Forças Armadas, como hierarquia e disciplina, mesmo com as alterações mencionadas, permanecerão sendo o norte de qualquer Força.

Contudo, de acordo com o narrado nos tópicos anteriores, mesmo que a maioria dos países ocidentais, atualmente, venha permitindo a entrada de mulheres, nota-se que há uma resistência por parte das instituições militares, pois não concedem as mesmas oportunidades que são dadas aos homens para almejar o topo da carreira, em razão de determinados cargos serem restritos ao exercício de comando, que é vedado para mulheres. Por

esse motivo, a participação feminina em missões bélicas, quase sempre, está relacionada a momentos pontuais, como foi o caso das lendárias Joana D'Arc e a própria Maria Quitéria, já citada no início dessa explanação.

Outra razão que obsta o maior e melhor desempenho das militares dentro das instituições é o fato de que muitos acreditam que mulheres são prejudiciais à guerra, pois despertariam o sentimento de proteção nos homens, colegas de combate, o que daria mais tempo para o oponente avançar e contra-atacar.

Acerca do tema, Jean B. Elshtain (1987, p. 63) aponta que essas restrições não são limitadas às instituições brasileiras, tendo em vista que esse tipo de privação também ocorreu em Forças Armadas americanas, o que limitou por muito tempo a participação de mulheres em certas atividades bélicas, bem como nos treinamentos de ataque e defesa.

Constata-se que a participação feminina nas instituições militares é vista negativamente, inclusive, por algumas mulheres, pois, na opinião delas, seria prejudicial para a defesa do país.

Já no Brasil, os argumentos não são muito diferentes. No entanto, aqui, além de abrangerem as metáforas quanto à guerra, ainda abordam a ideia de que as mulheres devem ser protegidas mediante regulamentos e procedimentos militares, como ocorre nos casos de deserção e morte do cônjuge ou do pai.

No que tange à relação entre homens e mulheres dentro da caserna, entende-se que a mulher seja um objeto de desejo do homem, por isso, para evitar qualquer tipo de constrangimento, as mulheres deveriam ser poupadas de um contato mais próximo com os demais militares no dia a dia.

A essa altura, já ficou caracterizado que, desde sempre, houve uma batalha para que as mulheres conquistassem mais espaços em diversas áreas profissionais, sociais, educacionais e outras. Contudo, no meio militar, ficam ainda mais definidas as desigualdades e diferenças de tratamento entre os gêneros, em virtude de esse universo ter sido constituído por percepções altamente sexistas.

5 A LUTA CONTRA O RETROCESSO

Como vemos, ao longo de toda nossa história, as mulheres sempre estiveram presentes nos momentos de contestação e mobilização social, lutando e desafiando a sociedade contra o papel tradicional que lhes foi dado. Entretanto, mesmo com os avanços e conquistas obtidas por meio de sua luta, diversas agressões contra as mulheres, como assédio moral e sexual, machismo e outras violências, acabaram sendo expostas em diversas esferas, inclusive na vida militar. Por essa razão, além da busca de direitos e espaço, a luta das mulheres passou a ser também contra essas violências de gênero, em virtude de ser incompatível a coexistência de avanços dos direitos femininos em uma comunidade estruturalmente machista.

Insta salientar que, assim como já foi abordado em julgados no Superior Tribunal Militar, as agressões contra a mulher são ainda mais graves quando ocorridas no âmbito militar, uma vez que se trata de inequívoca e inaceitável quebra de disciplina, atingindo a mulher duplamente, tanto como mulher, quanto como militar.

Em pesquisa realizada pelo juiz de direito do Tribunal de Justiça de Goiás, Rodrigo Foureaux, e a juíza da Justiça Militar da União, Mariana Aquino, observou-se que 74% das militares mulheres que foram entrevistadas declararam já terem sofrido assédio sexual dentro das instituições militares ou em razão de sua função. Na mesma pesquisa, ainda foi apontado que 83% das entrevistadas não realizaram nenhuma denúncia por medo de perseguição ou por não confiarem nas próprias instituições responsáveis pelo inquérito.

Nessa óptica, a criação de mecanismos para a prevenção e proteção das mulheres se tornaram indispensáveis para a busca da igualdade de gênero tão desejada. Com essa finalidade, inúmeros meios são atualmente utilizados para que essa luta seja propagada e enfrentada por todas as áreas sociais. Um grande exemplo é a intensa articulação acerca desses temas nas mídias sociais, em palestras e estudos, o que permite a ampliação do alcance dessas pautas e, conseqüentemente, maior mobilização popular.

Já ao que se refere ao enfrentamento dessas violências dentro do mundo bélico, é importante ressaltar que, quando o Código Penal Militar foi

criado, em 1969, não havia a existência de mulheres atuando nas instituições castrenses, logo, em termos legais, o legislador não previu crimes visando à proteção da mulher militar. O que não significa que essa situação permaneça até hoje inerte, uma vez que, com a entrada da lei nº 13.491, de 2017, em vigor, o rol dos crimes militares foi ampliado e permitiu que os delitos da legislação penal comum, quando praticados dentro das condições estabelecidas pelo artigo 9º do CPM, fossem julgados pela Justiça Castrense, ao passo que as leis que visam à proteção das mulheres, como assédio sexual, puderam ser analisadas também na esfera militar.

Ainda na esfera legislativa, destaca-se que há, atualmente, um estudo sendo realizado no Conselho Nacional de Justiça visando buscar formas de alterar o Código Penal Militar para que sejam inclusos novos tipos penais com relação a gênero.

Por fim, além das medidas superficialmente citadas, salienta-se ainda a necessidade da criação de ouvidorias para a apuração dos relatos da mulher militar, com a devida nomeação de uma ouvidora, a fim de que a vítima seja acolhida em todos os momentos da acareação. De igual forma, nota-se a importância do suporte da assistência psicossocial às vítimas, que deve ser prestado pelas organizações militares, bem como a abordagem desses temas nos cursos de formação dos militares das instituições militares.

Ou seja, não é razoável que o militar que combate diariamente o assédio no âmbito externo, tolere esse tipo de conduta dentro das paredes da sua própria instituição. Em vista disso, concluímos que a luta contra todas as agressões femininas não é uma luta apenas de um grupo sexista ou de uma instituição, mas sim, uma luta de todos que desejam um ambiente de trabalho sadio e seguro, em especial, para os responsáveis pela segurança dos cidadãos e da Pátria.

5.1 O assédio sexual e o Projeto de Lei 5.016/2020

Milena Baker (2015, p. 132), ao estudar sobre o movimento feminista, defendeu que a tipificação do assédio sexual é uma prática social arraigada que coloca a vítima em uma posição inferior ao agente. Dessa

maneira, a tipificação da conduta seria uma das maiores conquistas das mulheres, uma vez que, graças ao empenho feminino, o assédio sexual nas relações de trabalho foi problematizado.

Entretanto, não se trata de uma luta recente, já que a pressão popular pela tutela das relações envolvendo a vulnerabilidade das mulheres nas relações laborais vem desde a década de 1970, com forte apelo pelas mulheres americanas, que nesse período buscavam medidas governamentais para coibir essa prática (AZEVEDO, 2005, p. 38).

De acordo com um estudo realizado pela Organização Internacional de Trabalho (OIT), “o assédio sexual está intrinsecamente ligado ao poder e, na maioria das vezes, acontece em sociedades em que a mulher é tratada como objeto sexual e cidadã de segunda classe”.

Como sabemos, o assédio sexual é somente uma das muitas condutas abusivas e danosas para o local de trabalho e possui diversas formas, seja como violência física, seja como violência mental, por exemplo, a coerção. Outra forma de abordagem é a constante realização de piadas ou trocadilhos de cunho sexual e convites impróprios, causando tanto danos físicos, quanto psicológicos, sexuais e econômicos. Porém, mesmo sendo uma conduta totalmente inaceitável em qualquer ambiente, estudos apontam que muitas vezes as pessoas tendem a menosprezar esses comportamentos, já que acreditam ser uma atitude corriqueira entre as pessoas.

Sobre o tema, o Código Penal em seu artigo 216-A tipifica o assédio como o ato de constranger alguém com o intuito de obter qualquer tipo de vantagem sexual, no qual o agente se utiliza do seu grau hierárquico ou ascendente inerentes ao exercício de seu emprego para esse fim. Preconizam-se, para essas situações, a pena de detenção de 1 a 2 anos. Ou seja, trata-se de uma conduta que pode ser praticada tanto por homens contra mulheres ou mulheres contra homens, conquanto, levando-se em consideração a estrutura social na qual estamos inseridos, o mais comum, na nossa realidade, é que o crime seja praticado por homens e que sua vítima seja uma mulher, o que para eles, seria o gênero mais vulnerável.

Ainda sobre a tipificação dada, a doutrina ressalva o equívoco cometido pelo legislador ao usar o verbo “constranger”, tendo em vista que já

ele havia sido utilizado nos tipos penais: artigos 146 (constrangimento ilegal) e 213 (estupro) do CP, o que não seria aplicável nessa tipificação, em virtude de não haver previsão legal quanto ao complemento do constrangimento. Há somente a menção do elemento subjetivo do referido constrangimento, no caso, a vantagem ou favorecimento sexual; e a forma de ação, que é a superioridade hierárquica exigida pelo legislador.

Por esse motivo, há divergência no que tange ao enquadramento da conduta e se há a necessidade de habitualidade para a configuração do ato ilícito. De qualquer maneira, majoritariamente, entende-se que a conduta pode ser realizada uma única vez, tanto no ambiente de trabalho ou em razão dele, e que o autor se valha da sua superioridade hierárquica, contudo, é exigido que seja realizado contra a vontade da vítima.

Conforme mencionado, em 2020, os juízes Mariana Aquino e Rodrigo Foureaux realizaram uma pesquisa objetivando levantar e analisar dados e informações sobre o assédio sexual que ocorre dentro das instituições de Segurança Pública e das Forças Armadas do Brasil, a fim de que houvesse a adoção de medidas preventivas e de combate contra esses tipos de agressão.

Dessa maneira, criou-se um projeto legislativo (Projeto lei nº 5.016/2020), apresentado pelo Deputado Federal Subtenente Gonzaga, que visa à prevenção do assédio sexual contra as mulheres no âmbito das instituições militares, tanto das Forças Armadas quanto das instituições de Segurança Pública. Dentre as medidas de prevenção previstas no projeto, destacam-se o incentivo a políticas de prevenção à violência sexual por meio de estudo, pesquisa e campanhas, bem como a celebração de parcerias com a mesma finalidade; a criação de ouvidorias chefiadas por mulheres para dar atendimento exclusivo às vítimas de violência sexual; a capacitação periódica de servidores públicos para o combate e prevenção do assédio sexual, incluindo os autores desses tipos de crimes em programas de reeducação.

No que tange à assistência às vítimas, o projeto busca dar prioridade aos casos e suas vítimas no sistema de assistência social, médica e psicológica. Vale mencionar que os agentes praticantes do ilícito deverão ser transferidos imediatamente de sua unidade, caso a vítima esteja lotada na mesma unidade, enquanto o processo administrativo estiver em curso; e, nos

casos de responsabilização do autor, a punição deverá ter a duração de até 5 anos, contados a partir da data do trânsito em julgado da punição administrativa ou judicial.

Mediante o exposto, observa-se que, mesmo após 20 anos da criação da lei nº 10.224/01, que introduziu o crime de assédio no Código Penal, a sociedade amadureceu bastante durante esse período, uma vez que é cada vez maior o número de denúncias desse ilícito. No entanto, ainda há muito o que progredir a respeito do tema. Dessa forma, é necessário que seja empregado um empenho coletivo, a fim de que haja um permanente trabalho de prevenção e combate ao assédio, tanto nas relações de trabalho civis, quanto as militares.

5.2 A Lei nº 14.245, de 2021 (Lei Mariana Ferrer), e sua aplicabilidade na Justiça Militar

No dia 23 de novembro de 2021, a lei nº 14.245, conhecida como Lei Mariana Ferrer, foi publicada no Diário Oficial da União, alterou o Código Penal comum e Código de Processo Penal e visa proteger as vítimas de crimes sexuais de uma vitimização secundária, também denominada como revitimização ou sobrevivitização, que nada mais é do que a violência institucional do sistema processual penal. Em outras palavras, trata-se da revitimização cometida pelos próprios agentes públicos no momento de analisar o caso concreto.

De autoria da deputada Lídice da Mata (PSB/BA), o projeto foi elaborado após a repercussão nacional do caso Mariana Ferrer, que, após denunciar um caso de estupro ocorrido em uma casa noturna em Santa Catarina, em 2018, foi humilhada diversas vezes pelo advogado do acusado, durante a audiência de instrução e julgamento. Na circunstância, a defesa fez inúmeros ataques à sua vida pessoal com uso de fotografias íntimas da vítima, incluindo, até mesmo, imagens que, segundo Mariana, teriam sido adulteradas.

De acordo com a justificação da própria norma, a lei tem como objetivo trazer mais segurança às vítimas de violência sexual que tenham de

participar das audiências de instrução e julgamento com vistas a apurar a responsabilidade de seus agressores, preconizando que é um dever de todos os presentes garantir a integridade física e psicológica da vítima. Dessa forma, estabelecem-se limites à atuação dos advogados de defesa e impõe-se que o juízo da causa zele por esses direitos, sob pena de responsabilização civil, penal e administrativa.

Vale lembrar que o advogado possui imunidade profissional, “não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele”, conforme preconiza o artigo 7º, §2º da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil). Porém, a norma não se estende aos crimes de calúnia e violência psicológica, assim sendo, não há que se falar em mitigação dos direitos advocatícios.

No que se refere à alteração realizada ao Código Penal, foi aumentado de um terço até a metade a pena do crime de coação no curso do processo, quando se tratar de crimes contra a dignidade sexual (CP, artigo 344, parágrafo único). No tocante ao Código Processual Penal, conforme já mencionado, refere-se diretamente às audiências de instrução e julgamento, especialmente as que apurem crimes contra a dignidade sexual, bem como a instrução em plenário nos crimes de competência do Tribunal de Júri, obrigando a todos os sujeitos processuais presentes no ato a zelarem da integridade psicológica e física da vítima (CPP, artigos 400-A e 474-A). Da mesma maneira, foram as alterações realizadas na Lei nº 9.099/95, relativas aos crimes de menor potencial ofensivo, a teor do §1º do artigo 81, adicionado pela lei em questão.

Evidencia-se que, em todas as situações abordadas pela inclusão legislativa, é totalmente vedado qualquer tipo de menção sobre circunstâncias ou elementos alheios aos fatos objeto da ação, sendo igualmente vedada a utilização de linguagem, informações ou materiais que venham denegrir a dignidade da vítima ou de testemunhas. Ou seja, observa-se que a mensagem principal da modificação é que as vítimas e as testemunhas, sujeitos do processo penal, devem ter seus direitos e interesses preservados.

Embora o legislador tendo se esquecido, novamente, do regulamento castrense, já que, durante esses 80 anos de vigência, o Código Processual Penal Militar sofreu apenas 60 alterações, é importante lembrar que, para a aplicação da legislação processual penal comum no rito processual penal militar, faz-se necessário analisar quatro pontos que são a ausência de previsão legal no CPPM, ausência de vedação, aplicação ao caso concreto e que a aplicação da norma não desvirtue dos preceitos do processo penal militar.

Nesse caso, observa-se que é totalmente cabível a aplicação da Lei nº 14.245/21, no que tange às alterações sobre o tratamento dado às partes durante os processos da esfera militar, uma vez que ficaram preenchidos todos os requisitos necessários. Inclusive, destaca-se, conforme já mencionado, que, por ser uma norma que visa à proteção da dignidade da pessoa humana, princípio fundamental da Constituição da República, ela deve ser imposta a todo sistema processual, independentemente de sua natureza. Logo, não há qualquer tipo de incompatibilidade com o processo penal militar.

Entretanto, a mesma coisa não ocorre no que se refere à alteração realizada no crime de coação do art. 344 do CP, uma vez que o CPM não prevê nenhum tipo de aumento de pena em seu artigo 342, portanto, por não haver omissão legal, não há possibilidade de o magistrado aplicá-lo, pois, caso contrário, ele estaria usurpando as funções do legislador, criando uma terceira norma. Da mesma forma, não há possibilidade de aplicação das regras dos Juizados Especiais na esfera castrense por haver expressa vedação legal (artigo 90-A da Lei nº 9.099/95).

Em vista disso, conclui-se que a lei nº 14.245/01 e as diversas leis e projetos de lei aqui citados buscam resguardar, em todos os sentidos, a dignidade das vítimas de violência e assédio sexual, levando em consideração que grande parte dessas vítimas são as classes minoritárias, como é o caso das mulheres e do grupo LGBTQIAPN+. Ficando, assim, caracterizada a importância do tratamento adequado às vítimas e testemunhas durante a apuração da responsabilidade dos agressores.

6 CONCLUSÃO

Como visto, os contrastes sexuais nas sociedades sempre foram valorizados ao longo da história humana, contudo, devido à força que o movimento feminista conquistou no decorrer das últimas décadas, essa realidade começou a ser modificada, e as mulheres passaram a ter legalmente os mesmos direitos que os homens sempre tiveram, seja no âmbito familiar, social e laboral.

Ocorre que, independentemente de todos os avanços alcançados, a discriminação e o preconceito estão longe de serem extintos da nossa sociedade, tendo em vista que as mulheres continuam sendo tidas como um grupo minoritário, mesmo havendo, hoje, o mesmo quantitativo de homens e de mulheres (BEAUVOIR, 1970, p. 12).

De igual forma, refletindo o nosso cotidiano, a estrutura das Forças Armadas e as instituições de Segurança Pública também permaneceram por muitos anos reproduzindo a misoginia e sexismo que afastaram e limitaram o acesso à ascensão profissional em razão do gênero. No entanto, conforme a participação feminina foi ganhando posição de destaque, ficou cada vez mais evidente a importância da atuação das mulheres na defesa dos interesses soberanos da Nação brasileira. Ou seja, constatamos que se trata de um trabalho colaborativo, pois à medida que uma sociedade é mais igualitária, mais justa será a participação feminina nas instituições militares.

Por essa razão, é certo que as organizações militares brasileiras saberão se adequar as novas estruturas e comandos, uma vez que a busca pela igualdade deve ser realizada de modo conjunto, em que todos trabalham com os meios cabíveis para combater e prevenir assédios, violências e desigualdades.

REFERÊNCIAS

AQUINO, Mariana; FOUREAUX, Rodrigo. Assédio Sexual nas Instituições de Segurança Pública. *Revista da Pesquisa*. Disponível em: https://atividadepolicia.com.br/wp-content/uploads/2020/10/Assedio-Sexual-nas-Instituicoes-de-Seguranca-Publica-e-nas-Forca-Armadas-Revista_da_pesquisa.pdf. Acesso em: 30 dez. 2021.

AZEVEDO, André Boiani de. *Assédio sexual - Aspectos penais*. Curitiba: Juruá, 2005.

BAKER, Milena Gordon. *A tutela da mulher no direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo: fatos e mitos*. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. *Habeas Corpus*: 00001786320177000000. Relator: Ministro Marco Antônio de Farias, Data de Julgamento: 06/12/2017, Data de Publicação: 13/12/2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 dez. 2021.

BRASIL. *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: 30 dez. 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm. Acesso em: 30 dez. 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 30 dez. 2021.

BRASIL. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 30 dez. 2021.

BRASIL. *Lei nº 14.245, de 22 de novembro de 2021*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14245.htm. Acesso em: 30 dez. 2021.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 5.016, de 2020*. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0188c8473iulmfxqujpfgyzjoj13617800.node0?codteor=1938227&filena me=PL+5016/2020. Acesso em: 30 dez. 2021.

CARREIRAS, Helena. *Diversidade Social nas Forças Armadas: Género e Orientação Sexual em Perspectiva Comparada, Nação e Defesa*. Lisboa: Instituto da Defesa Nacional, 107, p. 61-88.

CARREIRAS, Helena. *Mulheres Militares em Portugal (1992-1998) – Políticas, Processos e Protagonistas, Nação e Defesa*. Lisboa: Instituto da Defesa Nacional, 88, 81-111.

CARREIRAS, Helena. *Mulheres nas Forças Armadas: transformação institucional e recrutamento feminino*. Lisboa: CIES-ISCTE / CELTA. nº 18 (1995), p. 97-128.

ELSHTAIN, Jean B., *Women and War*, Basic Books, New York, 1987.

LIMA, João Francisco de. *A incrível Maria Quitéria*. São Paulo: Nova Época, 1977.

MINISTÉRIO da Defesa conta com mais de 34 mil mulheres em seus quadros. *Ministério da Defesa Notícias*. Disponível em: <https://www.gov.br/defesa/pt-br/centrais-de-conteudo/noticias/ministerio-da-defesa-counta-com-mais-de-34-mil-mulheres-em-seus-quadros>. Acesso em: 22 dez. 2021.

REIS Jr., Pereira. *Maria Quitéria*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1953.

RIBEIRO, Bruno Salles Pereira. Delineamentos sobre o crime de assédio sexual. São Paulo: *Revista Liberdades*. N.14 (set-dez, 2013)

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. A mulher militar e sua integração nas Forças Armadas. Belo Horizonte: *Amagis Jurídica – Associação dos Magistrados Mineiros*. N. 14 – V. II (jul – dez 2016)

Marianna Vial Brito

SJOBERG, Laura. Women Fighters and the “beautiful soul” narrative.
Geneva: International Review of the Red Cross. V. 92, n. 877 (mar, 2010).

A Dialética do aprendizado democrático. Uma narrativa sobre educação para os Direitos Humanos no âmbito das Forças Armadas e da Segurança Pública

Cláudia Aguiar Silva Britto

Pós-doutora em Direitos Humanos e Democracia (Universidade de Coimbra. IGC). Doutora e Mestre em Direito Público e Ciências Penais. Diretora de Ensino do Instituto Brasileiro de Direito Militar e Humanitário (IBDMH). Professora Titular de Processo Penal (IBMEC). Pesquisadora PICPq/UNIFESO.

Data de recebimento: 10/01/2022

Data de aceitação: 12/01/2022

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo apresentar algumas visões a respeito da formação do militar e do profissional de segurança pública no âmbito do Estado Democrático de Direito. Inicialmente tratamos da importância do ensino e da educação com o fim de abrir clareiras à autorreflexão e à consciência crítica. Seguimos refletindo na construção de um aprendizado democrático para o espaço da práxis da formação do profissional militar e da segurança pública, tendo como base questões levantadas sobre uma conceituação de direitos humanos e sua escalada nos textos normativos. Como isso se verificaria, ou se verifica, no ambiente policial e na caserna? Com essa perspectiva, analisamos determinados enfoques críticos e empregamos, como referencial fático, informações relacionadas às Forças Armadas e à Segurança Pública. Como referencial teórico, utilizamos uma abordagem sócio criminológica e filosófica e algumas digressões a partir do agir comunicacional habermasiano.

PALAVRAS-CHAVE: Educação. Direitos Humanos. Segurança Pública. Forças Armadas

ENGLISH

TITLE: The Dialectic of Learning. A Narrative on Human Rights Education in the Armed Forces and Public Security.

ABSTRACT: This article aims to present some views on the training of the military and public security professionals in the heart of the Democratic Rule of Law. Initially, we dealt with the importance of teaching and education in order to open clearings for self-reflection and critical awareness. We continue to reflect on the construction of democratic learning for the space of the praxis of training the military professional and public security, based on questions raised about a conceptualization of human rights and their escalation in normative texts. How would this happen, or does it happen, in the police environment and in the barracks? With this perspective, we analyze certain critical focuses and use, as a factual reference, information related to the Armed Forces and Public Security. As a theoretical framework, we use a socio-criminological and philosophical approach, and some digressions from Habermas's communicational action.

KEYWORDS: Education. Human Rights. Public Security. Armed Forces.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Construindo um aprendizado democrático – 3 A paralaxe da educação – 4 A Responsabilidade do conhecimento e a dialética democrática – 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Em um de seus trabalhos mais robustos, apresentado em 1978 na universidade de Sorbonne, onde recebia o título de doutor *honoris causa*, o

antropólogo Darcy Ribeiro confessava seus fracassos na vida, sobretudo o de não ter conseguido levar à frente um dos principais projetos que tencionava expandir: reestruturar o ensino no país. Entretanto, as “derrotas” às quais se referia simbolizam os orgulhos da sua vida, sua dignidade. Predisposto a ouvir argumentos e até mesmo a mudar de opinião, essas eram as suas características singulares. Afinal, diria Ribeiro, tudo é questionável. As velhas explicações eram justificações. É necessário repensar tudo. Essa lucidez que adquirimos não é, provavelmente, uma conquista da nossa racionalidade, completava ele, mas fruto de uma influência refletida das alterações no mundo todo. Todas essas mudanças foram vitais para o novo tratamento dispensado à educação no país. Acreditava o antropólogo que só haveria uma solução para os problemas brasileiros da educação; uma única; exclusivamente uma: levar a sério a educação. Essa preocupação constante com a formação das pessoas e o compromisso de repassar valores éticos e de cidadania permeavam sua vida e sua obra. Outra preocupação permanente era identificar o povo brasileiro em suas diferentes matrizes, como via inaugural para a construção de um processo civilizatório. Nesse contexto, o educador afirmava seu “desejo de ser participante que aspira a influir nas pessoas, que aspira a ajudar o Brasil a encontrar-se a si mesmo”. (1995, p.17). E essas últimas bases constituem a crítica, sem disfarces, ao processo educacional que se desenvolvia no Brasil, muito mais preocupado com a formação técnico-científica do que propriamente com o estímulo ao desenvolvimento de uma consciência crítica, autônoma, onde o exercício da ética e da cidadania é essencial para a prática democrática.

Ladeados ao pensamento e a vontade do antropólogo na reestruturação e expansão do ensino no país estão a força e o vigor crítico e científico de Carlos Magno Nazareth Cerqueira. Seu pensamento engenhoso e ao mesmo tempo sensível, plasmado na ideia da necessária humanização da polícia e sua ligação com os direitos humanos foi o sopro renovador que se espalhou nas três últimas décadas. O desaparecimento agudo e prematuro de Cerqueira, porém, deixou o legado do “futuro de uma ilusão”; “o sonho de

uma nova polícia”. Mas essa ilusão que, por vezes, soçobra a esperança, subverte o desejo, submerge e perturba os sonhos foi transplantada para uma dimensão concreta, que não afastou as quimeras, mas reascendeu a contínua e perene vontade de alcançá-la.

Em entrevista concedida dizia Cerqueira (2001, p. 29) que a instituição policial passou a preocupar-se muito mais com a formação dos soldados, procurando-lhes dar outro entendimento sobre a sociedade, outra percepção sobre a função da polícia. Ele achava que com isso seria possível “contaminar” a corporação como um todo. A metodologia de ensino mudou, dizia Cerqueira “a gente não está mais naquele sistema em que o professor fala e o aluno escuta. Estamos discutindo com o soldado, fazendo dinâmica de grupo, mesa-redonda, estimulando o soldado a participar da discussão e dizer o que pensa”. Cerqueira desejava mudança. Mas a mudança viria a partir de um ensino comprometido com a reflexão, com o diálogo, com uma busca incessante do saber, que não desonera a realidade, antes, porém compartilha e esclarece as agruras da vida real.

Um contributo a inteligência e generosidade desses dois importantes pensadores, talvez seja a consolidação da ideia de que aprender e ensinar são facetas do mesmo espectro, e conhecer é libertar-se da ignorância, da opressão dos “insaberes”, da cegueira dos acrílicos, da escuridão dos que não desejarem ir a busca da verdade. Ou mesmo é livrar-se daqueles que se fecham à inovação e já não tem o que receber nem o que dar, conforme os ditos de Ribeiro. “Mais convencimento, menos punição, para que o homem entenda e aceite o que está fazendo” (2001, p. 25-29). Essas reflexões de Cerqueira unindo-as as de Ribeiro sintetizam o que se se almeja em termos de formação dos profissionais das forças armadas e das forças de segurança pública: Uma narrativa de direitos humanos para a dialética do aprendizado democrático.

2 CONSTRUINDO UM APRENDIZADO DEMOCRÁTICO

Não há dúvida de que a formação educacional é uma das vias de emancipação da pessoa e é a partir dela que será possível provocar e estimular a análise crítica contemporânea e uma autorreflexão de comportamentos e atitudes. A educação é o meio fundamental para realizar e perpetuar a tarefa civilizatória e a união entre os povos. Entes humanos de uma comunidade global precisam da educação como orientador de suas ações, afirmadora de valores e de atitudes, estímulo ao exercício cidadão. Dentre outros e importantes motivos, a educação é valiosa, porque também é o instrumento mais eficaz de crescimento pessoal. E é também um direito humano estritamente relacionado à dignidade humana na medida em que contribui para “ampliá-la com conhecimento, saber e discernimento” (CLAUDE, 2005). Educar para os valores e cidadania: “É convidar alguém a acreditar naquilo que apreciamos, é convidar a acreditar naquilo que a sua Comunidade, nas dimensões locais, regionais, nacionais e transnacionais, aprecia”. (CAZALMA, 2015, p. 127):

A partir da reconstrução dos valores e dos fundamentos que marcam a sociedade, a prática comunicativa do conhecimento exerce uma função significativa na formação dos sujeitos, *e as expressões livres no aprendizado*, diz Aguiar (2000, p. 49): “rompem barreiras e estabelecem circuitos propiciando crescimento e o fortalecimento da noção de participação e cooperação”. Ademais, o caminho mais ajustado para o enfrentamento dos desafios educacionais da contemporaneidade é o fortalecimento da comunicação não distorcida entre esses sujeitos, o que deve sempre pressupor a busca permanente do consenso.

Por isso, a educação para os direitos humanos deve ser uma preocupação constante de todos e para todos; em todos os níveis, em todas as esferas, nos diferentes âmbitos hierárquicos, profissionais militares ou civis. Trata-se de um compromisso republicano que, ao seu tempo, conduz a importantes mudanças de mentalidades, de culturas enraizadas. A tarefa de

ensinar para o exercício dos direitos humanos passa a ser primordial para uma vida em sociedade, mas para uma vida inclusiva, que respeite “o Outro como um igual”. No âmbito policial e militar essa tarefa implica em estimular a formação cidadã dos seus integrantes, na transmissão de valores éticos, de dignidade e de proteção da lei. Na medida em que recebem essas mensagens e as internalizam, se reconhecendo como pessoas de direitos, os membros das forças armadas e de segurança, tendem a exercer suas atividades cômicas de suas responsabilidades, na condição de cidadãos e de agentes da lei, éticos, verazes e responsáveis.

É importante que a educação esteja inserida num contexto em que a cultura originária de cada indivíduo, de cada segmento, seja argumentativamente exposta à crítica, para que se consolide uma ação orientada ao entendimento, de modo a estabelecer formas coletivas de aprendizagem, de respeito aos direitos humanos, da sua autocognição como pessoa por meio de um processo de formação que assegure a competência comunicativa dos sujeitos. Esse tipo de educação servirá como máscara protetora, como blindagem às influências das várias formas de poder.

Assim, os ambientes acadêmicos de organizações militares e civis devem redundar em um espaço de acesso ao saber suficientemente capaz de estabelecer laços comunicacionais com os diversos setores que compõem a estrutura de uma sociedade. Universidades, organizações não governamentais, sindicatos, associações de classe devem ser constantemente chamados e estimulados a participar da celebração comunicativa com os diferentes organismos de segurança pública e das Forças Armadas. Daí ser realmente importante a tarefa de interpretar e criticar o modelo de ensino de forma a abrir as fronteiras a todos, principalmente àqueles que são estranhos um ao outro. Educação para os direitos humanos a todos os cidadãos e cidadãs deve redundar em um projeto contínuo, abrangente, inclusivo e perene. Estaria em causa, “manter vivo o sentido de humanidade que permite reconhecer em cada rosto humano um outro igual”, no dizer de Jürgen Habermas.

O filósofo alemão, em um dos seus muitos momentos inspiradores, reafirmara que, em um processo de interpretação cooperativo, os participantes se relacionam ao mesmo tempo sobre algo no mundo social, no mundo subjetivo e objetivo, mesmo que no ato de sua manifestação ele consiga alcançar apenas um dos três componentes. (HABERMAS, 2012, v. 2, p. 221). Isso porque, na esfera de realidade das pessoas, habita um senso comum. Uma aceitação sobre as coisas, por assim dizer, sem maiores questionamentos. O “mundo da vida” retratado pelo filósofo é concebido como uma rede de componentes intuitivos, familiares, transparentes. Aquele que vivencia as coisas extrai suas percepções a partir de sua realidade diária, de suas atividades cotidianas.

Com essa ideia, a construção cooperativa dialogal de aprendizagem pode ser analisada também sob uma dupla perspectiva: em um primeiro passo, deve-se analisar a condição de participantes da ação de fala, da comunicação e, em segundo prisma, a do observador dessa ação, conforme destacou Britto (2014, p. 120). Ademais, nessa linha dialógica de aprendizagem, a autonomia comunicativa do indivíduo deve ser alcançada de forma coletiva, e não apenas individualmente. A autonomia é encarada como aquela em que a vontade – devidamente motivada de um sujeito – é levada em consideração porque todos fazem parte de uma mesma comunidade global. Vivemos no mesmo espaço universal, somos ligados e religados constantemente, independentemente de crença, raça, etnia, gênero, região ou origem. Trata-se de uma autonomia voltada para o entendimento entre as pessoas. E essa autonomia consiste exatamente na capacidade e na autorização reciprocamente atribuídas a todos, a fim de que possam tomar posições frente a pretensões de validade postas no diálogo cooperativo, como um participante livre e igual (BRITTO, 2014, p. 71). Em uma comunicação orientada para o entendimento, os processos de aprendizagem são construídos de maneira cooperativa; entretanto, todos os participantes precisam estar dotados de autonomia para transmitir suas pretensões. Precisam conhecer

esses direitos, internalizá-los, a fim de que tenham condições suficientes para manifestar as suas expressões.

No campo da educação, a aprendizagem cooperativa se destaca por ser ela abrangente tanto no aspecto interativo quanto social. Daí porque Cazalma (2015, p. 235) reforça a perspectiva de que na aprendizagem cooperativa os processos de grupos assumem maior importância, pois permitem que os indivíduos aprendam em conjunto, por meio de trabalhos comuns. Esse tipo de aprendizagem, segue refletindo a autora, pode incentivar os educandos a enfrentarem problemas comuns juntos. Por outro lado, favorece a reflexão e estimula a expressão de suas manifestações e ideias.

Seria produtivo transportarmos as iniciantes reflexões teóricas para o espaço da práxis da formação do profissional militar e de segurança pública. Segue-se assim que, nesse contínuo processo de transformação pela prática argumentativa, percebemos que os estudos mais voltados para o ensino e aprendizagem cooperativos sobre os fundamentos de um Estado Democrático de Direito – e o que isso implica verdadeiramente para o cidadão e para os profissionais das Forças públicas – são muito mais relevantes do que as muitas justificativas e explicações teóricas sobre o comportamento de militares ou policiais frente às diferentes e complexas situações em que se veem debruçados cotidianamente. Então, é primordial que todos, incluídos os integrantes das Forças Armadas e membros das forças de segurança pública, conheçam o real sentido da necessidade de proteção desses direitos a todos indistintamente, notadamente pelo fato de serem todas pessoas humanas.

Mais especificamente na seara castrense de investigação e de processos criminais, Gorrilhas e Britto (2021, p. 35) jogam luzes sobre a importância de institucionalização da polícia judiciária militar da União e do aprimoramento profissional do oficial das Forças Armadas que está à frente das investigações. A questão também é de interesse internacional e preocupação da Organização das Nações Unidas. Segundo os autores, a ONU

tem exigido capacidade investigativa certificada pelos Estados-Membros dos oficiais que são cedidos para as missões de paz, especialmente na qualificação para investigar crimes de exploração e abuso sexuais. “Esta exigência internacional ratifica a necessidade de avanços na profissionalização da PJM.” (idem, 2021, p. 36). Assim:

Releva destacar que os delegados da Polícia Civil e os Delegados da Polícia Federal (PF), mesmo tendo formação jurídica, exigência para o exercício do cargo, possuem assessoria de agentes investigadores e contam com institutos de criminalística para a realização de exames forenses. Por outro lado, não se pode olvidar que os oficiais das Forças Armadas que são designados para atuarem como encarregados de IPM, além de não possuírem, muitas vezes, formação na área do Direito, não dispõem de estrutura dotada de investigadores e peritos criminais. Diante disso, são observadas lavraturas de flagrante e investigações penais contra cidadãos, militares ou não, realizadas sem o crivo das garantias constitucionais ou com outros vícios procedimentais e legais, ensejando ações indenizatórias contra a União. (GORRILHAS; BRITTO, 2021, p. 32)

Não se refuta o fato de que profissionais encarregados de investigações criminais precisam conhecer e internalizar os direitos e garantias encartados no art. 5º da Constituinte democrática de 1988, e não apenas formalmente. Os (des)conhecimentos de agentes de investigação, no que diz respeito ao sentido democrático de seus papéis e responsabilidades no cenário jurídico, podem ser percebidos claramente no ambiente da investigação e do processo, seja militar ou comum; e, de uma forma bastante própria, no Brasil. Como sabemos, existem implicações complexas relacionadas aos direitos e garantias individuais nas investigações as quais precisam ser conduzidas de maneira bastante técnica e cautelosa, a fim de evitar violações.

Essa inabilidade, muitas vezes observada nos inquéritos militares, foi destacada pelos autores Gorrilhas, Amin e Barbosa:

Pontue-se que uma polícia judiciária militar ineficiente contribui para o desprestígio de todos os órgãos que compõem o sistema criminal militar, vale dizer, Defensoria

Pública da União, Ministério Público Militar e Justiça Militar da União. Com efeito, a polícia judiciária militar é o primeiro órgão destinado a apurar autoria e materialidade de crime militar e, nessa vereda, a inabilidade policial em descortinar a autoria de crime repercute, de forma negativa, para a credibilidade destas instituições perante a sociedade. Assim, torna-se imprescindível criar melhores condições para a profissionalização da PJM, consistentes na criação de estruturas eficazes para o assessoramento e a condução de investigações criminais, o que inclui um aperfeiçoamento significativo dos recursos humanos focados nesta atividade. (2016, p. 212)

Destarte, com essas ideias, a missão que devemos operar nessa perspectiva, para além da formação ou aprimoramento técnico-jurídico em direito processual penal comum e militar, é a de assegurar as condições necessárias a partir das quais os membros da comunidade de segurança dos estados e do Distrito Federal, bem como os integrantes das Forças Armadas, possam concretizar os ideais inscritos na Constituição, fortalecendo os laços da comunicação, do entendimento, internalizando os significantes de pessoa, dos direitos humanos e da democracia. Esta é a função precípua na formação de todo e qualquer cidadão. Quem ele é? Do que ele precisa como ser vivo, dotado de sentimentos e vontades? E por que é necessário reafirmar constantemente os direitos e valores inscritos nas principais Cartas ditas democráticas do mundo? (Re)construir os fundamentos que norteiam a prática educativa inseridos num ambiente conceitual que nos permita problematizar os processos que integram as relações sociais da nossa época parece ser a primeira missão. Dotar os sujeitos da capacidade de se emanciparem dentro da realidade em que se encontram pode ser parte de uma premissa que definirá o caminho de sua própria consciência como pessoa e do trabalho que exercem diuturnamente. Ademais, sob o ponto de vista governamental, é necessário que o poder político nos níveis federal, estadual e municipal tenha e mantenha diretrizes para a segurança pública e para as Forças Armadas, instituições nacionais permanentes, comprometidas com os direitos humanos.

3 A PARALAXE DA EDUCAÇÃO

Lembra Haberle (2008, p. 107) que a educação da espécie humana começa com o ensinamento dos direitos humanos, da tolerância e da democracia, o que também inclui o ensinamento do repúdio à violência.

De fato, tudo se inicia com a educação fundada numa natureza comum a todos os homens (ser social e racional), e cosmopolita porque calcada numa comunidade ideal de intérpretes e sem fronteiras comunicacionais. A ‘paralaxe da educação’ é aqui empregada com o fim de refletirmos sobre o movimento do ponto de observação de um paradigma para outro. Esse deslocamento do olhar do que “está aí” para um modelo mais operante, inclusivo, substancialmente calcado na concepção dos direitos humanos, inaugura uma forma de transmitir valores e posturas, sobretudo no campo da segurança pública e do militarismo brasileiro.

Nos dois primeiros quartéis da década de 1980, ainda se observava, no Brasil, um regime de força e restrições de direitos fundamentais, empreendido pelo sistema de poder. As campanhas políticas eram formuladas e reformuladas a partir de um ponto de vista semelhante ao da doutrina de segurança nacional, pois o que as alimentava era a ideia da necessidade de combater o crime e manter a ordem. A todo o instante, cuidava-se de um modelo de gestão militar, de enfrentamento, que insistia em permanecer radicado no país. E essa polícia, que adotava o formato de guerra revolucionária ou de guerrilhas no campo da repressão do crime ou da manutenção da ordem, não se ajustava às novas percepções humanistas que começavam a se anunciar. “Era preciso entender que o que era bom para combater a guerra não era bom para a polícia” (CERQUEIRA, 1996, p.191). Parecia claro que, nesse contexto, a necessária desmilitarização se relacionava à própria concepção da atividade policial e iria muito além da questão da existência de uma polícia ostensiva uniformizada. (KARAM, 1988, p. 169)

Toda essa complexidade do fenômeno da criminalidade da polícia e no próprio seio policial foi amplamente avaliada e discutida pelo então Comandante Geral da Polícia Militar do Rio de Janeiro, Carlos Magno Nazareth Cerqueira. Entre as suas análises estava aquela relacionada às diversas modalidades de poder (político, ideológico, econômico, religioso) que se colocam a serviço de uma criminalidade que tem por objetivo a perpetuação do *status quo*, isto é, a manutenção da posição oficial ou de imposição de certos valores à sociedade. (2015, p. 51).

Uma legislação que seguia predominantemente militar no âmbito da segurança pública e cuja doutrina espelhava as concepções da política de segurança nacional de uma época, mas que recrudescida e fomentada, se perpetuava ao longo dos anos. Não por outra razão que, a ideologia baseada na cultura do medo, da força e da violência acabou influenciando as organizações policiais, grupos de policiais ou mesmo policiais isoladamente para violar os direitos humanos, estabelecendo assim novos padrões, atitudes e conceitos; circunstâncias observadas por Cerqueira (1996, p.191).

Nesse estágio, vários países difundiam uma lógica da defesa e da segurança contra ameaças extremas e faziam distinguir “cidadãos” de “inimigos”. Pessoas convencionadas de “perigosas” poderiam ser tratadas como “inimigas” pelo Estado, embora não estando em situação de guerra ou conflito armado. Entretanto, diferentemente do que acontece nos conflitos armados, na qual os combatentes possuem ainda alguns direitos relativos à condição de prisioneiros de guerra, os “inimigos” da sociedade se veem excluídos de vários direitos e garantias, diariamente, e em diferentes situações (BRITTO, 2013, p. 261).

Por isso, inverter a concepção militarizada e secular do trabalho policial de “força pública que serve e protege” para a noção de “serviço público que pode usar a força” redundou em franca e clara ruptura de paradigma. O inimigo a combater é substituído pelo “cliente a servir”, o “terreno de operações”, ajustado para o espaço do outro, onde ele habita ou atua. O regime autoritário foi dando lugar a uma envergadura democrática e

as legislações tiveram que ser reorganizadas sob essas novas bandeiras. Lembrava Cerqueira que o policiamento nos regimes democráticos deveria ser compreendido como uma atividade imparcial, não partidária, que apenas será obtida quando a polícia mantiver a consciência de que não presta serviço a um governo ou regime em particular: “a polícia serve ao regime da lei e aos fins da justiça” (1996, p. 196).

A política de enfrentamento foi sendo ajustada aos processos de aprendizagem, concepções mais adaptadas ao novo modelo de Estado de Direito. A história mostrou e mostra que o “medo e o horror são maus professores; esses sentimentos não encorajam nenhum processo de aprendizado moral por meio da análise construtiva do ato praticado” (GUNTHER, 2016).

Por todas essas razões, Cerqueira (1998, p. 187) salientava que não basta a seleção ou o treinamento dos policiais se não for possível controlar a influência, na organização policial, dessas variáveis do poder. Com esse escopo, a adoção da “Carta de Valores” recomendada pela Organização das Nações Unidas e inspirada na ideologia dos direitos humanos passou a ser a principal medida administrativa adotada. Unida a esse propósito, a ideia de circundar outros fatores que pudessem desestabilizar ou influenciar positiva ou negativamente a administração policial também foi sugerida. Assim, conhecer os diferentes segmentos sociais e identificar suas ideologias pareciam ser maneiras inteligíveis para a compreensão da relação da polícia e sua “clientela”.

As Recomendações internacionais da ONU são no sentido de exigir que as diretrizes governamentais estejam em consonância com uma ideologia dos direitos humanos. Para as Nações Unidas os governos desempenham duas funções básicas: a de manter a paz e a segurança e a de proteger os direitos humanos das pessoas sob a sua jurisdição. A Entidade aprovou um código de conduta para os policiais, que funcionaria como uma Carta de Valores para a atividade policial. A Carta impõe deveres aos

policiais e a sociedade ao definir os valores que deverão orientar a repressão criminal (1988, *Op. cit.*).

Contudo, havia uma necessidade de profilaxia aos recursos humanos; seria necessário descobrir quem poderia ameaçar a intenção da Carta de Valores. Aqui, então, chegamos ao ponto crucial do presente artigo. Para Cerqueira e para muitos outros estudiosos do problema da segurança pública e direitos humanos, a linha definidora da aplicação real e prática da Carta de Valores passava pelo corpo policial, pela formação do profissional que atuaria na seara da segurança pública do Estado. Os processos de recrutamento e de seleção deveriam estar capacitados para recrutar e selecionar homens que tivessem condições de defender os valores e respeitar a lei e a dignidade humana dos criminosos. Seria necessário que, nesse processo de captação e seleção, se observassem os profissionais que atuariam na segurança pública: suas diferenças, seus hábitos e crenças, sua maneira de pensar e agir sobre todas as coisas. Afinal, seriam eles que poderiam influenciar a estrutura policial. Seria importante também que essa ideologia dos direitos humanos ficasse bem clara para a população, para os policiais e para os docentes, instrutores que iriam transmitir a nova linguagem da política de segurança, bem como quais seriam os verdadeiros e reais compromissos firmados pelo governo.

Quanto à atuação das Forças Armadas, no contexto da segurança pública, a questão demanda outras fortes considerações e reflexões. Para além da discussão jurídica constitucional, sobre a participação das Forças Armadas nas operações de “Lei e Ordem”, nos parece que o ponto nodal seja a necessidade de se efetivar um ensino de formação, espraiado, inclusivo e contínuo, a todos os membros das Forças Armadas e de segurança, em torno dos direitos humanos.

Analisando o paradigma de Direitos Humanos do uso da força em ações militares voltadas para a segurança pública, Palma (2021) destaca que o assunto demanda mais estudos, pesquisas e discussões: “imprescindível temática a ser tratada, treinada e observada pelas Forças Armadas”. Na

dimensão penal, diz a autora, questões como desaparecimento forçados, tortura, uso excessivo da força e violência sexual revelam temas do debate direitos humanos e forças armadas (idem):

Os militares têm sido demandados pela sociedade brasileira para o cumprimento de missões outras que não a defesa da pátria, missão primordial das Forças Armadas de qualquer estado. Essas demandas que exigem contato com as populações locais, fora de um contexto bélico, não ocorrem sem respaldo constitucional, mas configuram atuações para as quais a formação da carreira militar não foi essencialmente concebida. (PALMA, 2021)

A participação brasileira em operações de manutenção da paz é assunto que permeia a agenda de debates. Diferentes autores ratificam a necessidade de avanços na profissionalização da polícia judiciária militar nacional:

Atualmente, militares têm sido empregados em missões que resultam em contato direto com populações civis, como nos casos de ações de garantia da lei e da ordem e de missões de manutenção da paz. Profissionalizar a investigação criminal militar para responder de forma rápida e eficaz diante da ocorrência de um crime militar impacta na legitimidade, credibilidade e eficiência da atuação das Forças Armadas. (GORRILHAS, AMIN, BARBOSA, 2016, p. 223)

4 A RESPONSABILIDADE DO CONHECIMENTO E A DIALÉTICA DEMOCRÁTICA

Muito embora o termo “responsabilidade” nos conduza a uma série de interpretações; como já destacou Canotilho (2011, p. 555), o fato é que quaisquer que sejam os domínios concretos e os sentidos específicos, a expressão guarda potencialidades suficientes para abranger todas as suas variações, sejam elas de cunho político-criminal, de responsabilidade civil das entidades públicas ou no sentido de responsabilidade política.

Então, se observarmos pela ótica da responsabilidade imputada em comunicações sociais, Günther (2008, pp. 5) anota que uma pessoa é

observada na medida em que dispõe de capacidade crítica por meio de suas expressões e de seus comportamentos, isto é, se ela é conduzida em sua liberdade de comunicação. Significa dizer que, para ser responsável por algo “por parte de outrem” ou considerar-se responsável a si mesmo perante “outrem”, a pessoa deverá ter condições de posicionar-se frente aos proferimentos de um interlocutor, com suas pretensões de validade, que dependerão de um reconhecimento intersubjetivo.

No campo jurídico, esse processo cognitivo sobre os direitos fundamentais, o entendimento correto das pessoas como condição própria de sua estrutura vital, fortalece a relação do cidadão com a sua estrutura legislativa. Ao tempo que compreende a norma e os valores do Estado de Direito vinculado aos princípios da dignidade humana imantados nos documentos normativos, essa confiança da sociedade é fortalecida.

Ademais, leva-se em conta o fato de que os sujeitos envolvidos na organização e estrutura interna da qual fazem parte criam um caminho importante, a ponto de se identificarem com as regras internas dessa organização. E esse compêndio de normas precisa estar ajustado com o regime dos direitos fundamentais.

Por essas razões, é necessário explicitar publicamente o compromisso das Forças de Segurança e das Forças Armadas, com a “ideologia dos direitos humanos”, um compromisso firmado no qual não se pode hesitar e que não se pode perder de vista. O que precisa ser posto, e sempre renovado e reafirmado, nesse novo paradigma, é a sua essência, isto é, a garantia da gênese da democracia do direito. É isso precisamente que está em jogo.

Por outro lado, é possível que alguns pressuponham que os cidadãos já carreguem consigo um sistema normativo internalizado que os faria se posicionar nas situações de conflito em favor do direito e contra a ordem ilícita, contra imperativos de uma “gramática da honra” ou contra uma pressão de adequação ao grupo contrário ao direito. (FABRICIUS, 2006, p.18).

Entretanto, esperar um comportamento de acordo com a moral, a honra, a lealdade, o direito e/ou a ordem implica a possibilidade de se professar uma ideia de que todos serão verdadeiros consigo e com os demais, atributos humanos nem sempre disponíveis a todos e em todos os momentos. Assim, em muitos casos, essas pressuposições podem não servir de vetores para tomadas de certas decisões, porque todos esses aspectos produziram, como produzem, sentimentos e humores dos que estão à frente de certas atividades, sobretudo da segurança pública e da atividade militar.

Então, é necessário que se estabeleçam não só paradigmas normativos internos, absolutamente ajustados aos direitos humanos, mas uma incessante transmissão de educação para os direitos humanos, assim como estímulos a procedimentos reflexivos seguros, para que tal margem ampliada de discricionarismos dos agentes das Forças públicas, bastante perceptível na realidade brasileira, não contribua para arrefecer a busca da sedimentação da democracia. A “vontade” que gera a morte, a destruição e inimizáveis incontornáveis, nas digressões de Schopenhauer, não pode ser o esteio sobre o qual pousarão as manifestações e as decisões de “emergência” tomadas na cotidianidade da segurança pública, das atividades militares como um todo. A absorção desses fundamentos dos direitos humanos, com o fim de neutralizar as influências negativas e capacitar os policiais e integrantes das forças armadas de habilidades no campo da promoção desses direitos, são, portanto, imprescindíveis.

Nesse contexto, é necessário incluir na proposta os grupos regulamentadores que têm a incumbência de controlar a violação dos direitos humanos, mas, sobretudo, servir de elo entre a Polícia, as Forças Armadas, as Forças de segurança e as diferentes organizações não governamentais que operam no campo dos direitos humanos, sindicatos, associações de classe e demais instituições que possibilitem a discussão teórica. Dialogar com o ambiente acadêmico universitário comprometido com a discussão de fundo, de forma ampla e irrestrita, traduz-se no aprimoramento dessas reflexões.

A troca contínua de experiências é fator altamente estimulante e encorajador para que novas propostas de fortalecimento ao respeito aos direitos humanos sejam fomentadas.

Para tanto, o percurso educativo deverá ser no sentido de conduzir essas pessoas em sua liberdade de comunicação. O estímulo à práxis reflexiva sobre o sentido de dignidade, pessoa e direitos, e a percepção real do que é democracia pode se apresentar como um fator construtivo. Afinal, conhecer é libertar-se das aporias da consciência, da ignorância e da opressão do julgamento, sob todos os aspectos.

Pensamos que, à medida que as pessoas, no âmbito dos profissionais das forças armadas e da segurança pública, tenham aprendido essa linguagem, poderão compreender as mensagens transmitidas e assim tornarem-se incapazes de receber qualquer outra proposta diferente da gênese democrática. E isso implica instituímos uma nova concepção hermenêutica democrática dos Direitos Humanos e Fundamentais, com caráter eminentemente crítico. Crítico no sentido de denunciador de todos aqueles atos e discursos de dominação estratégica que criam obstáculos à participação efetiva dos cidadãos no ambiente castrense, da segurança pública, na vida política e/ou econômica da comunidade; “denunciador dos intentos de introduzir no sistema jurídico a defesa de interesses ou valores que não se coadunam com a autonomia do indivíduo e do cidadão, tal como tem consagrado a Constituição Brasileira de 1988”. Afirmava Cerqueira (1996, p. 210):

Não há polícia ou combate duro; o que existem são planos inteligentes, racionais e eficazes; há polícia eficaz, há eficácia segundo os ditames de uma política de segurança pública para um Brasil pluralista, democrático e respeitador da dignidade da pessoa humana.

Se elegermos uma base reflexiva sobre a via comunicativa para a formação do profissional de segurança pública, no contexto de pessoa e democracia, perceberemos ser possível resolver alguns sorvedouros com a

consolidação de um projeto educativo voltado ao entendimento racional e que procure combater as posições irracionais que se estabelecem em outras bases. Isso porque a linguagem tem papel importante na construção do consenso.

Uma formação discursiva profunda e contínua poderia ser capaz de levar adiante o projeto de transformação democrática. Conhecer a essência dos Direitos Humanos, e a capacidade de criticar a sua posição, seu próprio comportamento, é o critério de julgamento de imputabilidade da pessoa de direito. Uma pessoa deliberativa tem que ter a capacidade de participar de uma argumentação na qual ela dê a necessária valorização aos seus direitos, de expressar seus motivos e criticar tanto quanto defender a sua opinião e evitar, assim, um confronto. Essa liberdade comunicativa empregada no seio educativo abre condições para capacitar o sujeito a discernir até onde vai seu direito e o do outro. “La comunicación orientada al acuerdo exige por tanto, que los participantes se atribuyan recíprocamente la capacidad de responder por sus acciones” (KINDHÄUSER, 1996, p. 38).

A mensagem, por outro lado, deve ser clara o suficiente para que o interlocutor se sinta absorvido, abraçado pela possibilidade de se integrar no ambiente de discussão e interação. A linguagem serve como garantia democrática, uma vez que a própria democracia pressupõe a compreensão de interesses muitos e o alcance do consenso. Todavia, para que a linguagem assumira essa função democrática, é necessário que a comunicação seja clara. Quando as palavras e a compreensão são distorcidas ou manipuladas, impede-se uma comunicação efetiva, fazendo-se dissipar a democracia.

Com esse propósito, seguimos convencidos de que é no terreno da linguagem que residem as teorias argumentativas; e motivos vêm da argumentação, especialmente valorizada num ambiente acadêmico. Destarte, nesse processo de formação do profissional, é preciso encontrar e transmitir asserções que convençam os outros a aceitarem as pretensões de quem as formula. “A força do melhor argumento define a essência da democracia, onde a fala do outro deve ser relevante para o consenso” (BRITTO, 2014, p. 262).

5 CONCLUSÃO

Cientes de que o assunto não se exaure nessas perspectivas até aqui expostas, abreviaríamos os itens dessas reflexões teóricas para que novos instrumentos possam ser utilizados nas discussões em busca de um forte e permanente ensino e aprendizagem em torno dos direitos humanos. Por isso, seguimos e insistimos com Darcy Ribeiro sobre a necessidade de investir em educação. Eis que: “somente tomando posse do patrimônio cognitivo de sua época, um país pode passar de um plano para outro”.

Pontuamos, por fim, as principais premissas em torno da formação do profissional das Forças Armadas e da Segurança Pública:

1. Fomentar um constante e contínuo diálogo institucional com os sujeitos profissionais das FFAA e de segurança; o uso da via comunicativa como forma de “acesso ao mundo”. As interlocuções com as diferentes instituições policiais e seus representantes precisam ser estimuladas, com vistas ao alcance de sua emancipação. A população deve ser chamada a participar e deliberar sobre os processos de mudança em torno da segurança.

2. Fortalecer e revigorar as mudanças ocorridas no sistema de educação das Forças Armadas e da polícia, condicionando a comunicação direta e aberta com as demais organizações não governamentais, sobretudo nos ambientes acadêmicos universitários. Fomentar a pesquisa e a interligação com as instituições de ensino superior na construção da segurança e da cidadania.

3. “Aprender a aprender a ensinar”. A mensagem deve ser clara. A formação daqueles que formarão e capacitarão os profissionais militares e da segurança pública – com a absorção de um projeto político-pedagógico capaz de sufragar os postulados dos direitos humanos e da cidadania devem traduzir esse sentimento. Uma política institucional de ensino que tenha como meta o desenvolvimento e aprimoramento do profissional docente.

4. Renovar, reestruturar, restaurar as bases curriculares. As ementas de ensino devem estar adequadas à proposta de reintegração de uma política ancorada nos direitos humanos. A academia deverá estar predisposta a ouvir, receber e instruir os profissionais que lidarão com os membros das Forças Armadas e com os agentes da segurança pública.

5. Estabelecer e procurar potenciais humanos, com vocação e habilidades próprias para encurtamento e facilitação dessa via de diálogo e aprendizado.

Alguns segmentos privados e entidades públicas têm desenvolvido Programas e Projetos de ensino e aprendizagem nas diversas áreas de educação¹ destinados à formação dos profissionais das Forças Armadas e da Segurança Pública. O IBDMH – Fundação Instituto Brasileiro de Direito Militar e Humanitário –, em convênio com a ESMPU – Escola Superior do Ministério Público –, tem procurado, por meio de palestras e ciclos de debates, transmitir orientações em direitos humanos e direito humanitário aos integrantes das Forças Armadas, aos agentes das Forças públicas e à sociedade civil. Membros do Ministério Público Militar da União têm se engajado, nos últimos anos, a ministrar palestras educativas aos oficiais e demais membros das Forças Armadas nas diferentes Organizações Militares, levando informação técnico-jurídica, mas sem descuidar da linguagem mais consentânea aos direitos humanos. Essas iniciativas e tantas outras que

¹ O Programa “Banco de Talentos” (Rio de Janeiro) tem promovido o mapeamento e a seleção de profissionais com vistas a constituir corpos docentes qualificados, multi, inter e transdisciplinares, para atuação nas Unidades de Ensino da Secretaria de Estado de Polícia Militar (SEPM), Secretaria de Polícia Civil (SEPOL), por meio de resolução conjunta ou com as Guardas Municipais. A REBRAPAZ – Rede Brasileira de Pesquisa sobre Operações de Paz – é uma iniciativa que abrange instituições privadas e públicas, civis e militares, que se propõe a oferecer pesquisa e ensino sobre operações de paz. A Conectas promove uma agenda de defesa de direitos humanos e da democracia. Devem ser destacados ainda: o Projeto de pesquisa “Assistência Criminal Humanitária” – (PICPq/UNIFESO), no qual visa levar informação de direitos humanos aos jovens das escolas públicas; bem como o Projeto EDHUC em parceria com a ONG angolana – Casa de Caminho André Luiz-Luanda, cuja proposta é educar para os direitos humanos jovens angolanos e brasileiros em situação de vulnerabilidade; e demais órgãos, entidades, projetos independentes e institucionais que guardam objetivos em comum: Ensino e aprendizagem.

permeiam o Brasil demonstram que é possível abrir flancos educacionais no âmbito das Forças, comprometidos com o estímulo ao exercício da ética e da cidadania, prática essencial para a democracia.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Ritamaria. NISENBAUM, E. Musicoterapia. Superando fronteiras. Trad.: Juan Soulet. CC&P Editores, 2000.

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALEXY, Robert. Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. In: CARBONELL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo García. *El Canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010, pp.106-116.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 2. ed. Trad. Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2007.

BARRETTO, Vicente Paulo. *Fetichismo dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARRETTO, Vicente Paulo. Ética e direitos humanos: aporias preliminares. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). 2. ed. *Legitimação dos direitos humanos*. São Paulo: Renovar, 2007, pp 569-599.

BRITTO, Cláudia Aguiar Silva. *Processo penal comunicativo à luz da filosofia de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2014.

BRITTO, Cláudia Aguiar Silva. Cidadãos e inimigos. Uma abordagem criminológica sob a ótica do constitucionalismo contemporâneo. *Revista do Ministério Público Militar*. – Ano 1, n.1 (1974) – ano 41, n. 26 (nov. 2016). – Brasília: Procuradoria-Geral de Justiça Militar, 2016.

BRITTO, Cláudia Aguiar Silva. O Direito à assistência criminal nos países lusófonos. In: *Alcance dos direitos humanos no estados lusófonos*. Santa Cruz do Sul. EDUNISC. 2017, pp. 158-179.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2011.

CAZALMA, Amélia. *Educação para a cidadania democrática em Angola: Contributos para o bem-estar social e escolar*. PT: Pegado, 2015 .

CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth. O futuro de uma ilusão: o sonho de uma nova polícia. *Discursos Sediciosos*. Crime, direito e sociedade. Ano 2, n. 03. Rio de Janeiro: ICC, 1997, pp. 115/140.

CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth. Remilitarização da segurança pública: a operação Rio. *Discursos Sediciosos*. Crime, direito e sociedade. Ano 1, n. 01. Rio de Janeiro: ICC. Relume Dumará, 1996, pp. 141/168.

CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth. A polícia e os direitos humanos: estratégia de ação. *Discursos Sediciosos*. Crime, direito e sociedade. Ano 2, n. 03. Rio de Janeiro: ICC. 1996, pp. 211/224.

CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth. Outros aspectos da criminalidade da polícia. *Discursos Sediciosos*. Crime, direito e sociedade. Ano 3, n. 05 e 06. Rio de Janeiro: ICC. 1998, pp. 179/193.

CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth. Política de segurança pública para um estado de direito democráticos chamado Brasil. *Discursos Sediciosos*. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: ICC Ano 1 n. 2, 1996, pp. 191/212.

CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth. O futuro de uma ilusão: o sonho de uma nova polícia. *Coleção polícia do amanhã*. Textos fundamentais de polícia. Rio de Janeiro. ICC. Freitas Bastos, 2001.

CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth. A política de direitos humanos: estratégias de ação. *Discursos Sediciosos*. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: ICC Ano 4, n. 7 e 8, 1999, pp. 211/224.

FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos*. São Paulo: Juruá, 2006.

GORRILHAS, Luciano Moreira; BRITTO, Cláudia Aguiar Silva. *Investigação nos crimes militares*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2021.

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

GORRILHAS, Luciano Moreira; MIGUEL, Claudio Amin; BARBOSA, Márcio. A institucionalização da polícia judiciária. Uma necessidade premente. *Revista do Ministério Público Militar*. – Ano 1, n.1 (1974) – ano 41, n. 26 (nov. 2016). – Brasília: Procuradoria- geral de Justiça Militar, 2016.

GÜNTER, Klaus. *Teoria da Responsabilidade no Estado de Democrático de Direito*. (org.) Püschel, Flávia Portella. Machado, Marta Rodriguez de Assis. Rio de Janeiro: Saraiva, 2008.

GÜNTHER, Klaus. *Schuld und kommunikative Freiheit*. Klostermann Vittorio Gmb H. (January 31, 2005).

HÄBERLE, Peter. *Os problemas da verdade no Estado Constitucional. Wahrheits problemein Verfassungsstaat*. Trad. Urbano Carvelli. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

HABERMAS, Jürgen: *Direito e democracia entre facticidade e validade*. V. I e II. Rio de Janeiro: BTU, 2003.

HABERMAS, Jürgen: *Agir comunicativo e ação destranscendentalizada*. Rio de Janeiro: BTU, 2002.

HABERMAS, Jürgen: *A inclusão do outro: estudo de Teoria Política*. Trad. Sperber G; Soethe, P. A.; Mota, M. C; 3. ed. São Paulo: Loyola, 2007.

KARAM, Maria Lúcia. Segurança pública e processo de democratização. *In: Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: ICC. Freitas Bastos. Ano 3, n. 05-06, 1998, pp169-178.

KINDHÄUSER, Urs; MAÑALICH, Juan Pablo. *Pena y culpabilidad en el Estado Democrático de Derecho*. Buenos Aires: IB de F, 2011.

PALMA, Najla Nassif. Sobre a seção Direitos humanos e Direito Internacional Humanitário. *Revista do MPM*. Ed. n. 35, Nov. 2021.

RIBEIRO, Darcy. *O Povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

Atividade de Inteligência no âmbito do Ministério Público aplicada ao combate à corrupção

Giselle Carvalho Pereira Coelho
Promotora de Justiça Militar.

Data de recebimento: 14/01/2022

Data de aceitação: 17/01/2022

RESUMO: A gravidade dos crimes relacionados à corrupção, desvio de recursos público e lavagem de ativos, associada ao alto grau de complexidade presente na investigação desses ilícitos, está a exigir do Ministério Público brasileiro um passo adiante no combate a essa espécie de criminalidade. Nesse contexto, o presente artigo propõe a criação de uma inteligência ministerial especificamente voltada ao combate à corrupção, capaz de produzir conhecimento para a melhoria das iniciativas institucionais nessa seara, de forma perene e proativa, bem como de propiciar um ganho de eficácia nas respectivas investigações. Para tanto, definiu-se como marco teórico a noção de inteligência de Sherman Kent e buscou-se distinguir este conceito do de investigação criminal. Em seguida, com fulcro na Lei Complementar 75/93, verificou-se a compatibilidade da atividade de inteligência com as funções institucionais do Ministério Público da União. Ademais, o estudo se debruçou sobre o recente fenômeno de criação de núcleos especializados no enfrentamento à corrupção nos Ministérios Públicos estaduais e da União. A constatação é de que não se tratam de verdadeiros núcleos de inteligência, já que, em sua maioria são órgãos de execução, isto é, atuam nas investigações, procedimentos e processos em conjunto com o Promotor Natural do caso ou em substituição a este. No entanto são órgãos que tendem a contribuir para a formação de uma inteligência ministerial na medida em que além da expertise na matéria, estão aptos a funcionar como banco de dados para aplicação de ferramentas de inteligência, como a análise criminal, por exemplo. A conclusão extraída do presente trabalho é que, para o adequado enfrentamento da corrupção, faz-se

necessária a institucionalização da inteligência ministerial enquanto estrutura, processo de produção de conhecimento e produto capaz de fornecer dados relevantes à elaboração de estratégias e ações de prevenção à corrupção e/ou à redução de sua incidência, bem como de tornar mais eficaz a investigação desses crimes.

PALAVRAS-CHAVE: Ministério Público. Inteligência. Investigação criminal. Corrupção. Lavagem de ativos.

ENGLISH

TITLE: The Role of Intelligence Services for the Prosecutor's Offices' Fight against Corruption.

ABSTRACT: The serious nature of the crimes related to corruption, to misappropriation of public resources, and to money laundering, associated with the high level of complexity of these investigations, is requiring the Public Ministry to take a step further in the fight against this type of crime. In this context, this article proposes the creation of a Ministerial Intelligence Unit focused on the fight against corruption, able to produce knowledge to improve the institutional initiatives in this area and also to provide an efficiency gain in these investigations. With this purpose, Sherman Kent's definition of intelligence has been elected as a theoretical framework and has been used to differentiate this concept from that of criminal investigation. Furthermore, using Complementary Law 75/93 as a base for analysis, this study verified the compatibility of intelligence activity with the institutional functions of the Public Ministry. The study also has focused on the recent phenomenon of creation of specialized centers within the structure of Prosecutor Offices to assist on cases of corruption. This thesis then observes that these centers are not truly intelligence units, as most of them are agencies of execution, which means that they work in the investigations and processes with the Natural Prosecutor of the case or, instead of him. However, they tend to contribute to the formation of the ministerial intelligence because of their expertise in the matter, and the possibility of composing a database to apply intelligence tools, such as criminal analysis, for example. In the end of the study, the conclusion is that in order to combat properly corruption, it is necessary to institutionalize ministerial intelligence activity within the structure of Public Ministry, as well as legitimize through institutionalization the process of producing knowledge in order to provide the Public Ministry with important data destined to develop strategies and actions to prevent

corruption and/or to reduce its incidence, and also to make the investigation of these crimes more effective.

KEYWORDS: Public Ministry. Intelligence. Criminal Investigation. Corruption. Money Laundering.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Definição de inteligência – 3 Inteligência e investigação – 4 A inteligência como poder-dever do ministério público da união – 5 Criação de órgãos especializados nos ministérios públicos: primeiros passos para institucionalização da inteligência ministerial – 6 Análise criminal como ferramenta de uma inteligência ministerial voltada ao combate à corrupção – 7 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Já nos anos 1940, E. Sutherland identificou uma criminalidade organizada elitizada, com alto poder de influência, perpetrando uma violação sistemática, estável e organizada das leis. Verificou ainda que sempre houve uma minimização da importância dessas condutas, em parte motivada pela ausência de vítimas específicas e de apelo à violência. Em consequência, não se buscou criar juízos especiais ou punições adequadas para os chamados “crime do colarinho branco”.

Com o fim da Guerra Fria, o processo de globalização e o crescente desenvolvimento tecnológico, verificou-se maior facilidade para a circulação de mercadorias, pessoas e capitais entre países. Paralelamente, assistimos ao incremento do crime organizado elitizado, altamente capitalizado, que procura otimizar seus lucros corrompendo agentes públicos em troca de medidas favoráveis a seus interesses.

Segundo Giovanni Quaglia, o crime organizado movimentava dois trilhões de dólares por ano, estimando-se que um trilhão seja produto da corrupção (AGUIAR: 2005).

E a corrupção apresenta sua faceta mais cruel justamente nos países pobres e/ou subdesenvolvidos. Isso ocorre porque vultosos recursos que poderiam estar sendo investidos em educação, saúde, segurança, transporte, saneamento, não chegam onde deveriam, seja porque o governo acaba por eleger prioridades diversas dos anseios sociais e mais próximas aos interesses de grandes corporações; seja porque grande parcela dos recursos investidos é desviada. Em síntese, a corrupção condena o Estado ao subdesenvolvimento, na medida em que priva a população menos favorecida do acesso a serviços públicos de qualidade. Os obstáculos ao combate da corrupção no Brasil são diversos, dentre eles, podemos citar a questão cultural; a grande complexidade das investigações em face da estrutura das Polícias; Ministério Público e Poder Judiciário, abarrotados de inquéritos e processos; o sistema recursal e de prescrição.

Nesse contexto, a atividade de inteligência apresenta-se como importante ferramenta para os esforços de prevenção e combate à corrupção. De fato, para combater uma prática criminosa tão arraigada nas estruturas de poder do nosso Estado, e que apresenta efeitos tão devastadores, faz-se necessário produzir conhecimento sobre o assunto e sistematizá-lo, de forma a subsidiar a atuação do poder público tanto na repressão desse tipo de ilícito, quanto na prevenção de condutas futuras.

2 DEFINIÇÃO DE INTELIGÊNCIA

A Lei 9.883, de 7 de dezembro de 1999, instituiu o Sistema Brasileiro de Inteligência com a finalidade de fornecer subsídios para a tomada de decisões pelo Presidente da República em matéria de interesse nacional. Apesar da denominação, não se trata de um verdadeiro sistema brasileiro de inteligência e sim de um sistema de inteligência no âmbito do Poder Executivo Federal, composto por órgãos da Administração Federal, autarquias e agências reguladoras.

Em seu art. 1º, § 2º, a Lei 9883/1999 definiu inteligência nos seguintes termos:

§ 2º Para os efeitos de aplicação desta Lei, entende-se como inteligência a atividade que objetiva a obtenção, análise e disseminação de conhecimentos dentro e fora do território nacional sobre fatos e situações de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório e a ação governamental e sobre a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado.
§3º Entende-se como contra-inteligência a atividade que objetiva neutralizar a inteligência adversa.

O conceito legal tem como fundamento a ideia de inteligência enquanto atividade, isto é, método de produção de conhecimento. Restaram excluídos da definição elementos essenciais como o resultado da atividade de inteligência e as estruturas funcionais que devem se ocupar desse mister.

Por sua abrangência, melhor se coaduna com os objetivos do presente estudo a concepção trina de inteligência de Sherman Kent. Segundo o autor, a inteligência deve ser compreendida sob as seguintes perspectivas: produto, processo e organização.

Para Kent, inteligência é produto, pois consiste no resultado de um processo de produção de conhecimento. Sob esse aspecto, a inteligência é identificada como o conhecimento produzido, ou seja, o informe, a informação, a apreciação e a estimativa. Esse produto deve ser tempestivo e útil ao tomador de decisão. Já ao abordar a inteligência como processo, Kent faz referência à atividade por meio da qual dados são reunidos mediante coleta ou busca, analisados e difundidos aos usuários, com o emprego de metodologia própria. Por fim, sob a perspectiva da organização, a inteligência compreende as estruturas estatais responsáveis pela busca do dado negado, produção, difusão e proteção do conhecimento.

Cumprir frisar que a inteligência situa-se no âmbito da assessoria, é dizer: realiza pesquisa e análise de dados com a finalidade fornecer subsídios para o gestor na tomada de decisões.

Lado outro, não se pode olvidar de seu caráter sigiloso. Em outras palavras: os resultados obtidos e o próprio processo de busca do dado negado devem ser mantidos sob sigilo, caso contrário poderão comprometer a utilidade da informação, colocar em risco o agente e inviabilizar a obtenção de novos dados.

Necessário ressaltar ainda que a inteligência no Estado Democrático de Direito deve total respeito aos direitos individuais e às leis, devendo ainda estar submetida a mecanismos de controle. Nesse sentido, GONÇALVES (2016, p. 13) pontua:

O manuseio de dado sigiloso bem como as técnicas sigilosas para obtenção do dado negado são inerentes à atividade de inteligência. Claro que essa característica pode gerar reações da sociedade e das autoridades públicas, que exigem maior transparência na atividade de inteligência. Em regimes democráticos, em que prevalece o respeito aos direitos individuais e às instituições, e impera o Estado de Direito, é fundamental que os serviços secretos estejam sob rígidos mecanismos de controle, em especial externos, para que se evitem abusos e arbitrariedades por parte da comunidade de inteligência.

3 INTELIGÊNCIA E INVESTIGAÇÃO

Tendo em vista que o Ministério Público atua na investigação criminal e que esta utiliza certas técnicas de busca de informações comuns à atividade de inteligência, como a gravação ambiental em locais públicos, o levantamento fotográfico, entre outras, faz-se necessário distinguir inteligência de investigação criminal para uma melhor compreensão da temática.

A investigação criminal é voltada à apuração de fato específico, definido como crime, com o objetivo de reunir provas da materialidade e indícios de autoria que possibilitem a propositura da ação penal. Trata-se de uma atividade reativa, que tem foco no passado (crime consumado ou tentado) e presente. Referida atividade se desenvolve principalmente por meio do Inquérito Policial, procedimento de caráter inquisitivo, que tem seus prazos, definição de atribuições e métodos de obtenção de provas previstos em lei. A Inteligência, por sua vez, é atividade direcionada à obtenção de dados, bem como à ordenação e análise destes para a construção de conhecimentos com o fim de assessorar o gestor na tomada de decisões. Como lembra FEITOZA (2010, p.863), os serviços de inteligência não têm

como objetivo a produção de provas processuais, mas a produção de um conhecimento que permita ao dirigente de uma instituição tomar decisões estratégicas. Ao contrário da investigação, a atividade é perene, não se exaure com o fato, apresenta visão de futuro e é proativa.

Embora sejam atividades conceitualmente diversas, é evidente que o conhecimento produzido e sistematizado nas estruturas de inteligência pode (e deve) auxiliar na condução das investigações, traçando tipologias, cenários, desenvolvendo linhas e técnicas investigativas, capacitando agentes etc.

Paralelamente, o desenvolvimento de uma inteligência ministerial voltada ao combate à corrupção não pode prescindir das investigações, especialmente as já encerradas, como importante fonte de pesquisa. Além de fornecer subsídios para a construção de bancos de dados, o estudo das investigações pretéritas, de seus sucessos e fracassos, permite o desenvolvimento de ferramentas e estratégias de repressão e prevenção a esses crimes.

Em síntese, uma inteligência ministerial voltada ao combate à corrupção deve produzir conhecimento a partir dos dados oriundos, entre outras fontes, das investigações de casos concretos. Ao mesmo tempo, a atividade investigativa tende a ganhar em celeridade e efetividade se norteada pelo conhecimento produzido pelo serviço de inteligência.

4 A INTELIGÊNCIA COMO PODER-DEVER DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO

As funções institucionais do Ministério Público da União, estabelecidas no art. 129 da Constituição e art. 6º da Lei Complementar 75, de 20 de maio de 1993, vão muito além da titularidade da ação penal. Compreendem ainda atribuições como a proteção dos direitos constitucionais, do patrimônio público e social, dos interesses difusos e coletivos. Para tanto, no âmbito judicial, lhe foram expressamente conferidos instrumentos como a ação civil pública, a ação de improbidade administrativa, o mandado de segurança.

Além dos mecanismos jurídicos tradicionalmente conhecidos, o art. 6º da LC 75/93, em seu inciso XIV, atribuiu ao Ministério Público da União, em termos propositadamente genéricos, o poder-dever de promover:

[...] outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, especialmente quanto: a) ao Estado de Direito e às instituições democráticas; b) à ordem econômica e financeira; c) à ordem social d) ao patrimônio cultural brasileiro; e) à manifestação de pensamento, de criação, de expressão ou de informação; f) à probidade administrativa; g) ao meio ambiente. (destacamos)

Por fim, a lei facultou ao Ministério Público da União a expedição de recomendações visando à melhoria de serviços públicos e respeito aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover. Embora não possuam caráter vinculante, as recomendações constituem uma importante ferramenta para prevenção de responsabilidades.

Destacamos a expressão legal “outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais” porque entendemos que estaria aí compreendida a atividade de inteligência, pois esta deve anteceder e orientar o desempenho das funções institucionais de forma a otimizá-las, especialmente no tocante ao combate à corrupção.

De fato, o nível de complexidade desse crime, caracterizado pela montagem de esquemas que podem envolver as mais altas figuras dos Poderes da República associadas a conglomerados econômicos, exige o emprego da inteligência para um combate minimamente eficiente.

É preciso lembrar que o “dado negado” muitas vezes está disponível a outras esferas da Administração Pública, aos Ministérios Públicos de nível estadual ou podem ser coletados em fontes abertas.

Assim, e sob a perspectiva de inteligência como processo de produção de conhecimento, a atividade de inteligência no âmbito ministerial deve estar voltada ao desenvolvimento de mecanismos eficientes de compartilhamento, reunião, cruzamentos e análise desses dados, além da manutenção de um canal aberto de comunicação com a sociedade e com entidades não governamentais, por onde possam fluir informações relativas à

malversação de verbas públicas. O estudo de casos pretéritos e sistematização destes também constituem uma importante ferramenta para a elaboração de cenários e estimativas que podem direcionar a atuação do Ministério Público em nível estratégico. É dizer: fornecer um produto (na definição de Kent) que possa servir de norte para a definição das medidas a serem tomadas pelo órgão no enfrentamento à corrupção. E não apenas medidas internas – como a criação de um quadro especializado de servidores (ou seu remanejamento), a aquisição de sistemas de informática específicos –, mas também externas – como a realização de campanhas de conscientização, elaboração de recomendações às autoridades, elaboração de anteprojotos de lei, entre outras.

5 CRIAÇÃO DE ÓRGÃOS ESPECIALIZADOS NOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS: PRIMEIROS PASSOS PARA INSTITUCIONALIZAÇÃO DA INTELIGÊNCIA MINISTERIAL

A complexidade característica da investigação dos crimes de corrupção, lavagem de ativos e congêneres aliada à importância de se buscar uma resposta penal efetiva a essas espécies de crime têm fomentado a criação de diversos grupos de atuação específica no âmbito dos Ministérios Públicos do Estado e da União.

No âmbito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, por exemplo, a Resolução PGJ nº 13, de 24 de março de 2021, publicada em 25/03/2021, instituiu o Grupo Especial de Promotores e Procuradores de Justiça de Defesa da Probidade Administrativa (GEPP) e do Patrimônio Público na estrutura do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público (CAOPP), com finalidade de prestar auxílio aos órgãos do MPMG na prevenção e repressão de ilícitos civis e penais que atentem contra a probidade administrativa. Na prática, diante de um caso que envolva corrupção ou desvio de recursos públicos e que, por sua gravidade ou complexidade, necessite de meios mais sofisticados de investigação, o promotor natural solicita a atuação do GEPP. Estando de acordo, o GEPP passa a atuar em conjunto com o promotor da comarca.

Em outros estados, esses órgãos especializados estão inseridos na estrutura dos Grupos de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (GAECOs), a exemplo do que ocorre no Ministério Público do Estado Rio de Janeiro. De fato, o MPRJ recentemente deliberou pela fusão de seu Grupo de Atuação Especializada no Combate à Corrupção (GAECC/MPRJ) ao GAECO/MPRJ. Nos termos da Resolução GPGJ nº 2403, publicada em 04/03/2021, o GAECO/MPRJ passou a compor-se de dois núcleos temáticos: o Núcleo de Combate à Criminalidade Organizada e o Núcleo de Combate à Corrupção.

Nos termos do art. 6º, parágrafo 2º, da mencionada Resolução, incumbe ao Núcleo de Combate à Corrupção atuar preferencialmente no enfrentamento aos crimes contra a Administração Pública, crimes relacionados a licitações e demais certames de interesse público e delitos de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, sempre que presentes razões que justifiquem a atuação coletiva especializada.

A atuação do Núcleo dá-se no âmbito penal e extrapenal e compreende o acompanhamento de peças de informação, inquéritos policiais e civis, procedimentos investigatórios e preparatórios, ajuizamento de ação civil pública, de ação penal e medidas cautelares cabíveis, celebração de termos de ajustamento de conduta, acordo de leniência e expedição de recomendações.

Importante destacar que a atuação do GAECO/MPRJ, e especificamente de seu Núcleo de Combate à Corrupção, deve ser solicitada ou consentida pelo Promotor Natural, ficando a critério deste a participação conjunta na condução dos trabalhos. Havendo dissenso de posicionamentos, prevalecerá a vontade do Promotor Natural, com a consequente cessação do auxílio (art. 6º, parágrafo 2º, da Resolução GPGJ nº 2401, de 10 de fevereiro de 2021).

Essas iniciativas de especialização e destacamento de grupos de promotores e procuradores, para a atuação nos casos de corrupção, desvio de recursos, lavagem de ativos etc., são de suma relevância na medida em que propiciam um salto de qualidade nas investigações. É preciso atentar para o fato de que as polícias e os Ministérios Públicos, nas diversas localidades do

interior do Brasil, normalmente contam com quadro reduzido de servidores e acesso a poucos recursos tecnológicos. Assim, as investigações complexas e de maior repercussão tendem a ser mais efetivas se realizadas por um órgão central com expertise no tema, com acesso a um maior número de ferramentas tecnológicas e autonomia para buscar e firmar convênios com outras instituições.

Essas estruturas, no entanto, são primordialmente voltadas à repressão civil e criminal desses ilícitos, atuação nos procedimentos investigatórios e adoção das correlatas medidas judiciais.

Ao longo do tempo e com o desempenho de suas funções, tornam-se uma fonte de dados riquíssima, que se bem consolidada e sistematizada pode fornecer subsídios para análises criminais, assessoria das respectivas Procuradorias-Gerais em assuntos afetos a essa temática e definição de estratégias do Ministério Público no combate à corrupção. Assim, podem funcionar como o ponto de partida para o desenvolvimento da inteligência ministerial voltada ao combate à corrupção.

6 ANÁLISE CRIMINAL COMO FERRAMENTA DE UMA INTELIGÊNCIA MINISTERIAL VOLTADA AO COMBATE À CORRUPÇÃO

A análise criminal (AC) consiste em processo de produção de conhecimento próprio da inteligência de segurança pública. Sua origem remonta aos anos 1920, quando os chefes de polícia e xerifes dos Estados Unidos propuseram a criação de grandes bases de dados criminais agregados nacionalmente (*Uniform Crime Report System*). A ideia era possibilitar a observação do fenômeno da criminalidade sob as perspectivas histórica e territorial para melhor direcionar as ações de policiamento.

Por meio da análise criminal, busca-se a detecção de padrões e tendências, tais como: locais e horários de maior incidência de crimes; perfil de criminosos e alvos; relações causais; *modus operandi*; etc. Trata-se de trabalho multidisciplinar que reúne conhecimentos oriundos de diversos

campos científicos como a Estatística, a Criminologia, a Tecnologia de Informação, a Sociologia, a Gestão de Informação.

No intuito de propiciar a realização de análises criminais de forma permanente e profissionalizada, o Estado do Rio de Janeiro criou em 1999 o Instituto de Segurança Pública (ISP), autarquia vinculada à Secretaria de Segurança Pública, em cujas funções inserem-se a compreensão do fenômeno da criminalidade, a elaboração de pesquisa e estatísticas, a divulgação de dados e a tentativa de antecipação de crises.

O ISP trabalha a partir de dados fornecidos pelas polícias e Sistema Único de Saúde para tentar identificar padrões criminais. A partir deles, procura responder às seguintes questões: qual crime? Onde? Quando? Com que meios? Quem? Por quê? O conhecimento produzido destina-se ao assessoramento das autoridades de segurança pública em nível estratégico, possibilitando a tomada de decisões quanto à destinação de recursos financeiros, efetivo policial, necessidade de aquisição de equipamentos etc.

Na mesma linha, a Polícia Federal desenvolve a atividade de obtenção e análise de dados voltados à segurança pública com o fim de subsidiar sua atuação, especialmente no tocante ao combate ao narcotráfico e à criminalidade organizada. Em síntese, a análise criminal tornou-se um importante instrumento de que devem se valer as polícias e o Ministério Público para o melhor entendimento do fenômeno da criminalidade e a elaboração de estratégias eficientes ao enfrentamento às organizações criminosas.

Trata-se de uma ferramenta que pode ser muito útil se empregada para a compreensão dos crimes de corrupção e lavagem de ativos, embora encontre algumas dificuldades práticas. A primeira grande dificuldade para o desenvolvimento da análise criminal nessa seara é justamente a formação de base de dados. É que a AC, via de regra, tem como ponto de partida os registros de boletim de ocorrência. Contudo, o crime de corrupção é perpetrado contra a Administração Pública, desse modo, dificilmente tem-se a formalização de boletim de ocorrência.

Além disso, se nas hipóteses de furto, roubo, homicídio noticiados em BO, a figura típica é perceptível desde o início da apuração, o mesmo fato

nem sempre ocorre nos delitos de corrupção, cuja apuração pode ter início, por exemplo, se uma empresa representa ao Ministério Público alegando ilegalidade na sua desclassificação em determinado processo licitatório.

Nesse contexto, é de suma importância a atuação dos grupos especializados de combate à corrupção no âmbito dos diversos Ministérios Públicos no fornecimento de dados para a realização de análises criminais.

Outro obstáculo para a realização de uma análise criminal confiável consiste na cifra negra, isto é, no número de delitos que não chegam ao conhecimento das autoridades penais por razões diversas, tais como o medo da vítima de sofrer represálias; a vergonha em relatar os fatos; ou a descrença no resultado da investigação policial. Este óbice tende a ser maior quando se fala em corrupção.

Com efeito, a corrupção reveste-se de uma aparência de legalidade. Via de regra, a licitação, a contratação de determinada empresa e o fornecimento de produto ou serviço à Administração estão formalmente regulares. O ajuste e o pagamento de propinas ocorrem de forma não aparente entre corruptor e corrupto. Ambos obtêm vantagens com a prática, não havendo, em princípio, interesse em notificá-la.

Por fim, uma análise criminal voltada à corrupção demandaria um complexo programa de capacitação de analistas, pois além das disciplinas tradicionalmente aplicadas à AC, o estudo desse crime específico demanda ainda conhecimentos sobre Administração Pública e Finanças e, a depender do caso, sobre engenharia, serviços de saúde, educação etc.

Em que pesem as dificuldades, é urgente o desenvolvimento de ferramenta nos moldes da análise criminal, que possibilite a obtenção de diagnósticos, identificação de padrões e tendências e antecipação de cenários no tocante ao crime de corrupção e da correlata lavagem de ativos. Somente com a identificação das condições favoráveis à perpetração de tais crimes, pode-se atuar no sentido de tentar torná-las desfavoráveis.

E mesmo diante de uma pequena amostragem (considerando apenas os grandes escândalos de corrupção levados a público), é possível identificar repetição de padrões e, principalmente, de autores.

Para exemplificar, vejamos o caso do doleiro Alberto Youssef, condenado na operação Lava Jato por corrupção e lavagem de dinheiro a serviço de empreiteiras, partidos políticos e agentes públicos no esquema de desvio de recursos da Petrobrás. Não foi a primeira vez que o nome de Youssef foi ligado à prática dessas atividades criminosas. Vejamos o histórico contido em reportagem de 17/03/2017 do Jornal Estado de São Paulo:

Entre 2000 e 2002, Youssef foi detido outras três vezes, envolvido em esquemas de desvios na administração estadual e municipal. Em 2003 foi preso no primeiro grande escândalo de corrupção, como um dos operadores das contas CC5 (de não residentes), usadas para remessa ilegal de mais de R\$ 30 bilhões ao exterior, na década de 1990, por meio do antigo Banco do Estado do Paraná, o Banestado.

Em 2004 fechou um dos primeiros acordos de colaboração da Justiça brasileira, como o Ministério Público Federal de Curitiba, homologado pelo, até então, desconhecido juiz Sérgio Moro. Dos sete anos que pegou, cumpriu 1 e meio.

Nas ruas, Youssef, o delator do Banestado, se reergueu. Montou empresas de fachada como a MO Consultoria, Empreiteira Rigidez, GFD Investimentos, comprou hotéis, empresa de turismo. Mas tudo voltado à prática da lavagem de dinheiro, segundo a Polícia Federal. “Ele se reestruturou ainda mais poderoso e influente”, afirmou um dos procuradores que mandou prender o doleiro em 2002.

Da mesma forma, a empreiteira Odebrech já havia protagonizado escândalos de corrupção anteriormente. Vejamos fato noticiado pelo mesmo veículo em 16/12/2016:

O ex-diretor de Relações Institucionais da Odebrecht, Claudio Melo Filho, afirmou em sua delação premiada que **o célebre escândalo dos ‘Anões do Orçamento’, que sacudiu o Congresso e deixou Brasília em polvorosa nos anos 1993, fez a empreiteira ‘mudar radicalmente sua forma de atuação estratégica’** nos bastidores da Câmara e do Senado.

“Nesse momento, **os recursos para as obras passaram a ser aprovados e liberados diretamente pelo Poder Executivo, por meio da criação de dotação orçamentária específica, que não mais sofria influência individual de parlamentares**”, contou Melo Filho, à página 68 de sua delação premiada – documento que preenche 82 páginas. (destacamos)

Observa-se, portanto, uma repetição de condutas. Mais que isso: corruptores e corruptos, à medida que vão sendo descobertos, redirecionam suas estratégias para garantir o recebimento de ganhos indevidos em detrimento do Estado.

Nesse sentido, o processo de produção de conhecimento por meio da AC, com as devidas adaptações às especificidades dos crimes de corrupção, desvios de recursos, lavagem de ativos e correlatos, pode constituir uma importante ferramenta para a obtenção de diagnósticos, identificação de padrões e antecipação de cenários, possibilitando o enfrentamento a esse tipo de criminalidade pelo Ministério Público de forma proativa ou, quando reativa, com maior celeridade.

7 CONCLUSÃO

Como sabido, a corrupção traz consequências nefastas ao desenvolvimento econômico e social do nosso país, na medida em que reduz a capacidade do Estado de oferecer serviços básicos à população, aumenta sua ineficiência, afasta investidores e induz à desmoralização das instituições e da democracia.

Assim, é imperioso que se tente atacar essa espécie de criminalidade em seu nascedouro, visando à redução de sua incidência. O que o Ministério Público pode fazer nesse sentido? Como a instituição poderá colaborar para a prevenção desses crimes e estar atenta aos primeiros sinais de sua ocorrência, permitindo o pronto ressarcimento do patrimônio público lesado? São indagações que devem ser feitas neste momento e cujas respostas podem ser mais bem aprendidas a partir da instituição de um programa de inteligência ministerial especificamente relacionado a esses crimes, por meio do qual se possa coletar dados, sistematizá-los e a partir de então traçar estratégias de atuação em nível interno e externo.

Convém observar que, à medida que se obtém êxito nas investigações dessas condutas, são confrontados interesses político-partidários e de grandes empresas, sendo esperada uma reação das classes

políticas no sentido de obstar a continuidade das investigações ou mesmo intimidar os órgãos de persecução penal.

Nesse contexto, a atividade de inteligência é fundamental também para o desenvolvimento de um plano estratégico capaz de orientar a atuação do Ministério Público para a salvaguarda de suas funções constitucionais e para a continuidade do trabalho de enfrentamento à corrupção.

Tendo em vista a natureza perene da atividade de inteligência e, partindo da definição de Kent de inteligência como organização, tem-se, como premissa para o desenvolvimento uma atividade ministerial dessa natureza, a constituição de uma estrutura própria composta por membros e servidores especializados, preferencialmente com conhecimentos nas áreas de estatística, finanças, informática e Administração Pública.

Essa estrutura atuaria na coleta, sistematização e análise de dados oriundos de procedimentos de investigação internos, inquéritos policiais, processos judiciais, acusados, testemunhas; além do intercâmbio de informações com outros órgãos da Administração Pública, de forma a possibilitar ao Órgão Ministerial o conhecimento sobre padrões de comportamentos criminosos, identificação de tendências e elaboração de estratégias e antecipação de ações capazes de prevenir a corrupção e/ou reduzir sua incidência.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Ubiratan. Tribunais de Conta e as Estratégias para Reduzir o Risco de Corrupção. *Revista do TCU*, Brasília, ano 35, n. 105, jul-set/2005.

Disponível em:

https://www.researchgate.net/profile/Josimar_Almeida/publication/237196908_JRA2005ARTIGO_CIENTIFICOTCUAvaliacao_Economica_de_Recurso_s_e_Danos_ambientais/links/0046351ba46a805723000000.pdf#page=17.

Acesso em: 02 abr. 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal - Parte Especial*. 9. ed. V. 5. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRANDT, Ricardo; AFFONSO, Julia; MACEDO, Fausto. 3 ANOS depois de preso pela Lavajato, Alberto Youssef passa para o regime aberto. *O Estado de São Paulo*. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/3-anos-depois-de-preso-pela-lava-jato-alberto-youssef-passa-para-o-regime-aberto/>. Acesso em: 21 jun. 2017.

BRASIL. *Constituição* (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 28 dez. 2021.

_____. *Lei Federal nº 9.883*, de 07 de dezembro de 1999. Institui o Sistema Brasileiro de Inteligência, cria a Agência Brasileira de Inteligência - ABIN, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9883.htm. Acesso em: 28 dez. 2021.

_____. *Decreto-Lei Nº 2848*, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 28 dez. 2021.

_____. *Resolução GJPG /MPRJ 2403*, de 03 de março de 2021. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1930598/resolucao_2403.pdf. Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. *Resolução GJPG /MPRJ 2401*, de 10 de fevereiro de 2021. Disponível em: http://www.mprj.mp.br/documents/20184/1930598/resolucao_2401.pdf. Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. *Resolução PGJ /MPMG Nº 13*, de 10 de fevereiro de 2021. Disponível em: https://mpnormas.mpmg.mp.br/files/1/1/1-1-CCA4-32-res_pgj_13_2021_at.pdf. Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. Ministério da Justiça e Cidadania. Arquivo Nacional. Diretório Brasil de Arquivos. *Comissão Geral de Investigações*. Disponível em: <http://dibrarq.arquivonacional.gov.br/index.php/comissao-geral-de-investigacoes>. Acesso em: 19 maio 2017.

_____. Ministério Público Federal. *A Lava Jato em números*. Disponível em: <http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados/a-lava-jato-em-numeros>. Acesso em: 19 maio 2017.

CASTRO, Clarindo Alves de; RONFON FILHO, Edson Benedito.
Inteligência de Segurança Pública: Um Xeque-mate na Criminalidade.
Curitiba: Ed. Juruá, 2009.

CEPIK, Marco A. C. *Espionagem e democracia: agilidade e transparência como dilemas na institucionalização de serviços de inteligência*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2003.

CONFIANÇA do brasileiro cai na maioria das instituições entre 2014 e 2015, aponta Direito SP. *Fundação Getúlio Vargas*. Disponível em:
<http://portal.fgv.br/noticias/confianca-brasileiro-cai-maioria-instituicoes-entre-2014-e-2015-aponta-direito-sp>. Acesso em: 03 jun. 2017.

ESCOLA SUPERIOR DE GUERRA. *Nota Complementar de Estudos-2017 DAIE*. Rio de Janeiro, 2017. SUTHERLAND, Edwin H. Crimes de Colarinho Branco. 1. ed. São Paulo: Revan, 2015.

FAORO, Raymundo. *Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.

FEITOZA, Denilson. *Direito Processual Penal: Teoria, Crítica e Práxis*. 7. ed. Niterói: Ed. Impetus, 2010.

FGV DIREITO SP. *Relatório ICJ Brasil*. 1º semestre /2016. Disponível em:
http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17204/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 03 jun. 2017.

GONÇALVES, Joanisval Brito. O controle da Atividade de Inteligência em Regimes Democráticos: Os casos de Brasil e Canadá. Disponível em:
http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/1262/1/TESE_2008_JoanisvalBritoGoncalves.pdf. Acesso em: 23 abr. 2017.

GONÇALVES, Joanisval Brito. *Atividade de Inteligência e Legislação Correlata*. 4. ed. Niterói: Impetus, 2009.

GONÇALVES, Joanisval Brito. *Atividade de Inteligência e Legislação Correlata*. 4. ed. Niterói: Ed. Impetus, 2016.

HOLANDA, Sérgio Buarque. *Raízes do Brasil*. 26. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

IBOPE. Disponível em:

http://www4.ibope.com.br/congressoabep/publicacao2008/8_Corruptao_na_Politica_Eleitor_Vitima_ou_Cumpllice.pdf. Acesso em: 05 jun. 2017.

KENT, Sherman. *Informações Estratégicas: Strategic Intelligence for American World Policy*. Rio de Janeiro: Ed. Biblioteca do Exército, 1967.

MATAIS, Andreza; BRANDT, Ricardo; COUTINHO, Mateus; SERAPIÃO, Fábio. 'ANÕES do Orçamento' fizeram Odebrecht mudar estratégia no Congresso, diz delator. *O Estado de São Paulo*. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/anoes-do-orcamento-fizeram-odebrecht-mudar-estrategia-no-congresso-diz-delator/>. Acesso em: 21 jun. 2017.

MENDONÇA, Ricardo. Pela primeira vez corrupção é vista como maior problema do país, diz Datafolha. *Folha de São Paulo*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/11/1712475-pela-1-vez-corrupcao-e-vista-como-maior-problema-do-pais.shtml>. Acesso em: 05 jun. 2017.

RANGEL, Paulo. *Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público: Visão Crítica*. 5. ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2016.

SOARES, Gustavo Torres. *Investigação Criminal e Inovações Técnicas e Tecnológicas*. Belo Horizonte. Ed. D' Plácido, 2016.

O conflito entre o direito humanitário internacional e o direito internacional dos conflitos armados

Flávia Jeane Ferrari

Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Unicuritiba (2021). Aluna especial do Doutorado em Direito Empresarial e Cidadania pelo Unicuritiba (2021). Especializações nas áreas de Educação 4.0 (2021); Direito Público (2021); Ministério Público & Estado Democrático de Direito (2019); Direito Militar (2018); Processo Civil (2017); Direito Ambiental (2017); Direito do Trabalho (2013); Técnica em Transações Imobiliárias (2017); e Bel. Direito (2012). Integrante do Programa Institucional de Iniciação Científica – PCI junto ao Centro Universitário Curitiba – Unicuritiba, Linhas de Pesquisas: Compliance (2019); Sustentabilidade e Direito (2020); e Direito Penal Econômico (2020). Membro do grupo de pesquisa Neurolaw. CPC-A pela LEC Certification Board. Cal Membro da Comissão para Combate à Corrupção do LIONS Clube Curitiba Batel. Associada do Instituto Brasileiro de Direito da Empresa – IBDE. Adjunta da Assessoria de Apoio para Assuntos Jurídicos da 5ª Região Militar – 5ª Divisão de Exército. <http://lattes.cnpq.br/1064406440921045>

Hellen Cristina Figueiredo

Graduada em Direito pelo Centro Universitário do Norte Paulista (2009). Assessoria jurídica - Quartel-General da 5ª Região Militar, 5ª RM, Brasil no setor de sindicância, Inquérito Penal Militar e Processo Administrativo. Pós-graduada em Direito Constitucional e Direito Penal Militar e Processo Penal Militar. Atuando na linha de pesquisa das Forças Armadas, com ênfase para os seguintes temas: Lei do Tiro de Destruição, Legalidade da Lei do Abate e Garantia da Lei e da Ordem. <http://lattes.cnpq.br/0785878561583614>

Data de recebimento: 16/12/2021

Data de aceitação: 29/01/2022

RESUMO: O objetivo do presente artigo é desenvolver um estudo acerca das limitações tanto do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) como do Direito Internacional de Conflitos Armados (DICA) diante da ocorrência de conflitos armados, bem como compreender as incongruências que surgem entre ambos em períodos conflituosos. O DIDH é um ramo do direito internacional que ganhou força na segunda metade do século XX, devido ao aumento da noção de importância da vida humana e também após o advento das duas Grandes Guerras Mundiais. As guerras mundiais também trouxeram à tona a necessidade de impor limites à liberdade e à autonomia dos países conflitantes, garantindo com isso uma consolidação, a nível global, dos Direitos Humanos em relação aos conflitos armados. A função do DIDH e do DICA, em essência, é buscar meios para proteger a vida, a saúde e a dignidade das pessoas, sendo aplicados a todo o tempo, porém o que ocorre são discrepâncias entre os interesses de ambos em períodos conflituosos. Desta forma, justifica-se discutir a temática de forma a compreender as situações em que pode haver transgressões aos direitos à vida humana em situações de guerra e combates militares. A metodologia utilizada para tal é uma pesquisa de abordagem qualitativa, de procedimento bibliográfico, baseada em legislação e jurisprudência, para trazer um melhor entendimento e tentar de maneira simplificada explicitar o conflito entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito internacional dos conflitos armados, esclarecendo situações contraditórias no meio jurídico nacional e internacional.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos. Direito internacional. Conflitos armados.

ENGLISH

TITLE: The Conflict of International Human Rights Law and the International Armed Conflict Law.

ABSTRACT: The purpose of this article is to develop a study on the limitations of both International Human Rights Law (IHRL) and International Law on Armed Conflicts (ILAC) in the face of the occurrence of armed conflicts, as well as to understand the inconsistencies that arise between both in periods conflicting. The DIDH is a branch of international law that gained strength in the second half of the 20th century, due to the increase in the notion of the

importance of human life and also after the advent of the two Great World Wars. World wars have also brought to light the need to impose limits on the freedom and autonomy of conflicting countries, thereby guaranteeing a global consolidation of human rights in relation to armed conflicts. The function of DIDH and (ILAC), in essence, is to seek ways to protect people's lives, health and dignity, being applied at all times, but what happens are discrepancies between the interests of both in conflicting periods. Thus, it is justified to discuss the topic in order to understand the situations in which there may be transgressions of the rights to human life in situations of war and military combat. The methodology used for this is a qualitative research, with a bibliographic procedure, based on legislation and jurisprudence to bring a better understanding and try in a simplified way to explain the conflict between international human rights law and international law of armed conflicts, clarifying contradictory situations in the national and international legal environment.

KEYWORDS: Human rights. International Law. Armed conflict.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 O Direito Internacional Humanitário – 3 Regras nos conflitos armados – 4 Direito Penal Internacional – 5 O conflito entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) e o Direito Internacional de Conflitos Armados (DICA) – 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Os conflitos acompanham o homem desde os primórdios da humanidade, seja na interrelação entre indivíduos, entre grupos sociais organizados e diversificados, povos ou nações. Assim, não há um só período da história humana que não tenha sido acompanhada por conflitos violentos e/ou armados, isso independentemente das regiões do mundo (BOBBIO, 2003).

A partir dessa constatação, verificou-se a necessidade de amplificar o Direito Internacional (DI) e, mais especificamente, o Direito Internacional Humanitário (DIH), tendo por enfoque principal o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) e o Direito Internacional de Conflitos Armados (DICA). Isso de modo a evitar que, em épocas de conflito armado, as nações em guerra recebam *aval* para cometer atrocidades contra a vida e dignidade humana (BRASIL, 2011).

Ressalta-se aqui a importância de discernir as diferenças entre o Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Embora ambos compartilhem normas bastante semelhantes, cada um desses dois ramos do Direito desenvolveu-se de maneira isolada e ambos possuem âmbitos de aplicação diferenciados. Assim, ao contrário do que ocorre no DIH, o DIDH é utilizado também em períodos de paz, embora igualmente ocorra de muitas de suas normas serem desconsideradas em contextos de conflito (CICV, 2018).

O Direito Internacional dos Direitos Humanos atua no sentido de resguardar a vida e a integridade dos indivíduos, isso em tempo integral, independentemente da ocorrência de conflitos armados. Porém, geralmente o que se observa são desentendimentos de interesses entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional de Conflitos Armados (CINELLI, 2019).

Para elucidar tais confrontos de interesses, surgiram vários tratados e legislações, umas das principais foi a Convenção de Genebra ocorrida no ano de 1864, sendo um marco para o Direito Internacional, uma vez que tratou de um conjunto de leis e normas para as ocasiões de guerra (EIFLER, 2019).

Em 1948, na Assembleia Geral das Nações Unidas, foi desenvolvida a resolução nº 217-A, que estabelecia os preceitos da chamada Declaração Universal dos Direitos Humanos. É sobre essa declaração que se fundamentam os princípios do Direito Internacional dos Direitos Humanos, seja em conflitos armados ou não (ONU, 2018).

As fontes jurídicas do Direito Internacional dos Direitos Humanos são um conjunto de normas internacionais: a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948); as Convenções relativas ao

Genocídio (1948); a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos (1950); a Discriminação Racial (1965); os Pactos Internacionais de Direitos Cívicos e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966); a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (1969); a Discriminação contra a Mulher (1979); a Carta Africana sobre os Direitos Humanos e dos Povos (1981); a de Tortura (1984); os Direitos das Crianças (1989), entre outros (CNJ, 2011).

Urge salientar que cento e noventa e quatro países ratificaram as convenções que estão em vigor desde 1950 até atualmente. Entretanto, de acordo com alguns tratados de Direito Internacional dos Direitos Humanos, os governantes, em caráter de iminência pública, podem suspender algumas normas que colocam em perigo a vida do seu povo, desde que tais suspensões sejam proporcionais à crise e a sua aplicação não seja indiscriminada ou transgredida, de alguma forma, por outra norma do direito internacional (FAGANELLO, 2013).

Para controlar tais casos, o Conselho de Segurança das Nações Unidas é um dos Órgãos que cuidam da solução de conflitos entre os Estados. Previsto no artigo 44, da Carta da ONU, disposto nos seguintes termos:

Quando o Conselho de Segurança decidir o emprego de força, deverá, antes de solicitar a um membro nele não representado o fornecimento de forças armadas em cumprimento das obrigações assumidas em virtude do artigo 43, convidar o referido membro, se este assim o desejar, a participar das decisões do Conselho de Segurança relativas ao emprego de contingentes das forças armadas do dito membro (ONU, 1945, p. 32).

Ou seja, existem casos em que a ONU, mediante seu Conselho de Segurança pode sim intervir em situações de conflito fazendo o uso da força se necessário. Claramente, o uso da referida força é único e exclusivamente para conter o conflito em questão, sendo sempre a última opção a ser considerada, apenas quando esgotados todos os outros meios de intervenção para a imposição da paz. É justamente esse ponto um dos motivos que gera o confronto de interesses entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito internacional de conflitos armados (ONU, 1945).

Logo, é pertinente discutir sobre tais entidades, entendendo suas atribuições e limitações. Assim, o presente trabalho justifica-se, portanto, diante da necessidade de entender os meios existentes para evitarem-se transgressões e violações aos direitos humanos em períodos de conflitos, tendo por base as normativas do Direito Internacional.

Diante disso, o objetivo de cunho geral deste trabalho é realizar um estudo acerca das limitações tanto do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) como do Direito Internacional de Conflitos Armados (DICA) diante da ocorrência de conflitos armados, bem como compreender as incongruências que surgem entre ambos em períodos conflituosos. Por conseguinte, como objetivos específicos, pretende-se: definir e entender as atribuições do DIDH e DICA em tempos de guerra e paz; determinar quais limitações do DIDH e do DICA podem ocasionar violações aos direitos humanos em períodos de conflito; e identificar as medidas que podem minimizar tais limitações e evitar danos à vida humana.

Para tal, o trabalho desenvolve uma pesquisa de procedimento bibliográfico, por meio da análise de legislações e normas internacionais, bem como artigos de periódicos e livros relacionados aos Direitos Humanos e Direito Internacional.

2 O DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO

O Direito Internacional Humanitário também ganhou evidência no cenário mundial a partir da obra de Henry Dunant, intitulada “Lembranças de Solferino”, publicada em 1862, obra na qual se firmou a convicção de que a guerra só permite, no tocante ao ser humano, comportamentos compatíveis com a própria dignidade, especialmente quando ele já não tem participação ativa no conflito (SWINARSKI, 1996).

Nesse sentido, Swinarski (1996) define o Direito Internacional Humanitário nos seguintes termos:

O Direito Internacional Humanitário 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.” (SWINARSKI, 1996, p. 18)

Sendo assim, o Direito Internacional Humanitário trata-se de um conjunto de normas que buscam minimizar os efeitos de conflitos armados e amenizar as suas consequências. Tais normas têm por intuito também oferecer proteção aos indivíduos que não atuam diretamente ou que por ventura abandonaram os confrontos, além de propiciar restrições aos métodos e armas de combate, prezando pela preservação dos direitos fundamentais à vida humana (CICV, 1998).

Assim como destaca Swinarski (1996), o DIH constitui-se de normas jurídicas de origem convencional ou usual, com aplicabilidade apenas em confrontos armados, sejam entre nações ou conflitos civis, que encontra suas limitações nas questões de cunho humanitário, tais como os direitos individuais de cada conflitante, contanto que não haja danos a indivíduos ou bens/patrimônios resguardados por lei.

O DIH também traz consigo o chamado *jus in bello* (ou direito à guerra) entre suas normas fundamentais. Entre elas o Direito de Haia e o Direito de Genebra. De acordo com Cherem (2002, p. 10), o Direito de Haia são as “regras estabelecidas entre os Estados para limitar e regulamentar o uso da força; já o Direito de Genebra trataria da proteção que deveria ser dispensada às pessoas quando os Estados usassem da força como forma de resolução de controvérsias”.

Cabe destacar aqui que o direito de guerra é algo mais amplo do que as medidas definidas pelo Direito Internacional Humanitário. Isso porque, no direito de guerra, as decisões e alcance vão mais longe que a simples comunicação de estados e pessoas. O *jus in bello* tem suas ações de regulação decididas entre um estado e outro (Cherem, 2002).

Tal como destacado anteriormente, de acordo o CICV (1988, p. 1)¹, o DIH trata-se de um mecanismo do Direito Internacional, cuja constituição abrange os fundamentos e “costumes que os Estados aceitam como obrigações legais”, além de acordos específicos realizados entre os próprios estados.

Nota-se que o Direito Internacional Humanitário abrange duas grandes áreas no contexto de guerra. A primeira delas diz respeito aos indivíduos que não participam ativamente dos conflitos, ou mesmo as que por qualquer razão deixaram de participar do combate.

A segunda área de proteção do DIH diz respeito às restrições estabelecidas para os combates em vias de fato. Essas restrições referem-se a armamentos que podem ser utilizados ou não, como “métodos e técnicas militares” (Direito de Haia) (CICV, 1998, p. 1).

Mais especificamente, o Direito de Haia “estabelece os direitos e deveres dos beligerantes durante a condução de operações militares, impondo limitações aos meios utilizados para provocar danos aos inimigos” (BRASIL, 2011).

Já a área que trata de proteger as pessoas neutras ao conflito (Direito de Genebra) possui alguns objetivos específicos, tais como os citados (BRASIL, 2011):

- a) salvar e proteger as vítimas de conflitos armados;
- b) membros das Forças Armadas fora de combate;
- c) feridos;
- d) doentes;
- e) náufragos;
- f) prisioneiros de guerra;
- g) população civil; e
- h) todas as pessoas que não participem ou tenham deixado de participar das hostilidades (BRASIL, 2011, p. 15).

Primeiramente, tais princípios prezam pela proteção de pessoas que não participam do conflito, bem como as que estão de fora do confronto,

¹ Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV): O que é o direito internacional humanitário?. 1998. ICRC. Disponível em: <https://www.icrc.org/pt/doc/resources/documents/misc/5tndf7.htm>. Acesso em: 3 set. 2021.

além de garantir atendimento e tratamento dos doentes e feridos, sem agressões ou torturas.

Quanto aos prisioneiros de guerra e detidos durante conflitos, garante-se pelo menos acesso a alimentos apropriados, celas ou abrigos adequados e proteção de ordem jurídica. Não deve haver atos de tortura, maus-tratos ou qualquer outro tipo de violação à vida (BRASIL, 2011).

Além dos indivíduos propriamente ditos, há também a garantia de resguardo a determinados itens e locais essenciais, os quais não podem sofrer qualquer tipo de ataque. Tais são veículos de socorro como ambulâncias e locais de atendimento de emergência a feridos, como tendas e hospitais, por exemplo (CICV, 1998).

De acordo com o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV) (1998, p. 2): “o DIH estabelece uma série de emblemas e sinais, facilmente reconhecíveis, entre os quais a cruz vermelha e o crescente vermelho. Eles podem ser utilizados para identificar pessoas e locais protegidos durante o conflito armado”.

Ainda reforçando as considerações acerca das normas presentes no Direito de Haia, cabe destacar a proibição estabelecida pelo Direito Internacional Humanitário a respeito do uso excessivo de armamento, especialmente referindo-se às armas que utilizam balas altamente explosivas. Essas armas são denominadas armas não convencionadas pelo DIH².

Existem também outros tipos de armas que tem uso proibido para o DIH, de acordo com Hak Neto (2011):

Qualquer arma ou artefato destinado a, ou com a capacidade de, causar morte ou danos corporais a um número significativo de pessoas por meio da liberação, disseminação ou impacto de produtos químicos venenosos ou tóxicos, organismos causadores de doenças, radiação ou radioatividade. (HAK NETO, 2011, p. 11)

² ÂMBITO JURÍDICO. Armas de Destruição em Massa: Análise sobre sua Proibição ou Permissão de Uso pelo Direito Internacional dos Conflitos Armados. *Âmbito Jurídico*, 2015. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-143/armas-de-destruicao-em-massa-analise-sobre-sua-proibicao-ou-permissao-de-uso-pelo-direito-internacional-dos-conflitos-armados/>. Acesso em: 3 set. 2021.

Nesse âmbito armamentista estão incluídas armas a laser, químicas, biológicas e radioativas e nucleares, as quais geram graves danos e mortes à uma grande quantidade de pessoas, bem como mutilações sérias (HAK NETO, 2011).

Tais proibições foram sendo aperfeiçoadas no decorrer do tempo, primeiramente com a própria Convenção de Haia, ocorrida ainda em 1907, posteriormente Convenção das Armas Bacteriológicas/Biológicas ocorrida em 1972. Além dessas mencionadas, houve a Convenção das Armas Convencionais em 1980 e a Convenção das Armas Químicas em 1993 (CICV, 1998).

Nota-se aqui que os acordos e proibições estabelecidos pelo Direito Internacional Humanitário foram adequando-se à medida que as tecnologias passaram a tornar viáveis armas mais letais à vida humana. Isso é uma tendência e é de extrema importância, visto o rápido avanço científico e tecnológico presenciado nas últimas décadas.

Ainda quanto aos acordos e convenções do DIH, houve também, em 1954 a segunda Convenção de Haia, a qual ficou conhecida como Convenção para a Proteção dos Bens Culturais em Caso de Conflito Armado, que foi realizada com o intuito de fornecer proteção internacional ao patrimônio cultural e histórico durante conflitos. A necessidade desse acordo surgiu após os incontáveis danos causados contra o patrimônio cultural durante a Segunda Guerra Mundial (ALMEIDA, 2013).

Quanto a essas questões, cabe destacar que o Direito Internacional Humanitário não trata de rebeliões internas ou ações violentas isoladas, também não trata de determinar quando um específico país pode fazer uso de força. Essas são atribuições do chamado Direito Internacional (DI). Esse setor, estabelecido na Carta das Nações Unidas, só é requisitado para atuar após iniciado um conflito entre estados (ONU, 1945).

Assim, nos casos de conflitos em que se evidenciem violações aos tratados internacionais e ocorram crimes de guerra, a Carta das Nações Unidas também determina ações baseadas nos preceitos estabelecidos nos artigos 10 e 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos:

Artigo X - Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Artigo XI - 1. Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

2. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituía delíto perante o direito nacional ou internacional. Também não será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso (ONU, 1945, p. 7-8).

Visto dessa maneira, mesmo em casos de supostos crimes de guerra e violações de direitos, o procedimento, de acordo com a Carta das Nações Unidas deve ser a instituição de um julgamento adequado para julgar e eventualmente determinar as punições a tais atos, se comprovados.

A partir desses pressupostos é que já foram estabelecidos tribunais para determinar punições aos atos e atrocidades que contrariam os tratados internacionais durante conflitos. Devido à pertinência, também foi estabelecido um tribunal permanente para o julgamento de tais atos criminosos, como genocídios e crimes de guerra, agressões e crimes contra a humanidade (LUCCA, 2018).

3 REGRAS NOS CONFLITOS ARMADOS

Diante da explanação acerca dos atos criminosos em conflitos, há de se tratar em sequência as regras predeterminadas para os eventuais conflitos armados. As regras nos conflitos armados referem-se um conjunto de normas estabelecidas pelos Estados e para os Estados, ou seja, na prática o que ocorre são os conflitos que não contam com a participação apenas de agentes estatais envolvidos num conflito específico.

As normas previstas no Direito Internacional Humanitário foram convencionadas entre Estados, dessa maneira fica estabelecido um acordo formalmente, tendo em vista o dever de respeitar a legislação no que concerne à prevenção de crimes de guerra. De maneira sucinta, podem-se

definir as seguintes normas de guerra de acordo com o Direito Internacional Humanitário³:

- (a) Distinguir entre os objetivos militares e os civis. Somente podem ser atacados os objetivos militares;
- (b) Recolher e dar assistência aos feridos, aos doentes e aos náufragos, sem discriminação alguma;
- (c) Tratar com humanidade o adversário que se rende ou é capturado, assim como aos prisioneiros ou detidos: não devem ser atacados ou maltratados;
- (d) Respeitar os civis e seus bens;
- (e) Não causar sofrimentos ou danos excessivos;
- (f) Não atacar o pessoal médico ou sanitário nem suas instalações e permitir que eles façam seu trabalho;
- (g) Não colocar obstáculos ao pessoal da Cruz Vermelha no desempenho de suas funções.

Apesar da existência de tais normas e de sua aceitação por grande parte dos Estados, há casos e entidades que dificultam a manutenção desses direitos fundamentais. Nesse contexto, há uma grande diversidade de agentes não estatais que fazem uso da força, tais como grupos terroristas, grupos paramilitares e empresas militares privadas transnacionais.

Esses casos são delicados por tratar-se de grupos que oferecem enorme resistência em se comprometer com a obediência às normas básicas para os conflitos armados. Isso porque, de maneira oposta aos Estados e nações, esses grupos não estatais abarcam fins totalmente contrários, de modo a atacar injustamente civis, espalhando terror e desolando comunidades inteiras. Esse tipo de ação, obviamente, age em total discordância com os pressupostos do DIH (ONU, 2019).

Diante desses problemas, ambos os Direitos de Haia e de Genebra admitem que, embora haja um tribunal permanente contra crimes de guerra, não há um documento formal que estabeleça ou enumere todos os crimes de

³ Direitos Humanos Net: *Direito Internacional Humanitário*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/dih/dih.html>. Acesso em: 2 set. 2021.

guerra, cabendo assim a cada caso um longo e incerto julgamento (CHEREM, 2002).

Acerca dessa questão preocupante, o desafio dos instrumentos jurídicos no âmbito dos conflitos armados é delimitar esses grupos e seus indivíduos para que respondam criminalmente, assim como as violações cometidas sejam julgadas e condenadas em tribunais, estes sendo a Corte Internacional de Justiça, o Tribunal Penal Internacional, tribunais nacionais ou *ad hoc* (ONU, 1998)⁴.

A partir de todos esses mecanismos apresentados, considera-se que as Nações Unidas, bem como seus mecanismos para manter a paz e/ou evitar danos ainda maiores à vida humana em conflitos armados surgiram em 1945, justamente após o término da Segunda Guerra Mundial, conflito que trouxe à tona a emergente necessidade de se estabelecer limites à atuação militar em guerras (FAGANELLO, 2013).

Isso se fez pertinente não apenas no âmbito do confronto, mas principalmente no que diz respeito à sociedade civil, de modo a evitar danos e ataques de qualquer natureza contra os civis em tempos de conflito, sejam ataques por represálias ou mesmo ataques de viés ideológico ou de preconceitos (FAGANELLO, 2013).

Logo, embora a Carta das Nações Unidas e demais convenções internacionais de direito ainda apresentem lacunas de aplicabilidade, é preciso destacar que todas elas se baseiam na manutenção da paz a todo custo, bem como no respeito absoluto à vida humana e seus fundamentos. Logo a observância desses princípios e normas deve ser constante, tanto em tempos de conflito quanto de paz (ONU, 1945).

⁴ ONU, Organização das Nações Unidas. *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*. Nações Unidas, 1998. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/estatuto_roma_tribunal_penal_internacional.pdf. Acesso em: 2 set. 2021.

4 DIREITO PENAL INTERNACIONAL

De acordo com Ambos, Alflen e D'Ávila (2008), o Direito Internacional Penal ou Direito Penal Internacional pode ser definido como:

[...] o conjunto das normas de Direito Internacional que estabelecem consequências jurídico-penais. Para tanto, são combinados princípios de Direito Penal e Direito Internacional, de forma que a responsabilização individual e a reprovabilidade de determinada conduta derivam do Direito Penal, mas as normas são extraídas das convenções multilaterais celebradas entre os Estados interessados (AMBOS; ALFLEN; D'AVILA, p. 13-14).

Diante disso, o Direito Penal Internacional trata-se de um ramo do Direito Internacional e tem jurisdição para atuar sobre a ocorrência de crimes no âmbito internacional, tais como os já citados crimes de guerra, atos genocidas, atos contra a paz e conspirações.

Quando tais crimes são identificados nesse setor, cabe ao Tribunal Penal Internacional (TPI) a missão de julgá-los. O Tribunal Penal Internacional, bem como sua função fundamental, foi estabelecido no chamado Estatuto de Roma, aceito em 1998 por um total de 122 Estados (HAK NETO, 2011).

Ainda segundo Hak Neto (2011), antes de seu estabelecimento formal, o TPI teve seu principal precedente no que ficou conhecido como Tribunal de Nuremberg, responsável pelo julgamento de 24 membros políticos e militares da Alemanha Nazista, logo após o final da 2ª Guerra, e os comprovados crimes e violações cometidos contra os Direitos Humanos.

Embora nesse sentido os Direitos Humanos tratem-se dos direitos fundamentais da pessoa humana diante de um Estado, caracterizando assim uma relação de Estado-pessoa, cabe aqui a reflexão mais ampla a respeito da implicação internacional dos Direitos Humanos.

Assim, para Piovesan (2007):

Nasce ainda a certeza de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao âmbito reservado de um Estado, porque revela tema de legítimo interesse internacional. Sob este prisma, a violação dos direitos humanos não pode ser

concebida como questão doméstica do Estado, e sim como problema de relevância internacional, como legítima preocupação da comunidade internacional (PIOVESAN, 2007, p. 119).

Portanto, a atribuição de um caráter internacional aos crimes contra os Direitos Humanos mostra-se coerente e muito importante, no sentido de não dar abertura a possíveis acobertamentos de tais atos em nível de Estados. Daí a importância da existência de um Tribunal Penal Internacional.

Embora o TPI integre questões com a ONU e demais entidades e mesmo tenha surgido por meio da iniciativa das Nações Unidas, ele se trata atualmente de uma organização independente. Ao TPI podem ser encaminhados casos para julgamento por qualquer um dos Estados que são membros.

Quanto à relação entre o TPI e a justiça específica do Estado, não há uma contrariedade entre ambas. Pois, de acordo com Hak Neto (2011), o TPI trata-se de uma jurisdição de âmbito internacional, logo não sobrepõe à jurisprudência nacional, mas sim a complementa com o fim de garantir a efetivação dos direitos humanos diante de qualquer conflito.

Assim, no âmbito de conflitos, as violações graves ao DIH, tais como exemplos citados anteriormente configuram crimes de guerra e tais crimes devem ser julgados dentro da jurisdição nacional, sempre observados os artigos dos Direitos Humanos universais.

Sendo assim, o Tribunal Penal Internacional só intervém em casos mais graves, para evitar a impunidade em casos de crimes hediondos contra a humanidade, ocorridos em conflitos e guerras (BRASIL, 2011).

O TPI também apresenta níveis de responsabilização pelos crimes de guerra desde a individualização até a culpa no âmbito da subordinação. Esta última trata da culpabilidade de líderes ou superiores pelos atos criminosos de seus subordinados, em consonância com o Estatuto de Roma, nos termos a seguir:

Artigo 28 – [...] o superior hierárquico será criminalmente responsável pelos crimes da competência do Tribunal que tiverem sido cometidos por subordinados sob a sua autoridade e controle efetivos, pelo fato de não ter exercido um controle apropriado sobre esses subordinados, quando:

a) O superior hierárquico teve conhecimento ou deliberadamente não levou em consideração a informação que indicava claramente que os subordinados estavam a cometer ou se preparavam para cometer esses crimes;

b) Esses crimes estavam relacionados com atividades sob a sua responsabilidade e controle efetivos; e

c) O superior hierárquico não adotou todas as medidas necessárias e adequadas ao seu alcance para prevenir ou reprimir a sua prática ou para levar o assunto ao conhecimento das autoridades competentes, para efeitos de inquérito e procedimento criminal (BRASIL, 2002).

Todas essas ações no sentido de incrementar as possibilidades de responsabilização ladeiam o ideal de não permitir impunidades no que diz respeito aos atos contra os direitos fundamentais, o que em essência representa um crime contra toda a humanidade, o qual deve ser levado a julgamento adequado seja em nível de Estado ou no próprio Tribunal Penal Internacional quando se fizer necessário.

5 O CONFLITO ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS (DIDH) E O DIREITO INTERNACIONAL DE CONFLITOS ARMADOS (DICA)

Aqui cabe lembrar que o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) trata da garantia dos direitos fundamentais da pessoa diante do Estado. Já o Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA) apresenta-se mais como uma relação entre estados, sem inclusão direta de indivíduos.

Assim, o DICA é requisitado somente em caso de ocorrência de conflitos armados. Seja como for, ambos os direitos internacionais buscam, mesmo que por meios distintos, o mesmo fim: a preservação dos direitos fundamentais e da dignidade humana independentemente do contexto.

De maneira mais específica, a apostila do Comando de Aeronáutica explica:

A finalidade do DICA consiste em limitar e aliviar, tanto quanto possível, as calamidades da guerra, mediante a conciliação das necessidades militares, impostas pela situação tática e o cumprimento da missão, com as exigências

impostas por princípios de caráter humanitário (MINISTÉRIO DA DEFESA, 2013, p. 4).

Apesar de todos os avanços observados no sentido de salvaguardar os direitos das pessoas, ainda se veem incontáveis casos de violações do Direito Internacional Humanitário em quase todas as regiões do planeta. Diante dos conflitos locais e entre Estados, as comunidades civis permanecem sob risco eminente, sofrendo as consequências dos conflitos de maneira violenta e direta.

Isso decorre também por conta dos próprios conflitos que surgem na relação do DICA com o DIDH, sejam de visões diferentes ou de divergências de interpretações. Diante disso, são identificáveis três tendências básicas nas relações entre os dois direitos, sendo elas a integracionista, a separatista e a complementarista.

Assim, de acordo com Swinarski (1990), a tese integracionista é:

[...] a qual preconiza a fusão do Direito Internacional Humanitário e dos Direitos Humanos. Para os seus partidários, o Direito Humanitário não é outra coisa senão uma parte dos Direitos Humanos; [...] demonstra que o Direito Internacional Humanitário, tomado em um sentido amplo, é a base dos Direitos Humanos (SWINARSKI, 1990, p. 43-44).

Visto por essa ótica, tanto o DIDH quanto o DICA não deveriam agir de forma distinta, tendo em vista que ambos prezam pela manutenção dos direitos humanos fundamentais. Por outro lado, existe a visão separatista, que trata os dois direitos como setores completamente diferentes. A respeito dessa interpretação, Swinarski (1990) complementa:

[...] toda contiguidade entre eles provoca uma nefasta confusão para as suas respectivas aplicações. Acentua a diferença entre as finalidades dos sistemas de proteção dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário: o primeiro, que protege o indivíduo contra o aspecto arbitrário da própria ordem jurídica interna, e o segundo, que o protege em situações em que a ordem nacional já não pode garantir-lhe uma proteção eficaz, quando este indivíduo é vítima de um conflito armado (SWINARSKI, 1990, p. 43-44).

O autor ressalta que a interpretação separatista parte do princípio que a atuação conjunta dos dois direitos pode gerar graves conflitos de interesses, prejudicando, em consequência os indivíduos que deveriam ser protegidos em determinadas situações da guerra.

Por conseguinte, há a percepção da visão complementarista que, nas palavras de Swinarski (1990, p. 44): “consiste em afirmar que os Direitos Humanos e o Direito Internacional Humanitário são dois sistemas diferentes que se complementam”. Nessa ótica, as funções de cada direito ficam da seguinte maneira:

O Direito Internacional Humanitário está integrado no Direito de Haia, no qual são estabelecidos os direitos e deveres dos beligerantes na condução das hostilidades, ficando limitada a sua liberdade de escolha quanto aos métodos e aos meios para causar dano ao inimigo, e pelo Direito de Genebra, que tende a proteger os militares fora de combate, assim como as pessoas que não participam das hostilidades (SWINARSKI, 1990, p. 44).

A compreensão dessa última tendência de atuação dos Direitos leva à percepção de que não existem somente conflitos de atuação entre ambos, mas deve-se atentar para a existência de inumeráveis casos em que a ação tanto do DIDH quanto do Direito Internacional dos Conflitos Armados permitiu a proteção de civis e agentes não combatentes, além de limitar a utilização de armas de extermínio e impactos ainda mais graves dos conflitos no âmbito social. Cabe destacar aqui que essa atuação pacífica é possível mediante bom senso jurídico nas atribuições de cada direito, sendo importante, sempre que possível viabilizar a atuação complementar de ambos.

6 CONCLUSÃO

Diante do estudo realizado acerca do Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional de Conflitos Armados, pode-se perceber o caráter fundamental da existência de tais direitos, seja em tempos de paz ou em períodos de conflito armado.

Nota-se que o cumprimento adequado de tais normas fundamentais estabelecidas tem por intuito garantir que os períodos de guerra não se tornem pretexto para a realização de barbáries contra a vida humana e seus direitos, além de garantir a efetividade de tais direitos também durante tempos de ausência de conflitos armados de grandes dimensões.

Mesmo com o grande potencial de ações positivas derivadas da ação conjunta desses dois direitos, há também de se considerar a ocorrência de incompatibilidades entre eles, dependendo do âmbito considerado, questões estas que não inviabilizam a atuação de cada um dos dois direitos dentro de suas atribuições.

Visto sob esta perspectiva, pode-se concluir que independentemente de seu alvo principal de atuação, ambos os direitos – DIDH e DICA – têm por finalidade ao menos manter as condições mínimas de respeito à dignidade da pessoa humana e são fundamentais para a manutenção mínima da paz e da justiça mesmo durante conflitos armados.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, F. R. Tatiana de. Novos desafios ao direito internacional humanitário: a proteção dos bens culturais em caso de conflito armado. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, v. 14, n. 14.1, p. 196-209, 2013.

AMBOS, Kai; ALFLEN, Pablo; D'AVILA, Fábio Roberto. *A parte geral do direito penal internacional: bases para uma elaboração dogmática*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BOBBIO, Norberto. *O problema da guerra e as vias da paz*. São Paulo: Unesp, 2003.

BRASIL, Documentos Oficiais. *Decreto n.º 4.388*, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso em: 15 set. 2021.

BRASIL. *Portaria Normativa nº 1.069/MD*, de 5 de maio de 2011: Aprova o Manual de Emprego do Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA) nas Forças Armadas. Brasília: Ministério da Defesa, 2011. Disponível em: https://www.defesa.gov.br/arquivos/File/legislacao/emcfa/publicacoes/md34_m_03_dica_1aed2011.pdf. Acesso em: 3 set. 2021.

CHEREM, Mónica Teresa Costa Sousa. *Direito internacional humanitário*. Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2002. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/83201/181868.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 3 set. 2021.

CICV, Comitê Internacional da Cruz Vermelha. DIH e Direitos Humanos. 2018. *ICRC*. Disponível em: <https://www.icrc.org/pt/guerra-e-o-direito/dih-e-outros-regimes-legais/dih-e-direitos-humanos>. Acesso em: 4 set. 2021.

CICV, Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Direito Internacional Humanitário: Respostas às suas perguntas. 2015. *ICRC*. Disponível em: <https://shop.icrc.org/icrc/pdf/view/id/2113>. Acesso em: 2 set. 2021.

CICV, Comitê Internacional da Cruz Vermelha. O que é o direito internacional humanitário?. 1998. *ICRC*. Disponível em: <https://www.icrc.org/pt/doc/resources/documents/misc/5tndf7.htm>. Acesso em: 5 set. 2021.

CINELLI, Carlos Frederico Gomes. Direito internacional dos conflitos armados: legitimidade e confiança ontológica. *Giro do Horizonte*, v. 2, n. 1, 2019.

CNJ, Conselho Nacional de Justiça. O direito à igualdade e não-discriminação na administração da justiça. *Direitos Humanos na Administração da Justiça: Manual de Direitos Humanos para Juízes, Promotores e Advogados*, 2011. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/11/capitulo_13_-_human_rights_in_the_administration_of_justice_portuguese.pdf. Acesso em: 5 set. 2021.

EIFLER, Franciela Ronisse Smolinski. *O direito internacional humanitário: aplicação em situações de conflitos armados*. Monografia. Unisul. Direito. Araranguá, 2019.

FAGANELLO, Priscila Liane Fett. *Operações de manutenção da paz da ONU: de que forma os direitos humanos revolucionaram a principal ferramenta internacional da paz*. Brasília: FUNAG, 2013.

HAK NETO, Ibrahim Abdul. *Armas de Destruição em Massa no Século XXI: Novas Regras para um Velho Jogo – O paradigma da Iniciativa de Segurança contra a Proliferação (PSI)*. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2011.

LUCCA, Juline Meincke. O Tribunal Penal Internacional em crimes de guerra. In: *I Congresso Nacional de Biopolítica e Direitos Humanos: Democracia, violência estrutural e conflitualidade*, Unijuí, 2018. Disponível em: <https://publicacoeseventos.unijui.edu.br/index.php/conabipodihu/article/view/9278/7942>. Acesso em: 5 set. 2021.

MINISTÉRIO DA DEFESA. Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA). *Apostila da disciplina Direito Internacional dos Conflitos Armados: Apostila do Curso de Formação de Cabos*. Guaratinguetá, 2013.

ONU. Organização das Nações Unidas. *A ONU e o direito internacional*. 2019. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/direito-internacional/>. Acesso em: 2 set. 2021.

ONU. Organização das Nações Unidas. *Carta das Nações Unidas*, 1945. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/11/A-Carta-das-Nações-Unidas.pdf>. Acesso em: 1 set. 2021.

ONU. Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal Dos Direitos Humanos*. UNIC/Rio/005, 2018.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

SWINARSKI, Christophe. *Introdução ao Direito Internacional Humanitário*. Comitê Internacional da Cruz Vermelha: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, Brasília, 1996.

SWINARSKI, Christophe. *O Direito Internacional Humanitário como sistema de proteção internacional da pessoa humana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

Os padrões de gênero incorporados ao processo penal: mulheres como vítimas de crimes sexuais

Paula de Oliveira Henriques

Pós Graduada pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Data de recebimento: 28/12/2021

Data de aprovação: 03/01/2022

RESUMO: Com a presente pesquisa, busca-se expor a interferência dos papéis socialmente atribuídos ao gênero quando do desenvolvimento do processo penal aplicado aos crimes de violência sexual contra a mulher. A imparcialidade do Poder Judiciário é extremamente frágil quando confrontada com interseccionalidades como classe social, cor e gênero. Em relação às mulheres, os operadores de Direito e os próprios litigantes assumem posturas construídas a partir das concepções sociais do “feminino”. Esse cenário acaba por estigmatizar a mulher vítima do crime – por muitas vezes culpabilizada. Quanto aos crimes sexuais em específico, a mulher vítima, quando parte do processo penal, enfrenta um Poder Judiciário incapaz de se isentar das concepções sociais de gênero. Por meio da análise qualitativa de decisões proferidas por juízes e tribunais do Brasil, demonstra-se que os papéis de gênero representam pontos centrais na análise de crimes pelo Poder Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Papéis de gênero. Culpabilização da vítima. Machismo. Processo Penal.

ENGLISH

TITLE: The Gender Standards Incorporated in the Criminal Procedure: Women as Victims of Sex Crimes.

ABSTRACT: From this research, it is sought to expose the interference of roles socially assigned to gender in the development of the criminal process applied to crimes of sexual violence against women. The impartiality of the Judiciary is extremely fragile when confronted with intersectionalities such as social class, color and gender. Regarding women, legal practitioners and litigants themselves assume positions built from the social conceptions of the “feminine”. This scenario ends up stigmatizing the woman victim of crime – often blamed for being the victim. As for sexual crimes in particular, the female victim, when part of the criminal process, faces a Judiciary incapable of exempting itself from social conceptions of gender. Thus, gender roles represent central points in the analysis of crimes by the Judiciary. Through the qualitative analysis of decisions rendered by judges and courts in Brazil, it is shown that gender roles represent central points in the analysis of crimes by the Judiciary.

KEYWORDS: Gender roles. Blaming the victim. Sexism. Criminal proceedings.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 O gênero no processo penal – 2.1 A culpa em ser vítima: mecanismos de culpabilização da mulher – 3 Entendimentos doutrinários quanto ao gênero no processo penal – 3.1 A misoginia na doutrina clássica e seus reflexos atuais – 3.2 A produção de novas doutrinas de ruptura – 4 Interpretação Judiciária dos papéis de gênero: análise de casos concretos – 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A construção do feminino como hoje conhecemos se intensifica a partir da divisão de trabalho moderna. Ao longo dos séculos XVI e XVII, o processo de acumulação de capital e fortalecimento dos Estados solidificou o poder aquisitivo e decisório na esfera masculina, enquanto representou, para as mulheres, o início da degradação de direitos e da perda do poder social. Esse cenário ressignificou as relações de gênero, maximizando as diferenciações entre feminino e masculino, de forma a solidificar a inferioridade da mulher. Aqui, constrói-se a imagem da mulher excessivamente emocional e insubordinada, que necessita ser governada pelo domínio do homem.

Anos de controle sobre os corpos, os bens e as condutas das mulheres resultaram na valorização da figura da dona de casa, estereótipo de feminilidade, atrelada a passividade, detentora de qualidades maternas e dóceis. Posteriormente, com a solidificação da Revolução Industrial e a nova lógica capitalista de produção, a mulher proletária, forçada a jornadas extenuantes de trabalho, representaria a contraposição entre a construção social da “mulher ideal” – condicionada ao lar – e a mulher real, obrigada a trabalhar fora.

Ainda hoje, reflexos dessas construções patriarcais vigoram e se evidenciam por meio da disparidade de salários entre homens e mulheres ocupantes dos mesmos cargos, da naturalização da violência de gênero, das imposições sociais invasivas quanto aos corpos femininos – desde o controle do tamanho das roupas até o impedimento ao aborto seguro e legal – e também das relações jurídicas. O Direito reflete a sociedade a qual serve e que o produz, e a linguagem jurídica, como expressão normativa, traduz a realidade social na qual se insere. É assim que se justifica o uso de termos jurídicos como “mulher honesta”, no Direito Penal, ou “poder pátrio”, no Direito Civil, por tanto tempo.

Apesar dos avanços legislativos para construção de uma ordem jurídica mais igualitária, o campo do Direito segue sendo influenciado pela divisão social dos papéis de gênero. Essa apropriação da hierarquização de gênero pelo Poder Judiciário se torna evidente quando da análise do julgamento de crimes sexuais com vítimas mulheres.

A ausência de uma estrutura capaz de conferir à mulher a sensação de acolhimento e proteção se alia a reprodução de estereótipos machistas no âmbito do processo penal, invertendo a lógica processual e atribuindo à vítima o tratamento dispensado ao réu. Por essa razão, muito se fala na culpabilização da mulher vítima de crimes sexuais, ou seja, na transferência da responsabilidade da prática criminosa para a vítima.

Neste sentido, a presente pesquisa objetiva analisar as definições dos papéis sociais de gênero e seus impactos no processo penal de crimes sexuais em que as vítimas são mulheres. Para tal, utiliza-se o método de análise qualitativa de decisões proferidas quando do julgamento de crimes sexuais no Brasil, a fim de analisar como os papéis de gênero são considerados pelos Magistrados e pelas partes do processo. Ao fim, a coletânea de decisões aqui apresentada demonstra a fragilidade da imparcialidade judiciária, que se pauta por arquétipos e estereótipos para condução do processo penal, em desfavor das mulheres sexualmente violentadas.

O presente trabalho, portanto, pretende também ser voz das mulheres em um campo tão dominado por produções masculinas. Se por muito tempo os direitos da mulher foram categorizados e definidos pela hegemonia masculina, agora se faz importante também abrir espaço para escritos femininos, debates femininos, estudos femininos e conclusões femininas.

2 O GÊNERO NO PROCESSO PENAL

Reconhecer a existência das diferenciações de gênero e de seu impacto nas relações socialmente construídas é importante passo para uma

análise mais realista das estruturas de poder, incluindo-se o sistema judiciário. Assim, apesar da pretensa imparcialidade do julgador e da proteção à isonomia das partes processuais, há de se olhar o processo judicial a partir de uma visão crítica, concebendo-o, também, como fruto das desigualdades entre homens e mulheres.

2.1 A culpa em ser vítima: mecanismos de culpabilização da mulher

Blaming the Victim, livro escrito por William Ryan, cuja primeira edição foi publicada em 1971, foi a obra pioneira a abordar o conceito de culpabilização. No livro, Ryan (1976, p.04) busca entender e externar a naturalização de comportamentos sociais que justificam a pobreza, o racismo e as diferenças de classe a partir de justificativas baseadas nas características dos próprios grupos oprimidos, e não nas condições que permitem a opressão. Nesse sentido, exemplifica o autor sobre como se constrói o processo de culpabilização:

Considerem-se algumas vítimas. Uma é o menino deseducado na escola da favela. Ele é culpado pela sua própria deseducação. É dito que ele contém dentro de si mesmo as causas para sua inabilidade para ler e escrever bem. (...) Ele não sabe sobre livros, revistas e jornais, dizem eles. (Sem livros em casa: a mãe não consegue assinar Reader's Digest). Dizem que se ele falar, um evento improvável, já que os pais da favela não falam com suas crianças – ele certamente não fala corretamente. (...) Se você conseguir fazer com que ele se sente em uma cadeira, dizem que ele se contorce e olha pela janela. (Dominados por impulsos, essas crianças, motoras em vez de verbais). Em uma palavra, ele é "desfavorecido" e "socialmente privado", dizem eles, e isso, é claro, é responsável pelo fracasso dele (o fracasso *dele*, eles dizem) em aprender na escola. (RYAN, 1976, p. 04, tradução nossa)

Ao longo dos estudos sociais sobre culpabilização da vítima, o termo se expandiu para além das relações inter-raciais e de classe, consolidando-se na esfera das análises de gênero, momento em que passa a se referir, também, à responsabilização das mulheres pelas agressões por elas sofridas.

Quanto à culpabilização da vítima mulher, ocorre quando esta é considerada a responsável pelo o que aconteceu em seu desfavor. A incidência desse pensamento no âmbito das relações privadas acaba por desestimular a denúncia de casos que envolvem violência de gênero, uma vez que é reservado à vítima o lugar de agente ativa para cometimento do crime. O entendimento comum de que cabe à mulher a posição social de submissão ao homem, importante fator para legitimação de comportamentos masculinos agressores, foi confirmado por pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA, 2014), em que se apurou que 63,8% dos entrevistados concordavam, total ou parcialmente, com a frase “Os homens devem ser a cabeça do lar”. Da mesma forma, sobre o papel doméstico atribuído à mulher, 78,7% dos participantes acreditavam, total ou parcialmente que “Toda mulher sonha em se casar”, enquanto 59,5% concordavam, total ou parcialmente, que “Uma mulher só se sente realizada quando tem filhos”.

Além da legitimação do comportamento violento dos homens contra as mulheres, mais um fator que afasta a vítima mulher de possíveis ajudas a serem prestadas pelo Poder Público é a pressão social para não denunciar o agressor. No âmbito da mesma pesquisa, concluiu o IPEA que 78,7% das pessoas entrevistadas concordavam, total ou parcialmente, que “O que acontece com o casal em casa não interessa aos outros”, 81,9% acreditavam, total ou parcialmente, que “Em briga de marido e mulher, não se mete a colher”, e 89% defendiam, total ou parcialmente, que “A roupa suja deve ser lavada em casa”, demonstrando a crença social de que não cabe a intervenção policial ou judiciária em episódios de violência doméstica.

Quanto à culpabilização da vítima agredida, 65,1% dos entrevistados afirmaram, total ou parcialmente, que “Mulher que é agredida e continua com o parceiro gosta de apanhar.”, denotando clara responsabilização da mulher em situação de violência doméstica pelo comportamento do cônjuge ou parceiro agressor. Esse tipo de mentalidade social transfere para a vítima a posição de causadora da violência, ignorando a posição ativa do agente

agressor e perpetuando a noção de que a mulher é capaz de incitar a violência ou mesmo de impedi-la, se assim o quiser.

Também quanto aos crimes sexuais, prevalece o entendimento do senso comum de que a mulher contribui para a violência contra ela dirigida. Frequentemente, argumentos como “impulsos sexuais masculinos incontroláveis” e “o comportamento sedutor das mulheres” são empregados como justificadores das agressões, fazendo com que, novamente, recaia sobre a vítima a motivação do crime. De fato, na pesquisa supracitada, 58.5% das pessoas concordavam, parcial ou totalmente, que “Se as mulheres soubessem como se comportar, haveria menos estupros.”

Por outro lado, a ideia de culpabilização também afeta os espaços públicos, mais especificamente os de julgamento, o que acaba por retirar a confiança e a segurança das vítimas no Poder Judiciário. Nesse sentido, em pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada sobre os dados de crimes de estupro no Brasil, concluiu-se que:

A violência de gênero é um reflexo direto da ideologia patriarcal, que demarca explicitamente os papéis e as relações de poder entre homens e mulheres. Como subproduto do patriarcalismo, a cultura do machismo, disseminada muitas vezes de forma implícita ou sub-reptícia, coloca a mulher como objeto de desejo e de propriedade do homem, o que termina legitimando e alimentando diversos tipos de violência, entre os quais o estupro. Isto se dá por dois caminhos: pela imputação da culpa pelo ato à própria vítima (ao mesmo tempo em que coloca o algoz como vítima); e pela reprodução da estrutura e simbolismo de gênero dentro do próprio Sistema de Justiça Criminal (SJC), que vitimiza duplamente a mulher. (IPEA, 2014, p. 2)

Na tentativa de construção de uma compreensão social menos sexista quanto às agressões de gênero, a Lei Maria da Penha, em seu título III, capítulo I, discorre sobre as medidas integradas de prevenção, que incluem a integração interdisciplinar de órgãos do Judiciário com áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação; a promoção de estudos de gênero; a orientação da atuação midiática de forma a

coibir a veiculação de estereótipos femininos; a implementação de programas educacionais que visem a propagar valores de respeito à dignidade humana, na perspectiva de gênero e de raça ou etnia; e outras medidas similares. Percebe-se, portanto, a intenção legislativa em modificar o pensamento coletivo quanto à violência de gênero e aos lugares sociais impostos às mulheres, em clara tentativa de desconstruir as crenças sociais desfavoráveis que permeiam as relações de gênero.

Quanto aos elementos combativos à culpabilização da vítima trazidos pela Lei Maria da Penha, destaca a ministra do Supremo Tribunal Federal, Carmen Lúcia:

Estamos buscando construir uma justiça restaurativa e pacificadora, e não apenas aplicadora de leis para punir. Um Sistema de Justiça que pacifica, isto é, que não só pune aqueles que erram mas constrói também outra sociedade em que esses erros não sejam comuns. (...) A expectativa é que seja dada visibilidade à importância da igualdade para as mulheres. É preciso que a sociedade saiba o que elas querem em termos de igualdade efetiva e não igualdade retórica. (Informativo Compromisso e Atitude, p. 4)

Ainda, para o combate às narrativas populares misóginas, é importante a análise sobre como os mecanismos de construção da culpabilização da vítima de crimes de gênero operam. Neste sentido, explica a historiadora Ana Paula Vosne Martins:

O que chama atenção é como a estratégia discursiva de culpar a vítima se constrói, em grande parte, por meio de um antigo procedimento: a desqualificação da palavra e da própria mulher. É uma prática enraizada na nossa cultura e em nossa visão de mundo e, por isso, ainda hoje temos que nos posicionar contra frases que vitimizam as mulheres. Enquanto as mulheres não tiverem sua palavra empoderada, a culpa continuará a ser acionada e a violência se perpetuará. (MARTINS, informação verbal, Seminário “Aspectos Práticos do Enfrentamento à Violência de Gênero: a culpabilização da vítima”)

Especificamente em relação aos mecanismos sociais de opressão da mulher vítima de crimes sexuais, estes se operam de forma mais destacada,

pois a concepção patriarcal sobre os corpos femininos é a de colocá-los restritos ao espaço privado “do lar” e, ao mesmo tempo, encará-los como objetos públicos, suscetíveis ao julgamento coletivo. Portanto:

A culpabilização da mulher, vítima de estupro, pela conduta do seu agressor, por conseguinte, pode ser considerada uma das consequências desse ordenamento social patriarcal e a sua eliminação total depende de mudanças bruscas na sociedade brasileira (MAGALHÃES, 2016, p.58)

Em suma, a responsabilização de mulheres por crimes de gênero, em especial crimes de natureza sexual, constitui-se como importante barreira de acesso à justiça. Até mesmo as vítimas que levam os delitos para apreciação das autoridades policiais e judiciárias enfrentam uma realidade pré-concebida de confiança no réu e desconfiança quanto à versão da sobrevivente. Tal cenário não apenas desestimula a denúncia de crimes de gênero, mas também acaba por incutir na consciência social, e na própria mulher, que a agressão sofrida não resulta de um ato voluntário do agressor, mas sim da própria vítima.

3 ENTENDIMENTOS DOUTRINÁRIOS QUANTO AO GÊNERO NO PROCESSO PENAL

A produção jurídica doutrinária ocupa papel central na fixação e teses e entendimentos, inclusive jurisprudenciais, quanto à interpretação dos dispositivos que compõem o ordenamento jurídico brasileiro. Neste sentido:

A doutrina decorre da atividade científico-jurídica, isto é, dos estudos científicos realizados pelos juristas, na análise e sistematização das normas jurídicas, na elaboração das definições dos conceitos jurídicos, na interpretação das leis, facilitando e orientando a tarefa de aplicar o direito, e na apreciação da justiça ou conveniência dos dispositivos legais, adequando-os aos fins que o direito deve perseguir, emitindo juízos de valor sobre o conteúdo da ordem jurídica, apontando as necessidades e oportunidades das reformas jurídicas. (...)

Nítida é a influência da doutrina na legislação, porque o legislador, muitas vezes, vai buscar, no ensinamento dos doutores, os elementos para legiferar. Realmente, a concepção do direito como um fenómeno lacunoso justifica a ação legislativa e estabelece limites para a função jurisdicional, permitindo, além disso, ampliar o papel da doutrina, que pode ser considerada colaboradora na função legislativa de colmatação das lacunas, p. ex., com a sua teoria do risco. (...)

Notabilíssima é a influência da doutrina na decisão judicial, por proporcionar os fundamentos do julgado e por, ante os comentários, as críticas e definições jurídicas apresentadas pelos jurisconsultos, modificar a orientação dos juízes e tribunais. (DINIZ, 2017)

No Direito Penal e no Direito Processual Penal, há predominância de estudos doutrinários produzidos por homens, faticamente refletores da experiência masculina de leitura social. A produção de uma análise doutrinária sensível às diferenciações de gênero no âmbito penal é de suma importância para construção de um espaço jurídico inclusivo e atento às diversidades de gênero, classe, cor e orientação sexual. Assim, realiza-se, neste capítulo, o exame das correntes doutrinárias clássicas, ainda hoje embasadoras de interpretações normativas, e passa-se ao estudo das produções doutrinárias mais recentes, de forma a evidenciar os avanços conquistados por juristas modernos, assim como ressaltar a necessidade de constante adaptação do Direito às mudanças sociais.

3.1 A misoginia da doutrina clássica e seus reflexos atuais

Também no campo dos estudos jurídicos, a misoginia e a experiência patriarcal influenciaram a criação de correntes doutrinárias desfavoráveis ao feminino, extremamente culpabilizantes ou invisibilizadoras de direitos das mulheres. Em relação aos delitos sexuais, essa produção misógina é ainda mais gritante, uma vez que aborda temas sempre considerados tabus quando ligados à figura feminina, tais quais: a liberdade sexual, os direitos reprodutivos e a dignidade sexual.

Posicionamento comum entre os juristas tradicionais era o de descrédito da palavra da vítima de crime sexual, em especial de estupro. Sendo a mulher vista como sujeito não merecedor de confiança, e inferiorizado quando comparado à figura masculina, sua palavra – seja expressa em forma de denúncia, seja como testemunha – detinha pouco valor probatório prático, de pouco valendo se não lastreada por outros fatores capazes de evidenciar a autoria e materialidade do crime. Afirmava Nelson Hungria (1947, p. 139), nesse viés, que: “não se deve dar fácil crédito às declarações da queixosa”, explicitando a imparcialidade do processo penal desde antes de seu início, quando da denúncia do fato criminoso pela vítima, que já começava maculada pela desconfiança das autoridades competentes para o processo e julgamento do crime.

Por conta da crença na imoralidade natural da figura feminina, grande parte da doutrina utilizava-se do parâmetro da “mulher honesta” para discorrer sobre os delitos de natureza sexual. Para Hungria:

[...] como tal se entende, não somente aquela cuja conduta, sob o ponto de vista da moral sexual, é irrepreensível, senão também aquela que ainda não rompeu com o *minimum* de decência exigida pelos *bons costumes*. Só deixa de ser *honest*a (sob o prisma jurídico-penal) a mulher francamente desregrada, aquela que inescrupulosamente, *multorum libidini patet*, ainda não tenha descido à condição de autêntica prostituta. Desonesta é a mulher fácil, que se entrega a uns e outros, por interesse ou mera depravação (cum vel sine pecúnia accepta). (HUNGRIA, 1947, p. 139)

O fundamento para existência da figura da “mulher honesta” era justamente o de proteção à parcela da população feminina considerada digna de proteção legal e judicial:

A proteção penal da liberdade sexual contra a fraude deixa de beneficiar a mulher desonesta, não porque haja decaído o direito de livre disposição do próprio corpo (pois, de outro modo, não se compreenderia que pudesse ser, como já vimos, sujeito passivo do crime de estupro), mas porque, em tal caso, o coito fraudulento não tem relevo suficiente para ingressar na esfera da ilicitude penal. (NORONHA, 1995, p. 137)

Ainda, definia Magalhães Noronha como “mulher honesta”:

[...] é a honrada, de decoro, decência e compostura. É aquela que, sem se pretender traçar uma conduta ascética, conserva, entretanto, no contato diário com seus semelhantes, na vida social, a dignidade e o nome, tornando-se assim, merecedora do respeito dos que a cercam. Não vivendo no claustro nem no bordel, justamente é quem mais pode ser vítima do crime, donde logicamente a necessidade de proteção legal. (1995, p. 137)

Em contraposição, a mulher desonesta:

Mulher desonesta não é somente a que faz mercancia do corpo. É também a que, por gozo, depravação, espírito de aventura etc., entrega-se a quem a requesta. Não é só o intuito de lucro que infama a posse da fêmea. A conduta da horizontal, muita vez, é digna de consideração, o que se não dá com a de quem, livre das necessidades, se entrega tão só pelo gozo, volúpia ou luxúria. (NORONHA, 1995, p. 137)
[...] mulher fácil, que se entrega a todos os que a desejam, que desrespeita franca e abertamente as convenções sociais, somente se diferenciando das prostitutas por não exigir paga por seus favores. É a mulher de vários homens, desregrada e de costumes dissolutos, que se entrega por interesse ou depravação, sem guardar o mínimo de ética sexual exigível. (JESUS, 1999, p. 109)

A “mulher honesta”, portanto, não passa de mulher sexualmente reprimida, limitada pela moral patriarcal, dotada de fundamentos doutrinários suficientes para que os agentes do processo penal, em especial juízes, defensores e promotores, delimitassem a figura feminina compatível com o ideal de honestidade exigido da vítima de uma violência sexual para que esta fosse realmente considerada apenas vítima. Os padrões moralmente aceitos para a mulher eram criados e fundamentados a partir de visões masculinas, conforme se depreende do entendimento de Damásio de Jesus quando afirma que a “mulher honesta”:

Se conduz pelos padrões aceitos pela sociedade que vive. É a que mantém a conduta regrada, honrada e decente, de acordo com os bons costumes. Não se exige, todavia, um comportamento irrepreensível, mormente dentro dos padrões de liberdade sexual hoje predominantes. Pautando-se a

mulher pelo mínimo de decência exigido pelos nossos costumes, será honesta. (1999, p. 109-110)

Ao lado da exigência de conduta moralmente aceitável em relação à vítima de crime sexual, a doutrina clássica também traça considerações acerca da “resistência” da vítima ao delito, de modo a estabelecer padrões que evidenciassem a verdadeira repulsa da vítima ao ato criminoso:

Não basta uma platônica ausência de adesão, uma recusa meramente verbal, uma oposição passiva ou inerte. É necessária uma vontade decidida e militantemente contrária, uma oposição que só a violência física ou moral consiga vencer. Sem duas vontades embatendo-se em conflito, não há estupro. (HUNGRIA; FRAGOSO, 1981, p. 107)

Sem efetiva comprovação de “resistência inequívoca”, o delito sexual restava incomprovado. Percebe-se a violação dos direitos fundamentais da mulher em prol da deslegitimação de sua própria narrativa, sendo desconsiderados fatores individuais da vítima, que deveria atender aos requisitos doutrinários exigidos quando da consumação do delito, que versavam sobre reações físicas e emocionais “naturais” à mulher agredida. Ainda, posicionamentos doutrinários consideravam a própria existência do delito de estupro passível de questionamentos, aduzindo que:

É objeto de dúvida se uma mulher, adulta (ou já desenvolvida) e normal, pode ser fisicamente coagida por um só homem à conjunção carnal. Argumenta-se que bastam alguns movimentos da bacia para impedir a intromissão da verga. (...) Realmente, se não há uma excepcional desproporção de forças em favor do homem, ou se a mulher não vem a perder os sentidos, ou a prostrar-se de fadiga, ou a ser inibida pelo receio de maior violência, poderá sempre esquivar-se ao coito pelo recurso do movimento dos flancos. (HUNGRIA; FRAGOSO, 1981, p. 111-112)

Tais doutrinas parecem pertencer a um tempo pretérito já superado pela evolução dos estudos jurídicos, agora tratados sob perspectivas mais inclusivas e atentas às diversidades. Essa afirmação, todavia, é ilusória. As produções supramencionadas ainda encontram ecos nas vozes de importantes juristas atuais. Isso se dá pelo fato de que a posição de inferioridade com a

qual o processo penal trata mulheres vítimas de violência sexual não se modificou, se tanto, apenas se tornou mais sutil, de modo que ainda são comuns correntes doutrinárias defendendo a “resistência inequívoca” ou ainda a análise subjetiva do “caráter” da vítima.

Desde 2012, Rogerio Greco discorre sobre o que chamou de “jogo da sedução”. Para o autor, a negativa da vítima para a prática de atos sexuais, quando não veemente, pode levar ao engano justificado do autor de crime sexual, tendo como consequência a exclusão do dolo do estupro, que se tornaria ato atípico pela ocorrência do erro de tipo. Neste sentido:

No entanto, para que seja considerado o dissenso, temos de discernir quando a recusa da vítima ao ato sexual importa em manifestação autêntica de sua vontade, de quando, momentaneamente, faz parte do ‘jogo de sedução’, pois, muitas vezes, **o ‘não’ deve ser entendido como ‘sim’**. (GRECO, 2012, p.467)

Mais recentemente, em manual de 2019, Greco afirma que:

[...] tendo havido realmente o dissenso da vítima para o ato sexual, o homem que atuou acreditando que isso fazia parte do “jogo de sedução” poderá alegar o erro de tipo, afastando-se o dolo e, conseqüentemente, a tipicidade do fato. (2019, p.444)

A título ilustrativo, exemplifica o autor:

Assim, imagine-se a hipótese em que um casal, depois de permanecer algum tempo em um restaurante, saia dali para a residência de um deles. Lá chegando, começam a se abraçar. A maneira como a mulher se insinua para o homem dá a entender que deseja ter relações sexuais. No entanto, quando o homem tenta retirar-lhe as roupas, ela resiste, dizendo não estar preparada, insistindo na negativa durante um bom tempo. O homem, entendendo a negativa como parte do “jogo de sedução”, retira, ele próprio, de forma violenta, as roupas da vítima, tendo com ela conjunção carnal. De toda forma, embora, ao que parece, tenha havido realmente o dissenso da vítima para o ato sexual, o homem que atuou acreditando que isso fazia parte do “jogo de sedução” poderá alegar o erro de tipo, afastando-se o dolo e, conseqüentemente, a tipicidade do fato. Nesse sentido, afirma João Mestiere: “A crença, sincera, de que a vítima apresenta

oposição ao congresso carnal apenas por recato ou para tornar o jogo do amor mais difícil ou interessante (*vis haud ingrata*) deve sempre de ser entendida em favor do agente. (2013, p. 25)

Em manifesta culpabilização da vítima, transfere-se ao sujeito passivo a responsabilidade de evitar a prática do delito, como se a negativa, tanto verbal quanto física, não fosse suficiente para configuração da prática do crime sexual. Infelizmente, o posicionamento de Greco não é voz isolada na doutrina moderna. É defendido por Damásio de Jesus, em manual lançado no ano de 2020, que:

Para que exista o constrangimento é necessário que haja o dissenso da vítima. É preciso que a falta de consentimento do ofendido seja sincera e positiva, que a resistência seja inequívoca, demonstrando a vontade de evitar o ato desejado pelo agente, que será quebrada pelo emprego da violência física ou moral. Não bastam, pois, as negativas tímidas (quando os gestos são de assentimento), nem a resistência passiva e inerte. (JESUS, 2020, p. 94-95)

Ainda, tal qual quando da vigência legal da expressão “mulher honesta”, doutrina moderna também defende a necessidade de se comprovar a real intenção da denúncia de crime de estupro, pontuando a existência de “pretensas vítimas”, mulheres dispostas a enfrentar o aparato policial, judicial e midiático apenas com o intuito de causar desconforto ao homem do qual pretendem se vingar. A irrealista tese figura o livro de Capez publicado em 2019, pela qual defende o autor que não só o magistrado deve duvidar da prova material de efetiva conjunção carnal como apta a caracterizar o estupro, como também da própria palavra da vítima: “[i]mporta notar que é comum mulheres, para se vingarem de seus parceiros, por inúmeros motivos, denunciarem-nos por crime de estupro. Daí por que a tão só prova da conjunção carnal não é apta para a comprovação do crime” (CAPEZ, 201, p.190).

Portanto, há de se destacar que não houve plena superação das citadas doutrinas tradicionais. Ainda que tenham sido conquistados avanços

legislativos e interpretativos, o ordenamento jurídico brasileiro, em especial no campo penal, se pauta em concepções extremamente misóginas.

3.2 A produção de novas doutrinas de ruptura

A reivindicação feminina por espaços antes exclusivamente masculinos – a rua, o tribunal, as universidades, o ambiente de trabalho, etc. – reverberou também no campo jurídico, culminando na importante produção de estudos a partir de uma visão antes invisibilizada e excluída: a da mulher. Essa tendência mais recente de produções doutrinárias que consideram as especificidades do ser mulher enquanto participante do processo penal é essencial para que o direito penal e o processual penal passem a operar de maneira mais inclusiva e atenta às desigualdades de gênero, justamente para que se criem mecanismos de promoção da isonomia das partes.

O saber feminista como base e fundamento para produção de conhecimentos, não só jurídicos, mas sociais e científicos, em muito se pauta na construção de uma epistemologia feminista, assim abordada por Margareth Rago:

Afinal, se considerarmos que a epistemologia define um campo e uma forma de produção do conhecimento, o campo conceitual a partir do qual operamos ao produzir o conhecimento científico, a maneira pela qual estabelecemos a relação sujeito-objeto do conhecimento e a própria representação de conhecimento como verdade com que operamos, deveríamos prestar atenção ao movimento de constituição de uma (ou seriam várias?) epistemologia feminista, ou de um projeto feminista de ciência. 6 O feminismo não apenas tem produzido uma crítica contundente ao modo dominante de produção do conhecimento científico, como também propõe um modo alternativo de operação e articulação nesta esfera. Além disso, se consideramos que as mulheres trazem uma experiência histórica e cultural diferenciada da masculina, ao menos até o presente, uma experiência que várias já classificaram como das margens, da construção miúda, da gestão do detalhe, que se expressa na busca de uma nova linguagem, ou na produção de um contradiscurso, é inegável

que uma profunda mutação vem-se processando também na produção do conhecimento científico. (1998, p. 3)

Aduz a autora que o principal ponto de partida da crítica feminista à produção de saber como hoje a conhecemos é seu caráter ideológico, sexista e racista, uma vez que é produzido a partir “de um conceito universal de homem, que remete ao branco-heterossexual-civilizado-do-Primeiro-Mundo, deixando-se de lado todos aqueles que escapam deste modelo de referência” (1998, p. 4). Isso implica na hierarquização do gênero e dos espaços por ele ocupados, o que explica porque o espaço privado, da casa, é inferiorizado quando comparado ao ambiente público, predominantemente masculino. A mais importante conclusão que se extrai desta análise, voltada ao objeto do presente trabalho, é a de que o conhecimento jurídico produzido até os dias atuais como um saber neutro e imparcial em verdade reflete a realidade de parcela mínima da população, operando como um mecanismo de manutenção da atual estrutura patriarcal, afinal, um saber construído por homens e para homens em nada se atenta às especificidades do corpo feminino, do ser mulher ou do lugar social reservado às mulheres.

É de suma importância que o Direito, em especial no campo penal, rompa com a ideia de que a produção jurídica poder ser apolítica ou neutra. Pelo contrário, o campo normativo é reflexo direto das estruturas de poder presentes e dominantes na sociedade, motivo pelo qual se funda em concepções patriarcais e racistas, pois o poder no Brasil é masculino e branco. Na seara penal, a construção criminológica de estudos feministas representou importante passo inicial para um pensar jurídico que incluisse a mulher como objeto e sujeito do processo penal. Afirma Baratta (1999, p. 20) que, a partir dos anos 70, com a crescente produção de uma criminologia feminista, certos temas pertinentes às vítimas e autoras femininas, antes negligenciados pelos estudos doutrinários, passaram a ser objetos de pesquisa, resultando em análises de formas específicas de criminalidade para mulheres (aborto e infanticídio), do tratamento penal

conferido às violências masculinas em desfavor de mulheres e de outros temas. Para Margareth Rago:

[...] o feminismo propõe uma nova relação entre teoria e prática. Delineiase um novo agente epistêmico, não isolado do mundo, mas inserido no coração dele, não isento e imparcial, mas subjetivo e afirmando sua particularidade. (1998, p.11)

O impacto de estudos feministas no campo do direito penal e processual penal foi e ainda é de verdadeira denúncia do caráter machista e discriminatório das construções legislativas, jurisprudenciais e doutrinárias, e de promoção de importantes mudanças no campo da isonomia entre as partes. Isso se evidencia, por exemplo, na desconstrução do termo “mulher honesta”, previamente abordado neste estudo, que passou a ser objeto de discussões doutrinárias atinentes à dignidade da pessoa humana e à imparcialidade do processo penal, culminando na promulgação da Lei 11.016/2005. Neste sentido, aduz Luiza Nagib Eluf:

Com a emancipação feminina, o subjetivismo do conceito “honestidade” do art. 215 do CP tornou-se inadmissível, bem como sua impressionante carga de discriminação à mulher. A noção de honestidade ligada ao comportamento sexual é ultrapassada e ofensiva à dignidade feminina. Trata-se de um conceito que reduz a mulher a objeto sexual sem nenhum outro valor social, pois se assim não fosse, a honestidade feminina seria a mesma da masculina. (1999.p. 27-28)

O debate aberto sobre os impactos de uma legislação claramente prejudicial à mulher levou à abolição do uso de referido termo da legislação penal, que hierarquizava comportamentos femininos, e os dividia entre dignos de proteção jurídica ou não. Conforme afirma Vera Andrade:

[...] o referencial para a distribuição da vitimação sexual feminina é a moral sexual dominante simbolizada no conceito de mulher honesta, só aparentemente vago. Trata-se, pois, da vitimação seletiva das mulheres obedecendo à proteção seletiva do bem jurídico moral sexual: só a moral das mulheres honestas, maiores ou menores de idade, é protegida. (2003, p. 22)

Outra expressiva mudança legislativa se deu por meio da Lei 12.015/2009, cujo texto atendeu relevante reivindicação dos movimentos feministas: a classificação do estupro como crime contra a dignidade e a liberdade sexual, e não mais contra os costumes. Já em 1985 defendiam Verucci e Marino que:

É opinião unânime entre as feministas que o estupro tem que deixar de ser considerado um crime contra os costumes e passar a ser penalizado como um crime contra a pessoa, a exemplo das legislações mais avançadas, como a da Itália e da Suécia, onde o estupro, além de ser considerado como agressão qualificada, não pode ter como defesa a clássica alegação de que a mulher teria provocado o crime. (1985, p.5)

Observar o grande lapso temporal entre as exigências feministas por um tratamento legal e jurídico mais igualitário e as efetivas mudanças legislativas que abrissem caminhos para um cenário protecionista em relação às mulheres é necessário para que se entenda que, ainda hoje, os pleitos dos movimentos sociais em prol da igualdade de gênero não passam de pedidos mínimos de maior respeito à dignidade da pessoa humana em relação às mulheres. Isso significa que a legislação atual, por mais que tenha sido modificada para pacificação de certos anseios feministas, ainda se encontra longe de ser eficiente na garantia de direitos femininos. Discussões extremamente similares às ocorridas nas décadas passadas ainda tomam conta da maior parte das pautas de grupos militantes feministas, uma vez que o cenário brasileiro não muito evoluiu.

Exemplo de como o debate pelos direitos das mulheres ainda tem de focar em questões similares às de 10, 20 ou até mesmo 30 anos atrás se encontra na discussão quanto ao crime de estupro, em especial no tratamento conferido à vítima mulher e na persistência da sua estigmatização. As modificações legislativas representaram importantes marcos quanto à evolução do tratamento dispensado a tal delito, mas não são garantias de que a realidade fática acompanhou essa tendência. Quanto ao tema, escreve Soraia Mendes:

Estima-se que no Brasil devam ter ocorrido 136 mil estupros em 2014. Destes, somente 47.646 foram registrados em delegacias de polícia. O estupro é o crime com o maior índice de subnotificação no mundo. Pesquisas mostram que somente entre 10% e 35% das vítimas de violência sexual denunciam seus agressores. E isso não acontece à toa, pois o fato de, ainda hoje, preponderar a crença masculina de que o corpo feminino deve estar ao dispor de seus desejos, como se mero objeto fosse, existe e persiste a partir de um substrato cultural de vitimização[1] (ou revitimização) para o qual o aparato estatal contribui decisivamente.

Muito da via-crúcis a que a vítima de crimes sexuais é submetida encontra razão de ser na (re)produção simbólica da violência contra as mulheres a partir da forma como estas ainda são “estudadas” desde os bancos dos cursos de Direito.

Em uma recente pesquisa por mim coordenada em parceria com a Profa. Dra. Júlia Maurmann Ximenes, junto ao Programa de Mestrado em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP)[2], tendo como objeto a análise de conteúdo dos tratados, cursos e manuais de direito penal de nosso país, foi possível verificar que, mesmo subliminarmente (embora em alguns casos seja explícito), o tratamento dispensado às mulheres, quando consideradas sujeitos passivos nos delitos contra a dignidade sexual, ainda passa por julgamentos de ordem moral definidores de quem poderá ser considerada vítima destes crimes. (2016)

O que expõe a autora é que ainda que certos termos tenham sido abolidos, entendimentos extremamente misóginos seguem sendo aplicados em casos concretos, agora de forma velada, mas resultantes nos mesmos impactos de antes. A moral da vítima ainda é tema central quando do julgamento de crimes sexuais, alimentando a lógica de culpabilização da mulher. Outra persistente teoria fruto do machismo e da hierarquização de gênero é a que defende a necessidade da “recusa inequívoca” da vítima ao ato sexual ou libidinoso para efetiva configuração do estupro. Conforme apresentado em tópico anterior, a defesa desse tipo de tese não leva em conta a individualidade da vítima ou a pluralidade de reações à eventos violentos, e acaba atuando como verdadeiro “manual” para a mulher vítima de violência sexual, que só poderá ser assim considerada se cumprir determinados requisitos estabelecidos por essa “cartilha moral”. Neste sentido, Soraia Mendes discorre que:

Um bom exemplo dessa forma de alimentar-se e alimentar a cultura jurídica de culpabilização das mulheres correntemente encontrada em doutrina é a reiteração da exigência de um “não inequívoco”, considerada por muitos doutrinadores como o divisor de águas entre uma relação sexual consentida ou não. Segundo esse requisito exige-se de parte da vítima um rotundo e retumbante “NÃO”.

As mulheres conhecem bem o significado desta exigência, pois foi em busca deste “NÃO” que durante muito tempo alicerçou-se a imagem da “vítima perfeita” que somente assim era considerada se marcada no corpo por lesões preferencialmente visíveis e graves.

Mas também é em nome deste “NÃO”, que, hoje, se já não há mais de exigir-se da vítima um esforço sobre-humano de resistir à violência sexual, requer-se que sua resistência seja “sincera”, “real”, “autêntica”.

Em linhas gerais, em uma kafkaniana inversão do ônus da prova, exige-se que a vítima demonstre que seu comportamento, e/ou seus atos precedentes, não faziam parte de um “jogo de sedução”, o qual se existente, para alguns autores, dá ensejo até mesmo ao afastamento do dolo por erro de tipo (!).

É óbvio que o direito de livre e conscientemente optar por quando, como e com quem manter uma relação sexual é protegido pelo direito penal na medida em que esta deixa de ser autorizada pela vítima. Entretanto, a exigência do “não inequívoco”, e a sempre presente dúvida lançada sobre a palavra da mulher (ainda etiológicamente vista como sedutora por natureza), desde a cultura em geral até a cultura jurídica, transfere à vítima a responsabilidade de enquadrar-se no estereótipo da mulher que “merece” ser protegida. (2016)

Resta claro que os avanços formais, ainda que de suma importância para construção de uma sociedade mais inclusiva e mais igualitária, não são suficientes para promoção de mudanças fáticas. É necessária a construção de caminhos para implementação de mudanças materiais, capazes de transformar toda uma cultura patriarcal, de modo a operar em relação a juízes, promotores, defensores, advogados, e todos os agentes do sistema criminal, assim como, em contexto mais amplo, ser capaz de conscientizar a população em geral quanto à necessidade de acolhimento da mulher vítima de violência sexual. Enquanto essa ruptura não ocorrer, os operadores do Direito, influenciados pela sociedade patriarcal em que vivem, continuarão

encontrando caminhos interpretativos prejudiciais à mulher, ligados à hierarquização de gênero e ao domínio masculino sobre os corpos femininos.

4 A INTERPRETAÇÃO JUDICIÁRIA DOS PAPEIS DE GÊNERO: ANÁLISE DE CASOS CONCRETOS

As produções de normas e doutrinas fundadas em concepções misóginas acabam se direcionando para o mesmo resultado: a atuação machista do Poder Judiciário. É no espaço do tribunal que as teorias jurídicas patriarcais ganham concretude, servindo como alicerce para decisões menos ligadas ao Direito e mais fundamentadas a partir das interpretações sociais dos papéis de gênero. Isso ocorre especialmente no processo criminal relativo a crimes sexuais, visto que a sexualidade e o corpo são temas tabu quando ligados ao feminino, frequentemente tratados como desassociados da esfera de direitos das mulheres.

Silvia Pimentel, Ana Lúcia Schritzmeyer e Valéria Pandjarian, ao compilarem decisões judiciais relativas ao crime de estupro, conseguiram demonstrar como a violência de gênero é tolerada – e justificada – retoricamente pelo Poder Judiciário. Tese que aparece frequentemente nas decisões suscitadas pelo referido estudo é a de que o estupro só se configura com a inequívoca resistência da vítima, conforme se depreende da seguinte decisão destacada pelas autoras:

A narração da vítima não condiz à convicção de que tenha se utilizado de meios eficazes para evitar a consumação do alegado estupro, muito menos do rapto e do cárcere privado de que se diz sofrido. Pois, como entende a Jurisprudência, ‘uma jovem estuprada há de se opor razoavelmente à violência, não se podendo confundir como inteiramente tolhida nessa repulsa quem nada fez além de gritar e nada mais. A passividade que muitas vezes se confunde com a tímida reação, desfigura o crime, por revelar autêntica aquiescência’ (in RT 429/400). E mais, ‘[...] o dissenso da vítima há de ser enérgico, resistindo ela com toda sua força o atentado. Não se satisfaz com uma posição meramente simbólica, um não querer sem maior rebeldia. Seria preciso,

para a tipificação do estupro, que a vítima, efetivamente, com vontade incisiva e adversa, se opusesse ao ato. E a narrativa da querelante, posto que partida de mulher honesta, conduz à convicção de que não se utilizou ela de meios eficazes para evitar a consumação do atentado. (in RJTJSP, 62/372). (1998, p. 181-182)

Há de se destacar que esse tipo de construção jurisprudencial não se encontra superada, sendo comum a exigência judiciária de que a vítima ultrapasse o comportamento tido como “passivo”, agindo ativamente para evitar o crime, para que se admita a configuração do estupro. No ano de 2010, a seguinte decisão foi proferida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal¹:

PENAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. APELAÇÃO DO MP. PROVA CONFUSA. DÚVIDA. VÍTIMA QUE NÃO ESBOÇOU RESISTÊNCIA EMBORA TIVESSE CONDIÇÕES. IN DUBIO PRO REO. RECURSO DESPROVIDO. 1. EM CRIMES SEXUAIS, O DISSENSO DA VÍTIMA DEVE RESTAR INDIVIDUOSO, SINCERO, E, O QUANTO POSSÍVEL, INTENSO, NÃO BASTANDO SUTIS REAÇÕES. 2. SE AO LONGO DO DIA, A VÍTIMA NÃO ESBOÇOU NENHUMA REAÇÃO PARA COLOCAR FIM AO SUPOSTO MARTÍRIO, EMBORA TIVESSE CONDIÇÕES PARA ISSO, VEZ QUE ABORDADA EM RUA DE GRANDE MOVIMENTO, POR RÉU DESARMADO, ACEDENDO ÀS VONTADES DO ACUSADO, IMPENDE CONSIDERAR QUE A VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA NÃO FICOU PATENTEADA NO CASO EM APRECIÇÃO. 3. HAVENDO DÚVIDA SOBRE A DINÂMICA DOS FATOS, O MELHOR CAMINHO A TRILHAR É A ABSOLVIÇÃO DO ACUSADO. 4. RECURSO DESPROVIDO.

Entenderam os embargadores, por unanimidade, que:

[...] pelos depoimentos da vítima, embora coerentes, não há margem para escorar um decreto condenatório, frente a possibilidade da vítima oferecer resistência não o tendo feito. O comportamento da vítima, em momento algum, pode

¹ TJ-DF - APR: 67395220078070008 DF 0006739-52.2007.807.0008, Relator: SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, Data de Julgamento: 24/06/2010, 2a Turma Criminal, Data de Publicação: 14/07/2010, DJe Pg.155.

transparecer condescendência com a atitude do réu. No presente caso, se a vítima não viu o acusado na posse de arma, poderia ter ofertado resistência, pois não se tratava de homem de estatura avantajada (1,65 m altura). (...) A reação de uma mulher que está sendo ou em vias de ser violentada não condiz com o comportamento da vítima A.C.L.N.²

No caso concreto, em que pese o reconhecimento, por laudo pericial, de “Sinais de violência presentes (escoriação na perna esquerda, sangramento vaginal, rubefação no joelho direito)”, entenderam os Desembargadores pela impossibilidade do reconhecimento do crime de estupro por conta do comportamento da vítima, que não anuiu com o ato sexual, mas também não ofertou a esperada resistência, assim apontada na decisão como uma conduta ativa, até mesmo de enfrentamento físico em desfavor do agressor, uma vez que este “não se tratava de homem de estatura avantajada”. Ambas as decisões analisadas, ainda que separadas por um significativo período de tempo, lastreiam-se pela mesma fundamentação, que inadmite a configuração de crime sexual por conta da ineficaz reação da mulher.

A referida tese sustentada por tribunais e Magistrados quanto à inevitabilidade do estupro a partir do comportamento da vítima não é tão incomum. Em realidade, Silvia Pimentel, Ana Lúcia Schritzmeyer e Valéria Pandjjarjian foram exitosas em reunir diversas decisões com o mesmo teor, apontando para a regular reprodução da violência de gênero pelo Judiciário. Destacam-se os trechos de julgamentos que mais impressionam pela reprodução de concepções extremamente misóginas:

Imagine, Excelência, um homem de 54 anos de idade, época do fato, como é o caso do acusado [...] manter relações sexuais com uma mocinha. Claro que a vítima está mentindo, pois tal homem, nesta idade, não aguentaria tal ritmo, por dois anos consecutivos, fazendo sexo diariamente...

[...] uma jovem estuprada há de se opor razoavelmente à violência, não se podendo confundir como inteiramente tolhida nessa repulsa quem nada fez além de gritar e nada

² TJ-DF - APR: 67395220078070008 DF 0006739-52.2007.807.0008, Relator: SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, Data de Julgamento: 24/06/2010, 2a Turma Criminal, Data de Publicação: 14/07/2010, DJe Pg.155.

mais. A passividade que muitas vezes se confunde com a tímida reação, desfigura o crime, por revelar autêntica aquiescência (in RT 429/400)³⁹ O dissenso da vítima há de ser energético, resistindo ela com toda a sua força ao atentado. Não se satisfaz com uma posição meramente simbólica, um não querer sem maior rebeldia. Seria preciso, para a tipificação do estupro, que a vítima, efetivamente, com vontade incisiva e adversa, se opusesse ao ato. E a narrativa da querelante, posto que partida de mulher honesta, conduz à convicção de que não se utilizou ela de meios para evitar a consumação do atentado. (in RJTJSP, 62/372)

O dissenso da vítima há de ser energético, resistindo ela com toda a sua força ao atentado. Não se satisfaz com uma posição meramente simbólica, um não querer sem maior rebeldia. Seria preciso, para a tipificação do estupro, que a vítima, efetivamente, com vontade incisiva e adversa, se opusesse ao ato. E a narrativa da querelante, posto que partida de mulher honesta, conduz à convicção de que não se utilizou ela de meios para evitar a consumação do atentado. (2003, p. 12)

A partir da análise das citadas decisões, as autoras supramencionadas cunharam a tese de que os operadores do Direito, quando se valiam de fundamentações apenas baseadas na violência de gênero e nos papéis socialmente definidos como “masculinos” ou “femininos”, acabavam se utilizando do que chamaram de *in dubio pro stereotipo*. Neste sentido:

O pensamento jurídico crítico emergente, em sua vertente feminista, encontra respaldo e alimento nesta pesquisa, que revela a ideologia patriarcal machista em relação às mulheres, verdadeira violência de gênero, perpetrada por vários operadores do Direito, os quais, mais do que seguirem o princípio clássico da doutrina jurídico-penal – *in dubio pro reo* - valem-se precisamente da normativa social: *in dubio pro stereotipo*. (PANDJIARJIAN, 2003, p.13)

Na presente pesquisa, tenta-se recriar, em parte, a análise iniciada com o livro “Estupro: crime ou cortesia? Abordagem sociojurídica de gênero”, por meio da exposição de atos processuais mais recentes que carregam, ainda hoje, as mesmas cargas machistas de pronunciamentos processuais de décadas atrás, demonstrando que, por maior que seja o avanço

feminino na luta por ocupar cada vez mais espaços que não o do lar, as estruturas de poder ainda se mantêm patriarcais.

Recentemente, tornou-se midiático o processo em desfavor de André de Camargo Aranha, pelo crime de estupro praticado contra a jovem Mariana Ferrer. Absolvido das acusações pela tese de que a vulnerabilidade da vítima não era conhecida pelo acusado (a jovem se encontrava dopada no momento de realização do ato sexual), André protagonizou um dos mais chocantes discursos judiciários do ano de 2020. Em audiência de instrução, o advogado de defesa Claudio Gastão Filho se utilizou de artifícios como a exposição de fotos pessoais da vítima, as quais definiu como “ginecológicas”, e proferiu ataques diretos à Mariana, conduta não repreendida pelo Magistrado que acompanhava o caso.

Na denúncia redigida por promotor diverso do das alegações finais, aduziu o Ministério Público que havia indícios suficientes de autoria e materialidade do crime, uma vez que laudo pericial confirmou a compatibilidade entre o material genético presente na roupa da vítima e aquele presente em copo no qual o acusado bebeu água durante o interrogatório; as imagens de segurança da boate onde o crime ocorreu evidenciavam que a vítima não tinha coordenação motora nem parecia estar plenamente consciente; as mensagens da vítima enviadas aos seus colegas naquela noite denotavam desconforto em relação ao acusado e eram desconexas, prova de que Mariana estava sob efeito de substâncias tóxicas; os depoimentos da mãe da vítima e do motorista de Uber que a conduziu até em casa convergiam quanto ao estado de Mariana; o laudo médico atestou que a vítima era virgem antes da conduta do acusado.

Em sede de audiência de instrução e julgamento, a defesa do acusado se valeu de fotos de Mariana tiradas antes da ocorrência do crime para ensaios fotográficos, enquanto o advogado Claudio Gastão foi responsável por proferir frases como “Peço a Deus que meu filho nunca encontre uma mulher que nem você. (...) Mariana, vamos ser sinceros, fala a

verdade (...) você vive disso, esse é seu ganha pão. A verdade é essa, não é? É seu ganha pão a desgraça dos outros. Manipular essa história de virgem.”

Após uma sequência de fotografias da vítima expostas pela defesa do acusado, que teceu comentários sobre a moral de Mariana a partir das posições em que aparecia nas fotos, a vítima acaba por se mostrar extremamente abalada, momento em que o advogado Claudio afirma: “Só falta uma auréola na cabeça. Não adianta vir com esse teu choro dissimulado, falso, e essa lágrima de crocodilo.” O vídeo divulgado da audiência se encerra com o pleito da vítima ao juiz: “Eu gostaria de respeito, doutor, excelentíssimo, eu estou implorando por respeito, no mínimo. Nem os acusados, nem os assassinos, são tratados da forma que eu estou sendo tratada (...). Eu sou uma pessoa ilibada, nunca cometi crime contra ninguém.”

A manifestação da vítima é o mais claro exemplo de como opera a culpabilização de mulheres que sofreram violência sexual ou de gênero. Mariana não apenas tem de enfrentar o trauma causado por seu agressor, mas revive violências perpetradas pela defesa do acusado durante o julgamento. A situação de opressão contra a vítima é tão agressiva que esta se vê obrigada a defender sua “honestidade” e “decência”, exatamente como nos processos criminais do século passado. É evidente que o comportamento anterior da vítima ou sua “moral” ainda estão em pauta quando de julgamentos atuais de crimes sexuais, sendo claro que o Poder Judiciário não se libertou da ideia da mulher que instiga o crime, seduz o agressor, argumentos que possibilitam a responsabilização da vítima nesses casos.

Outro fator de descrédito à palavra da vítima de violência sexual é a minimização das condutas realizadas pelo agente. Em decisão proferida recentemente pela 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo³, contrariando a jurisprudência dominante, entendeu a corte pela desclassificação do crime de estupro de vulnerável para o delito de

³ TJ-SP. APL: 1500279- 98.2019.8.26.0048, Relator: João Morengi, 12a Câmara de Direito Criminal.

importunação sexual, em virtude da ausência de penetração vaginal na conduta. O relator do caso, o desembargador João Morenghi, afirmou que:

Parece claro que, ao aludir a outros atos libidinosos alternativamente à conjunção carnal, o legislador não visou qualquer conduta movida pela concupiscência, mas apenas aquelas equiparáveis ao sexo vaginal. E os atos praticados pelo apelante — fazer a vítima se sentar em seu colo e movimentá-la para cima a fim de se esfregar nela e apertar os seus seios — por óbvio, não possuem tal gravidade.

No caso concreto, o réu havia sido condenado a 18 anos de detenção, em primeira instância, pela prática do crime tipificado no art. 217-A do Código Penal em desfavor de sua sobrinha de 8 anos. Durante o processo, apurou-se que, por diversas vezes, o acusado “pegou a vítima, colocou-a sentada em seu colo e esfregou acintosamente sua região genital no corpo dela”, além de ter apalpado seus seios. A decisão do TJSP não é isolada, apesar de ser diretamente contrária à jurisprudência que vem sendo formada pelo STJ, também adotada pelo STF no julgamento do HC 134.591, no sentido de que:

[...] em razão do princípio da especialidade, é descabida a desclassificação do crime de estupro de vulnerável para o crime de importunação sexual, uma vez que este é praticado sem violência ou grave ameaça, e aquele traz ínsito ao seu tipo penal a presunção de violência ou de grave ameaça.

No mesmo sentido, entendeu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina que relatos uníssomos da vítima menor de idade, laudos psicológicos e médicos atestando a violência sofrida e relatos de seus genitores quanto à prática de atos libidinosos por parte do tio da vítima indicavam apenas a configuração do crime de importunação sexual, conforme se depreende da ementa transcrita:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL MAJORADO PELO PARENTESCO, EM CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 217-A, CAPUT, C/C ART. 226, INCISO II, NA FORMA DO ART. 71, CAPUT, TODOS DO CÓDIGO PENAL). SENTENÇA

ABSOLUTÓRIA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PRETENDIDA A CONDENAÇÃO DO ACUSADO NOS TERMOS DA DENÚNCIA. ACOLHIMENTO PARCIAL. ACUSADO QUE, NA CONDIÇÃO DE TIO DA VÍTIMA, ACARICIAVA PARTES ÍNTIMAS DE SEU CORPO, COMO SEIOS E VAGINA, POR CIMA DE SUAS VESTIMENTAS. RELATOS UNÍSSONOS DA OFENDIDA, ALIADOS AO LAUDO PSICOLÓGICO, FOTOCÓPIAS DE DIÁRIO PESSOAL DA ADOLESCENTE, PRONTUÁRIO MÉDICO E RELATOS DE SEUS GENITORES QUE SOLIDIFICAM A VERSÃO FORNECIDA. INTENTO LASCIVO CONFIGURADO. SUBSUNÇÃO, NO ENTANTO, À DESCRIÇÃO DO PRECEITO PRIMÁRIO DO ARTIGO 215-A DO CÓDIGO PENAL. AFASTAMENTO DA CARACTERIZAÇÃO DO ART. 217-A, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL COM BASE NO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Diante da pequena extensão dos atos praticados pelo acusado, que ferem o bem jurídico tutelado pela norma penal, mas em menor grau quando comparados com atos mais íntimos, como penetração vaginal ou anal, entende-se ser viável desclassificar o crime de estupro de vulnerável para o de importunação sexual disposto no art. 215-A do Código Penal.⁴

Ainda, cabe destacar a importante atuação dos atores pré-processuais, como delegados e agentes de polícia, para condução de inquéritos e apuração inicial dos fatos. Tal ambiente também não se encontra livre das influências machistas, sendo comum a desistência de denúncias de crimes sexuais por conta do tratamento conferido às vítimas mulheres em sede policial. No ano de 2016, ganhou notoriedade midiática crime de estupro coletivo praticado no Rio de Janeiro por cerca de 33 homens. A vítima, uma jovem de 16 anos, relatou que enfrentou a descrença do delegado ao denunciar o crime, mesmo com a veiculação na internet de vídeos em que aparecia dopada, desacordada e nua, rodeada por diversos homens que tocavam em seu corpo e faziam insinuações verbais de que a haviam estuproado. Nas palavras da vítima:

⁴ TJSC, Apelação Criminal n. 0001774-76.2015.8.24.0008, de Blumenau, rel. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, j. 03-09-2020.

O próprio delegado me culpou. Quando eu fui à delegacia eu não me senti à vontade em nenhum momento. Eu acho que é por isso que muitas mulheres não fazem denúncias. Tentaram me incriminar, como se eu tivesse culpa por ser estuprada.⁵

Mais uma vez, é claro o mecanismo de responsabilização da vítima, que é obrigada a justificar seu comportamento, assim como os atos que a teriam levado a ser estuprada. Em entrevista, o delegado posteriormente afastado do caso, defendeu-se a partir de clara inversão dos papéis de vítima e réu, suscitando possíveis condutas da vítima justificadoras da ocorrência do crime e afirmando que:

Ela confirmou que são amigos dela, que já participou da endolação (preparo de drogas). A mãe dela me falou, perguntei e ela confirmou. Tem outro questionamento que até hoje ninguém fez: por que ela não está sendo investigada por associação ao tráfico? Ela sofreu estupro? Pode ser que tenha sofrido. Mas o restante é esquecido? Não pode passar a mão na cabeça.⁶

O machismo estruturante do sistema criminal impacta a vítima antes mesmo da denúncia, agindo, em primeiro momento, como fator de estigmatização e julgamento social da mulher vítima de crime sexual, cenário que se estende quando os fatos são levados para apreciação policial e judiciária. As estruturas sociais que permitem a responsabilização da mulher são todas de bases patriarcais, arraigadas na construção da sociedade como hoje concebida, não somente no Brasil, mas no mundo. Na Espanha, em 2016, julgamento de caso de estupro tornou-se simbolismo da atuação misógina do Poder Judiciário, quando a juíza María del Carmen perguntou à vítima, grávida de 4 meses: “Você fechou as pernas e todos os seus órgãos

⁵ ‘O PRÓPRIO delegado me culpou’, diz menor que sofreu estupro no Rio. *GI*, 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/05/o-proprio-delegado-me-culpou-diz-menor-que-sofreu-estupro-no-rio.html>. Acesso em: 10 jul. 2021.

⁶ DELEGADO afastado sustenta que “aparentemente” estupro coletivo no Rio não ficou comprovado. *GaúchaZH*. Pioneiro, 2016. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/pioneiro/noticia/2016/06/delegado-afastado-sustenta-que-aparentemente-estupro-coletivo-no-rio-nao-ficou-comprovado-5914258.html>. Acesso em: 10 jul. 2021.

femininos?”⁷. No Brasil, o Judiciário segue oprimindo mulheres vítimas de violência sexual, seja pela deslegitimação de sua palavra, pela desnecessária análise do passado da vítima, ou pela minimização das condutas criminosas, operando da mesma forma que no século passado, de maneira a proteger apenas as vítimas seletas, as consideradas “mulheres honestas” aos olhares masculinos.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho demonstra a necessidade de desconstrução de certos preceitos jurídicos ainda hoje tidos como parâmetros para o julgamento de crimes sexuais contra mulheres. Ainda que teoricamente abolidos do ordenamento jurídico, conceitos como o da “mulher honesta” ou da “resistência inequívoca” até hoje são levados em conta quando do processo criminal. Isto se dá devido à estrutura patriarcal na qual se insere o Poder Judiciário, mantenedor das estruturas sociais de poder, dentre elas a dominação masculina sobre os corpos e vidas femininas.

A exposição de casos de violação de direitos fundamentais das mulheres no decorrer de processos criminais não deve ser um fim em si próprio, mas um meio de denúncia do cenário vigente no âmbito do Direito. É por isso que devem ser compiladas decisões misóginas, discutidas doutrinas machistas e expostos dispositivos normativos prejudiciais às mulheres, de modo que seja dada a devida publicidade aos fatores de perpetuação da opressão da figura feminina no campo jurídico e social.

Não basta escrever sobre, deve-se gritar, lutar, ocupar as ruas, universidades, escolas e tribunais como a máxima expressão de que não mais

⁷ OLIVEIRA, Marcio de; MAIO, Eliane Rose. “Você tentou fechar as pernas?” – a cultura machista impregnada nas práticas sociais. *Revista Polêmica*, v. 16, n. 3 (2016). Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/polemica/article/view/25199/18031>. Acesso em: 10 jul. 2021.

será tolerada a cultura de culpabilização da mulher vítima, movimento pertencente não só às mulheres, mas a todos os cidadãos que entendem que o machismo estrutural reverbera em todas as classes e raças, e que não condiz com os preceitos constitucionais de isonomia de garantias fundamentais.

Os papéis de gênero definidos pela sociedade patriarcal, sempre mais pesados e prejudiciais às mulheres, tomam contornos decisivos dentro do sistema judiciário, em especial em relação aos crimes sexuais, frequentemente tomados como tabus. As mulheres vítimas acabam enfrentando verdadeiros julgamentos ao tomarem a corajosa decisão de denunciar o agressor, tendo seus passados revirados como possíveis justificativas para o crime, seus “nãos” questionados pelas autoridades do processo e seus relatos descreditados durante o processo.

Cabe aos operadores do Direito a árdua tarefa de se libertarem das concepções machistas que os envolvem, primando pela priorização da mulher vítima no curso do processo e seu bem-estar, assim como pela garantia de seus direitos fundamentais. A desconstrução social dos papéis de gênero não é rápida nem simples, mas se fará por meio da mudança de gerações, sendo o dever de quem produz e aplica o saber jurídico a luta pela real isonomia material de gênero.

REFERÊNCIAS

ALVES, Schirlei. Julgamento de influencer Mariana Ferrer termina com tese inédita de ‘estupro culposo’ e advogado humilhando jovem. *The Intercept Brasil*, 2020. Disponível em: <https://theintercept.com/2020/11/03/influencer-mariana-ferrer-estupro-culposo/>. Acesso em: 10 jul. 2021.

ANGELO, Tiago. Estupro de vulnerável só ocorre quando há conjunção carnal, diz TJ-SP. *Conjur*, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-02/estupro-vulneravel-ocorre-quando-conjuncao-carnal-tj-sp>. Acesso em: 10 jul. 2021.

ASPECTOS preventivos da Lei Maria da Penha apontam caminhos para coibir a violência. *Informativo Compromisso e Atitude*, ed. Setembro/2015, n. 10. Disponível em: https://assets-compromissoeatitude-igp.sfo2.digitaloceanspaces.com/2015/09/informativo_edicao_10_baixa.pdf. Acesso em: 12 mai. 2021.

BARATTA, Alessandro; STRECK, Lênio Luiz; ANDRADE, Vera Regina Pereira de; CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). *Criminologia e Feminismo*. Porto Alegre: Editora Sulina, 1999.

BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo: fatos e mitos*. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1960.

BRASIL, Lei nº. 11.340, de 7 de agosto de 2006, (*Lei Maria da Penha*). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 02 maio 2021.

BRASIL. TJ-DF - APR: 67395220078070008 DF 0006739-52.2007.807.0008, Relator: SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, Data de Julgamento: 24/06/2010, 2a Turma Criminal, Data de Publicação: 14/07/2010, DJe P.155.

BRASIL.TJSC, Apelação Criminal n. 0001774-76.2015.8.24.0008, de Blumenau, rel. Paulo Roberto Sartorato, Primeira Câmara Criminal, j. 03-09-2020

BRASIL. TJ-SP. APL: 1500279- 98.2019.8.26.0048, Relator: João Morenghi, 12a Câmara de Direito Criminal.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Jurisprudência em Teses*. 111.ed. Brasília: STJ, 2018. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp> Acesso em: 30 abr. 2021.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*, v. 3, parte especial: arts. 213 a 359-H / Fernando Capez. 17 ed. Atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

DELEGADO afastado sustenta que "aparentemente" estupro coletivo no Rio não ficou comprovado. *GaúchazH*. Pioneiro, 2016. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/pioneiro/noticia/2016/06/delegado-afastado->

sustenta-que-aparentemente-estupro-coletivo-no-rio-nao-ficou-comprovado-5914258.html. Acesso em: 10 jul. 2021.

DINIZ, Maria Helena. Fontes do Direito. *Enciclopédia Jurídica da PUCSP*, Tomo Teoria Geral e Filosofia do Direito, Edição 1, Junho de 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/157/edicao-1/fontes-do-direito>.

ELUF, Luiza Nagib. *Crimes contra costumes e assédio sexual: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

FEDERICI, Silvia. *Calibã e a Bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva*. São Paulo: Elefante, 2017.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*, v. III – 9. ed. - Niterói, RJ: Impetus, 2012.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte especial*. Rio de Janeiro: Impetus, 2013. v.3 759p. 10. ed., rev. ampl. e atual, p. 25.

GRECO, Rogério. *Direito Penal Estruturado/ Rogério Greco*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, p. 444.

HUNGRIA, Nelson; LACERDA, Romão Cortes de. *Comentários ao Código Penal*, t. VIII, Rio de Janeiro: Forense, 1947.

HUNGRIA, Néelson; LACERDA, Romão Cortês de; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. 5. ed. v. VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

IPEA, Instituto Nacional de Pesquisa Econômica Aplicada. *Nota Técnica Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde (versão preliminar)*. Brasília, março de 2014. N. 11. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_no_tatecnicadiest11.pdf. Acesso em: 02 maio 2021.

JESUS, Damásio De. *Direito Penal. Parte Especial: crimes contra a propriedade imaterial a crimes contra a paz pública –arts. 184 a 288-A do CP*. Direito Penal, v. 3. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

JESUS, Damásio De. *Direito penal*: parte especial, v. III, 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal Introdução Crítica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAGALHÃES, Livia. A culpabilização da mulher, vítima de estupro, pela conduta do agressor. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 19, n. 3934, 9 abr. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27429/a-culpabilizacao-da-mulher-vitima-de-estupro-pela-conduta-do-seu-agressor>. Acesso em: 13 maio 2021.

MENDES, Soraia da Rosa. (In)feliz Ano Novo: as mulheres, o estupro e a cultura jurídica no Brasil. *Justificando*, 2016. Disponível em: <https://www.justificando.com/2016/01/05/infeliz-ano-novo-as-mulheres-o-estupro-e-a-cultura-juridica-no-brasil/>. Acesso em: 08 jul. 2021.

MENDES, Soraia da Rosa. Foi constrangedor, foi violento e foi estupro. *Justificando*, 2017. Disponível em: <https://www.justificando.com/2017/09/04/foi-constrangedor-foi-violento-e-foi-estupro>. Acesso em: 09 jul. 2021.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*, v. III, 22. ed., São Paulo: Saraiva, 1995.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

‘O PRÓPRIO delegado me culpou’, diz menor que sofreu estupro no Rio. *G1*, 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2016/05/o-proprio-delegado-me-culpou-diz-menor-que-sofreu-estupro-no-rio.html>. Acesso em: 10 jul. 2021.

OLIVEIRA, Marcio de; MAIO, Eliane Rose. “Você tentou fechar as pernas?” – a cultura machista impregnada nas práticas sociais. *Revista Polêm!ca*, v. 16, n. 3 (2016). Disponível em: <https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/polemica/article/view/25199/18031>. Acesso em: 10 jul. 2021.

PANDJIARJIAN, Valéria. *Os estereótipos de Gênero nos Processos Judiciais e a Violência contra a Mulher na Legislação*, São Paulo: Editora da Unicamp, 2003.

PIMENTEL, Silvia; SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore;
PANDJIARJIAN, Valéria. *Estupro: crime ou cortesia? Abordagem sociojurídica de gênero*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

RAGO, Margareth; PEDRO, Joana; GROSSI, Miriam (orgs.). *Masculino, Feminino, Plural*. Epistemologia feminista, gênero e história. Florianópolis: Ed. Mulheres, 1998.

RYAN, William. *Blaming the Victim: Defining and Defending National Interests*. Vintage; Revised ed. Edição 1976.

VASCONCELOS, Caê. Tio que estuprou sobrinha de 8 anos não cometeu estupro, decide Justiça de SP. *Ponte*, 2020. Disponível em: <https://ponte.org/tio-que-abusou-de-sobrinha-de-8-anos-nao-cometeu-estupro-decide-tj-sp/>. Acesso em: 10 jul. 2021.

VERUCCI, Florisa; MARINO, Ediva. *Os direitos da mulher*. São Paulo: Nobel/Conselho Estadual da Condição Feminina, 1985.

Os direitos humanos das mulheres e o mito da beleza¹

Liana Estela Merladete de Souza Pozeczek Koltermann

Graduada em Comunicação Social – Habilitação em Relações Públicas. Mestre em Tecnologias Educacionais em Rede. Doutoranda em Comunicação Midiática e Membro do Grupo de Pesquisa Comunicação Institucional e Organizacional pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). MBA em Gestão de Negócios pela Universidade Franciscana (UFN).

Maryana Zubiaurre Corrêa

Acadêmica do 10º semestre do Curso de Direito na Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). Acadêmica do 4º período do Curso de Segurança Pública Municipal na FADISMA.

Nathalie Kuczura Nedel

Graduada e mestre em Direito pela UFSM. Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos). Pós-doutora em Direito pela Unisinos. Coordenadora e professora do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA).

Data de recebimento: 22/10/2021

Data de aceitação: 29/12/2022

RESUMO: Quando do surgimento dos ora denominados Direitos Humanos, estes dirigiam-se aos Homens, tanto é assim que os primeiros instrumentos internacionais a tratarem de tal temática utilizavam-se da expressão Direitos dos Homens. Paulatina e gradualmente, as mulheres passaram a ter seus direitos tutelados. Assim, conquistaram um maior espaço na vida pública, seja no mercado de trabalho ou na política. Contudo, com o intuito de frear essa implementação de direitos humanos das mulheres, foram sendo

¹ O artigo tem como base a obra “O mito da beleza: como as imagens de beleza são usadas contra as mulheres”, de Naomi Wolf.

incutidos, no âmbito social, alguns mecanismos, instituições, pensamentos, entre outros, dentre os quais merece destaque o denominado “mito da beleza”. Diante desse cenário, cumpre questionar de que forma o mito da beleza silencia e retarda a implementação e a evolução dos direitos humanos das mulheres na sociedade pós-moderna? Com isso, objetiva-se indicar as maneiras pelas quais o mito da beleza influencia no trajeto dos direitos humanos das mulheres na atualidade. Para responder ao problema de pesquisa e atender ao objetivo geral do presente estudo, utilizou-se como método de abordagem o dedutivo, e como método de procedimento utilizou-se o histórico. Ainda, o presente artigo foi dividido em três seções. Ao final, conclui-se que a mulher historicamente vem vencendo barreiras, mas o eterno feminino, conhecido como mito da beleza, persiste e atinge o feminino em diversas searas, silenciando as mulheres.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos das mulheres. Mito da beleza. Mulher. Naomi Wolf.

ENGLISH

TITLE: Women's Human Rights and the Beauty Myth.

ABSTRACT: From this research, it is sought to expose the interference of roles socially assigned to gender in the development of the criminal process applied to crimes of sexual violence against women. The impartiality of the Judiciary is extremely fragile when confronted with intersectionalities such as social class, color and gender. Regarding women, legal practitioners and litigants themselves assume positions built from the social conceptions of the “feminine”. This scenario ends up stigmatizing the woman victim of crime – often blamed for being the victim. As for sexual crimes in particular, the female victim, when part of the criminal process, faces a Judiciary incapable of exempting itself from social conceptions of gender. Thus, gender roles represent central points in the analysis of crimes by the Judiciary. Through the qualitative analysis of decisions rendered by judges and courts in Brazil, it is shown that gender roles represent central points in the analysis of crimes by the Judiciary.

KEYWORDS: Gender roles. Blaming the victim. Sexism. Criminal proceedings.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Os direitos humanos das mulheres: uma abordagem a partir da perspectiva histórica – 3 A construção e a propagação do mito da beleza – 4 O mito da beleza enquanto agente silenciador da implementação e evolução dos direitos humanos das mulheres – 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Quando do surgimento dos ora denominados Direitos Humanos, estes se dirigiam aos Homens, tanto é assim que os primeiros instrumentos internacionais a tratarem de tal temática utilizavam-se da expressão Direitos dos Homens. Paulatina e gradualmente, as mulheres passaram a ter seus direitos tutelados. Assim, conquistaram um maior espaço na vida pública, seja no mercado de trabalho ou na política. Contudo, com o intuito de frear essa implementação de direitos humanos das mulheres, foram sendo incutidos, no âmbito social, alguns mecanismos, instituições, pensamentos etc, dentre os quais merece destaque o denominado “mito da beleza”.

Diante desse cenário, cumpre questionar de que forma o mito da beleza silencia e retarda a implementação e a evolução dos direitos humanos das mulheres na sociedade pós-moderna? Com isso, objetiva-se indicar as maneiras pelas quais o mito da beleza influencia no trajeto dos direitos humanos das mulheres na atualidade.

Para responder ao problema de pesquisa e atender ao objetivo geral do presente estudo, utilizou-se como método de abordagem o dedutivo. A aplicação desse método se fundamenta, pois, primeiramente, aborda-se um contexto geral sobre a temática dos direitos humanos, com enfoque nos direitos humanos das mulheres, para, posteriormente, analisar o referido direito acerca do mito da beleza. Como método de procedimento, utilizou-se o histórico, pois se analisou, a partir de uma perspectiva histórica, os direitos humanos das mulheres.

Ainda, o presente artigo foi dividido em três seções. A primeira apresenta a caminhada no que tange à construção dos direitos humanos, com enfoque na inserção dos direitos humanos das mulheres ao lado dos direitos humanos dos homens. A segunda seção, por sua vez, visa apresentar como se desenvolveu e no que consiste o mito da beleza. Por fim, a terceira seção analisa de que forma o mito contribui para silenciar as mulheres e a evolução e eficácia dos direitos humanos, em especial nesse âmbito.

2 OS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES: UMA ABORDAGEM A PARTIR DA PERSPECTIVA HISTÓRICA

Os direitos humanos referem-se aos direitos básicos de todos os seres humanos, assim, reconhecem e protegem a dignidade destes. Referidos direitos são, pois, inatos aos seres humanos, ou seja, lhes pertencem pelo simples fato de serem humanos (PIOVESAN, 2011). Tendo em vista que o referido tema passou por alterações no decorrer do tempo para chegar ao atual estágio, cumpre, inicialmente, realizar uma análise histórica do aludido direito. Isso, a fim de compreender seu surgimento, sua atual acepção e, principalmente, a perspectiva acerca dos direitos humanos das mulheres.

A primeira aparição de um movimento com o intuito de reconhecer os direitos dos seres humanos, deu-se em 1215, na Inglaterra, com a Magna Carta assinada por João Sem-Terra, Rei da Inglaterra. A referida Carta pretendia estabelecer direitos ao povo e não apenas ao clero e à nobreza. A referida Carta buscava positivar os direitos humanos, porém, utilizava a nomenclatura direitos do homem, ou seja, não mencionava os direitos humanos das mulheres (MONTEBELLO, 2000). Em outras palavras:

Nas Cartas Internacionais é facilmente constatável a preferência pelo uso das expressões “direitos do homem” ou “direitos humanos”. Dentre os textos que consagram a denominação, “direitos do homem”, observamos a Magna Carta da Inglaterra, de 1.215, que faz menção a expressão “Direitos do Homem” (OLIVEIRA, 2010, p. 11).

Frise-se que os regramentos que passaram a surgir para proteger os direitos dos seres humanos estavam calcados na ideologia, vigente na época. Assim, as construções históricas dos direitos humanos, em um primeiro momento, ocorreram com reforço de ideologias patriarcais e proteção apenas aos homens. A busca individualista por proteção destes deu-se, pois os Estados entendiam que o masculino era o único que necessitava de tutela. Isso porque era o homem que trabalhava, participava das guerras, era soldado, entre outros. Já as mulheres, eram donas de casa e ficavam apenas em suas residências. Logo, não necessitavam tanto de proteção quanto os homens. Assim sendo, em um primeiro momento, os direitos humanos eram voltados apenas ao masculino (MONTEBELLO, 2000).

Em 1776, nos Estados Unidos, a declaração de independência, bem como a Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, buscou positivizar os direitos humanos. Aludida Constituição previa a democracia, trazendo, em seu bojo, o direito a uma vida digna. Tal impulsionou a elaboração de normas por outros Estados com o intuito de proteger os direitos humanos. Apesar de o aludido marco ser importante, ainda se utilizava a terminologia: direitos do homem (COMPARATTO, 2011). Também em 1776:

[...] se origina a posituação dos Direitos do Homem com a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, nos Estados Unidos, influenciada por Samuel Pufendorf. Em seu parágrafo 1º pode-se ler que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inerentes (*inherent rights*), dos quais, quando entram em sociedade (*into a state of society*), não podem, por nenhum modo, privar-se ou despojar-se para o futuro (OLIVEIRA, 2010, p. 11).

A Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia, bem como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão foram documentos que visavam à proteção dos direitos humanos do homem. Assim, nenhum destes trazia a mulher como parte desses direitos e deveres. Nesse sentido:

Liana Estela Merladete de Souza Pozeczek Koltermann;
Maryana Zubiaurre Corrêa; Nathalie Kuczura Nedel

[...] nos séculos XVII e XVIII surgiu um novo modelo de sociedade que trouxe consigo a preponderância dos direitos sobre os deveres do homem, fez-se necessário, ainda, que analisássemos como, a partir das primeiras declarações de direitos (Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, e Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789), se desenvolveram os direitos do homem [...]. (BEDIN, 1994, p. 171)

Em 1789, foi elaborada a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que visava proteção aos direitos individuais e coletivos apenas do masculino. Com isso, as mulheres verificaram que necessitavam, igualmente, ter o seu espaço e garantir direitos. Emergiram, assim, os movimentos feministas. Nesse âmbito, o movimento instigou as mulheres a refletirem sobre a desigualdade de gênero existente. Diante disso, muitas mulheres começaram a fazer parte do movimento e lutar por uma extensão de qualidade em suas práticas (TEDESCHI, 2012).

Porém, os primeiros movimentos feministas não auxiliaram, inicialmente, na busca pelos direitos humanos das mulheres. Isso porque:

No que se refere ao feminismo e suas questões mais candentes, os movimentos de direitos humanos compreendiam pouco ou quase nada e não assumiam essa bandeira. Havia grande preconceito contra as mulheres, e, principalmente, seus temas específicos referentes ao aborto e à sexualidade, entre outras. Não se concebia que as mulheres violentadas por seus maridos/companheiros, espancadas e até assassinadas sob alegação de defesa de honra, em nome do amor e da paixão, tivessem, assim, seus direitos humanos violados. Entendia-se que eram questões privadas – menores, portanto – e não mereciam ter um tratamento político e digno (ALMEIDA, 2017, p. 2).

Em 1917, foi promulgada a Constituição Mexicana, e, apesar de não influenciada pelos movimentos feministas, foi uma Constituição que reconhecia o direito das mulheres. Assim, buscava, principalmente, dispor sobre os direitos do trabalho de ambos os gêneros. Exemplos disso são: proteção à maternidade, proibição de trabalho noturno aos menores de idade, jornada de trabalho, entre outros. Ainda, a Constituição Mexicana resguardava equiparação entre o empregado e o empregador. Ou seja,

buscava organizar as relações de trabalho para que houvesse igualdade entre as partes. Assim, referida Carta tornou-se um marco para o Estado Social de Direito, promovendo um alcance gradativo no cenário internacional (COMPARATTO, 2011).

Com a Segunda Guerra Mundial, a construção que vinha sendo realizada em torno dos direitos humanos sofreu um forte impacto. Isso porque, ocorreram diversas atrocidades com os seres humanos no mundo todo, lesionando as conquistas elencadas no epígrafe. Nessa esteira, vislumbra-se a necessidade de uma positivação sobre direitos humanos, na seara internacional e que proteja os indivíduos no que tange à sua dignidade. Assim, em 1945, foi criada a Organização das Nações Unidas, por meio da Carta das Nações Unidas. Esta promoveu uma organização política mundial para que todos os Estados buscassem, harmoniosamente, a segurança nacional e a manutenção da paz (PIOVESAN, 2011).

Ainda em 1945, a fim de promover os direitos individuais, foi criado o Conselho Econômico e Social. Este buscava organizar as questões envolvendo a vida, o trabalho e as condições de desenvolvimento econômico e social. Logo após, em 1948, consagrou-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos (MONTEBELLO, 2000). Assim tem-se que:

A partir da Declaração Universal de 1948, o Direito Internacional dos Direitos Humanos passa a se desenvolver cada vez com maior intensidade, implicando na adoção de inúmeros tratados internacionais voltados à tutela de direitos fundamentais. Consolida-se, assim, um sistema normativo global de proteção internacional dos direitos humanos no âmbito das Nações Unidas, aos poucos ampliado com o advento de diversos outros documentos pertinentes a determinadas e específicas violações de direitos, como o genocídio, a tortura, a discriminação racial e contra as mulheres, a violação dos direitos das crianças, dos idosos etc. (MONTEBELLO, 2000, p. 157)

A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi o primeiro documento que trouxe a modificação do termo: direitos do homem para direitos dos homens e das mulheres. O artigo primeiro da referida Declaração

Universal estabelece que: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos [...]”. Assim sendo, passa-se a não utilizar a nomenclatura Direitos do homem, mas, sim, a terminologia: seres humanos. Ainda, no artigo quinto determina que toda mulher poderá exercer livremente seus direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais e que contará com proteção dos direitos humanos previstos na Declaração, bem como dos instrumentos regionais e internacionais que positivam os direitos humanos (OLIVEIRA, 2010).

Em 1951, em Genebra, foi promulgada a Convenção nº 100, intitulada de Convenção sobre Igualdade de Remuneração, aprovada na 34ª Reunião da Conferência Internacional do Trabalho. Esta buscava estabelecer, em âmbito internacional, padrões de igualdade referentes à remuneração entre homens e mulheres no mercado de trabalho. Ela também estipulou princípios de igualdade de remuneração para a mão-de-obra masculina e a mão-de-obra feminina, por um trabalho de igual valor, possibilitando, assim, igualdade ao labor feminino (JULIÃO, 2021).

Ainda, em 1953 foi promulgada a Convenção sobre os Direitos Políticos das Mulheres, na Assembleia Geral das Nações Unidas. Esta reconheceu a igualdade entre homens e mulheres para pudessem votar, serem votadas e para poderem ocupar cargos públicos. Nesse sentido, o propósito da referida Convenção era criar padrões na seara internacional para que houvesse direitos políticos básicos para as mulheres (OLIVEIRA, 2020).

Em 1969, na Conferência de São José da Costa Rica, foi aprovada a Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica. Este reconhece os direitos civis, bem como políticos, promovendo, assim, um regime de liberdade pessoal e justiça social. Juntamente, reconhece que os direitos essenciais da pessoa humana não condizem a partir da nacionalidade desta, mas, sim, ao fato de ser pessoa humana. Tal Tratado reconhece o direito da mulher, bem como prevê que para os efeitos da referida Convenção, pessoa é todo ser humano, sem distinções entre os gêneros feminino e masculino. (BELMONTE, 2018).

Em 1979, foi aprovada a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Esta faz parte do sistema normativo da Organização das Nações Unidas. Tal documento prevê os direitos humanos internacionais das mulheres e busca pela eliminação dos preconceitos e práticas de inferioridade contra a mulher. Ainda, busca modificar os padrões culturais de preconceitos e práticas baseadas em pensamentos de superioridade referente ao gênero masculino, fazendo, assim, com que as mulheres pudessem ter amplamente os seus direitos humanos reconhecidos (PIOVESAN, 1996).

Em 1981, foi criada a Convenção da Organização Internacional do Trabalho nº 156, dispendo sobre a igualdade de oportunidades e de tratamento para homens e mulheres trabalhadores com encargos de família. Assim, respectiva Convenção estabelecia que todo país membro incluiria, entre os objetivos de sua política nacional, dar condições aos seres humanos, sem distinção entre gêneros, com encargos de família, que estão empregados ou queiram empregar-se, de exercer seus respectivos direitos (MARTINS, 2008).

Ainda, no mesmo sentido, em 1994, em Belém do Pará, foi aprovada a Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, criada e aprovada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (OEA). Nesse sentido, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e a Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher são os documentos que positivam os direitos humanos das mulheres especificadamente (ALMEIDA, 2017). Assim, tem-se que:

Todos esses documentos e as reivindicações neles contidas tiveram maior visibilidade com o desenvolvimento da campanha mundial das mulheres – “Sem as mulheres os direitos humanos não são humanos” –, que introduziu novos conceitos e maneiras de tratar o tema e cujo ponto culminante foi a realização da Conferência Mundial de Direitos Humanos, em 1993, em Viena. Nesse evento, elaborou-se uma Declaração que, finalmente, reconheceu como direitos humanos os direitos das mulheres. (ALMEIDA, 2017, p. 1)

Evidente é, pois, que, inicialmente, a proteção se operava apenas em relação ao homem, sendo que, posteriormente, a partir de diversos movimentos, dentre os quais os feministas, estes direitos foram ampliados, passando-se a pensar em direitos humanos. Assim, a regulamentação internacional passou a prever a proteção à mulher, diante de uma perspectiva de igualdade material. Em que pese estas conquistas no campo jurídico, é importante ter presente os outros campos da vida, tais como mercadológico, político, entre outros. Dessa forma, na próxima seção, passa-se a analisar de que forma emergiu o mito da beleza, exatamente como uma ideologia, capaz de soterrar anos de conquistas femininas.

3 A CONSTRUÇÃO E A PROPAGAÇÃO DO MITO DA BELEZA

Conforme apontado na seção anterior, a mulher, que inicialmente, estava à margem da história, bem como da proteção jurídica foi ganhando vez e voz, a partir, principalmente, de suas próprias lutas contra o respectivo ideal de feminilidade que se propagava. Ocorre que o ideal contra o qual as mulheres tanto lutaram, qual seja: ser a perfeita dona de casa, deu lugar a outro muito mais perigoso: a perfeição física. Perfeição esta que passou a ser cada-vez-mais-inatingível. Tal apresenta as lições do mito da beleza, ou como se prefere dizer, na atualidade, os mitos da beleza. Isso, porque, quando este surgiu na década de 1990, era muito rígido, tendo se tornado mais multifacetado com o passar dos anos (WOLF, 2020).

Este, assim como todos os demais “ideais” que surgiram ao longo da história, tem como objetivo sugar as energias femininas, a fim de que as mulheres não progridam mais e não se tornem uma ameaça ao homem. Ou seja, para garantir o *locus* de poder, utilizam-se ideias, como a do mito da beleza. Assim, este, nada mais, é do que um sedativo político. A título exemplificativo, podem-se citar as preocupações femininas relacionadas à dieta e à magreza, que emergem quando as mulheres alcançam o direito ao voto. “[...] barrigas, coxas e quadris redondos eram considerados, sem

questionamento, sensuais e desejáveis, até as mulheres conquistarem o voto” (WOLF, 2020, p. 335).

Assim, quanto mais fortes as mulheres se tornam no âmbito político, maiores são as pressões no que tange aos padrões de beleza que estas deverão atentar. Esses padrões mais elevados, que são propagados e impostos de forma mais incisiva conforme maior o espaço conquistado pela mulher, buscam “[...] desviar a sua energia e solapar seu desenvolvimento” (WOLF, 2020, p. 16). Em suma, o mito se estabelece tendo em vista o seguinte cenário:

[...] as profissionais de grande sucesso têm o tempo, a energia e a concentração suficientes apenas para realizar o seu trabalho muito bem, sem sobrar nada para o tipo de ativismo social ou raciocínio espontâneo que lhes permitiria questionar e tentar mudar a própria estrutura do sistema. Se as exigências se intensificarem de forma a levar as mulheres a um ponto de colapso físico, elas podem começar a só ter vontade de voltar para casa (WOLF, 2020, p. 86)

Assim, por exemplo, pode-se verificar que quanto maior o espaço da mulher no âmbito dos negócios e políticos, igualmente, maior se torna a obsessão por determinados comportamentos, que, uma vez adotados, permitirão alcançar o ideal que se está apregoando. Dessa forma, mostram-se crescentes as cirurgias plásticas e os transtornos alimentares, por exemplo. Isso porque deter a beleza, nos moldes em que determinados, é uma obrigação para cada mulher, que é impulsionada e deseja ser como aquelas que estampavam as revistas na década de 1990 (WOLF, 2020).

Ainda, a questão sexual, igualmente, está diretamente relacionada ao mito, pois, nesse peculiar, atinge parte extremamente vulnerável da mulher, que se estabeleceu, dessa forma, ao longo dos anos. Tal demonstra, igualmente, que o mito da beleza impõe comportamentos, nas mais diversas searas, não apenas relacionados diretamente à beleza estética (WOLF, 2020).

A sociedade não se importa, portanto, de fato, com a aparência das mulheres. A preocupação que existe gravita em torno de se ter a certeza de

que outros poderão ditar o que estas podem e o que não podem. Ou seja, as mulheres devem sentir que estão sendo vigiadas (WOLF, 2020).

Ademais, tendo em vista o fortalecimento do aspecto material para que houvesse o enfraquecimento psicológico, imprescindível se fez “[...] recorrer à sofisticação tecnológica e fervor reacionário maiores que anteriormente” (WOLF, 2020, p. 34). Nesse aspecto, a indústria da propaganda mostrou-se uma importante aliada. Esta, portanto, adota determinados vocabulários, que vão tendo os seus significados adaptados de acordo com o interesse que se verifica latente naquele momento, mas tendo sempre como objetivo a manutenção do *locus* de poder no âmbito masculino. Por exemplo, a palavra feminilidade “é um código para uma combinação do fato de ser mulher com qualquer outra coisa que uma sociedade por acaso esteja vendendo” (WOLF, 2020).

Nesse sentido, deve-se entender a beleza como sendo um sistema monetário semelhante ao padrão-ouro, que deixou de ser uma forma simbólica de moeda e passou a ser o próprio dinheiro. Dessa maneira, ele é determinado pela política, não existindo nenhuma razão biológica para a sua existência ou perpetuação. Consiste, assim, conforme já mencionado, no último e mais efetivo conjunto de crenças a manter o domínio masculino. Dessa forma, tem-se que “o mito da beleza não tem absolutamente nada a ver com as mulheres. Ele gira em torno das instituições masculinas e do poder institucional dos homens” (WOLF, 2020).

O mito da beleza, portanto, não indica uma determinada aparência, mas, sim, comportamento(s), relacionando a identidade com a beleza. Assim, o mito da beleza, além de cumprir com seu objetivo principal, reduz o amor-próprio das mulheres e impulsiona altos ganhos para as empresas. Ele, ainda, foi além, pois, passou a reclassificar tudo aquilo que é feminino como sendo feio. Ademais, indica essa feiura na categoria de doença. A título comparativo, podem-se utilizar os sinais dos anos ou do tempo nos rostos femininos e masculinos, nos primeiros, tais são tidos como sendo um defeito, enquanto que, nos segundo, indicam personalidade (WOLF, 2020).

A insatisfação com o corpo, igualmente, é diferente, em que pese o excesso de peso ocorra de forma similar entre homens e mulheres. Tal se verifica, pois, apenas um em cada dez homens se sente extremamente insatisfeito com o próprio corpo, enquanto que um terço das mulheres se sente de tal forma (WOLF, 2020).

Nesse mesmo sentido, a dor pela beleza é considerada e tida como banal, uma vez que se entende que as mulheres optam por realizar tais procedimentos por livre e espontânea vontade. Diante dessa, contudo, considerada como sendo “escolha”, não se verifica, por parte da sociedade, nenhuma violação de direitos humanos (WOLF, 2020).

Ainda, verifica-se que os papéis das mulheres se duplicaram. Exige-se que as jovens ajam como “homens de verdade” e que, ao mesmo tempo, tenham aparência de “mulheres de verdade”. Nesse norte, os pais transferiram para as filhas as expectativas de sucesso, historicamente destinadas aos filhos homens, mas, seguiu existindo – de forma mais intensa – a obrigação de ser linda e agregar todos os comportamentos que deve, segundo o histórico da sociedade, ser direcionados à mulher (WOLF, 2020).

É evidente, pois, que as mulheres, ao longo da história, angariaram diversos direitos que antes não lhe eram destinados. Porém, esses direitos de nada adiantarão se não for possível ter direito ao seu próprio corpo e ao seu respectivo uso. Tal, em que pese, assegurado de maneira formal à mulher, não lhe é assegurado no plano fático, uma vez que a ideologia apregoada na sociedade implica na propagação do mito da beleza e na necessidade de ser no sentido de caber na figura idealizada pela sociedade, a qual sofre sempre mutações, tornando-se, assim, uma figura intangível e inalcançável. Nesse sentido, cumpre, indicar, na próxima seção, como o mito da beleza silencia essa implementação e evolução dos direitos humanos das mulheres (WOLF, 2020).

4 O MITO DA BELEZA ENQUANTO AGENTE SILENCIADOR DA IMPLEMENTAÇÃO E EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES

Verifica-se que a desigualdade de gêneros é uma construção histórica, bem como que essa desigualdade é repudiada sob a perspectiva dos direitos humanos, que apregoa uma igualdade no âmbito material. O Mito da Beleza, da norte-americana Naomi Wolf, vai, assim, além de sua própria batalha frente ao que determina uma sociedade machista e patriarcal em descompasso ao dito apregoadado. A hostilidade que caracteriza a sociedade vigente determina, ainda hoje, que o lugar de fala e ação femininas esbarra nos padrões que se legitimaram culturalmente para calar a quem se julga incapaz.

Os 30 anos da publicação que trabalha o mito da beleza também enquanto restrição das relações interpessoais, das expectativas que as pessoas têm sobre as mulheres e que elas próprias constroem de si, desvelam a infeliz contemporaneidade do silêncio ainda explícito na experiência em locais profissionais e com a própria sexualidade. O mito da beleza desvela seu poder direto sobre a vida – e a morte – para muito além dessas questões quando as consequências são, por exemplo, distúrbios alimentares, cirurgias plásticas etc. Pensar nos Direitos Humanos das Mulheres, diante do atual contexto, é imprescindível, pois, para que tal se viabilize é necessário “o direito de que a mulher escolha a aparência que deseja ter e o que ela deseja ser, em vez de obedecer ao que impõe as forças do mercado e da indústria multibilionária da propaganda” (WOLF, 2020).

E é a partir desse pensamento que a autora, formula suas indagações – Como podemos ser livres se somos prisioneiras de um ideal de corpo perfeito? Como podemos ser felizes se estamos permanentemente exaustas, inseguras e insatisfeitas com nosso corpo? Como podemos ter prazer se nos mutilamos e nos sacrificamos para ter um corpo magro, jovem e *sexy*? – inevitavelmente as respostas levam à percepção da condição de agente

silenciador do mito da beleza desde sempre. Quando aqui é traçado o escopo histórico e progride-se com a construção e propagação do mito da beleza, entende-se que é visto que a conquista da emancipação feminina ocorreu a duras penas, mas que, ainda, sofre restrições. (WOLF, 2020).

A verdade, nesse contexto, é que as batalhas atinentes ainda são ávidas e essenciais para o desenvolvimento da própria sociedade. O mito da beleza emerge com o intuito de silenciar, inclusive quando – muito embora se perceba ou se caminhe em torno da vontade feminina – a trajetória rumo à eliminação de barreiras para a potência feminina se mostra diante de incontáveis obstáculos que impactam, minimamente, até a permanência no mercado, a auto aceitação e aceitação social. Um exemplo recente é o de Sarah Jessica Parker ², estrela de *Sex and the City*³, ovacionada pela sua beleza na década de 1990. Quando das recentes gravações de um *revival* da *sitcom*, com estreia em dezembro de 2021, sua imagem voltou à pauta e despertou a atenção da mídia. Em entrevista à *Vogue*⁴, a atriz criticou “falas misóginas”, que apontam para o envelhecimento do elenco principal da produção (ROLLING STONE, 2021).

Sobre o assunto, conforme noticiado pelo site *The Independent*, Parker afirmou estar decepcionada com alguns comentários que leu nas redes sociais a respeito do retorno de *Sex and the City*. Segundo a atriz, muitos perfis apontaram apenas para o envelhecimento do elenco, além de fazerem declarações misóginas em que mostram aversão às mulheres (ROLLING STONE, 2021).

² Uma premiada atriz e produtora norte-americana, mais conhecida por sua atuação como a protagonista da série de televisão *Sex and the City*.

³ Segundo NUSSBAUM (2013), uma série de televisão norte-americana, baseada no livro homônimo de Candace Bushnell. Foi originalmente transmitida pela HBO, entre 1998 a 2004. Situada e filmada em Nova Iorque, o programa segue a vida de um grupo de quatro mulheres – três na casa dos trinta e uma na casa dos quarenta. *Sex and the City* recebeu aclamação da crítica por seus assuntos e personagens.

⁴ Revista americana mensal de moda e estilo de vida que cobre muitos tópicos, incluindo moda, beleza, cultura, estilo de vida e passarela. Com sede na cidade de Nova York, começou como um jornal semanal em 1892.

Liana Estela Merladete de Souza Pozeczek Koltermann;
Maryana Zubiaurre Corrêa; Nathalie Kuczura Nedel

[...] Há tanta conversa misógina em resposta a nós que nunca aconteceria sobre a cerca de um homem. 'Cabelo grisalho, cabelo grisalho, cabelo grisalho. Ela tem cabelos grisalhos?' Estou sentada com Andy Cohen [*apresentador de talk show nos EUA*], e ele tem cabelos grisalhos e é requintado. Por que está tudo bem para ele? Eu não sei o que dizer a vocês!," disse a estrela (ROLLING STONE, 2021, s.p).

O silêncio é devastador e ele vai além da incompreensão frente aos cabelos grisalhos. Não faz muito tempo em que as mulheres conseguiram o direito de escrever e ler, o direito de votar. Não é de se admirar a surpresa ou a intolerância à mulher envelhecendo (ou à imagem de tal), gorda ou magra, dependente ou independente, quando se imagina que uma mulher letrada no Brasil, no século XIX, em uma realidade escravocrata, predominantemente rural, era, no mínimo, desequilibrar os esquemas táticos que os grandes latifundiários usavam para se manterem no poder (BRITO, 2016).

Fato é que o mercado de trabalho brasileiro possui características que não contribuem de forma assertiva no combate à disparidade. E isso também é silêncio, da mesma forma que os currículos deixados de lado porque a foto da mulher não retrata beleza. Segundo o Relatório Global sobre a Lacuna de Gênero, datado de 2020, do Fórum Econômico Mundial, o Brasil figurava na 130ª posição em relação à igualdade salarial entre homens e mulheres que exerciam funções semelhantes, em um *ranking* com 153 países. Os dados reveladores denotam claramente que as mulheres, de fato, vivenciam um panorama de desigualdade e discriminação no mercado de trabalho do país.

É aqui que o silêncio de outrora e de hoje demarcam território entre a vida e morte do mito da beleza. O processo de inserção e ascensão da mulher no mercado é ativo, a evolução permitiu que elas angariassem postos e lugares comumente ocupados por homens. Mas, gerenciamento, monitoramento e, principalmente, execução das tarefas domésticas, com todos os cuidados atinentes ao lar e aos filhos, não são as únicas demandas das mulheres. A beleza – e a cobrança por ela – também o é.

A despeito de seu valor no âmbito econômico e social e, ainda que de geração para geração, mesmo que de forma mais minimizada continue sendo da mulher a herança da responsabilidade doméstica e da criação dos filhos, parece inconcebível a imagem da mulher sem maquiagem, roupas desalinhadas ou cabelos presos. Em 2014, um estudo do Instituto Data Popular ouviu 1.500 pessoas de 50 Municípios, e, para 57% dos brasileiros ouvidos, mulher bonita tem mais chance de crescer profissionalmente. No entanto, usar roupas justas e decotes atrapalha a carreira, para 51% dos entrevistados. A pesquisa também mostrou que 54% das pessoas conhecia alguma mulher que já foi discriminada no trabalho. Segundo o estudo, 2 em cada 10 brasileiros concordavam que a mulher que cresce muito rapidamente na carreira tem um caso com o chefe (G1, 2021).

Percepções assim silenciam o indicador mercado e dificuldades, bem como uma herança, reflexo da persistente desigualdade de gênero e da discriminação que as mulheres enfrentam. A sobrecarga e a carga mental são ignoradas e, ao lado de tais, os reais e grandes limitadores para o progresso das mulheres no trabalho, na política e, mais, enquanto ser humano. Ao considerar direitos basilares como a vida, a saúde, a educação, a privacidade, a igualdade, a liberdade de pensamento, a participação política, entre outros, o mito da beleza vigora, silencia e ignora o que não se quer calar atualmente como o fato de que, apesar do avanço notável na conquista de espaço no mercado de trabalho, as mulheres, por exemplo, ainda recebem um salário menor do que os homens; ocupam menos cargos na política; e, mesmo estando cada vez mais inseridas no mercado, elas ainda dedicam expressivas, intensas e significativas horas a mais do que os homens aos cuidados da casa. Segundo pesquisa realizada pelo IBGE, em 2018, o percentual é de 73% a mais. (IBGE, 2018).

Em concomitância a esses problemas, o corpo da mulher foi e segue sendo vendido e exaltado, imagetivamente. A beleza inalcançável, se conquistada, é um verdadeiro troféu a ser admirado e almejado pelos consumidores homens e invejado pelas outras mulheres. O que Wolf

combatia reiteradamente aparece. A mulher incompreendida é definida como louca; a que aceita, em toda e qualquer situação, uma conquista, uma facilitadora. Ainda parece indisciplina almejar distanciamento do papel de uma dona de casa exemplar. (WOLF, 2020).

Na mesma esteira, mirar o progresso e a harmonia familiar parece não combinar com a mulher que não preconiza a imagem discreta, e o escopo inverso, inclusive, já foi recurso explorado pela publicidade. Nesse contexto, em seu livro “História das mulheres e as representações do feminino”, Tedeschi (2008) fala de dois "paradigmas do feminino" semelhantes, veiculados e defendidos pela Igreja Católica para a criação de modelos de autorrepresentação das mulheres, vale lembrar: "Maria virtuosa" e “Eva pecadora”.

Esses podem ser correlacionados aos imperativos. Não fale palavras nem se expresse abertamente, seja sempre doce, sente-se de certa forma. Seja bela e se cale, resumidamente. Dulcília Buitoni (1981) é outro nome a despertar, ou melhor, prenunciar, dado tempo de reflexão, as qualidades abstratas do que isso representa:

[...] O eterno feminino, um chavão que tenta imobilizar, no tempo, as virtudes 'clássicas' da mulher. Um chavão que corresponde bem ao senso comum de procurar qualidades quase abstratas: maternidade, beleza, suavidade, doçura e outras, num ser que é histórico. Justamente aí que está a falha que desvincula a mulher de sua época e seu contexto, que a transforma em um ser à parte, independente de circunstâncias concretas. (BUITONI, 1981, p.4)

Esse eterno feminino, que persiste, representa uma busca por padronização, que na verdade é uma busca pela aceitação social que, por sua vez, é muito mais cruel para com as mulheres. Augusto Cury chama o condicionamento de “Padrão Inatingível de Beleza” e fala que apenas aparentemente vivemos na era do respeito pelos direitos humanos. E, com isso, vai além: “[...] por desconhecermos o teatro de nossa mente, não percebemos que jamais esses direitos foram tão violados nas sociedades democráticas” (CURY, 2005, p. 5).

O psiquiatra e escritor desvela falar do que chama de terrível ditadura que oprime e destrói a autoestima do ser humano: a ditadura da beleza. E ele conclui: “as mulheres têm sido o alvo preferencial dessa dramática ditadura” (CURY, 2005, p.5). Talvez por isso Wolf profetizasse que o mito da beleza diz respeito a essa “verdade” cultural que cerceia a liberdade feminina. É ele que trata da beleza como requisito ao sucesso e à felicidade, que condiciona o modo de viver da mulher e até do homem, pelas lentes que carece a ver. E é, justamente, à medida que as mulheres alcançam maiores poderes em determinados âmbitos, que elas são silenciadas de forma, quiçá, invisível. Envolvem-se tanto com o padrão – mutável e inatingível – que não têm mais espaço e tempo para as suas lutas.

6 CONCLUSÃO

Sob o questionamento “de que forma o mito da beleza silencia e retarda a implementação e a evolução dos direitos humanos das mulheres na sociedade pós-moderna?”, verificou-se que o mito da beleza não perdeu a sua força, ao revés, ele vai sendo adaptado de acordo com as modificações sociais, a fim de que seja possível alcançar o seu primordial objetivo. Tanto é verdade que a desigualdade reside especialmente na dependência econômica e, então, detecta-se que a sua primazia silencia e retarda histórica e incessantemente a busca pela autonomia, pelo empreendedorismo; pela construção de uma nova ordem de conhecimento, que deixe de lado a posição confrontativa e privilegie a negociação de território; a flexibilidade; a delicadeza; uma nova forma de estar no mercado, com percepção e sensibilidade. O mito da beleza distancia a mulher da aceitação da beleza enquanto conceito subjetivo e dinâmico, enquanto seres humanos singulares e como sociedade.

E, nesse contexto, no qual esse mito ainda assim paira sobre o universo feminino, determinando que estejam constantemente em vigilância e até em penitência com sua beleza (mantenha-se depilada, maquiada, bem

Liana Estela Merladete de Souza Pozeczek Koltermann;
Maryana Zubiaurre Corrêa; Nathalie Kuczura Nedel

vestida, com unha e sobrancelhas bem tratadas, malhada, com cabelos brilhosos, volumosos, em movimento etc), as percepções do mundo feminino, reais indicadores de impacto, são ignoradas. Ao mesmo passo, a desigualdade demanda que sejam eliminados os estereótipos e que, com isso, se tenha a oportunidade de olhar com os olhos de quem é visto, objetificado ou julgado, compreendendo que as identidades se refletem e se definem nas maneiras como cada um representa e está inserido no bojo social.

Os avanços no campo jurídico foram possíveis, em razão desse reconhecimento que se identificou outrora, não mais se verificando a viabilidade de confrontação direta em searas como o mercado de trabalho e campo político. O agente silenciador passou a ser invisível e onipresente em todo o espaço e lugar. Assim, é evidente que formalmente as conquistas das mulheres já foram muitas, porém, ainda, é necessário atuar em um campo diverso, a fim de que as lutas, a identidade e os anseios voltem à tona e as mulheres, novamente, passem a ser pauta não apenas mediante uma perspectiva formal do Direito, mas, sim, a partir da igualdade material e da efetivação dos Direitos Humanos.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Maria Amélia Teles de. *O que são direitos humanos das mulheres*. Brasiliense, 2017.

BEDIN, Gilmar Antonio *et al.* *Os direitos do homem e o neoliberalismo*. 1994. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106385>. Acesso em: 12 out. 2021.

BELMONTE, Alexandre Agra. A convenção americana de direitos humanos (Pacto de São José da Costa Rica), sua repercussão e aplicação no direito brasileiro. *Revista do Observatório de Direitos Humanos*, Santa Maria, v. 4, n. 4, 2018. ISSN 2448-2374.

BRITO, Alinne. *Mulheres, por que tentam as silenciar?* Opressões. 15 de dezembro de 2016. Disponível em: <https://esquerdaonline.com.br/2016/12/15/mulheres-por-que-tentam-as-silenciar>. Acesso em: 20 dez. 2021.

BUITONI, Dulcília Schoeder. *Mulher de Papel*. São Paulo: Edições Loyola, 1981.

COMPARATTO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CURY, Augusto Jorge. *A ditadura da beleza e a revolução das mulheres*. Rio de Janeiro: Sextante, 2005.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE.

Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua Divulgação Especial Mulheres no Mercado de Trabalho. Rio de Janeiro: 2018.

Disponível em:

https://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Estudos_especiais/Mulheres_no_Mercado_de_Trabalho_2018.pdf. Acesso em: 29 out. 2021.

JULIÃO, Helena Vicentini; DIB, Aline Michelle; OLIVEIRA, Letícia Trevizolli de. Desigualdade de gênero no mercado de trabalho e as formas de enfrentamento alicerçadas na OIT. *Brazilian Journal of Development*, v. 7, n. 3, p. 24482-24499, 2021.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direitos fundamentais trabalhistas*. São Paulo: Atlas, 2008.

MONTEBELLO, Marianna. A proteção internacional aos direitos da mulher. *Revista da EMERJ*, v. 3, n. 11, p. 155-170, 2000.

NUSSBAUM, Emily. *Difficult Women*: How ‘Sex and the City’ Lost its Good Name. *New Yorker*, 29 de julho de 2013. Disponível em: <https://www.newyorker.com/magazine/2013/07/29/difficult-women>. Acesso em: 20 dez. 2021.

OLIVEIRA, Ana Caroline Chimenez; RONCATO, Carina Lamas; GITIRANA, Julia Heliodoro. A construção da mulher como sujeita

Liana Estela Merladete de Souza Pozeczek Koltermann;
Maryana Zubiaurre Corrêa; Nathalie Kuczura Nedel

constitucional na história brasileira: a princesa imperial e os direitos políticos. *Caderno PAIC*, v. 21, n. 1, p. 595-618, 2020.

OLIVEIRA, Samuel Antonio Merbach de. *A teoria geracional dos direitos do homem*. 2010. Disponível em: https://www.theoria.com.br/edicao0310/a_teorias_geracional_dos_direitos_do_homem.pdf. Acesso em: 19 out. 2021.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2011.

PIOVESAN, Flávia. O direito internacional dos direitos humanos e a redefinição da cidadania no Brasil. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*. São Paulo, n. 45/46, 1996.

SEX and the City: Sarah Jessica Parker crítica ‘falas misóginas’ sobre idade do elenco em revival. Uol *RollingStone*. 08 de novembro de 2021. Disponível em: <https://rollingstone.uol.com.br/entretenimento/sex-and-the-city-sarah-jessica-parker-critica-falas-misoginas-sobre-idade-do-elenco-em-revival>. Acesso em: 20 dez. 2021.

TEDESCHI, Losandro Antonio. *A história das mulheres e as representações do feminino na história*. Campinas: Curt Nimuendajú, 2008.

WOLF, Naomi. *O mito da beleza: como as imagens de beleza são usadas contra as mulheres*. 14. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2020.

WORLD ECONOMIC FORUM. *Global Gender Gap Report 2020*. Geneva, 2020. p. 371. Disponível em: https://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2020.pdf. Acesso em: 29 out. 2021.

Direito ao “Nome do Ventre”: uma visão a partir de Niklas Luhmann e Bert Hellinger

Karolyne Christina Queiroz Leite

Especialista em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Especialista em Direito Militar pela Universidade Cândido Mendes. Especialista em Direito do Estado pela Universidade Anhanguera. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade do Sul de Santa Catarina/UNISUL. Diplomada no Curso Superior de Política e Estratégia (CSUPE) pela Escola Superior de Guerra ESG-Brasília. Diplomada no Curso de Direito Internacional dos Conflitos Armados (CDICA) pela Escola Superior de Guerra ESG – Brasília. Servidora do MPU. Assessora jurídica na Procuradoria-Geral de Justiça Militar.

Data de recebimento: 25/01/2022

Data de aceitação: 25/01/2022

RESUMO: Este artigo tem por escopo gerar uma reflexão sobre a importância no campo pessoal e no coletivo do nome de família de linhagem matrilinear, que se denominou no presente estudo de “o nome do ventre”. Nossas avós maternas, quando formavam nossas mães em seus ventres, também nos formavam enquanto óvulos, numa força motriz de continuação de vida e transferência de informações e programas pelas gerações. O nome civil é uma pequena parte desse legado, cuja análise perfilou a disposição e evolução no ordenamento jurídico nacional e internacional, constatando, na realidade social brasileira, a transgeracionalidade somente em relação ao nome de família masculino. Ao fim, faz-se ousado cotejo entre os pensamentos sistêmicos de Niklas Luhmann (Teoria dos Sistemas) e de Bert Hellinger (Constelação Familiar Sistêmica), para fundamentar sugestão quanto à definição da descendência por transmissão do nome.

PALAVRAS-CHAVE: Nome do Ventre. Avó Materna. Transgeracionalidade. Transmissão do Nome. Descendência. Linhagem

Matrilinear. Teoria dos Sistemas. Niklas Luhmann. Constelação Farolyneamiliã. Bert Hellinger.

ENGLISH

TITLE: Right to the “Name of the Womb”: a view from Niklas Luhmann and Bert Hellinger.

ABSTRACT: This article aims to generate a reflection on the importance in the personal and collective field of the matrilineal lineage family name, which was called in the present study “the name of the womb”. Our maternal grandmothers, when they formed our mothers in their wombs, also formed us as eggs, in a driving force for the continuation of life and the transfer of information and programs through the generations. The civil name is a small part of this legacy, whose analysis profiled the disposition and evolution in the national and international legal system, noting, in the Brazilian social reality, transgenerationality only in relation to the male family name. Finally, a bold comparison is made between the systemic thoughts of Niklas Luhmann (Systems Theory) and Bert Hellinger (Systemic Family Constellation), to support a suggestion regarding the definition of descent by transmission of the name.

KEYWORDS: Womb Name. Maternal Grandmother. Transgenerationality. Name Transmission. Descent. Matrilineal Lineage. Systems Theory. Niklas Luhmann. Family Constellation. Bert Hellinger.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Nome do Ventre – 3 Conceito e positivação do nome – 4 Transgeracionalidade do nome – 5 Leitura conjunta de Niklas Luhmann e de Bert Hellinger – 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Quando uma mulher decide curar-se ela se transforma em uma obra de amor e compaixão, já que não se torna saudável somente para si

própria, mas também a toda a sua linhagem
(HELLINGER, 2006)

A linhagem materna repercute em dimensões multigeracionais, o que aumenta sua relevância como agente transformador em uma sociedade. A estirpe matrilinear joga luz na origem da humanidade e atua a serviço da continuação da espécie.

O instituto jurídico do nome é um valioso recurso para fins de mudança paradigmática. E as teorias sistêmicas de Niklas Luhmann e de Bert Hellinger municiam o aparato intelectual, trazendo coragem para arranhar tradições hegemônicas e apresentar soluções de grandeza social, mas sem contornos convencionais.

2 O NOME DO VENTRE

Medita-se: “Quando nossas avós estavam grávidas de nossas mães, o feto em formação já carregava os dois ovários que continham os óvulos com os quais ela iria se desenvolver. Um destes óvulos tem o seu nome” (VEIGA JR, 2021).

A releitura científica dessa frase se traduz na teoria de que a mulher já nasce com todos os seus óvulos, em número fixo, não crescente (mas sim decrescente), estabelecidos antes mesmo do seu nascimento (WALLACE, KELSEY, 2010).

Ou seja, quando a nossa avó completou 12 semanas de gravidez da nossa mãe, “os genes XX do feto entraram em ação para o surgimento das características femininas. Isto inclui preparar sistema reprodutor do feto para que a futura mulher possa também gerar um filho” (GARCIA, 2022).

Forjando uma visão sistêmica, por sua vez, têm-se três gerações de células germinativas numa unidade orgânica personificada na mulher gestante, que atua no processo de transferência transgeracional de informações de ordem material e imaterial.

Assim, as experiências vividas por nossas avós grávidas de nossas mães são informações transferidas para as células dentro do ventre materno,

acompanhando o futuro embrião e, mais tarde, a pessoa física por toda a sua existência, carregando-as de forma inconsciente.

Por isso, há na literatura a afirmação de que, “Ao vir ao mundo no seio de uma família, não herdamos somente um patrimônio genético, mas sistemas de crenças e esquemas de comportamento” (HELLINGER, 2015).

A força da transferência de informações pelo ventre ganha, na biologia, destaque com a herança uniparental do DNA mitocondrial, transmitida essencialmente¹ pela mãe. “Quando o óvulo é fecundado, o DNA mitocondrial escapa à mistura dos genes do pai e da mãe. É por isso que ele será sempre exatamente igual ao da sua mãe, a menos que ocorra uma mutação” (PARAJARA, ANGELO, 2000).

Os cientistas utilizam essa informação genética para investigar a herança materna e realizar o rastreamento da história da humanidade, fomentando teorias famosas como a da “*Eva mitocondrial*” (também conhecida por “*gene Eva*”), pesquisando a descendência por linhagem matrilinear por meio de uma árvore genealógica para o gênero humano, que parte de um ancestral comum a todos – “o Mais Recente Ancestral Comum – MRCA (do inglês, Most Recent Common Ancestor)” (WIKIPÉDIA) –, que, conforme artigo publicado na revista científica Nature em 1987, escrito pelos biólogos Rebecca Cann, Mark Stoneking e Allan Wilson, tem origem na África (SOUZA).

Dito isso, inarredável a curiosidade que desperta o ventre da avó materna, por sua força vital e poder de comunicação e transferência de informações entre mais de duas gerações.

No meio dessas informações transgeracionais, surge para análise o nome, que, referenciado ao nome de família da avó materna, passa a atender neste estudo por “o nome do ventre”.

No Brasil tradicional, inobstante a importância transgeracional da avó materna, dada sua unidade orgânica munida de um sistema celular de três

¹ Optou-se por não dizer herança exclusiva da mãe, porquanto haver publicação de pesquisas que identificaram casos raros de transmissão do DNA mitocondrial pelo pai, embora não traga prejuízo ao valor científico do DNA mitocondrial passado pela mãe (“*Daily briefing: Mitochondrial DNA can come from fathers too*”, Nature Briefing, 29 novembro 2018. <https://www.nature.com/articles/d41586-018-07598-1>)

gerações, tem seu nome de família apagado já na geração subsequente, com o casamento da sua filha. Ou seja, o nome do ventre sucumbe ao casamento, por força das tradições.

Com o fim de aclarar o pensamento, tomemos um pronto exemplo trazido no artigo “O nome de família no Brasil: que função?” (FERRETO), *in verbis*:

Maria Martins Pereira casa-se com João Carvalho Silva. Com o casamento, ela poderá: manter seu nome de família tal e qual ou guardar seu nome patronímico e acrescentar agora o do seu marido. Neste segundo caso (que é o mais frequente), ela passaria a chamar-se: Maria Pereira Silva.

Quanto às crianças do casal, elas chamar-se-iam tal como a mãe depois do casamento: Pereira Silva.

Logo, cada um dos pais deve transmitir um sobrenome à criança, que será, em suma, o seu patronímico, único transmissível a cada geração.

A autora ainda chama a atenção para a posição dos nomes, esclarecendo que “o último sobrenome será sempre o do pai, aquele que se guarda e se transmite; resultando inevitavelmente desta operação a queda de um sobrenome, o do pai da mãe” (FERRETO).

A presente dinâmica promove sensíveis reflexões sobre os valores regentes da sociedade brasileira, sinalizando a detenção de poder na transmissão do nome de família patronímico e a vulnerabilidade do nome do ventre (nome da avó materna) – que sequer chega a figurar no exemplo, sendo o primeiro a desaparecer – e fomentando a investigação da vontade de legislação, posição jurídica do instituto do nome civil e compreensão sistêmica dessa realidade social.

3 CONCEITO E POSITIVAÇÃO DO NOME

O nome, em princípio, é um sinal gráfico que o indivíduo recebe dos pais, ou de um deles, quando nasce, e a ele se incorpora perpetuamente, identificando-o durante toda a sua vida e, também, após a sua morte. Esse

conceito explica a função mais antiga do instituto do nome civil, a de identificar e diferenciar um indivíduo dos demais na sociedade, funcionando, segundo Christiano Chaves *et al.*, como “sinal designativo no meio social” (2018, p. 217).

Mas não é só. Verificou-se que o instituto do nome civil guarda mais conteúdo e funcionalidades do que seu evidente papel individualizante. Pontes de Miranda, em 1954, leciona que “a história e o caráter do povo refletem-se de certo modo, nos nomes que inventou”, por entender que nele estariam inscritos (ou revelados) as invasões e as guerras, as classes sociais e até mesmo “suas qualidades de espiritualidade (e.g., nos nomes gregos, Sófocles, Péricles, Aristo, Poliarco)” (apud FARIAS *et al.*, 2018, p. 217).

O nome civil avançou para outras dimensões, ganhando multifuncionalidade e tutela jurídica, nacional e internacional, sendo reconhecido como direito da personalidade e inserido no rol dos direitos fundamentais e dos direitos humanos.

Na dimensão do direito da personalidade, o nome atua na “formação dos caracteres psicológicos, reforçando a autoimagem de cada um de nós” e constitui “uma história de vida, um percurso existência, um acervo de memórias, afetos e passados” (FARIAS *et al.*, 2018, p. 216).

Na base constitucional, o direito ao nome tem amparo no direito à dignidade (art. 1º, III, da CF) e no direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem (art. 5º, X, da CF), cujo registro é garantido gratuitamente e tem assento constitucional (art. 5º, LXXVI, CF) e legal (art. 30, Lei 6.015/1973).

A base convencional do direito ao nome encontra-se no Pacto de São José da Costa Rica: “Toda pessoa tem direito a um prenome e aos nomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário” (“Artigo 18 - Direito ao nome”).

Ao contrário da codificação de 1916, o vigente Código Civil Brasileiro, desde 2002, trouxe previsão sobre o direito ao nome, identificando-o como direito da personalidade e dizendo sua composição:

“Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome” (art. 16).

A Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973), além da gratuidade do registro e de outras disposições, estabelece que “o nome e o prenome, que forem postos à criança” deverá constar do assento do nascimento (art. 54, item 4º), atribuindo ao prenome a qualidade de definitivo, ainda que admitida sua substituição em algumas hipóteses legais (art. 58).

A composição do nome diversificou no curso da história. Segundo Pontes de Miranda, houve tempos em que foi suficiente um único nome para individualizar alguém, como sabido no velho direito germânico (*apud* FARIAS *et al.*, 2018, p. 217).

Apesar de não haver uniformidade na nomenclatura, a composição atual se faz com a agregação do nome e sobrenome (ou nome de família), também referida como “prenome e sobrenome” (Código Civil), ou “nome e prenome” (Lei de Registros Públicos), sem deixar de mencionar a confusão que o legislador da Lei de Registros Públicos faz ao usar a palavra “nome” ora para se referir ao nome completo, ora ao sobrenome (FARIAS *et al.*, 2018, p. 215).

4 TRANSGERACIONALIDADE DO NOME

A transgeracionalidade do nome traz a ideia de perpassar por gerações, com a transmissão dos sobrenomes, pelos ascendentes aos seus descendentes, que passarão a ostentá-los por toda a vida e por eles identificados após a morte.

Numa análise da transmissão geracional do nome de família e de suas possibilidades, pode-se antojar duas perspectivas: a *transmissão intergeracional*, que seria aquele em menor espectro, ocorrida entre gerações imediatamente subsequentes (passada de pai para filho); e a *transmissão transgeracional*, que envolve várias gerações, ou seja, a transmissão do nome vista numa perspectiva da ancestralidade (o avô que tem seu sobrenome chegando ao seu tataraneto, por exemplo).

As regras da transmissão do nome não foram objeto de normatização, contudo e paradoxalmente, não significa dizer que não existem.

Ao nominar um indivíduo, as regras ressoam automáticas nos pais, que lhe atribuem imediatamente um nome de família da mãe e um nome de família do pai. Mas qual dos nomes é transmitido pelo pai e pela mãe? – O nome do avô ou da avó? – De modo intuitivo, como já visto, seguem adiante, para geração seguinte, os nomes patronímicos, os nomes masculinos.

Existe um comando mais forte e rígido do que a própria lei, uma vez que não há vontade de reflexão tampouco de legislação: impera um comando interno, originado na cultura e munido com a força das tradições.

Se não há norma jurídica no Brasil que estabeleça as regras acerca da escolha dos sobrenomes, é a tradição que conduz a composição do nome pelo do pai (do avô paterno) e pelo da mãe (do avô materno) e, por conseguinte, a vulnerabilidade imposta ao nome do ventre, o primeiro a decair, sem haver mínimo desconforto com o desaparecimento da descendência por linha matrilinear.

As relações de parentesco fundamentadas na descendência são manifestadas pela linha da ancestralidade patrilinear ou matrilinear. E um dos meios utilizados na definição da descendência é o nome de família.

Por meio dele, descobre-se a descendência e, com ela, acopla-se a gama de referências que constrói o indivíduo enquanto ser pertencente a um grupo social. O nome, como critério de reconhecimento de parentesco, tem o poder de transmitir direitos e deveres, *status*, posição jurídica e social.

A flagrante hegemonia da linha do pai para conectar as gerações, quanto à definição da descendência pela transmissão do nome patronímico, coloca a sociedade brasileira, nesse ponto, em patamar sistêmico patrilinear.

Se discordância houver, já se logrou produzir consciência e reflexão, mais tarde necessários para uma mudança de cultura de considerar apenas a linha paterna na transmissão do nome de família.

5 LEITURA CONJUNTA DE NIKLAS LUHMANN E DE BERT HELLINGER

Fugindo da racionalidade explorada pelo pensamento iluminista, do século XVIII, NIKLAS LUHMANN elabora uma teoria dinâmica e processual, abstrata o suficiente para recepcionar os fenômenos sociais da sociedade moderna, descrita por ele como complexa e funcionalmente diferenciada (QUEIROZ, 2003, p. 13).

Com esse fim, LUHMANN pautou-se em uma perspectiva probabilística e na contingência das condições da realidade social, afastando o elemento subjetivo dos fenômenos sociais, haja vista que a racionalidade era considerada atributo exclusivo dos seres humanos (QUEIROZ, 2003, p. 13/14).

Noutro lado, correlacionando-se com a separação entre a intenção e o fenômeno social, promovida por LUHMANN, encontram-se as leis sistêmicas de BERT HELLINGER, no ponto em que revela o homem como um ser não tão livre quanto ao seu destino, como se pensava, pois a sua vontade, por vezes, se vê silenciada e impotente diante da atuação de ordens superiores, chamadas por ele de “ordens do amor”, as quais, como as leis da física, existem e incidem independentemente da consciência e vontade do indivíduo (2015). A decisão é predeterminada pelo sistema familiar (HELLINGER, 2006).

Nesse caso, diante da probabilidade de violação dessas leis, o sistema familiar ignoraria o aspecto subjetivo e buscaria de per si a sua completude, constituindo um fenômeno social a ser analisado.

Numa tentativa de simplificar, sem reducionismo de complexidades, diga-se que LUHMANN rompe com a base iluminista de sujeito observador e objeto observado e imprime a autorreferência na sua estrutura teórica a partir da unidade. Segundo ele, o sistema é aquilo que se diferencia de um entorno ou ambiente, por meio da criação de uma fronteira. Assim, dentro da fronteira só há sistema (unidade); e fora, só entorno.

Portanto, o “sistema é objeto de sua própria análise e define a si mesmo a partir do reconhecimento de sua diferença em face do entorno”

(MOURA *et al.*, 2009, p. 6). O sistema faz isso por meio de abertura e fechamento seletivo, que constitui a operação autorreferencial mais importante: a autopoiesis, porque permite o sistema produzir a si próprio e se auto-organizar, num movimento de retroalimentação. O sistema abre-se para ser “estimulado através de ruídos ou perturbações oriundas do ambiente. Com isso, obtém a energia necessária para alimentar suas operações internas” (MOURA *et al.*, 2009, p. 7).

Trazendo tais lições para as leis sistêmicas de HELLINGER, impende esclarecer a dinâmica da constelação familiar, antes de prosseguirmos no paralelo das teorias sistêmicas.

As constelações familiares sistêmicas foram desenvolvidas por BERT HELLINGER a partir de outro método chamado “*esculturas familiares*”, de Virginia Satir, nos anos 70, no qual:

[...] uma pessoa estranha, convocada a representar um membro da família, passar a se sentir exatamente como a pessoa a qual representa, às vezes reproduzindo, de forma exata, sintomas físicos da pessoa a qual representa, mesmo sem saber nada a respeito dela. (AZUL, p.1/2)

Com uma “configuração espacial de sistemas”, HELLINGER propiciou “(...) um conhecimento maior sobre o que acontece nos sistemas, sobre consciência e culpa, vínculo e solução, alma e ser” (2006), descobrindo que “muitos problemas, dificuldades e mesmo doenças de seus clientes estavam ligados a destinos de membros anteriores de seu grupo familiar e ao desrespeito de algumas leis naturais [‘as ordens do amor’]” (BERNE, 1981, *apud* AZUL, p. 2).

Com efeito, no paralelo com LUHMANN, vê-se que o próprio sistema familiar é a unidade autorreferenciada, com semelhantes movimentos de abertura e de fechamento. Cuida-se dos dois caminhos para o conhecimento, denominados por HELLINGER de caminho *científico* (ou exploratório) e caminho *fenomenológico*. Este último é o que melhor materializa a retroalimentação elaborada na teoria de LUHMANN (autopoiesis). Observe-se:

O caminho científico e o caminho fenomenológico do conhecimento. Dois movimentos nos levam ao conhecimento. O primeiro é exploratório e quer abarcar alguma coisa até então desconhecida, para apropriar-se e dispor dela. O esforço científico pertence a esse tipo e sabemos quanto ele transformou, assegurou e enriqueceu o nosso mundo e a nossa vida. O segundo movimento nasce quando nos detemos durante o esforço exploratório e dirigimos o olhar, não mais para um determinado objeto apreensível, mas para um todo. Assim, o olhar se dispõe a receber simultaneamente a diversidade com que se defronta. Quando nos deixamos levar por esse movimento diante de uma paisagem, por exemplo, de uma tarefa ou de um problema, notamos como nosso olhar fica simultaneamente pleno e vazio. Pois só **quando prescindimos das particularidades** é que conseguimos expor-nos à **plenitude e suportá-la**. Assim, **detemo-nos em nosso movimento exploratório e recuamos um pouco, até atingir aquele vazio que pode fazer face à plenitude e à diversidade. Esse movimento, que inicialmente se detém e depois se retrai, eu chamo de fenomenológico**. Ele nos leva a conhecimentos diferentes dos que podemos obter pelo movimento do conhecimento exploratório. Ambos se completam, porém. Pois também no movimento do conhecimento científico exploratório, precisamos às vezes parar e dirigir o olhar do estreito ao amplo, do próximo ao distante. (HELLINGER, 2010, p. 11, grifou-se)

Na dinâmica do sistema familiar, há um ruído externo ao qual somos expostos – “No caminho fenomenológico do conhecimento, expomo-nos, dentro de um determinado horizonte, à diversidade dos fenômenos, sem escolha e sem avaliação” (HELLINGER, 2010, p. 11).

O fechamento no sistema familiar se dá em relação ao interno (movimentos de móvel pessoal, preconceitos, julgamentos). Ao passo que, a abertura do sistema familiar autorreferenciado e autopoietico opera de modo a permitir que seja ele estimulado por ruídos externos (ambiente), dando-lhes significado por meio da auto-organização e autoprodução.

Continuando, quando LUHMANN explica o “acoplamento estrutural”, contextualiza com a informação de que os diversos sistemas e os sistemas e os entornos não se comunicam entre si, apesar de haver uma interação entre eles. E “o acoplamento estrutural é justamente o modo pelo qual se dá a relação entre sistema e entorno (e também relações inter-

sistêmicas, dado que os outros sistemas constituem ambiente para o primeiro)” (MOURA *et al.*, 2009, p. 7).

O acoplamento estrutural é identificado também no processo do caminho fenomenológico de BERT HELLINGER:

Esse caminho do conhecimento exige, portanto, um **esvaziar-se**, tanto em relação às ideias preexistentes quanto aos movimentos internos, sejam eles da esfera do sentimento, da vontade ou do julgamento. **Nesse processo, a atenção é simultaneamente dirigida e não-dirigida, concentrada e vazia.** A postura fenomenológica requer uma disposição atenta para agir, sem contudo passar ao ato. Ela nos torna extremamente capazes e prontos para a **percepção**. Quem a sustenta percebe, depois de algum tempo, como a diversidade presente no horizonte se dispõe em torno de um centro; **de repente, reconhece uma conexão, uma ordem talvez, uma verdade ou o passo que leva adiante. Essa compreensão provém igualmente de fora, é experimentada como uma dádiva** e, via de regra, é limitada. (HELLINGER, 2010, p. 11, grifou-se)

Corroborando o entendimento de LUHMANN sobre serem os sistemas autopoieticos “sistemas que produzem não somente sua estrutura, mas também os elementos dos quais eles são compostos”, traz-se a percepção do sistema familiar como campo que gera pacificação, ressignificação e justiça, reduzindo as complexidades internas.

O entorno do sistema familiar, com o qual ele se relaciona por intermédio do acoplamento estrutural, abrange, por exemplo, a fenomenologia filosófica, a fenomenologia psicoterapêutica e a fenomenologia religiosa, além de aspectos ligados à alma, à renúncia, à coragem e à sintonia (HELLINGER, 2010, p. 11).

Vai-se além, porém. Se a análise recair sobre um acoplamento estrutural pelo modelo de interpenetração, o recorte deixa de ser o acoplamento entre sistema e entorno e passar àquele que ocorre entre sistemas, neles havendo evolução conjunta e recíproca: “sistema jurídico e sistema econômico, por exemplo, interpenetram-se na regulação da moeda de curso legal e dos contratos.” (MOURA *et al.*, 2009, p. 7).

Se pensarmos a sociedade como o mais amplo e complexo sistema social, viabiliza-se a “existência das demais classes de sistemas sociais

situadas nos níveis inferiores de abstração” (MOURA *et al.*, 2009, p. 7), aos quais lhe fornece suporte. Nesse cenário, configuram subsistemas: economia, política, direito, religião, educação, moral, ciência.

6 CONCLUSÃO

Premissas sistêmicas postas e invocadas as ideias fundantes do direito ao “nome do ventre”, conclui-se possível o acoplamento estrutural de interpenetração do sistema jurídico com o sistema familiar, para que, associado ao sistema social complexo (sociedade), possa sustentar a fixação da descendência pela linhagem matrilinear, de modo a considerar como critério dominante o nome da avó materna (“nome do ventre”) na composição do civil da pessoa natural.

REFERÊNCIAS

EGYDIO, Lucila. A intergeracionalidade está no DNA da Raízes, mas o que isso tem a ver com longevidade e feminização? *Raízes Desenvolvimento Sustentável*. Disponível em: <https://raizesds.com.br/pt/intergeracionalidade-feminizacao/>. Acesso em: 17 jan. 2022.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. Novo tratado de responsabilidade civil. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

FERRETO, Angela Jesuino. O nome de família no Brasil: que função? *Tempo Freudiano. Associação Psicanalista*. Disponível em: <http://www.tempofreudiano.com.br/index.php/o-nome-de-familia-no-brasil-que-funcao/#:~:text=No%20Brasil%2C%20de%20fato%2C%20o,se%20com%20Jo%C3%A3o%20Carvalho%20Silva>. Acesso em: 17 jan. 2022.

GARCIA, Éllen da Silva. Informações importantes que as jovens precisam saber sobre menstruação. Ciências Biológicas - UNESP Rio Claro. *Jornal Biosferas*. Disponível em: <http://www.rc.unesp.br/biosferas/Art0096.html>. Acesso em: 21 jan. 2022.

GRAHAM, Flora. Daily briefing: Mitochondrial DNA can come from fathers too. *Revista Nature*, 29 nov, 2018. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/d41586-018-07598-1>. Acesso em: 20 jan. 2022.

HELLINGER, Bert. *Ordens do Amor - Um Guia para o Trabalho com Constelações Familiares*. Trad. Newton de Araújo Queiroz. Ver. Téc. Eloisa Giancoli Tironi; Tsuyuko Jinno-Spelter. São Paulo: Editora Pensamento-Cultrix LTDA, 2010

HELLINGER, Bert. *O amor do Espírito*. Belo Horizonte: Atman, 2015.

HELLINGER, Bert. *Um lugar para os excluídos: conversas sobre os caminhos de uma vida*. Tradução Newton A. Queiroz. Belo Horizonte: Editora Atman, 2006

INFOPÉDIA. Grupo de descendência. Disponível em: [https://www.infopedia.pt/\\$grupo-de-descendencia](https://www.infopedia.pt/$grupo-de-descendencia). Acesso em: 20 jan. 2022.

INSTAGRAM. A importância da avó materna. Disponível em: https://www.instagram.com/p/COsYQEqpNVN/?utm_medium=copy_link . Acesso em: 20 jan. 2022.

KELSEY, Wallace WHB, TW (2010) *Human Ovarian Reserve from Conception to the Menopause*. *PLoS ONE* 5(1): e8772. <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0008772>. Acesso em: 20 jan. 2022.

MOURA, Bruno de Oliveira; MACHADO, Fábio Guedes de Paula; CAETANO, Matheus Almeida. O Direito sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. *Revista Sociologia Jurídica* – ISSN: 1809-2721. Número 09 – Julho/Dezembro 2009^[1]_{SEP}

PARAJARA, Fabiana; ANGELO, Claudio. As filhas de Eva. *Revista Superinteressante*, 31 maio 2000. Disponível em: <https://super.abril.com.br/ciencia/as-filhas-de-eva/> . Acesso em: 20 jan. 2022.

QUEIROZ, Marisse Costa de. *O direito como sistema social complexo: uma reflexão teórico-social do direito a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann*. Dissertação. UFSC. 2003. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106542>. Acesso em: 21 jan. 2022.

RUSCHEL, Ângela Ester; CASTRO, Odair Perugini de. O vínculo intergeracional: o velho, o jovem e o poder. *Psicologia: Reflexão e Crítica* [online]. 1998, v. 11, n. 3 [Acessado 17 Janeiro 2022] , pp. 523-539.

Disponível em:

<https://www.scielo.br/j/prc/a/sbGvSKgRhH76n8NYznjFFkk/?lang=pt>.

Acesso em: 17 jan. 2022.

SANTOS, Roberta Aparecida Moreira Reis dos. A LGPD – O tratamento de dados na prática da constelação familiar no âmbito do sistema de Justiça.

Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 26, n. 6444, 21 fev.

2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/88525>. Acesso em: 21 jan.

2022.

SERRA AZUL, Jamile Gonçalves. *O direito sistêmico como uma nova abordagem de solução extrajudicial de conflitos no âmbito da defensoria pública*. Defensoria Pública do Mato Grosso do Sul. Disponível em:

[https://www.defensoria.ms.def.br/images/images-](https://www.defensoria.ms.def.br/images/images-defensoria/Textos_Defensoria/Direito_Sistemico_e_Defensoria.pdf)

[defensoria/Textos_Defensoria/Direito_Sistemico_e_Defensoria.pdf](https://www.defensoria.ms.def.br/images/images-defensoria/Textos_Defensoria/Direito_Sistemico_e_Defensoria.pdf). Acesso

em: 21 jan. 2022.

WIKIPÉDIA. *Patronímico*. Disponível em:

<https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Patron%C3%ADmico&oldid=62704297>. Acesso em: 20 jan. 2022.

WIKIPÉDIA. *Eva mitocondrial*. Disponível em:

https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Eva_mitocondrial&oldid=60641702

Acesso em: 13 mar. 2021.

Mulheres nas Forças Armadas: protagonismo, trajetórias e desafios

Taiza Andrade Mariani

Primeiro-Tenente (RM2-T) da Marinha do Brasil. Bacharel em direito pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Pós-Graduada em Direito Constitucional e Direito Público.

Data de recebimento: 25/01/2022

Data de aceitação: 27/01/2022

RESUMO: No Brasil, por um longo período, as Forças Armada estiveram restritas à participação masculina. Todavia, com a luta feminina por igualdade no meio social, profissional e educacional e a consequente conquista dos Direitos das Mulheres expressos nos mais diversos dispositivos legais, tanto nacionais quanto internacionais, as Forças Armadas progressivamente têm dado abertura à presença feminina. Em virtude disso, este trabalho busca propor reflexões sobre os direitos cívicos conquistados pelas mulheres no Plano Nacional e Internacional, a trajetória das mulheres nas Forças Armadas e os desafios que elas ainda encontram no meio militar.

PALAVRAS-CHAVE: Direito das Mulheres. Forças Armadas. Direitos Humanos. Isonomia.

ENGLISH

TITLE: Women in the Armed Forces: Leadership, Trajectories and Challenges.

ABSTRACT: In Brazil, for a long time, the Armed Forces were restricted to male participation. However, with the women's struggle for equality in the social, professional and educational environment and the consequent achievement of Women's Rights expressed in the most diverse legal

provisions, both national and international, the Armed Forces have progressively allowed the presence of women. As a result, this work seeks to propose reflections on the civic rights conquered by women in the National and International Plan, the trajectory of women in the Armed Forces and the challenges that they still face in the military environment.

KEYWORDS: Women's Law. Armed Forces. Human Rights. Isonomy.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Como a conquista do direito das mulheres influenciou em seu ingresso nas Forças Armadas – 2.1 Origem histórica do ingresso das mulheres nas forças armadas – 2.2 Novos cenários para as mulheres no âmbito das forças armadas – 3 Os desafios encontrados pelas mulheres militares – 4 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A história da humanidade esteve regida em grande parte pela perpetuação do poder patriarcal masculino, sendo as mulheres meras figurantes nos cenários sociais, econômicos e políticos, o que foi legitimado ao longo dos anos pelos costumes, culturas e até mesmo pelas Leis. No entanto, na vigência do século XXI, já é possível verificar mudanças significativas, uma vez que é assegurada às mulheres a proteção jurídica plena de seus Direitos.

Tratados Internacionais vedaram o tratamento diferente entre homens e mulheres e garantiram que sejam assegurados os direitos fundamentais das mulheres. Os direitos humanos também foram assegurados na Constituição Federal de 1988, segundo a qual homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. A Carta Magna trouxe, ainda, a vedação de diferença salarial, do exercício de função e de critérios de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil. Ademais, outras leis solidificaram a proteção das mulheres, tendo em vista que proibiram práticas discriminatórias e limitativas de acesso à relação de trabalho por motivo de

gênero; respaldaram e protegeram as mulheres no ambiente de trabalho, assim como, no contexto de violência, tipificando como crime, diversas condutas ofensivas praticadas contra mulheres.

Todavia a transposição de tal conceito jurídico para a realidade fática demonstra-se mais complexa do que a mera leitura dos dispositivos legais leva a supor. Ao se adentrar em uma Organização Militar, fica evidente a forte presença masculina, e a diferença na quantidade de militares do gênero masculino e feminino salta aos olhos. Mulheres militares são minorias dentre os integrantes das Forças Armadas, conforme informações oficiais expostas no *site* do Ministério da Defesa em 2021.

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. Ao longo da história, desde os idos de Maria Quitéria, mulheres precisaram se travestir de homens para defender o país. Com a evolução da luta feminista, as mulheres conquistaram proteção jurídica e garantias de igualdade, ainda que com execução deficitária.

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 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, entre outras diversas causas. Esse sistema é “composto por tratados abertos à adesão de todos os Estados indistintamente de sua localização geográfica, e de órgãos voltados a promover a dignidade humana em todo o mundo” (PORTELA, 2017, p. 867).

Assim, após um longo período de graves violações aos direitos humanos verificou-se a necessidade de proteção aos considerados vulneráveis, em que, entre outros grupos sociais, encontram-se as mulheres.

A Carta das Nações Unidas, tratado que criou a Organização das Nações Unidas, em 1945, foi um dos primeiros tratados internacionais que regulamentou, sem deixar espaço a dúvidas, a proteção jurídica das mulheres,

estabelecendo logo em seu preâmbulo a igualdade entre homens e mulheres, assim como, ao longo da Carta, discriminando que “a Organização é baseada no princípio da igualdade de todos os seus Membros.”.

Já em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi instituída pela Organização das Nações Unidas e serviu como parâmetro para a consecução dos direitos humanos de forma global, garantindo os direitos à vida, à liberdade, à dignidade e à saúde, mas principalmente, teve como princípio basilar a defesa dos direitos das mulheres e a igualdade de gêneros.

Ainda em 1948, destaca-se a Convenção Interamericana sobre a Concessão dos Direitos Civis à Mulher, a qual concedeu às mulheres os mesmos direitos civis usufruídos pelos homens, promulgada pelo Brasil em 1952.

Outro importante tratado foi a Convenção sobre os Direitos Políticos das Mulheres, em 1953, o qual trouxe expressamente o direito das mulheres de exercerem funções públicas em igualdade com os homens, vedada qualquer discriminação.

Assim, o Direito das mulheres passou a ser tomado como Direito Fundamental resguardado internacionalmente. No entanto, tais diplomas, reconhecidos como de primeira geração de direitos humanos, não foram suficientes para efetivar o princípio da igualdade de gênero, o que foi fato gerador para um olhar mais atento dos agentes de promoção dos direitos no sentido de proteger as mulheres, com adoção de diversos outros normativos e tratados internacionais voltados à tutela de direitos humanos.

Assim, em 1979, destaca-se a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres (Convenção CEDAW), que teve por escopo fazer com que os Estados signatários atuassem para acabar com a discriminação, assim:

[...] os Estados devem tomar medidas para eliminar a discriminação da mulher e promover a igualdade entre gêneros nos campos administrativo e legislativo, em particular nas esferas política, social, econômica e cultural. [...] No mundo do trabalho, a Convenção consagra o direito a igual remuneração por igual trabalho e à aplicação dos mesmos critérios de seleção em questões de emprego. (PORTELA, p. 883)

Essa Convenção foi um marco para o Direito das Mulheres e destaca-se no plano Internacional como o principal instrumento de proteção jurídica da mulher, pois tratou de forma abrangente, protegendo tanto, direitos políticos e civis quanto os econômicos, sociais e culturais, estabelecendo ações básicas para que cada Estado signatário atuasse, como por exemplo na aplicação de mesmos critérios de seleção na contratação de empregos, entre homens e mulheres.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, incorporou muitos dos direitos trazidos pelos Tratados Internacionais e asseverou em seu artigo 5º, inciso I, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza e que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Desse modo, buscou-se garantir o princípio da isonomia, e as mulheres consagram-se como sujeito de direito, que deve ter a dignidade humana respeitada.

Uma vez adotados esses parâmetros igualitários entre homens e mulheres, tanto no plano nacional quanto internacional, destaca-se a existência de uma enorme lacuna com o que ocorre na prática. O ideal coletivo arcaico ainda impede a plena consecução dos direitos das mulheres. Isso pode ser visto, por exemplo, na quantidade mínima de mulheres que fazem parte das Forças Armadas em relação à quantidade de homens. Para haver uma mudança nesse cenário é imprescindível realizar um recorte histórico para que se analise o motivo da não efetivação no mundo fático de direitos já consagrados no mundo jurídico.

2 COMO A CONQUISTA DO DIREITO DAS MULHERES INFLUENCIOU EM SEU INGRESSO NAS FORÇAS ARMADAS

2.1 Origem histórica do ingresso das mulheres nas forças armadas

Analisar a inserção das mulheres nas Forças Armadas Brasileiras, inevitavelmente, nos remete a olhar para a História do Brasil e do mundo. É preciso fazer uma incursão retrospectiva e analisar a origem das Forças Armadas, que se mistura com a formação do Estado Brasileiro independente.

No ano em que Brasil completa 200 anos da proclamação da Independência, há que se ressaltar o papel de Maria Quitéria de Jesus Medeiros – primeira mulher a participar de um combate. Alistou-se e guerreou nas batalhas da Independência travestida de homem, sob a alcunha de “Medeiros”, seu sobrenome. Posteriormente, obteve o reconhecimento pela coragem, bravura, e determinação na batalha, assim, “a condição e os atributos do ‘bom soldado’ foram referenciados e exaltados naquela, que ficou conhecida como a heroína da independência.”, conforme assevera o Ministério da Defesa, em seu *site*.

A abertura das Forças Armadas para as mulheres, de maneira oficial, aconteceu apenas alguns anos depois, e ocorreu em virtude de uma sequência de fatos históricos, assim, vejamos:

A abertura das Forças Armadas às mulheres deveu-se a uma conjunção de acontecimentos: a crise de recrutamento vivenciada pelos principais Exércitos do mundo; a supressão da conscrição obrigatória; a remuneração dos soldados sempre abaixo dos salários oferecidos pela iniciativa privada e pelos demais órgãos públicos de natureza civil. (ROCHA, 2017)

Nesse cenário, a Segunda Guerra Mundial consagrou-se como marco histórico para as mulheres na conquista de espaço dentro das Forças Armadas. No contexto de guerra ficou evidente a necessidade de pessoal e as mulheres conseguiram ocupar não somente funções deixadas vagas pelos homens no mercado civil, mas também atuaram na Guerra e na defesa da Pátria. Isso só foi possível devido a uma soma de fatores:

A inúmeras baixas de soldados mutilados e/ou mortos, o longo período do conflito e a evidência de novas formas de combate contribuíram a nosso ver para a flexibilização do critério do corpo (exclusivamente masculino e proibitivo ao feminino) como atributo de inserção e permanência nas instituições militares. As mulheres disponíveis em prontidão e especializadas em funções foram autorizadas ao ingresso nos Exércitos, em prol dos então chamados “esforços de guerra”. (CELESTINO).

Nesse cenário histórico, a força feminina, de modo pioneiro, foi recrutada oficialmente pela Força Aliada para participar da Guerra. Assim, a Força Expedicionária Brasileira (FEB) contou com a presença de 73 (setenta

e três) enfermeiras que guarneceram o Quadro de Emergência de Enfermeiras da Reserva do Exército (QEERE). No entanto, vale destacar que a batalha por conseguir seu lugar nas Forças estava apenas começando, pois nesse período os cargos foram voluntários e ao fim da guerra elas foram condecoradas e se licenciaram dos serviços ativos militares, consoante o Livro Branco da Defesa Nacional (LBDF).

Algumas décadas depois, fora do cenário da guerra, porém em um cenário de recessão econômica, nos idos da década de 1980, o Brasil vivia um período de abertura política ao regime democrático, e com consequente abertura de Direitos Sociais, o que permitiu às mulheres a busca por autonomia financeira e participação social. Nesse sentido, vejamos:

O período histórico que reportou a proposição da Constituição Cidadã, a evidenciação dos direitos sociais e a abertura política do país ao regime democrático, propiciou solo fértil para a reafirmação da igualdade de direitos, sobretudo em espaços nos quais o acesso ainda reportava ares de desigualdade como era o caso das instituições militares. (CELESTINO)

Dessa forma, com essa mudança no panorama do país, o ingresso das mulheres nas Forças Armadas, como parte do efetivo, começou a ser normatizado. A Marinha do Brasil (MB) foi a pioneira, dentre as Forças Armadas brasileiras, a autorizar o ingresso das Mulheres nas Forças, por meio da Lei 6.807, de 07 de Julho de 1980, a qual criou o Corpo Auxiliar Feminino da Reserva da Marinha (CAFRM), permitindo que mulheres atuassem nas áreas técnicas e administrativas.

A próxima força a autorizar mulheres como parte do efetivo foi a Aeronáutica, com amparo na Lei nº 6.924, de 29 de Junho de 1981, que culminou na criação do Corpo Feminino da Reserva da Aeronáutica (CFRA). Nesse diapasão, a primeira turma de mulheres ingressou na Força Aérea Brasileira (FAB) em 1982.

Por outro lado, um decênio depois, tão somente em 1992, o Exército admitiu mulheres no Corpo, com a matrícula da primeira turma na Escola de Administração do Exército, composta por 49 mulheres, que ingressaram mediante Concurso Público.

No entanto, em 1995, pela primeira vez as mulheres puderam ingressar na FAB como cadetes da Academia da Força Aérea (AFA) Intendência.

Vale destacar na trajetória da inserção de mulheres militares que elas ocuparam papel majoritariamente administrativo, integrando os Quadros Complementares, logo, não ocupando a função de combate dentro das Forças. Tão somente a partir do ano de 2003 é que as mulheres foram alocadas em posições de combate dentro das Forças, com o ingresso das Primeiras Cadetes Aviadoras na Academia da Força Aérea.

Por outro lado, a Marinha do Brasil admitiu o ingresso das mulheres na Escola Naval, como Aspirantes Femininas de Intendência apenas nos idos de 2014. Sendo possibilitado o ingresso como Aspirantes da Escola Naval Armada e Fuzileiros Navais apenas em 2019, possibilitando então ao corpo feminino “fazer parte da atuação operativa da Marinha do Brasil (MB), que é, basicamente, servir a bordo de navios, conhecendo outros portos e países, e ir a combate junto com o pelotão em operações em terra”, de acordo com o exposto no *site* da Marinha do Brasil.

O Exército Brasileiro possibilitou em 2017 o ingresso de mulheres como cadetes da Escola Preparatória de Cadetes do Exército (EsPECEX); e em 2018 o ingresso de mulheres como Cadetes da Academia Militar de Agulhas Negras, possibilitando que elas se tornem oficiais combatentes, podendo chegar até a patente de general e até mesmo ao comando do Exército.

Nesse diapasão, percebe-se que em relação às atividades fins das Forças Armadas, a inserção das mulheres é muito recente, o que ainda não permitiu que as mulheres alcançassem os mais altos postos dentro das Forças Armadas. Essa é uma conquista gradual que poderá ser verificada com o decorrer dos anos.

2.2 Novos cenários para as mulheres no âmbito das forças armadas

Pelo exposto, percebe-se que as mulheres ainda não atingiram o mesmo patamar masculino no que tange ao acesso ao mercado de trabalho e à

vida pública, e em especial, no tocante ao ingresso nas Forças Armadas. No entanto, ano após ano, o feminismo galga degraus para que as mulheres possam ocupar todas as carreiras já ocupadas por homens.

No ano de 2021, segundo o Ministério da Defesa, o efetivo das Forças Armadas era composto de aproximadamente 34 mil mulheres, com a seguinte composição:

Na Marinha, são 8.413 militares, o que representa um crescimento de 4,2% no último ano. O Exército soma 13.009 mulheres no quadro, sendo um aumento de 6,42% entre os anos de 2019 e 2020 e de 11% no período de 2020 para 2021. Na Força Aérea Brasileira (FAB), são 12.538, total que representa 19,23% do efetivo geral.

Esses números embora a primeira vista expressivos, quando analisados em comparação com o efetivo de homens militares torna-se ínfimo. Um dos motivos que gera essa disparidade entre membros homens e mulheres no efetivo é a recente legalização e ingresso das mulheres em algumas carreiras militares somada à vedação, ainda existente, ao ingresso feminino em alguns Quadros e Corpos das Forças.

É importante salientar que os homens e mulheres são iguais perante a Lei, portanto possuem os mesmos direitos de ingresso nas Forças Armadas, bem como o direito de possuírem formação militar similar. Nesse sentido, vejamos:

O direito à formação há de ser idêntico para ambos os sexos, sobretudo, nas Escolas de Especialização e Academias Militares, de modo que as mulheres se preparem, tal qual os homens, e neutralizem as desvantagens históricas e os obstáculos à elas interpostos para o recrutamento superior.(ROCHA, p. 24)

Assim, o impedimento de que mulheres acessem determinados postos e patentes do Exército, Marinha e Aeronáutica, além de estigmatizar as mulheres, viola o conceito de cidadania, uma vez que gera óbice do acesso da mulher a Instituições Públicas em que o acesso se dá por meio meritório.

Outro ponto a ser destacado é que o argumento de que as mulheres possuem menor força física que os homens. Isso não deve mais prosperar, uma vez que as guerras nos moldes de antigamente, com confrontos físicos e

campos de batalhas, ficaram restritas ao passado. Atualmente, ao se falar de Defesa da Pátria automaticamente há de se pensar em novas tecnologias, tais quais as nucleares, além de técnicas inovadoras de espionagens e inteligência, sendo a força bruta posta de lado. Assim, não deve haver receio de carreiras compostas por número igual de homens e mulheres.

Quanto mais diversificadas forem as Forças Armadas melhor será a Defesa da Pátria, tendo em vista que a convivência de pessoas diferentes relacionando-se entre si tende a gerar grandes ganhos para o país. Nesse sentido:

A diversidade de perfis humanos na carreira das Armas é proveitosa e enriquecedora por que, se por um lado altera comportamentos tradicionais e coloca novos desafios à formação do “soldado profissional”, por outro, preserva o ethos da instituição castrense, cuja missão cívica e institucional é moldar seres humanos e prepará-los para defender a Pátria. (ROCHA, p. 24)

Sob essa dimensão, a Marinha do Brasil já vislumbrando a igualdade plena de gênero e a garantia de todas as mulheres de ingressarem nas Forças Armadas, em todos os Corpos, Quadros, escolas e centros de instrução da Marinha do Brasil, de forma pioneira nas Forças Armadas, permitirá um grande avanço: o ingresso a partir deste ano de mulheres nas Escolas de Aprendizes-Marinheiros, como integrantes no Corpo de Praças da Armada (CPA). Além disso, já existe a previsão de ingresso das mulheres nos Cursos de Formação de Soldados Fuzileiros Navais, de modo que as mulheres estejam 100% inclusas no ingresso para a Marinha do Brasil, “permitindo o embarque concomitante de Oficiais e Praças nas fileiras operativas.”, consoante *site* oficial da Marinha do Brasil.

Assim, não obstante o esforço das Forças Armadas de garantir o ingresso das mulheres em seus quadros, deve-se promover uma atuação conjunta com o Poder Público a fim de garantir não apenas o ingresso das mulheres em todos os postos e quadros, mas também o ingresso em quantidades igualitárias de homens e mulheres, com o escopo de suprir uma desigualdade histórica. Além de garantir que os diversos desafios encontrados pelas mulheres militares sejam sanados.

3 OS DESAFIOS ENCONTRADOS PELAS MULHERES MILITARES

A Trajetória das Mulheres nas Forças Armadas é algo recente e ainda pouco discutido e debatido. Mulheres militares encontram diversos desafios, desde a incorporação no âmbito militar até suas subseqüentes promoções ao longo da carreira. Esses desafios são de diversos níveis, assim, busca-se analisar esses desafios e constatar possíveis soluções.

A primeira barreira encontrada pelas mulheres é a própria inclusão do gênero feminino no âmbito militar, tendo em vista que, atualmente, ainda existem diferenças para ingresso de homens e mulheres nas carreiras. A existência, muitas vezes, de apenas um percentual destinado às mulheres limita os direitos garantidos juridicamente às mulheres. Outra clara discrepância é que os quadros destinados ao serviço militar obrigatório, atualmente, restam adstritos aos homens.

Verifica-se, conforme explanado nos tópicos acima que existe uma mudança em processamento, no sentido de possibilitar às mulheres ocupação de todos os Corpos e Quadros das Forças Armadas. Aponta-se como solução para o problema a criação de “programas de monitorização e acompanhamento de práticas de recrutamento para a colocação e progressão da mulher na carreira das Armas” (ROCHA, p. 23).

Não obstante, ainda que esse problema fosse completamente resolvido e que as mulheres tivessem livre acesso ao ingresso e promoção nas Forças Armadas, mesmo assim restariam outros problemas com os quais as mulheres militares deveriam lidar.

Os armamentos e materiais bélicos utilizados pelas Forças Armadas atualmente foram confeccionados para uma Força composta majoritariamente de homens, assim, mister se faz “o ajustamento dos equipamentos aos seus novos utilizadores – as mulheres –, a adaptação ergonômica do armamento e material bélico” (CARREIRAS, p. 173).

Todavia, o maior desafio a ser enfrentado ainda “[...] refere-se à convivência e às relações Inter sexo. Muitas condutas designadas como impróprias e crimes como o assédio sexual e as violações, representam problemas concretos [...]”, de acordo com Rocha. Constantemente a mídia

notícia o aumento da violência no território brasileiro, em especial o aumento dos números de casos de violências contra a mulher. Ressalta-se que no âmbito militar esse também é um desafio a ser enfrentando tendo em vista que a mulher militar também é alvo dessa violência.

A Hierarquia e Disciplina, princípios basilares do militarismo, não devem ser utilizados como guarita à prática de violência contra a mulher, uma vez que a mulher militar também se encontra sob proteção jurídica.

Importante destacar os crimes militares de maior ocorrência contra as mulheres. Dentre os previstos no CPM, destaca-se o crime de Injúria – que consiste em ofender a dignidade ou o decoro da vítima, como por exemplo, “publicar uma opinião mencionando características negativas da mulher (ex.: gorda, feia, ignorante)” (STM, 2020).

Os crimes previstos no Código Penal Comum, se praticados nos moldes do art. 9º do COM, também podem ser caracterizados como crimes militares. Nesses moldes, é importante destacar que os crimes militares que mais ocorrem são o crime de assédio sexual, importunação sexual, registro não autorizado da intimidade sexual. A temática sobre problemas com crimes de violência contra as mulheres no meio militar deve ser debatida publicamente, uma vez que internacionalmente este já é um tema de grande importância e um dos temas mais centrais no debate público e político sobre a expansão da inclusão de mulheres na profissão militar.

No meio militar existe certo desestímulo à denúncia de crimes, com o intuito de preservar a honra das instituições militares. No entanto, essas instituições não devem se preocupar tão somente com o fato depois de consumado e como ele será apurado, deve-se buscar evitá-lo, com ações preventivas, que busquem conscientizar o meio militar sobre a situação da violência contra a mulher. Assim:

[...] além da punição judicial rigorosa, bastante óbvia, faria sentido, dada a ausência de canais institucionalizados, que se criassem meios de comunicação, com a garantia de confidencialidade, onde as vítimas ameaçadas e discriminadas fizessem chegar aos comandos tais abusos para se tentar evitá-los. (ROCHA, p. 23)

Portanto, existe a necessidade de implementar outros modelos de solução de conflito, uma vez que o modelo punitivo não se configura como o mais efetivo. Nesse sentido, a Cartilha “conhecendo a proteção jurídica à mulher militar” elenca algumas medidas possíveis de serem adotadas em casos de violência contra a mulher:

- (a) Nomeação de encarregada para a investigação (IPM);
- (b) Criação de ouvidorias para apurar os relatos da mulher militar, com a nomeação de uma ouvidora;
- (c) Acolhimento da vítima;
- (d) Suporte de assistência social e psicológica das organizações militares a vítimas militares de violência;
- (e) Aplicação de medidas protetivas pelo Juiz Federal da JMU;
- (f) Proteção à mulher estendida à área administrativa militar;
- (g) Inclusão de conteúdo sobre violência de gênero nos cursos de formação dos militares das Forças Armadas;
- (h) Palestras periódicas aos efetivos militares sobre violência contra a mulher militar e sua proteção jurídica.

Dessa maneira busca-se dirimir os danos de uma eventual violação aos direitos das mulheres, bem como prevenir condutas inadequadas dessa natureza, no sentido de formar uma conscientização da tropa para que as garantias fundamentais da mulher sejam respeitadas, levando-se em consideração que com essa ação protege-se juridicamente a mulher enquanto sujeito de direitos, mas também a própria Instituição militar, que tem como papel precípua a defesa da Pátria, que é dever de todos os cidadãos.

4 CONCLUSÕES

O Brasil, por muitos anos, teve no bojo da sociedade uma cultura patriarcal o que gerou hodiernamente uma sociedade ainda com traços machistas, que vem sendo dissipada em virtude das lutas do feminismo e conquista de direitos das mulheres, tanto nacionalmente quanto em tratados internacionais.

Essa consecução do Direito das Mulheres e essa evolução social que possibilitou uma igualdade de gênero, ao menos no plano legal e formal, foi resultado das Guerras Mundiais, Revolução Industrial, globalização da

informação por diversos meios de comunicação, além dos próprios movimentos sociais que tinham como escopo a isonomia entre homens e mulheres.

Assim, assentou-se o dever do Poder Público de assegurar a igualdade de gênero e vedar todas as formas de discriminação contra a mulher. Garantias estas, também asseguradas às mulheres em relação ao mercado de trabalho. Sob essa dimensão, a consagração da incorporação feminina nas Forças Armadas reflete a busca do princípio da isonomia entre homens e mulheres.

Aeronáutica, Exército e Marinha demonstram preocupação em assegurar a inclusão do gênero feminino no âmbito militar. Todavia, o direito das mulheres, consagrado na Carta das Nações Unidas, precisa ser adotado em sua integralidade, para que a igualdade existente entre homens e mulheres deixe de ser formal e se torne um direito material. Assim, verifica-se que as lutas femininas na busca de mais direitos estão intrinsecamente ligadas ao tema dos direitos humanos.

Portanto, torna-se evidente que as mulheres militares atuantes nas Forças Armadas auxiliam na luta feminina, levando dignidade humana também a outras mulheres, não militares, pois usufruem do direito a ingressar nas Forças Armadas e romper espaços que outrora não lhes cabia adentrar, contribuindo para a defesa da pátria e crescimento da nação.

Essa conquista, porém, veio acompanhada de outros desafios a ser também solucionados. Existem outras inúmeras barreiras a serem quebradas pelas mulheres dentro do ambiente militar, com mudança do ideal social e cultural, para que as mulheres alcancem os espaços que almejem.

Assim, na consecução desse objetivo cabe ao Poder Público resguardar o interesse das mulheres para que elas se sintam seguras para exercer seu papel de cidadãs dentro das Forças Armadas. Cabe, ainda, a cada cidadão neste país questionar e refletir sempre que se deparar com situações em que mulheres não se encontram devidamente representadas, afinal uma cultura é modificada pelo povo que dela se apropria.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Código Penal Militar*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001compilado.htm. Acesso em: 20 jan. 2022.
- BRASIL. *Código Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 jan. 2022.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 jan. 2022.
- BRASIL. Decreto nº 6.703, de 18 de dezembro de 2008: Aprova a Estratégia Nacional de Defesa, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 19 dez. 2008.
- BRASIL. MINISTÉRIO DA DEFESA. Disponível em <https://www.defesa.gov.br/noticias/18669-historia-de-mulheres-nas-forcas-e-repleta-de-lutas-e-conquistas>. Acesso em: 05 dez. 2021.
- CARREIRAS, Helena. *Mulheres em Armas*. A participação militar feminina na Europa do Sul. Lisboa: Edições Cosmos. Instituto da Defesa Nacional, 2002.
- CELESTINO, Sabrina. Mulheres guerreiras. 2º encontro Internacional História e Parcerias. *Anais [...]*. Disponível em: https://www.historiaeparcerias2019.rj.anpuh.org/resources/anais/11/hep2019/1570589636_ARQUIVO_71142cf9e365cbd8345f8e39552706c7.pdf Acesso em: 12 jan. 2022.
- MINISTÉRIO da Defesa conta com mais de 34 mil mulheres em seus quadros. *Ministério da Defesa Notícias*. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/defesa/pt-br/centrais-de-conteudo/noticias/ministerio-da-defesa-counta-com-mais-de-34-mil-mulheres-em-seus-quadros>. Acesso em: 16 jan. 2022.
- MULHER na Marinha. *Marinha do Brasil Notícias*. Disponível em: <https://www.marinha.mil.br/mulher-na-marinha>. Acesso em: 07 jan. 2022.

MULHERES no exército. *Exército Brasileiro Notícias*. Disponível em: <https://www.eb.mil.br/web/ingresso/mulheres-no-exercito/>. Acesso em: 07 jan. 2022.

ONU. *Carta das Nações Unidas*, 1945. Disponível em: <http://www.onu.org.br/conheca-a-onu/documentos/>. Acesso em: 10 dez. 2021.

ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 12 dez. 2021.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito internacional público e privado*. 9. ed. rev., atual, e ampl. Salvador: JUSPODIVM, 2017.

PRESENÇA Feminina na Força Aérea Brasileira. *Força Aérea Brasileira Notícias*. Disponível em: <https://www.fab.mil.br/noticias/mostra/36603>. Acesso em: 07 jan. 2022.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. A mulher militar e sua integração nas forças armadas. *Revista CEJ*, Brasília, Ano XXI, n. 72, p. 24-33, maio/ago. 2017. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-CEJ_n.72.03.pdf. Acesso em: 10 dez. 2021.

ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JUNIOR, Salah H. *In dubio pro hell*: profanando o sistema penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. *Cartilha conhecendo a proteção jurídica à mulher militar*. Brasília, DF, 2020. Disponível em: https://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/CARTILHA-PROT-MULHER_MILITAR.pdf. Acesso em: 20 jan. 2022.

Aspectos relevantes da pensão militar

Martha Abrahão Jorge Moreira

Capitão-Tenente (T) da Marinha do Brasil. Encarregada da Divisão de Pensões Militares no Serviço de Veteranos e Pensionistas da Marinha. Bacharel em Direito pela Universidade Estácio de Sá – 2011.

Gabriela Maria Negreiros Albuquerque

Primeiro-Tenente (RM2-T) da Marinha do Brasil. Encarregada da Divisão de Análise de Habilitações Contenciosas no Serviço de Veteranos e Pensionistas da Marinha. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense – 2014.

Data de recebimento: 30/12/2021

Data de aceitação: 27/01/2022

RESUMO: A pensão militar apresenta especificidades inerentes ao regime especial destinado aos membros das Forças Armadas, diferindo substancialmente dos outros regimes previdenciários do Brasil. Nesse sentido, o instituto é regido por lei específica, qual seja, a Lei 3.765/1960 – a Lei de Pensões Militares. Todavia, nos últimos anos, a legislação em comento passou por significativas modificações, especialmente em razão da edição da Medida Provisória 2.215-10/01, da publicação da Lei 13.954/2019 e do Decreto 10.742/2021. Com isso, o presente trabalho tem por escopo apresentar de forma sucinta os principais aspectos atinentes à pensão militar, priorizando a análise dos pontos que foram alvo de alteração legislativa.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Militar. Pensão Militar. Sistema de Proteção Social dos Militares.

ENGLISH

TITLE: Relevant Aspects of the Military Pension.

ABSTRACT: The military pension has specific features inherent to the special regime for members of the Armed Forces, differing substantially from other social security systems in Brazil. Therefore, the institute is treated by a specific law: Law 3.765/1960 – the Military Pensions Law. However, in recent years, the legislation under discussion has suffered significant changes, especially due to the Provisional Measure 2.215-10/01, Law 13.954/2019 and Decree 10.742/2021. Thus, the present work has as scope to present in a succinct form the main aspects of the military pension, prioritizing the analysis of the points that suffered legislative alteration.

KEYWORDS: Military Law. Military Pension. Social Protection System.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Sistema de Proteção Social dos Militares – 2.1 Adicional de disponibilidade – 3 Pensão Militar: considerações gerais – 3.1 Conceito – 3.2 Origem histórica da pensão militar: uma breve síntese – 3.3 A Medida Provisória nº 2.215-10: uma medida provisória “permanente” – 3.4 Aplicação do direito – 3.5 Concessão da pensão militar às filhas maiores de 21 anos – 4 Mudanças oriundas da Lei 13.954/19 na pensão militar – 4.1 Contribuintes obrigatórios – 4.2 Reajuste de alíquota de contribuição obrigatória – 4.3 Contribuição específica de 1,5%, benefícios assegurados e incidência de contribuição extraordinária para pensionistas – 4.4 Alteração do rol de beneficiários para pessoa separada de fato, separada judicialmente ou divorciada do instituidor, ou ao ex-convivente, desde que perceba pensão alimentícia – 4.4.1 Quadro comparativo dos beneficiários – 4.5 Divisão da pensão militar – 4.6 Prescrição e reserva de cotas – 4.7 Pensão proporcional Oficial/Praça demitido – 5 Da acumulação de Pensão Militar – 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Existem no Brasil dois sistemas de previdência: o público e o privado. Enquanto a previdência privada é um sistema complementar e

facultativo de seguro, o sistema público caracteriza-se por ser mantido por pessoa jurídica de direito público, tem natureza institucional, é de filiação obrigatória e suas contribuições têm natureza tributária.

O sistema público pode ser destinado aos servidores públicos e mantido pelos entes políticos da Federação, ou aos trabalhadores da iniciativa privada e administrado por uma autarquia federal – atualmente o Instituto Nacional do Seguro Social.

Segundo leciona CARVALHO FILHO (2021), a pensão é o pagamento efetuado pelo Estado à família do servidor, em atividade ou aposentado, em virtude de seu falecimento. A finalidade da pensão é amparar e dar especial proteção à família do funcionário, devido à morte, desaparecimento ou ausência, devendo-se, todavia, observar a evolução do instituto “família” na sociedade contemporânea.

A pensão militar conta com especificidades inerentes ao regime especial destinado aos membros das forças armadas, conforme disposto no art. 142 e parágrafos da Constituição, que dispensam tratamento específico sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra.

Dentre tais prerrogativas especiais dos militares, conclui-se de modo claro que, no contexto da disciplina específica, também se insere a questão das pensões por morte dos militares, que possuem regimento diferenciado e atípico se comparadas às pensões do Regime Especial do Funcionalismo Civil da União.

A remuneração dos militares na inatividade, dos reformados e os da reserva é custeada pelo Tesouro Nacional, enquanto a pensão é custeada com recursos provenientes de contribuição dos militares e pensionistas bem como do Tesouro Nacional, conforme art. 71§2º-A do Estatuto dos Militares.

A pensão militar referente aos militares das Forças Armadas foi normatizada pela Lei 3.765/60 – a Lei de Pensões Militares. Sucede que nos

últimos anos houve uma expressiva modificação legislativa, impactando de forma substancial o tratamento da matéria.

Nesse sentido, o presente artigo buscará abordar de forma sucinta os principais aspectos relacionados às pensões militares, priorizando a análise daqueles que sofreram modificações recentes. Um dos pontos de destaque será uma breve explanação acerca do Sistema Social de Proteção dos Militares, cujo conceito foi trazido pela Lei 13.954/2019, e na qual se insere o benefício da pensão militar.

Devido à escassa doutrina existente sobre o tema, o presente estudo terá por fundamento principal os próprios textos normativos, apresentando também alguns entendimentos jurisprudenciais dos Tribunais Superiores e Tribunal de Contas da União.

Feitas essas considerações iniciais, torna-se possível ingressar na análise das questões do presente artigo.

2 O SISTEMA DE PROTEÇÃO SOCIAL DOS MILITARES

Dentre os direitos assegurados pelo Estatuto dos Militares em seu art. 50, mister pontuar a novel previsão do Sistema de Proteção Social dos Militares, inserida em virtude da Lei 13.954/2019. Com efeito, esse sistema, assegurado pelo art. 50 no novo inciso I-A e artigo 50-A do Estatuto, alcança todos os militares das Forças Armadas, importando em uma série de medidas de garantias dos militares das Forças Armadas, com reflexos também aos militares das Forças Auxiliares, pela alteração, por exemplo, do Decreto-Lei 667/1969.

Na definição legal trazida pelo art. 50-A do Estatuto, o Sistema de Proteção Social é o “conjunto integrado de direitos, serviços e ações, permanentes e interativas, de remuneração, pensão, saúde e assistência, nos termos desta Lei e das regulamentações específicas”. Esse Sistema:

[...] tem por base o reconhecimento da sociedade brasileira para com as Forças Armadas, diante das limitações que são impostas aos seus integrantes, que também sofrem supressão de direitos e garantias comuns aos demais cidadãos brasileiros, propiciando, assim, as condições para o pleno

exercício da carreira militar e o bom cumprimento da sua destinação constitucional. (LOPES, 2010, p. 41).

Trata-se, com efeito, de um Sistema diverso do Regime Geral de Previdência Social, uma vez que considera as peculiaridades inerentes à profissão militar.¹

A Lei nº 13.954/19 foi publicada no Diário Oficial da União, de 17 de dezembro de 2019, passando a vigorar as alterações decorrentes da Reestruturação da Carreira Militar e do Sistema de Proteção Social dos Militares das Forças Armadas. O citado Sistema encontra amparo no art. 142, X da Constituição Federal de 1988, que atribui à lei o estabelecimento dos direitos dos militares.

Dentre os direitos integrantes desse Sistema, no contexto do presente artigo, cumpre destacar a previsão do direito à pensão militar. A pensão militar no Brasil é um instituto que encontra suas raízes históricas no Brasil ainda no século XVIII, sendo hoje disciplinada pela Lei 3.765/1960 (Lei de Pensões Militares). A Lei de Pensões sofreu significativas modificações nos últimos anos em virtude de alterações legislativas, muitas delas promovidas pela Lei 13.954/2019 e também pela Medida Provisória 2.215-10 de 2001.

Assim, ao longo do presente artigo será possível observar os impactos advindos da Lei 13.954/2019 para as pensões militares, notadamente quanto aos aspectos contributivos e de rol de beneficiários das pensões militares.

2.1 Adicional de disponibilidade

A Lei 13.954/19 criou o adicional de compensação por disponibilidade militar, regulamentado pelo Decreto nº 10.471, de 24 de agosto de 2020, sendo vedada a concessão cumulativa com o adicional de

¹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 1645/2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0ixogo8uexypwvinnktr0ufdi9388310.node0?codteor=1721716&filename=PL+1645/2019. Acesso em: 18 dez. 2021.

Martha Abrahão Jorge Moreira; Gabriela Maria Negreiros
Albuquerque

tempo de serviço, assegurado, caso o militar faça jus a ambos os adicionais, o recebimento do mais vantajoso.

O adicional de compensação por disponibilidade militar é a parcela remuneratória mensal devida ao militar em razão da disponibilidade permanente e da dedicação exclusiva no decorrer de sua carreira. Cabe salientar que a agregação para ocupar cargo civil temporário e o exercício cumulativo de cargo efetivo civil da área de saúde, nos termos do disposto no inciso III do § 3º do art. 142 da Constituição, e os afastamentos temporários da atividade militar remunerados não prejudicam ou alteram o valor do direito do militar à percepção do adicional de compensação por disponibilidade militar.

Entretanto, existe uma corrente que entende que o referido percentual é questionável, uma vez que fere o princípio da igualdade previsto na Constituição Federal. Se o Adicional de Disponibilidade tem a função de remunerar o militar por sua dedicação exclusiva, não existe razão para essa diferenciação de percentual, uma vez que todos os militares, seja praça ou oficial, estão em dedicação da mesma forma.

O Supremo Tribunal Federal (STF), por unanimidade, decidiu que o Poder Judiciário não pode, com fundamento no princípio da isonomia, estender o percentual máximo de 41% do adicional de compensação por disponibilidade militar, destinado às mais altas patentes, a todos os integrantes das Forças Armadas. A decisão se deu no julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1341061, com repercussão geral reconhecida (Tema 1.175).

O ministro, ao votar pelo desprovimento do recurso, ressaltou que a jurisprudência do Supremo (Súmula Vinculante 37) se firmou no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário aumentar vencimentos ou estender vantagens a servidores públicos civis e militares com fundamento no princípio da isonomia.

A tese de repercussão geral fixada no julgamento foi a seguinte:

Contraria o disposto na Súmula Vinculante 37 a extensão, pelo Poder Judiciário e com fundamento no princípio da isonomia, do percentual máximo previsto para o Adicional de

Compensação por Disponibilidade Militar, previsto na Lei 13.954/2019, a todos os integrantes das Forças Armadas.

Portanto, na avaliação do presidente do STF, a previsão de percentuais escalonados para o pagamento do adicional de compensação por disponibilidade, conforme posto ou graduação do militar, não é justificativa juridicamente hábil para motivar a interferência do Poder Judiciário na criação de hipótese nova. A opção pela adoção de valores variáveis, a seu ver, representa escolha essencialmente política, baseada nas características próprias da carreira.

Assim, a diferenciação entre os percentuais não ofende o princípio da isonomia, pois considera os pilares da hierarquia e da disciplina, princípios estruturantes das Forças Armadas.

3 PENSÃO MILITAR: CONSIDERAÇÕES GERAIS

3.1 Conceito

De acordo com o artigo 71 do Estatuto dos Militares: “A pensão militar destina-se a amparar os beneficiários do militar falecido ou extraviado e será paga conforme o disposto em legislação específica.”

Trata-se, portanto, como já mencionado, de instituto voltado à proteção e amparo da família do militar falecido. A pensão militar pode então ser compreendida como um “seguro estatal” decorrente dos riscos e exigências inerentes à atividade militar, cujo escopo é garantir uma proteção aos familiares do militar que vier a óbito.²

3.2 Origem histórica da pensão militar: uma breve síntese

As origens da pensão militar, no Brasil, remontam ao Século XVIII, quando criado o Plano de Montepio Militar dos Oficiais do Corpo da

² Nesse sentido, ver: SISTEMA DE PROTEÇÃO SOCIAL DOS MILITARES DAS FORÇAS ARMADAS. **Definição.** Disponível em: <https://www.marinha.mil.br/spsm/content/defini%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 12 dez. 2021.

Martha Abrahão Jorge Moreira; Gabriela Maria Negreiros Albuquerque

Marinha, em 23 de setembro de 1795. Esse documento foi o primeiro ensaio no sentido de assegurar à família do militar falecido assistência condigna e compatível com o ambiente social em que vivia. Portanto, o advento da pensão militar tem uma historicidade que antecede mesmo ao movimento previdenciário no Brasil, cuja origem é atribuída à Lei Eloy Chaves de 1923.

O Decreto nº 32.389/1953 definia, no seu artigo primeiro, quais pensões eram consideradas “pensões militares”. As pensões militares eram o montepio, o meio-soldo e a pensão especial.

O Montepio era a pensão igual a quinze vezes a cota mensal da contribuição; o Meio-soldo era a pensão devida aos herdeiros dos oficiais transferidos para a inatividade, concedida em função do posto atingido pelo oficial e do seu tempo de serviço; e a pensão especial, que substituída o meio-soldo e o montepio, era devida aos herdeiros dos militares falecidos em virtude de acidente em serviço ou moléstia nele adquirida, na defesa da ordem, das instituições e do regime, em campanha ou em consequência de agressão inimiga.

O Decreto nº 49.096/1960 substituiu o Montepio, o meio-soldo e a pensão especial pelo benefício da pensão militar criada pela Lei nº 3.765, de 4 de maio de 1960.

3.3 A Medida Provisória nº 2.215-10: uma medida provisória “permanente”

Atualmente, as medidas provisórias, em regra, perderão eficácia, desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de sessenta dias, prorrogável, uma vez por igual período, devendo o Congresso Nacional disciplinar, por decreto legislativo, as relações jurídicas delas decorrentes.³

O motivo pelo qual a Medida Provisória nº 2.215-10, de 31 de agosto de 2001, continua em vigor, definindo quase todas as regras sobre a lei de remuneração dos militares das Forças Armadas, é oriundo do Art. 2º, da Emenda Constitucional nº 32, de 11 de setembro de 2001, que definiu que

³ Conforme artigo 62, §3º, da Constituição.

as medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação daquela emenda continuariam em vigor até que medida provisória ulterior as revogasse explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.

Cabe salientar, que até o momento não houve manifestação do Congresso Nacional revogando ou deliberando sobre o tema abordado na MP 2215-10/2001.

3.4 Aplicação do direito

A Lei que vigora para habilitação dos beneficiários é a norma vigente na data do óbito⁴ do militar, assim para os que faleceram antes de 2001, se aplica a Lei 3765/60, para os falecidos após 2001, aplica-se a Medida Provisória nº 2.215-10/2001. Ainda, para os militares falecidos após 17 de dezembro de 2019, aplicam-se as alterações promovidas pela Lei 13.954/2019.

3.5 Concessão da pensão militar às filhas maiores de 21 anos

Após o advento da Constituição de 1988, tornou-se controversa a concessão da pensão militar às filhas maiores de 21 anos e capazes, sob o argumento de afronta ao princípio da igualdade entre homens e mulheres, expresso no art. 5º, I do Diploma Maior.

Em que pese o comando constitucional formador do instituto da igualdade formal – consagrada no liberalismo clássico – é preciso buscar o alcance da igualdade material, presente em diversos diplomas infraconstitucionais e na própria Constituição, tendo em vista que a igualdade material tem como objetivo orientar as leis, para que tratem igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.

⁴ Súmula nº 340 do STJ: A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado.

Martha Abrahão Jorge Moreira; Gabriela Maria Negreiros Albuquerque

O benefício da Pensão Militar para a filha maior decorre da relação do fato gerador, que ocorre com o óbito do instituidor, durante a vigência da Lei 3.765/1960, válida até 29/12/2000, ou, se após, com o falecimento do militar que contribuiu com 1,5% para a manutenção dos benefícios da Lei 3.765/1960. Cabe ressaltar que a filha, se do mesmo leito (filha do instituidor com a viúva/companheira pensionada), só receberá o benefício depois do falecimento de sua mãe.

A administração pública, por meio do Tribunal de Contas da União, já se pronunciou acerca da constitucionalidade e legalidade da concessão. Além do TCU, o Superior Tribunal de Justiça, teve a oportunidade de manifestar-se sobre o tema, opinando, pela constitucionalidade da concessão do benefício:

Acórdão TCU 797/2005, de 17/05/2005.

Ementa

Pensão Militar. Concessão inicial. Filhas maiores de 21 anos. Assegurada manutenção dos benefícios previstos na redação original da Lei 3.765/60, mediante contribuição específica dos atuais militares, consoante o artigo 31 da Medida Provisória 2.131/2000. Verificação da contribuição realizada pelo ex-militar. Legalidade. Registro.

STJ - Recurso Especial Nº 871.269 - RJ (2006/0161069-7)

Ementa

Recurso especial da União. Pensão militar. Filha maior e capaz. Art. 7º da Lei nº 3.765/60. Art. 31 da Medida Provisória nº 2.215-10/01. Regra de transição. Contraprestação realizada pelo instituidor do benefício. 1. O benefício de pensão por morte de servidor militar, regulado pela Lei nº 3.765/60, foi parcialmente alterado pela Medida Provisória nº 2.215-10/01. 2. Os que eram militares na data da entrada em vigor da mencionada medida provisória adquiriram o direito de manter, no rol de beneficiários, filha maior e capaz, tal como previsto no art. 7º da Lei nº 3.765/60, desde que optassem por contribuir com mais 1,5% de sua remuneração, além dos 7,5% obrigatórios. A regra de transição entre o novo e o antigo regime de pensão militar está diretamente ligada a essa contraprestação específica. 3. Verificada, como na espécie, a contribuição realizada pelo servidor consoante o art. 31 da Medida Provisória nº 2.215-10/01, é assegurada à filha capaz maior de 21 anos a manutenção da pensão prevista na redação original da Lei nº 3.765/60, art. 7º. 4. Recursos especiais da ex-mulher e da filha, não-conhecidos, e recurso especial da União, provido.

A redação do art. 31 da MP nº 2.215-10/2001, que dispõe sobre a contribuição específica de 1,5% (um vírgula cinco por cento), deixa clara a intenção do legislador de assegurar ao militar o direito à manutenção dos benefícios previstos na Lei nº 3.675/1960, dentre os quais se inclui o pensionamento das filhas maiores de 21 anos.

Ocorrem muitos equívocos na interpretação do benefício da Pensão Militar para a filha maior em qualquer condição, a seguir: “aos filhos de qualquer condição, exclusive os maiores do sexo masculino, que não sejam interditos ou inválidos”. O termo qualquer condição se refere tanto ao estado civil (solteira, casada, divorciada, viúva, etc.), quanto à idade e capacidade civil.

Com isso, pouco importa o estado civil e idade da filha maior quando o instituidor tiver realizado a contribuição específica ou tiver falecido antes da edição da MP nº 2.215-10/2001: nesse caso bastará à requerente comprovar sua filiação, ausência de cumulação de benefícios fora dos limites constitucionais autorizados e inexistência de beneficiário de ordem prioritária (por exemplo, viúva que seja sua genitora).

4 MUDANÇAS ORIUNDAS DA LEI 13.954/19 NA PENSÃO MILITAR

4.1 Contribuintes obrigatórios

Com as alterações promovidas pela Lei 13.954/2019, todos os militares (o que abrange os militares da ativa, reserva remunerada e reformados) e seus pensionistas passaram a ser contribuintes obrigatórios da pensão militar.

Antes da referida Lei, os seguintes militares não eram obrigados a contribuir com a pensão militar:

- (a) o aspirante da Escola Naval e o aluno das escolas, centros ou núcleos de formação de oficiais e de praças e das escolas preparatórias e congêneres;
- (b) cabos, soldados, marinheiros e taifeiros, com menos de dois anos de efetivo serviço.

Martha Abrahão Jorge Moreira; Gabriela Maria Negreiros
Albuquerque

Além deles, os pensionistas militares também não possuíam desconto relativo à contribuição com a pensão militar.

Abaixo, segue quadro comparativo que resume a situação ora exposta:

Antes de 01/01/20 (Lei de pensões militares, com alterações da Medida Provisória nº 2.215-10/01)	A partir de 01/01/20 (Lei de pensões militares, com alterações da Lei nº 13.954/19)
Todos os militares * Exceto: - Aspirante da Marinha - Aluno das escolas, centros ou núcleos de formação de oficiais e de praças e das escolas preparatórias e congêneres; - Cabos, soldados, marinheiros e taifeiros, com menos de dois anos de efetivo serviço.	Todos os militares * Inclui: - Aspirante da Marinha - Aluno das escolas, centros ou núcleos de formação de oficiais e de praças e das escolas preparatórias e congêneres; - Cabos, soldados, marinheiros e taifeiros, com menos de dois anos de efetivo serviço.
	Pensionistas

Oportuno destacar que a universalização da contribuição foi um dos aspectos positivos levantados na exposição de motivos do projeto de lei que deu origem à Lei 13.954/2019, veja-se:

10. Em relação à Lei nº 3.765, de 4 de maio de 1960, que dispõe sobre as Pensões Militares, as alterações mais importantes visam universalizar a contribuição para custeio da pensão militar, incluindo os pensionistas em seu financiamento, adequar as alíquotas de contribuição e definir

encargos pela assistência médico-hospitalar e social prestada aos dependentes do militar falecido.⁵

Diante da especificidade do regime previdenciário militar, conforme já tratado na introdução do presente artigo, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou pela constitucionalidade da cobrança de contribuição previdenciária sobre proventos de militares da reserva e reformados ao julgar o RE 596701, com repercussão geral. Segue a ementa do julgado:

CONSTITUCIONAL.
ADMINISTRATIVO. MILITAR INATIVO. REGIME
PREVIDENCIÁRIO DISTINTO
DOS SERVIDORES CIVIS. INAPLICABILIDADE AOS
MILITARES DO DISPOSTO NOS §§ 7º E 8º DO ART. 40,
DA CRFB. COBRANÇA DE CONTRIBUIÇÃO
PREVIDENCIÁRIA. POSSIBILIDADE. 1. A Constituição
Federal, após as alterações promovidas pelas Emendas
Constitucionais 03/1993 e 18/1998, separou as categorias de
servidores, prevendo na Seção II as disposições sobre
“Servidores Públicos” e na Seção III, artigo 42, as
disposições a respeito “dos Militares dos Estados, do Distrito
Federal e dos Territórios”, dissociando os militares da
categoria “servidores públicos”, do que se concluiu que
os militares, topograficamente, não mais se encontram na
seção dos servidores públicos e etimologicamente não são
mais pela Constituição denominados servidores, mas
apenas militares. 2. Há sensíveis distinções entre
os servidores públicos civis e os militares, estes classificados
como agentes públicos cuja atribuição é a defesa da Pátria,
dos poderes constituídos e da ordem pública, a justificar a
existência de um tratamento específico quanto à previdência
social, em razão da sua natureza jurídica e dos serviços que
prestam à Nação, seja no que toca aos direitos, seja em
relação aos deveres. Por tal razão, é necessária a existência de
um Regime de Previdência Social dos Militares (RPSM)
distinto dos Regimes Próprios de Previdência Social (RPPS),
sendo autorizado constitucionalmente o tratamento da
disciplina previdenciária dos militares por meio de lei
específica. Precedentes do STF: RE 198.982/RS, Rel. Min.
Ilmar Galvão; RE 570.177, Rel. Min. Ricardo Lewandowski).
3. A ausência de remissão, pelo Constituinte, a outros
dispositivos do art. 40 no texto do art. 42, §1º, bem como do
art. 142, configura silêncio eloquente, como já concluiu a
Corte em relação à inaplicabilidade da regra do salário

⁵ CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 1645/2019. Disponível em:
https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0ixogo8uexypwvinnktr0ufdi9388310.node0?codteor=1721716&filename=PL+1645/2019. Acesso em: 18 dez.
2021.

Martha Abrahão Jorge Moreira; Gabriela Maria Negreiros Albuquerque

mínimo aos militares, por não fazerem os artigos 42 e 142 referência expressa a essa garantia prevista no art. 7º, IV. É inaplicável, portanto, aos militares a norma oriunda da conjugação dos textos dos artigos 40, § 12, e artigo 195, II, da Constituição da República, sendo, portanto, constitucional a cobrança de contribuição sobre os valores dos proventos dos militares da reserva remunerada e reformados. Precedentes do STF: ADO 28/SP, Rel. Min. Cármen Lúcia; RE 785.239-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli; ARE 781.359-AgR.6

Resta claro, portanto, que, de modo diverso do que ocorre no meio civil, os militares que já não estão mais na ativa também são contribuintes da pensão militar. Com efeito, a lei 3765/1960 (com as alterações promovidas pela lei 13.954/2019) não excepciona os militares da reserva e os reformados da obrigação contributiva, prevendo de modo amplo em seu artigo primeiro que são contribuintes da pensão militar “[...] todos os militares das Forças Armadas e os seus pensionistas.”

Em face do exposto, observa-se que a alteração para um sistema de contribuição universal representou um importante meio para a manutenção do equilíbrio financeiro para o custeio do sistema de proteção social dos militares.

4.2 Reajuste de alíquota de contribuição obrigatória

A lei 13.954/2019 promoveu ainda um ajuste progressivo da alíquota de contribuição para a pensão militar, que incide sobre as parcelas que compõem os proventos na inatividade e sobre o valor integral da quota-parte percebida a título de pensão militar, estabelecendo a partir de 1º de janeiro de 2020, a alteração da alíquota de 7,5% para 9,5% da remuneração bruta. Já em 1º de janeiro de 2021, a alíquota passou de 9,5% para 10,5% da remuneração bruta.

Além da contribuição obrigatória, os militares optantes pela manutenção da contribuição adicional de 1,5% da remuneração bruta (art. 31 da MP nº 2.215-10/01) continuam a contribuir com esse percentual,

⁶ STF. RE 596701/MG. Min. Relator Edson Fachin. Tribunal Pleno. Julgado em 20/04/2020.

resultando em uma contribuição total de 12% (10,5% obrigatória e 1,5% referente à contribuição especial).

O aqui exposto pode ser sintetizado na tabela abaixo:

ALÍQUOTA DE CONTRIBUIÇÃO PARA A PENSÃO MILITAR	
A partir de 01/01/20	9,5% da remuneração bruta
A partir de 01/01/21	10,5% da remuneração bruta

Por fim, deve-se pontuar que a referida Lei estabeleceu que, somente a partir de 1º de janeiro de 2025, a União poderá alterar, por lei ordinária, as alíquotas de contribuição, nos termos e limites definidos em lei federal.

4.3 Contribuição específica de 1,5%, benefícios assegurados e incidência de contribuição extraordinária para pensionistas

Com o advento da MP nº 2.215-10/2001 e as alterações dela resultantes, foi estabelecida uma regra de transição. Nesse sentido, os militares que desejassem manter os benefícios previstos na Lei 3.765/60 até 29 de dezembro de 2000 poderiam assim proceder desde que efetuassem contribuição específica de 1,5% sobre as parcelas do soldo.

Pela redação original da MP, a renúncia da contribuição específica de 1,5%, em caráter irrevogável⁷ e de forma expressa, deveria ser realizada até o prazo limite de 31 de agosto de 2001. Contudo, a Lei 13.954/2019, em seu artigo 14, possibilitou que a renúncia ocorresse a qualquer tempo, revogando expressamente o dispositivo da MP sobre o mesmo tema. Assim, hoje os militares que realizam essa contribuição podem requerer a sua

⁷ Art. 31, § 1º: Poderá ocorrer a renúncia, em caráter irrevogável, ao disposto no caput, que deverá ser expressa até 31 de agosto de 2001.

Martha Abrahão Jorge Moreira; Gabriela Maria Negreiros Albuquerque

renúncia a qualquer tempo, sem que haja, contudo, direito à restituição dos valores já descontados.⁸

Oportuno registrar que, para os militares contribuintes de 1,5%, estão os benefícios previstos na Lei nº 3.765/60, referentes à habilitação, de acordo com a ordem de prioridade estabelecida pela referida Lei:

- (a) habilitação da filha de qualquer condição. As filhas: solteiras, casadas, separadas judicialmente, divorciadas, mesmo que sejam maiores de idade e recebam remuneração, respeitado o teto constitucional e limite de acumulação de benefícios, serão habilitadas à pensão inicial, por reversão ou por transferência;
- (b) habilitação da mãe viúva, solteira ou desquitada, e do pai inválido ou interdito, dispensada comprovação de dependência econômica;
- (c) habilitação dos netos, órfãos de pai e mãe, nas mesmas condições dos filhos;
- (d) habilitação das irmãs solteiras, viúvas ou desquitadas, sendo observada a ordem de prioridade estabelecida na Lei nº 3.765/60;
- (e) habilitação dos irmãos menores mantidos pelo contribuinte, ou maiores interditos ou inválidos;
- (f) habilitação do beneficiário instituído que vivia na dependência do militar e que não seja do sexo masculino e maior de 21 anos, salvo se for interdito ou inválido.

Ainda, em virtude da contribuição específica de 1,5%, é permitida a acumulação por parte dos beneficiários de duas pensões militares ou de uma pensão militar com proventos de disponibilidade, reforma, vencimentos, aposentadoria, ou pensão proveniente de um único cargo civil. Cabe salientar que rendimentos, pensões e aposentadorias oriundos de contribuição para a previdência privada não são considerados para fins de acumulação.

Mister pontuar que a Lei 13.954/19 inovou ao dispor que os pensionistas militares deverão arcar com uma contribuição extraordinária, além da contribuição obrigatória. Desse modo, as filhas não inválidas

⁸ Ver artigo 14 da Lei 13954/2019.

pensionistas vitalícias devem pagar uma contribuição extraordinária de 3% (três por cento), além da contribuição obrigatória de 10,5%. Já os demais pensionistas (excetuadas as filhas não inválidas pensionistas vitalícias) pagam alíquota de 1,5%, se o instituidor tiver falecido a partir de 29/12/2000 e optado pela referida contribuição. Veja-se o quadro-resumo abaixo:

PENSIONISTAS DE MILITARES (A partir de 01/01/2000)	
Filhas não inválidas pensionistas vitalícias	3%
Demais pensionistas, cujo instituidor tenha falecido a partir de 29/12/2000 e optado pela contribuição adicional de 1,5%	1,5%

Por exemplo, uma filha vitalícia que percebe a pensão militar do seu pai terá descontado em 2021 a alíquota de contribuição para a pensão militar de 10,5% + 3% de contribuição extraordinária, o valor total de 13,5%. Por oportuno, outro exemplo a título de elucidação, uma viúva cujo instituidor tenha falecido a partir de 29/12/2000 e optado pela contribuição adicional de 1,5%, o desconto em 2021 será de 10,5% + 1,5% = 12%.

4.4 Alteração do rol de beneficiários para pessoa separada de fato, separada judicialmente ou divorciada do instituidor, ou ao ex-convivente, desde que perceba pensão alimentícia

Beneficiário é a pessoa declarada pelo militar por meio de Declaração de Beneficiários Inicial ou Declaração de Beneficiários em Aditamento, que fará jus à habilitação da pensão militar, dentro da ordem preferencial estabelecida no art. 7 da Lei 3.765/1960.

A Lei 13.954/19 promoveu uma mudança no que tange à quota de pensão destinada a pessoa separada de fato, separada judicialmente ou divorciada do instituidor, ou ao ex-convivente, desde que perceba pensão alimentícia.

Com efeito, a partir da lei de 2019, o artigo 7º da Lei de Pensões passou a prescrever, em seu parágrafo 2º-A, que a cota para essas beneficiárias

Martha Abrahão Jorge Moreira; Gabriela Maria Negreiros
Albuquerque

corresponderá à pensão alimentícia judicialmente arbitrada. Portanto, se uma ex-esposa perceber 10% de pensão alimentícia, sua pensão militar corresponderá à pensão alimentícia judicialmente arbitrada no valor de 10%.

Todavia, importa grifar que para os militares falecidos antes da publicação da Lei 13.954/19, continua sendo aplicado o regramento previsto pela MP 2215/10, pelo qual a pessoa desquitada, separada judicialmente, divorciada do instituidor ou a ex-convivente, que percebam pensão alimentícia, dividirão a pensão em partes iguais com o cônjuge/companheiro ou com os filhos do instituidor. Ademais, cabe notar a ausência da previsão da “pessoa separada de fato” pela Medida Provisória.

4.4.1 Quadro comparativo dos beneficiários

Lei nº. 3765/60	MP 2.215-10/01	Lei 13.954/2019
1- À viúva;	1 - cônjuge; ex-cônjuge pensionada ou companheira (o);	1- cônjuge ou companheiro designado ou que comprove união estável como entidade familiar; 2 - pessoa separada de fato, separada judicialmente ou divorciada do instituidor, ou ex-convivente, desde que perceba pensão alimentícia.

Lei nº. 3765/60	MP 2.215-10/01	Lei 13.954/2019
<p>2 - Filhos de qualquer condição, exclusive os maiores do sexo masculino, que não sejam interditos ou inválidos*;</p> <p>3 - aos netos, órfãos de pai e mãe, nas condições estipuladas para os filhos;</p> <p>4 - a mãe viúva, solteira ou desquitada, e ao pai inválido ou interdito;</p>	<p>2 - Filhos, enteados, menor sob guarda ou tutela até vinte e um anos de idade ou até vinte e quatro anos de idade, se estudantes universitários ou, se inválidos, enquanto durar a invalidez;</p> <p>A invalidez deve ser preexistente ao óbito do instituidor e atestada por junta médica militar;</p> <p>* Sem previsão para netos</p> <p>4 - a mãe e o pai que comprovem <u>dependência econômica</u> do militar;</p>	<p>Previsão da MP 2215/01 mantida.</p> <p>Previsão da MP 2215/01 mantida.</p>

Martha Abrahão Jorge Moreira; Gabriela Maria Negreiros
Albuquerque

Lei nº. 3765/60	MP 2.215-10/01	Lei 13.954/2019
5 - às irmãs germanas e consanguíneas, solteiras, viúvas ou desquitadas, bem como aos irmãos menores mantidos pelo contribuinte, ou maiores interditos ou inválidos;	5 - o irmão órfão, até vinte e um anos de idade ou, se estudante universitário, até vinte e quatro anos de idade, e o inválido, enquanto durar a invalidez, comprovada a dependência econômica do militar;	Previsão da MP 2215/01 mantida.
6 - ao beneficiário instituído , desde que viva na <u>dependência do militar</u> e não seja do sexo masculino e maior de 21 (vinte e um) anos, salvo se for interdito ou inválido permanentemente;	6 - a pessoa designada , que viva na <u>dependência econômica</u> do militar, sendo <u>menor de vinte e um</u> anos de idade ou inválida (enquanto durar a invalidez), ou <u>maior de sessenta</u> anos de idade;	REVOGADO

Como já mencionado, para saber qual a norma de incidência, será necessário verificar a data do óbito do instituidor e, ainda, se o militar realizava ou não a contribuição específica de 1,5%.

Por exemplo: se o militar faleceu antes da MP 2215-10/01, serão aplicáveis as regras da Lei 3.765/60 em sua redação original. Já se o militar faleceu após a MP 2215-10/01 e não contribuía com o 1,5%, poderá incidir o regramento da própria MP ou da Lei 13.954/2019 caso o óbito seja posterior à entrada em vigor dessa lei.

O companheiro não designado é aquele que não foi declarado como beneficiário pelo militar, não constando nos sistemas da Administração

Militar. Com a edição do Decreto 10.742/2021, que regulamenta a Lei de Pensões Militares, foi expressamente previsto o meio pelo qual o companheiro não designado como beneficiário pelo militar-instituidor poderá comprovar a união estável. Nesse diapasão, o artigo 12,§7º prescreve que o companheiro não designado poderá apresentar:

- I - decisão judicial de reconhecimento de união estável;
- II - certidão de casamento religioso entre o militar instituidor da pensão e o requerente;
- III - escritura pública declaratória de união estável atualizada feita em vida entre o instituidor e o requerente; ou
- IV - disposições testamentárias em que o militar instituidor da pensão declare o requerente como companheiro.

Interessante notar que o parágrafo 8º do referido artigo também permite à Administração exigir outros documentos com o escopo de comprovar a existência da união estável.

4.5 Divisão da pensão militar

A pensão militar deixada pelo instituidor denomina-se pensão tronco, sendo esta dividida entre os pensionistas nas denominadas cotas-partes.

Até a publicação da Lei 13.954/2019, a divisão da pensão ocorria da seguinte forma:

- (a) 50% entre a viúva e a ex-esposa pensionada e a companheira e a ex-companheira pensionada quando for o caso;
- (b) 50% entre os filhos. As cotas dos filhos são incorporadas pelas respectivas genitoras.

Todavia, com a Lei 13.954/2019, o ex-cônjuge/companheiro passou a receber cota equivalente à pensão alimentícia arbitrada judicialmente. Destarte, suprimida a sua cota, a fração restante é dividida entre os demais beneficiários seguindo o regramento já mencionado. Portanto, por exemplo, do total de 100%, após deduzido o montante do valor de pensão alimentícia (10%), os 90% serão divididos: metade do valor remanescente caberá aos

beneficiários (45% para viúva ou companheira, e 45% para os filhos e, em sendo a viúva/companheira sua genitora, sua cota ficará a ela incorporada).

4.6 Prescrição e reserva de cotas

A pensão militar pode ser requerida a qualquer tempo, entretanto, os pagamentos mensais ficam condicionados à prescrição de cinco anos, prevista no art. 28 da Lei nº 3.765/1960, contados da data de protocolo do requerimento.

Quanto à prescrição, importante esclarecer que as disposições do Decreto 10.742/2021 trouxeram significativa alteração na sistemática de reserva de cotas, de modo que nem sempre o requerente terá direito às parcelas vencidas nos cinco anos anteriores.

Consoante explanação que segue, é possível inferir que a intenção da norma foi evitar ao máximo a existência de cotas em reserva por prazos indeterminado. Com efeito, não é incomum que um beneficiário fique inerte por anos quanto ao seu interesse na pensão, prejudicando com isso os demais beneficiários já habilitados. Isso porque esses pensionistas podem requerer a transferência da cota apenas quando ocorrer alguma das situações elencadas no artigo 23 da Lei 3765/60, como a renúncia expressa ou óbito do beneficiário.

Assim, buscando equalizar os interesses dos beneficiários já habilitados e dos beneficiários que se habilitam após mais de doze meses após o óbito do instituidor, o Decreto em comento previu regramentos específicos para a reserva de cotas conforme se trate de beneficiário conhecido ou não conhecido pela Administração Militar.

4.6.1. Reserva de cota na hipótese de existência de beneficiário não conhecido

De início, releva elucidar que o beneficiário não conhecido é aquele que não foi declarado em Declaração de Beneficiários pelo militar nem

possui vínculo comprovado por documento público oficial, tal qual uma certidão de nascimento.

De acordo com a nova sistemática prescrita pelo Decreto 10.742/2021 em seu artigo 14, *caput* e parágrafo primeiro, quando um beneficiário não conhecido requerer a sua habilitação e já existir algum outro beneficiário no gozo da pensão, sua cota somente ficará em reserva a partir da data de seu requerimento. O próprio direito à pensão, nesse caso, terá por termo inicial o requerimento, e não a data do óbito do instituidor, ainda que não transcorrido o prazo prescricional de cinco anos.⁹

Todavia, na hipótese de ainda não existir nenhum beneficiário habilitado, o direito do beneficiário não conhecido retroagirá à data do óbito, observada a prescrição quinquenal. Esse raciocínio pode ser extraído da análise *a contrario sensu* do *caput* do artigo 14.

4.6.2 Reserva de Cota na hipótese de existência de beneficiário potencialmente conhecido

A situação é diferente quando existir um beneficiário potencialmente conhecido, isto é, aquele que a Administração Militar tem conhecimento da existência, seja por constar em Declaração de Beneficiário do instituidor, seja por haver documento público oficial que comprove seu vínculo com o militar.

Logo, se um requerente realizar o pedido de pensão e for verificada a existência de um beneficiário em potencial, a cota deste ficará em reserva pelo prazo de doze meses (a contar do óbito do militar). Após esse prazo, se o beneficiário em potencial não tiver se habilitado, os beneficiários já habilitados poderão requerer a transferência dessa cota em reserva.¹⁰

⁹ Art. 14. A habilitação de beneficiário não conhecido pela administração militar, com base em documento oficial ou em declaração de beneficiários, cujo processo se inicie após o deferimento da pensão aos beneficiários até então habilitados, somente produzirá efeito a partir da data do pedido de habilitação.

§ 1º Na hipótese prevista no *caput*, a administração militar reservará a quota a que faria jus o habilitando, a partir da data do pedido de habilitação.

¹⁰ Conforme artigo 14, §3º: § 3º Na hipótese prevista no § 2º, a administração militar somente manterá a reserva pelo prazo de doze meses, contado da data do óbito do militar.

Martha Abrahão Jorge Moreira; Gabriela Maria Negreiros Albuquerque

Obviamente, se já transcorridos mais de doze meses do óbito do militar, não há que se falar em reserva de cota, visto que o artigo 14, §2º e §3º, do Decreto, determina que esse prazo seja contado a partir do óbito do instituidor.

TERMO INICIAL		
	Beneficiário Não Conhecido	Beneficiário Potencialmente Conhecido
Se já houver beneficiário habilitado	A partir da data do pedido de habilitação	Reserva de cota pelo período de 12 meses, contado da data do óbito do militar
Se ainda não houver beneficiário habilitado	A partir do óbito do militar, observada a prescrição quinquenal	A partir do óbito do militar, observada a prescrição quinquenal

4.7 Pensão proporcional Oficial/Praça demitido

A referida Lei estabeleceu que o oficial da ativa, da reserva remunerada ou reformado, contribuinte obrigatório da pensão militar, que perder posto e patente, deixará aos seus beneficiários a pensão militar correspondente ao posto que possuía, no valor proporcional ao tempo de serviço.

A praça contribuinte da pensão militar com mais de 10 (dez) anos de serviço, expulsa ou não relacionada como reservista por efeito de sentença ou em decorrência de ato da autoridade competente deixará aos seus beneficiários a pensão militar correspondente à graduação que possuía, com valor proporcional ao tempo de serviço.

5 DA ACUMULAÇÃO DA PENSÃO MILITAR

De acordo com a atual redação da Lei de Pensões, é permitida a acumulação:

- (a) de uma pensão militar com proventos de disponibilidade, reforma, vencimentos ou aposentadoria;
- (b) de uma pensão militar com a de outro regime, observado o disposto no art. 37, inciso XI, da Constituição Federal.

Oportuno ressaltar que aos beneficiários dos militares que optaram pela contribuição específica de 1,5%, prevista no art. 31 da Medida Provisória nº 2.215-10, é permitida a acumulação prevista na redação originária do art. 29 da Lei nº 3.765/1960, que estabelece o seguinte:

- (a) de duas pensões militares;
- (b) de uma pensão militar com proventos de disponibilidade, reforma, vencimentos, aposentadoria ou pensão proveniente de um único cargo civil.

Sobre a impossibilidade de acúmulo de benefícios oriundos de cofres públicos fora dos parâmetros autorizados em lei, oportuno transcrever a ementa dos julgados abaixo do Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO. FILHA DE MILITAR. ACUMULAÇÃO DE PENSÃO MILITAR COM APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO AO INSS E PENSÃO POR MORTE DE EX-CÔNJUGE. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE OPÇÃO POR UM DOS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS PARA PERCEPÇÃO DA PENSÃO MILITAR. EXEGESE DO ART. 29 DA LEI N. 3.765/1960, COM REDAÇÃO VIGENTE NA DATA DO ÓBITO DO MILITAR.

1. No caso, a recorrente percebe dois benefícios previdenciários

(aposentadoria por tempo de contribuição e pensão por morte do ex-cônjuge), questionando o ato da administração do Comando da Aeronáutica que lhe exigiu a entrega do comprovante de opção por um dos benefícios previdenciários para deferimento do pedido da reversão da pensão militar por morte de seu genitor (ocorrida em 28/7/1976), antes percebida por sua falecida genitora.

2. "Art. 29 - É permitida a acumulação: a) de duas pensões militares; b) de uma pensão militar com proventos de disponibilidade, reforma, vencimentos, aposentadoria ou

Martha Abrahão Jorge Moreira; Gabriela Maria Negreiros Albuquerque

pensão proveniente de um único cargo civil" (Lei n. 3.765/1960, com redação vigente na data do óbito do militar).
3. A acumulação de benefícios percebidos do cofres públicos deve ser interpretada restritivamente, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade. Deve, pois, a recorrente renunciar a um dos benefícios previdenciários se quiser perceber a pensão militar. Recurso especial improvido.¹¹

ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO MILITAR. FALECIMENTO APÓS A NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 29 DA LEI N. 3.765/60. PENSÃO PÓS-MORTE. CUMULAÇÃO COM OUTROS DOIS BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Com o advento da Medida Provisória nº 2215-10, de 31.08.2001, o art. 29 da Lei n. 3.765/60 passou a autorizar a acumulação de pensão militar somente com (i) proventos de disponibilidade, reforma, vencimento ou aposentadoria; (ii) com pensão de outro regime. Não mais se contempla a hipótese de acumulação, pelo beneficiário do militar falecido, de duas pensões militares, sendo permitida a acumulação "de uma pensão militar com a de outro regime".

2. Não houve, todavia, a exclusão da limitação "de um único cargo civil" existente na parte final da redação original do referido art. 29 da Lei n. 3.765/60, a fim de ampliar a incidência da norma e criar uma terceira hipótese de acumulação de benefício, de pensão militar com dois benefícios previdenciários (aposentadoria e pensão por morte).

3. Neste panorama jurídico-processual, à míngua de autorização legal, não é lícita a pretensão da recorrida à tríplex acumulação - de pensão militar pelo falecimento de seu genitor, pensão do IPERJ pelo falecimento de sua genitora e aposentadoria da Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro.

4. Recurso especial provido.¹²

A partir da leitura dos julgados acima, infere-se que a jurisprudência do STJ é exatamente no sentido da literalidade da lei, facultando ao beneficiário, todavia, a escolha dos benefícios que lhe forem mais vantajosos por meio do exercício do direito de opção.

6 CONCLUSÃO

Considerando o panorama normativo apresentado no presente artigo, é possível concluir que as peculiaridades da atividade militar resultam,

¹¹ STJ. REsp 1434168/RS. Min Relator Humberto Martins. Julgado em 25/08/2015.

¹² STJ. REsp 1208204/RJ. Min Relator Mauro Campbell Marques. Julgado em 01/03/2012.

efetivamente, em um conjunto de garantias diverso daquele previsto no Regime Geral de Previdência Social, motivo pelo qual na Lei 13.954/19 estabelece-se um Sistema de Proteção Social dos Militares das Forças Armadas.

Nesse contexto, a pensão militar também possui relevantes diferenças se comparada à pensão civil, visto que o militar, em virtude de suas atribuições, possui elevado risco de morte e invalidez de forma precoce. A condição militar submete esse profissional a exigências peculiares, que não são impostas a nenhum outro trabalhador. Dessa forma, o Estado visa ao cumprimento de funções exclusivas, como a defesa da pátria, a garantia dos poderes constitucionais e a garantia da lei e da ordem, as quais devem ser realizadas com fulcro no art. 142, CRFB/88 e Lei complementar 97/1999. Dentre as recentes alterações legislativas na matéria, é possível sintetizar as principais modificações conforme exposição que segue.

O art. 31 da MP 2215-10/2001 estabeleceu uma norma de transição entre o texto anterior e o atual da Lei 3.765/1960, garantindo aos militares que se encontravam vinculados às Forças Armadas antes do dia 29/12/2000, mediante contribuição específica de 1,5% (um vírgula cinco por cento), a manutenção dos benefícios previstos na Lei nº 3.765/60.

A Lei nº 13.954/19 resultou em alterações decorrentes da Reestruturação da Carreira Militar e do Sistema de Proteção Social dos Militares das Forças Armadas. Essa nova lei gerou significativos impactos em termos contributivos, já que todos os militares e seus pensionistas passaram a contribuir para a pensão militar, havendo ainda modificação na alíquota de contribuição e inclusão de uma contribuição extraordinária para as pensionistas vitalícias, nos termos da lei.

No processo de habilitação à pensão militar, a referida Lei promoveu uma mudança no que tange à quota de pensão destinada à pessoa separada de fato, separada judicialmente ou divorciada do instituidor, ou ao ex-convívulo, desde que perceba pensão alimentícia, prescrevendo que a cota corresponderá à pensão alimentícia judicialmente arbitrada.

O Decreto nº 10.742/2021, por sua vez, trouxe à baila modificações sobre o processo de habilitação, diferenciando as consequências caso se trate

Martha Abrahão Jorge Moreira; Gabriela Maria Negreiros Albuquerque

de beneficiário não conhecido ou de beneficiário potencialmente conhecido pela Administração Militar. Com isso, poderá haver a reserva de cota pelo prazo máximo de doze meses, a contar do óbito do instituidor, ou a reserva de cota a contar da data do requerimento administrativo. Ademais, o Decreto nº de 2021 trouxe hipóteses legais para configuração de união estável no caso do companheiro(a) não designado na declaração de beneficiários.

Diante do exposto, observa-se que a legislação tem evoluído para acompanhar, dentre outros aspectos, os percalços econômicos no custeio das pensões militares (restringindo os beneficiários, universalizando os contribuintes e aumentando as alíquotas de contribuição), com a finalidade de garantir maior equidade no tratamento de pensionistas, como por exemplo, a situação das cotas das viúvas e ex-cônjuges que recebem pensão alimentícia e a comprovação de união estável para otimizar o procedimento de habilitação evitando prejuízo aos beneficiários já habilitados (novas disposições de reserva de cotas).

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge Cesar (coord.). *Estatuto dos Militares Comentado*: Lei 6.880, de 09 de Dezembro de 1980. Curitiba: Editora Juruá, 2020.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Decreto nº 10.471, de 24 de agosto de 2020. Regulamenta o adicional de compensação por disponibilidade militar, de que trata o art. 8º da Lei nº 13.954, de 16 de dezembro de 2019. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 25 de agosto de 2020.

BRASIL. Decreto nº 10.742, de 05 de julho de 2021. Regulamenta a Lei nº 3.765, de 4 de maio de 1960, que dispõe sobre as pensões militares. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 06 de julho de 2021.

BRASIL. Lei nº 3.765, de 04 de maio de 1960. Dispõe sobre as pensões militares. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 04 de maio de 1960.

BRASIL. Lei nº 6.880, de 09 de dezembro de 1980. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 de dezembro de 1980.

BRASIL. Lei nº 13.954 de 169 de dezembro de 2019. Altera a Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980 (Estatuto dos Militares), a Lei nº 3.765, de 4 de maio de 1960, a Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964 (Lei do Serviço Militar), a Lei nº 5.821, de 10 de novembro de 1972, a Lei nº 12.705, de 8 de agosto de 2012, e o Decreto-Lei nº 667, de 2 de julho de 1969, para reestruturar a carreira militar e dispor sobre o Sistema de Proteção Social dos Militares; revoga dispositivos e anexos da Medida Provisória nº 2.215-10, de 31 de agosto de 2001, e da Lei nº 11.784, de 22 de setembro de 2008; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 de dezembro de 2019.

BRASIL. Medida Provisória nº 2.215-10, de 03 de agosto de 2001. Dispõe sobre a reestruturação da remuneração dos militares das Forças Armadas, altera as Leis nos 3.765, de 4 de maio de 1960, e 6.880, de 9 de dezembro de 1980, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 01 de setembro de 2001.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 1645/2019*. Disponível em:
https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0ixogo8uexypwvinnktr0ufdi9388310.node0?codteor=1721716&filenam e=PL+1645/2019. Acesso em: 18 dez. 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 35. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2021.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

MARINHA DO BRASIL. *Sistema de Proteção Social dos Militares das Forças Armadas. Definição*. Disponível em:
<https://www.marinha.mil.br/spsm/content/defini%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 12 dez. 2021.

MAGNO, Rodrigo Cardoso. Pensão militar: a legalidade da concessão às filhas maiores de 21 anos e capazes e a controvérsia da ordem de prioridades para seu deferimento. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2732, 24 dez. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/18104>. Acesso em: 05 dez. 2021.

Martha Abrahão Jorge Moreira; Gabriela Maria Negreiros
Albuquerque

MARTINS, A. *Previdência militar: guia de pensões militares* – São Paulo: Scortecci, 2007.

OLIVEIRA, Vanderlei Teixeira de. *Remuneração e previdência dos militares*. Disponível em: <http://www.conint.com.br/livro/a.htm>. Acesso em: 28 nov. 2021.

Aspectos gerais sobre políticas públicas de gênero. Objetivos e desafios

Helena Mercês Claret da Mota

Procuradora de Justiça Militar.

Coordenadora do “Projeto Pró-Igualdade de Gênero e Raça (PPIGR) do Ministério Público Militar – Mostra a cara, MPM!”, da Secretaria de Direitos Humanos, Direito Humanitário e Relações Internacionais do MPM.

Data de recebimento: 10/01/2022

Data de aceitação: 12/01/2022

RESUMO: O trabalho faz uma análise geral sobre o tema da igualdade de gênero e sobre a importância da incorporação da perspectiva de gênero em políticas públicas em nível global. O artigo aborda a conceituação de papéis de gênero e transita sobre a incorporação da perspectiva de gênero em políticas públicas, seus objetivos e desafios, tratando também da igualdade de gênero no serviço público.

PALAVRAS-CHAVE: Gênero. Política pública. Política de gênero.

ENGLISH

TITLE: General Aspects about Gender Public Policies. Goals and Challenges.

ABSTRACT: The paper makes a general analysis on gender equality and the importance of incorporating the gender perspective in public policies worldwide. It begins with the conceptualization of gender roles and goes on the incorporation of gender perspective in public policies, its objectives and challenges, also addressing gender equality in public service.

KEYWORDS: Gender. Public Policy. Gender Policy.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Papéis de gênero – 3 Integração da perspectiva de gênero em políticas públicas – 4 A perspectiva de gênero no serviço público – dados mundiais – 5 Desafios no desenvolvimento e implementação de políticas de gênero – 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A igualdade de gênero se materializa quando mulheres e homens têm direitos, responsabilidades e oportunidades iguais. Toda a sociedade é afetada pela desigualdade de gênero, que gera reflexos em questões como o desenvolvimento social e a prosperidade econômica.

A integração da perspectiva de gênero na elaboração de políticas públicas deve ter como objetivo principal, além da inserção quantitativa de mulheres em diferentes atividades, a busca pela qualidade da inserção, com garantia de igual acesso ao poder, aos recursos e às oportunidades, do trato com dignidade, respeito e justiça.

Entretanto, o objetivo não acontecerá de um dia para o outro. Como mudança em conceitos e gestão, leva tempo e necessita da adoção das melhores práticas para construir uma cultura de promoção da igualdade de gênero voltada para o trabalho, a segurança econômica, a saúde e o bem-estar.

A capacidade de influenciar decisões, participar e dar voz às necessidades e aspirações de cada indivíduo, considerado individualmente e no seu papel social, requer uma variedade de estratégias de igualdade de gênero que envolva a promoção, a divulgação e aplicação dos direitos econômicos e sociais das mulheres e na integração da perspectiva de gênero nas leis, políticas e planejamento em todas as esferas governamentais, por meio do favorecimento ao desenvolvimento coletivo e individual de homens e mulheres e do desenvolvimento da liderança.

De acordo com a Canadian International Development Agency (CIDA)¹:

O empoderamento trata sobre homens e mulheres ganharem controle sobre as suas vidas através da aquisição de competências e capacidades que lhes permitam tomar decisões, determinar escolhas e influenciar as orientações econômicas, sociais e políticas das suas comunidades. O objetivo global do empoderamento deve ser um maior acesso e controle sobre os serviços públicos e sobre os benefícios do crescimento econômico. O empoderamento é tanto um processo como um resultado. Só as mulheres podem dar poder a si próprias para fazer escolhas ou para falar sobre as escolhas em seu próprio nome. Contudo, as instituições, incluindo as agências de cooperação internacional, podem apoiar processos que desenvolvam e aumentem a autoconfiança das mulheres e as ajudam a definir suas próprias agendas.

2 PAPÉIS DE GÊNERO

Conceitualmente, o gênero se refere à construção social da identidade de “homem” e “mulher”, sendo, fundamentalmente, o papel atribuído respectivamente a homens e mulheres, de acordo com normas e tradições culturais. Neste sentido, podemos dizer que os papéis de gênero resultam de estereótipos e presunções sobre “poderes” e “deveres” atribuídos a homens e mulheres dentro da sociedade, em cada país e sua cultura, não se baseando somente em características biológicas ou físicas.

Entretanto, o conceito não se esgota nas searas social e cultural. Os papéis de cada gênero incluem tarefas e responsabilidades, direitos e deveres de mulheres e homens também no contexto econômico e político, tendo impacto, ainda, no acesso de cada gênero aos recursos e, principalmente, no poder de decidir.

No Brasil, o conceito de gênero foi incorporado pelo feminismo e pela produção acadêmica sobre as mulheres no final da década de 1970 e, desde então, embora ainda relativamente pouco explorado no que se refere a consolidação de leis, políticas públicas e programas governamentais voltados

¹ CIDA GENDER AND TRADE, 1999.

ao tema, o conceito tem sido interpretado de formas distintas por diferentes linhas do feminismo. Para Marília Carvalho², “a utilização atual mais comum do conceito é a proposta pelo feminismo da diferença”. Isso rejeita presunções de feminismo de igualdade, que afirma que as únicas diferenças que efetivamente existem entre o homem e a mulher são biológicas e sexuais e que as outras diferenças observáveis são culturais, derivadas das relações de opressão, e que, portanto, devem ser eliminadas para dar lugar às relações entre seres "iguais".

De acordo com Marta Farah³:

Para os teóricos da diferença entre homens e mulheres, o conceito de gênero refere-se a traços culturais femininos (ou no polo oposto, traços masculinos) construídos socialmente sobre uma base biológica. Constrói-se assim uma polarização binária entre os gêneros, na qual a diferença é concebida como a categoria central de análise e que é fundamental na definição de estratégias de ação. As diferenças entre homens e mulheres são enfatizadas, estabelecendo uma polarização entre masculino e feminino, produção e reprodução e público e privado. Para o feminismo da diferença, o poder concentra-se na esfera pública, e é nesta polaridade que se encontra a origem da subordinação das mulheres. Entretanto, a linha pós-estrutural destaca o carácter histórico das diferenças entre os gêneros e a própria construção social da percepção da diferença sexual. Esta linha de pensamento chama a atenção sobretudo para a necessidade de romper com a homogeneização interna a cada um destes campos – o feminino e o masculino – reconhecendo a existência de diversidade dentro de cada um deles, o que exige que outras dimensões das relações sociais como a raça, a classe e a geração sejam incorporadas na análise.

É necessário se considerar, ainda, que “mulheres” e “homens” não são grupos homogêneos, com objetivos e necessidades únicos e exclusivos. É importante levar em conta que, dentro de cada grupo de gênero, há distinções internas relativas a idade, etnia, orientação sexual, identidade de gênero e condição social, para citar as principais características. Dessa forma, Marília Carvalho⁴ afirma que, além das desigualdades encontradas em cada grupo internamente:

² CARVALHO, Marília, 1998.

³ FARAH, Marta, 2006.

⁴ CARVALHO, Marília, 1998.

[...] o conceito de gênero, sob o foco da diferença, ao enfatizar as relações sociais entre os sexos, permite o reconhecimento da existência de desigualdades entre homens e mulheres que acarretam o desequilíbrio de poder como um dos componentes centrais dessas relações sociais. Ao se admitir a existência de diferenças no conceito de gênero, se constata a ocorrência de desigualdade entre mulheres e homens, e tal constatação se torna fundamental na definição de estratégias de ação nas políticas públicas de incorporação da perspectiva de gênero e programas governamentais.

3 INTEGRAÇÃO DA PERSPECTIVA DE GÊNERO EM POLÍTICAS PÚBLICAS

Políticas públicas são ações governamentais caracterizadas por certos objetivos que refletem ou traduzem uma interação de interesses que visam à criação dos programas governamentais⁵. Um programa governamental, por sua vez, consiste numa ação de âmbito mais limitado, por meio da qual uma política pública é colocada em funcionamento⁶. A integração da perspectiva de gênero na elaboração das políticas relacionadas ao tema deve levar em consideração tanto os interesses e preocupações das mulheres como os dos homens, como titulares de direitos. Em consequência, o ideal é que a incorporação da perspectiva de gênero busque o equilíbrio em todas as fases e níveis das políticas, programas e projetos, considerando-se a diferença entre mulheres e homens no acesso e controle sobre o poder, recursos, direitos humanos e instituições, incluindo o sistema de justiça de acordo com o país, a região, a idade, a origem étnica ou social. O objetivo da integração da perspectiva de gênero precisa ter em conta as diferenças na concepção, implementação e avaliação de políticas públicas e programas governamentais para que beneficiem tanto as mulheres como os homens e não terminem por aumentar a desigualdade.

Na maior parte do mundo, as mulheres são desfavorecidas quanto ao *status* que ocupam na sociedade e em aspectos da economia, na administração e na política. Em razão do desfavorecimento, enfrentam

⁵ REIS, Elisa, 1989.

⁶ DRAIBE, Sonia, 1991.

discriminações. Isso se deve a inúmeras razões; todavia, todas as razões podem ser enquadradas no denominador comum da desigualdade. A desigualdade não é apenas uma ameaça aos direitos humanos básicos das mulheres, mas representa também uma ameaça ao desenvolvimento social e econômico das sociedades. De acordo com o United Nations Population Fund (UNFPA)⁷, “a igualdade entre os sexos é, acima de tudo, um direito humano”.

A integração da perspectiva de gênero em políticas públicas é, portanto, uma estratégia para minimizar as desigualdades. Para a Netherlands Development Organization (SNV)⁸:

A integração de uma perspectiva de gênero e análise de gênero em todas as fases de concepção, implementação e monitorização de projetos, programas, políticas ou planejamento em todos os níveis (local, regional, nacional) é essencial para alcançar resultados sustentáveis no trabalho. A integração da perspectiva de gênero não é uma questão de agir de acordo com a última moda na cooperação para o desenvolvimento, mas sim de criar e assegurar a justiça de gênero.

A integração da perspectiva de gênero em políticas públicas e programas governamentais é fundamental para a criação de riqueza para mulheres e homens, não só nos grandes centros urbanos, nos quais a informação é mais facilmente difundida, mas também nas zonas mais afastadas dos grandes centros populacionais, favorecendo a diminuição de desigualdades que recaem sobre as mulheres e que são recorrentes já a partir do núcleo familiar, tais como a falta de direitos de propriedade, falta de acesso à educação e divisão desigual do trabalho, além de fomentar a capacidade das mulheres de ganharem um rendimento melhor no mercado de trabalho.

Em geral, as mulheres enfrentam desigualdades no acesso e remuneração no mercado de trabalho devido à simples discriminação, restrições sociais à mobilidade e falta de reconhecimento de direitos. Ademais, em muitas sociedades, as normas de gênero restringem a

⁷ UNFPA Gender Equality: An End in Itself and a Cornerstone of Development, 2006.

⁸ SNV Gender Mainstreaming, 2010.

capacidade das mulheres de trabalharem e de se autossustentarem. Em tais culturas, a desigualdade de gênero é acentuada pelo arranjo social no qual a mulher é o elo mais fraco da cadeia de valor, o que acarreta mais dificuldade na elaboração de políticas públicas e implementação de programas de governo que busquem a melhoria das possibilidades das mulheres no mercado de trabalho e na tomada de decisões.

Segundo ainda a SNV⁹, “a desigualdade de gênero a nível familiar e a nível da cadeia de valor afetam o crescimento econômico a nível nacional. Todas as desigualdades somam-se e formam um enorme estrangulamento para um maior desenvolvimento.” Conclui-se, portanto, que a busca pelo equilíbrio nos papéis de gênero não é apenas questão filosófica ou de ideologia. Além das discussões acadêmicas, a integração da perspectiva de gênero em políticas públicas e ações governamentais propicia o progresso econômico e o reconhecimento de direitos que favorecem o desenvolvimento das sociedades.

4 A PERSPECTIVA DE GÊNERO NO SERVIÇO PÚBLICO – DADOS MUNDIAIS

Segundo a Organization for Economic Co-operation and Development (OECD)¹⁰, a diferença salarial entre os gêneros existe na maioria dos países, e, ao contrário do que se pode supor, os países mais ricos não têm necessariamente melhores dados quando se trata de igualdade salarial. Isso significa que a igualdade de gênero não é resultado automático do desenvolvimento econômico, mas, como constatado nos parágrafos anteriores, exige o desenvolvimento e a implementação de políticas públicas específicas para atingir o objetivo da redução da desigualdade salarial, no serviço público e no setor privado formal.

Em nível global, as mulheres ganham significativamente menos do que os homens para fazerem o mesmo trabalho, mesmo nos países

⁹ SNV Gender Mainstreaming, 2010.

¹⁰ OECD Gender Equality in Public Sector, 2019.

plenamente desenvolvidos. Disparidades ocorrem tanto nos países desenvolvidos como nos países em desenvolvimento no que se refere ao trabalho assalariado, segundo informa o World Bank¹¹ sobre dados relevantes relativos à igualdade de gênero no serviço público.

Foi constatado que, globalmente, em média, o serviço público conta com uma taxa mais elevada de mulheres empregadas do que no setor privado formal, com cerca de 41% (quarenta e um por cento) de mulheres no primeiro e 38% (trinta e oito por cento) no segundo. Embora na maioria dos países as mulheres representem uma menor proporção de emprego do que os homens, tanto no serviço público como no setor privado, o serviço público demonstra mais capacidade em administrar a igualdade de gênero.

Os dados sugerem que o serviço público emprega maior proporção de mulheres e oferece, em razão das leis que o regulamentam, o pagamento de salários sem discriminação de gênero, além de proporcionar segurança no emprego. Todavia, embora a igualdade salarial seja uma realidade no serviço público, existe uma significativa segregação profissional por gênero, com as mulheres sub-representadas no topo das carreiras públicas e em ocupações de liderança. Assim, a busca pela igualdade de gênero exige políticas destinadas não só a representação das mulheres no ingresso e manutenção do emprego no serviço público, mas também a incentivar a promoção aos cargos mais elevados das carreiras e às posições de liderança.

5 DESAFIOS NO DESENVOLVIMENTO E IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS DE GÊNERO

Trabalhar com a integração da perspectiva de gênero implica em mudanças na forma de funcionamento de uma fábrica, escritório, comércio, fazenda ou na administração pública. Leva tempo e desafia tanto os valores e métodos vigentes quanto a autoestima do indivíduo no trabalho, seja no setor público ou privado formal. Toda a mudança é um desafio e traz obstáculos que podem parecer inéditos, mas não são.

¹¹ THE WORLD BANK, Governance for Development, 2019.

Conforme Ulf Westerberg¹²:

Aqueles que trabalham com a integração da perspectiva de gênero são por vezes recebidos com comentários que mostram a pouca importância que algumas pessoas atribuem à questão e à necessidade de lidar com ela de uma forma estruturada na organização. Comentários como “Será que todos os homens devem ser como as mulheres agora?”; “Não vejo porque preciso frequentar um curso, todos estamos familiarizados com tais assuntos”; “Temos outras coisas para fazer”. “Vamos concentrar-nos na nossa atividade principal”; e “A igualdade de gênero é ideologia” são recorrentes e fazem parte da crítica ao desenvolvimento e gerência de políticas de gênero.

Para Westerberg, as observações depreciativas sobre o tema podem alcançar pessoalmente os gestores que planejam e implementam estratégias de igualdade de gêneros:

Isto nem sempre acontece, mas pode ser uma boa ideia estar preparado para o fato de que os processos de mudança tendem a suscitar sentimentos fortes. Isto se deve a uma falta de consciência sobre as implicações da integração da perspectiva de gênero ou mesmo da incapacidade de compreender o que o processo de mudança envolve.

As decisões relativas a políticas e programas públicos precisam considerar as necessidades e situações daqueles a quem se dirigem. De outra forma, podem conduzir a soluções inadequadas. A integração da perspectiva de gênero deve ser uma estratégia inclusiva, cujo objetivo que se destina a integrar as necessidades de todas as pessoas. É interessante observar que as políticas e programas públicos não podem considerar as mulheres como um “grupo vulnerável”, uma vez que representam mais de metade da população mundial, mas devem ser estratégia para sua inclusão.

6 CONCLUSÃO

Todas as questões de igualdade de gênero precisam ser integradas nas fases da elaboração de políticas sobre o tema, mas é especialmente

¹² WESTERBERG, Ulf, 2007.

importante considerá-las na fase de planejamento, quando os problemas e necessidades dos beneficiários são identificados e as soluções são definidas. Outros fatores que são igualmente importantes, para assegurar a integração adequada da perspectiva de gênero, são a vontade política, o empenho e sensibilização para as questões de igualdade de gênero, difusão do conhecimento e disponibilidade de informação.

O mais importante a se considerar é que a igualdade de gênero não é o simples acréscimo de mulheres para a contabilização de números e estatísticas. Assegurar a igual participação de mulheres e homens em diferentes atividades e na tomada de decisões é o passo inicial necessário e um objetivo. Contudo, a presença quantitativa de mulheres em diferentes atividades não conduz automaticamente à conclusão sobre uma mudança qualitativa como o objetivo final alcançado.

É uma estratégia a longo prazo e, quando devidamente abordada e implementada, a igualdade de gênero, em termos quantitativo e qualitativo, resulta em uma abordagem transformadora, construída e consolidada passo a passo, até ser plenamente integrada na concepção e execução de políticas voltadas à melhor utilização dos recursos, ao desenvolvimento social, econômico e à observância dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

CANADIAN INTERNATIONAL DEVELOPMENT AGENCY (CIDA).

CIDA's police on gender equality. Quebec, 1999. Disponível em: www.sice.oas.org/genderandtrade. Acesso em: 03 jan. 2022.

CARVALHO, Marília Pinto de. Gênero e trabalho docente: em busca de um referencial teórico. São Paulo: Fundação Carlos Chagas, 1998. In: “Gênero e Políticas Públicas”. FARAH, Marta Ferreira Santos. *Estudos sobre Feminismo*, v. 1. Florianópolis, 2006.

COUNCIL OF EUROPE. What is gender mainstreaming. *Strasbourg Cedex*, 2021. Disponível em: www.coe.int/en/web/genderequality. Acesso em: 14 dez. 2021.

DRAIBE, Sonia Miriam. Metodologia de análise de programas sociais. NEEP-UNICAMP, 1991. In: “Gênero e Políticas Públicas”. FARAH, Marta Ferreira Santos. *Estudos sobre Feminismo*, v. 1. Florianópolis, 2006.

FARAH, Marta Ferreira Santos. *Incorporação da questão de gênero pelas políticas públicas na esfera local de governo*. São Paulo: FGV-EAESP, 1998.

NETHERLANDS DEVELOPMENT ORGANIZATION (SNV). Gender Mainstreaming in Value Chain Development. *The Hague*, 2010. Disponível em: www.fao.org. Acesso em: 15 dez. 2021.

REIS, Elisa Pereira. Política e políticas públicas na transição democrática. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. In: “Gênero e Políticas Públicas”. FARAH, Marta Ferreira Santos. *Estudos sobre Feminismo*, v. 1. Florianópolis, 2006.

THE ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Gender equality in public sector employment. In: “*Government at a glance, OECD*”. Paris, 2019. Disponível em: www.oecd.org. Acesso em: 05 jan. 2022.

THE WORLD BANK. *Toward Gender Equality: the role of public policy*. Washington, DC, 1997. Disponível em: www.worldbank.org. Acesso em: 09 dez. 2021.

UNITED NATIONS POPULATION FUND (UNFPA). *Gender Equality*. United Nations, 2021. Disponível em: www.unfpa.org. Acesso em: 23 dez. 2021.

WESTERBERG, Ulf. Gender equality in public services. *Swedish Government Official Reports*. Stockholm, 2007. Disponível em: www.fritzes.se. Acesso em: 06 dez. 2021.

A natureza jurídica dos animais no direito brasileiro: o que se espera do Ordenamento Jurídico Brasileiro nos próximos anos

Anna Beatriz Podcameni
Promotora de Justiça Militar.

Patricia Silva Gadelha
Juíza Federal Substituta da Justiça Militar.

Data de recebimento: 25/01/2022

Data de aceitação: 27/01/2022

RESUMO: Este artigo busca contribuir à discussão sobre a natureza jurídica dos animais não humanos. De início, é analisada a relação dos homens sob o ponto de vista histórico, especialmente no que tange à segregação desses seres vivos com o fim de construir a sociedade ocidental. O nível de consciência senciente detectada em animais leva à conclusão de que eles não possuem tutela adequada na legislação brasileira vigente. No entanto, a evolução e (expansão) dos direitos fundamentais indica uma tendência de reconhecer que os animais não são meros objetos, e sim sujeitos de direitos e proteção, devido a sua mera existência. Essa tendência pode ser observada na jurisprudência, notadamente nos precedentes relativos ao Direito de Família. O artigo conclui que a evolução nesse tema é necessária, e o que se espera é que o diálogo provocado motive a sociedade a reconhecer animais pelo seu valor inerente.

PALAVRAS-CHAVE: Natureza jurídica. Animais. Legislação. jurisprudência.

ENGLISH

TITLE: The Legal Nature of Animals in Brazilian Law:
What is Expected of the Brazilian Legal System in the Coming Years.

ABSTRACT: This paper seeks to contribute to the discussion of the legal nature of non-human animals. From the outset, the relationship of humans with animals is analyzed from a historic point of view, especially with regard to the segregation of both living beings for the purpose of constructing our western society. The level of sentience consciousness detected in animals leads to the conclusion that these beings are not properly treated by current Brazilian legislation. However, the evolution and expansion of fundamental rights shows a tendency of considering animals as not mere objects but as subjects of rights and entitled to protection due to their mere existence. This tendency can be observed in legal precedents, notably those regarding Family Law. This article concludes that progression in this matter is necessary and, hopefully, this ongoing discussion will motivate recognizing animals for their inherent worth.

KEYWORDS: Legal Nature. Animals. Legislation. Precedents.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Animais: seres vivos sencientes – 3 As gerações dos direitos fundamentais – 4 Reflexos no ordenamento jurídico – 5 Direito de família – 6 Jurisprudência – 7 Legislação estrangeira – 8 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A relação entre o homem e o animal é tão antiga que chega a ser retratada desde a Pré-História, por meio dos desenhos gravados nas superfícies de cavernas. A partir de onde a história pode ser contada, os animais sempre estiveram presentes na vida do ser humano, seja para sua sobrevivência ou simplesmente como integrantes da dinâmica familiar.

Essa relação homem-animal sempre foi analisada por um viés antropocêntrico, sob a perspectiva única do homem. E assim as sociedades

criaram suas concepções sobre o propósito da vida dos animais, seja para louvá-los ou para submetê-los à vontade humana.

A sociedade ocidental possui raízes na Grécia Antiga, de onde sofre influências que persistem, até os dias de hoje, na política, na arte e na filosofia. Sob o ponto de vista filosófico, Aristóteles entendia que, na “Grande Cadeia do Ser”, os animais ocupavam posto hierarquicamente inferior ao ser humano. Embora possuidores de alma, os animais eram tidos como seres desprovidos de racionalidade, o que, para ele, anulava todo qualquer tipo de igualdade moral com relação à vida humana. Nesse sentido, a sua vida teria menos valor do que a vida humana, o que torna sua existência subserviente ao ser humano.

Nessa linha, os gregos defendiam que “a separação da vida vegetativa da vida sensitiva e intelectual é a operação que dá fundamento à máquina antropológica do Ocidente, com todas as misérias e os sucessos que isto implica”¹.

Essa divisão entre homem e animal foi defendida por grandes pensadores que tiveram importante influência no desenvolvimento de teorias científicas da nossa época. Podemos citar a contribuição de Charles Darwin, que colocou o ser humano no topo da cadeia evolutiva. De forma mais radical, René Descartes se opunha à ideia de que animais teriam alma. Para ele, os animais ocupariam posto semelhante às máquinas.

O filósofo e antropólogo Benedito Nunes muito bem ilustra as raízes da separação entre o homem e o animal:

Quando o darwinismo colocou-nos no topo da evolução, abrindo-nos a segunda ferida narcísica, depois daquela que Copérnico nos infringira, o pensamento filosófico moderno já havia separado o homem do animal. Homem e animal se tornariam cada vez mais estranhos entre si quanto mais se consolidasse, a partir do século XVII, na filosofia cartesiana, a identidade entre pensamento e consciência. Com efeito, Descartes efetuará, depois da demonização cristã do animal, o primeiro corte moderno entre este e o homem, aproximados

¹ AGAMBEN, G. *Creazione e anarchia: l'opera nell'età della religione capitalista*, Vicenza: Neri Pozza, p. 143 (traduzido por Daniel Arruda Nascimento na obra *Antropogênese e Filosofia Indígena: O Homem o Animal*, Griot : *Revista de Filosofia*, Amargosa - BA, v.21, n.2, p.405-416, junho, 2021).

na Antiguidade por meio da noção de alma, tanto em Platão quanto em Aristóteles, que reconhecia uma alma sensitiva, uma alma racional e uma alma vegetativa.²

Inclusive, rechaçando por total a ligação íntima entre esses dois seres vivos, o homem costuma atrelar a palavra “animal” à noção de barbárie, atribuindo a ela conotações pejorativas. Vale novamente considerar as palavras de Nunes:

Dado que as raízes de nossa cultura são greco-latinas, há que destacar a presença desses que ficam à margem dela, o animal e o primitivo. A noção que me parece ser um elemento de ligação entre ambos é a de “bárbaro”, tal como os gregos a usavam: aquele considerado estranho à cultura grega ou à sua área de influência [...] Com o animal, as relações são, sobretudo, transversais, ou seja, o animal é considerado o oposto do homem, mas ao mesmo tempo uma espécie de simbolização do próprio homem. Na acepção comum, simboliza o que o homem teria de mais baixo, de mais instintivo, de mais rústico ou rude na sua existência. Por isso mesmo o animal para nós é o grande outro da nossa cultura.³

Enquanto a cultura ocidental, com sua missão civilizadora, busca dominar as formas de vida e os recursos que estão em sua volta, não se pode dizer o mesmo de outras culturas. De fato, para diversos povos, há uma união indissociável entre todas as formas de vida. Na cultura indígena brasileira, por exemplo, o índio sente uma profunda integração com a natureza, o ser humano é vida assim como o ambiente que o cerca, refutando a associação deste a uma ideia puramente material. O homem está inserido na natureza, formando uma cadeia única e sagrada de vida⁴.

A naturalização do domínio do homem sobre as demais formas de vida legitima a exploração da natureza e da vida animal. Nesse contexto, os animais são vistos como objetos, qualificados como bens à disposição da evolução do ser humano. Vale a reflexão: seriam os animais apenas bens à nossa disposição?

² NUNES, B. O animal e o primitivo: os outros de nossa cultura, *Novos Cadernos NAEA*, v. 14, nº 01, Belém (UFPA), jun. 2011, p. 200.

³NUNES, 2011, p. 109

⁴BANIWA, Gersem S. L., O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje, *Coleção Educação para Todos*, Série Vias dos Saberes nº 01, Brasília: MEC, UNESCO, LACED/Museu Nacional, 2006, p. 102.

2 ANIMAIS: SERES VIVOS SENCIENTES

Os animais são seres vivos e, nesse aspecto, não são diferentes dos seres humanos. Igualmente aos humanos, os animais sentem dor e alegria. Essa capacidade de sentir é nítida em nosso cotidiano, podendo ser constatada facilmente quando um cachorro fica alegre ao receber o “seu dono” em casa ou quando se vê a dor de um animal que sofreu maus tratos.

Essa capacidade de sentir, presente nos humanos e nos animais, deriva de algum grau de consciência, por vezes até de cognição, como será explicado abaixo.

A consciência, de forma geral, pode ser dividida em três aspectos: cognição, autoconsciência e senciência, definidos a seguir:

A cognição (ou representação cognitiva) diz respeito aos processos pelos quais o animal assimila, processa e armazena informação (Dawkins 2001). A auto-consciência pode ser descrita como a capacidade em manter uma representação mental da sua própria dimensão física e dos seus próprios estados fisiológicos internos (Budiansky 1998) e envolve uma miríade de estados mentais que se traduzem em pensamento, memória e sensação (Griffin 1976). Por último, a senciência (ou consciência fenomenal) corresponde à capacidade em experimentar sensações subjectivas tais como dor ou prazer⁵

A cognição animal é um tema rico e complexo que difere conforme a biologia de cada espécie. Nesse contexto, não há dúvidas de que existem animais com alto grau de cognição. Os primatas, por exemplo, possuem capacidade de tomar decisões baseadas nas informações assimiladas e, assim, planejar para o futuro.

A autoconsciência é uma área em que se evoluiu pouco em termos de estudos e conclusões. Não há um método confiável e definitivo para mensurar se as variadas espécies animais são capazes de perceber a si próprias, de ser sujeitos de pensamento. Por isso, tanto a ciência quanto a doutrina não são conclusivas quanto a esse tema.

⁵MAGALHÃES SANT’ANNA, Manual. Consciência animal: para além dos vertebrados. *Jornal de Ciências Cognitivas*, Março, 2009, p. 3.

A senciência (ou consciência formal) trata da capacidade de sentir, seja dor ou prazer. Além da senciência animal estar comprovada em diversos estudos científicos, qualquer ser humano constata com facilidade que os animais, domésticos ou silvestres, conseguem sofrer algum grau de dor física e psicológica. A propósito:

Ora, os animais, assim como os seres humanos, carregam características que os dignificam ao respeito e consideração. Afinal, sentem dor, manifestam sentimentos, comunicam-se e, alguns, têm consciência de sua própria existência.⁶

Chega-se a uma conclusão fundamental: **os animais sofrem.**

É de extrema crueldade e frieza desconsiderar a conclusão acima. Não há como ignorar que os animais são aptos a sentir e, em especial, a sofrer. A mera capacidade de sofrer, por si só, já implica em uma legítima consideração na esfera moral. Segundo Peter Singer, “se um ser sofre, não pode haver nenhuma justificativa de ordem moral para nos recusarmos a levar esse sofrimento em consideração”.⁷

Por isso, o mesmo autor é defensor de uma *Ética Animal*:

A vida e/ou as experiências dos animais tem valor moral em função da subjetividade e/ou senciência dos mesmos. Os animais (pelo menos alguns deles) sentem, sofrem e tem estados mentais, e isso deve ser eticamente considerado. Os animais merecem respeito moral e temos obrigações éticas para com eles.⁸

Os animais devem ser reconhecidos como sujeitos de próprio valor, cuja existência não deriva do homem e tampouco se destina a servir o homem.

⁶SILVA, Juliana Maria Rocha Pinheiro Bezerra. *Curso de Direito Animal*. Natal: Clube do Leitores, 202 p. 214.

⁷FEIJÓ, Anamaria. *Utilização de animais na investigação e docência: uma reflexão ética necessária*. Porto Alegre: Edipucrs, 2005, p. 107.

⁸SINGER, Peter. *Ética prática*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 63.

3 AS GERAÇÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em 1979, um jurista chamado Karel Vasak criou a classificação conhecida como “**gerações de direitos**”, a qual se propõe a situar as diferentes categorias de direitos de acordo com o momento histórico em que surgiram e no qual se revelaram como reivindicações acolhidas pela ordem jurídica. A base de sua teoria são os princípios da Revolução Francesa: **liberdade, igualdade e fraternidade**, os quais servem para dividir, de forma didática, os direitos fundamentais em três perspectivas históricas de entendimento. A partir de então, passou-se a distribuir os direitos humanos em: **primeira geração** (liberdade), **segunda geração** (igualdade) e **terceira geração** (fraternidade).

A primeira geração tem como marco histórico a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e como elemento principal a ideia clássica de **liberdade individual, concentrada nos direitos civis e políticos**, os quais só poderiam ser conquistados mediante a abstenção do controle do Estado.

Os direitos humanos de segunda geração surgem após a Primeira Guerra Mundial, quando começa a se fortalecer a concepção de Estado de Bem-Estar Social, momento em que passou a ser necessário que o Estado garantisse a prestação de direitos **sociais, econômicos e culturais**, por meio de políticas públicas que oferecessem a todos as mesmas oportunidades.

A partir da década de 1960, aparece uma terceira geração de direitos humanos, com ênfase no **ideal de fraternidade** ou solidariedade, cujo principal enfoque são os **direitos difusos** e os **direitos coletivos**, os quais, por sua vez, contemplam a proteção do meio-ambiente. Certo é que, além das três gerações inicialmente concebidas por Karel Vasak, existem diversas teorias acerca da quarta, quinta e até sexta geração dos direitos fundamentais. Após a terceira, contudo, não há mais unanimidade doutrinária.

A doutrina dominante menciona os direitos de quarta geração como os representados pela democracia e pela informação, enquanto os de quinta geração podem ser definidos como o direito à paz.

Mas, como já dito acima, não há unanimidade. Então, há quem defenda, por exemplo, que os direitos fundamentais de quarta geração

guardam relação com a informática, a biociência, a eutanásia, a transgenia de alimentos, a sucessão dos filhos havidos por inseminação artificial, clonagens, entre outros fatores ligados à engenharia genética e seus limites, como o congelamento de embriões, as pesquisas com células-tronco, barriga de aluguel e mudança de sexo. Outros entendem como sendo direitos de quarta dimensão aqueles atinentes à globalização e ao futuro da cidadania. Também se faz menção à possibilidade de mudança de sexo como integrando a quarta geração. E com o passar do tempo, as possibilidades trazidas pela doutrina só fazem aumentar. Fala-se ainda, como sendo direitos fundamentais de quarta dimensão, sobre o direito ao desarmamento nuclear, o direito à tributação justa materializada na capacidade contributiva individualizada e o direito de ser diferente.

Quanto à quinta geração, além do direito à paz, alguns doutrinadores mencionam as questões inerentes ao universo virtual.

Finalmente, há quem defenda uma sexta dimensão de direitos fundamentais, composta, segundo parte da doutrina, pelo direito à democracia, ao direito de informação e ao pluralismo político. Outra parcela afirma que tal dimensão de direitos é composta pela busca da felicidade e pelo acesso à água potável.

Vê-se que, até aqui, não resta qualquer dúvida de que se está falando em Gerações de Direitos Humanos. A preocupação com a proteção ao meio-ambiente se dá porque o homem precisa de uma “sadia qualidade de vida”. É dessa maneira, inclusive, que a tutela ao meio-ambiente consta da Constituição Federal.

São muitos os direitos catalogados pelos doutrinadores em suas respectivas dimensões, mas ainda pouco se discute a respeito dos direitos fundamentais dos animais não humanos. Isso se explica pela visão antropocêntrica que norteia a sociedade. Porém, faz-se cada vez mais necessário pensar em indivíduos não humanos como titulares de direitos pelo fato de possuírem vida e sentimentos. É preciso ampliar os destinatários dos direitos fundamentais para além dos indivíduos.

A visão sobre o princípio da dignidade humana, valor no qual a ordem jurídica contemporânea encontra sentido, deverá ser alargada, de

modo que passe a contemplar também sujeitos não humanos. Tal princípio deverá ser compreendido sob a ótica pós-humanista, no sentido de que o pensamento antropocêntrico deverá ser finalmente ultrapassado, passando a ganhar espaço a ideia de que a dignidade deve ser garantida a todos os seres vivos – em especial, aos animais, os quais também passarão a ser titulares de direitos.

E aqui defendemos a possibilidade de alçar à categoria de direitos fundamentais de quarta dimensão os direitos fundamentais dos animais. Isto porque, tendo as três primeiras gerações abarcado todos os direitos humanos – e, embora outros direitos sejam citados nas gerações subsequentes, a verdade é que não são mais do que derivações dos primeiros –, a quarta dimensão poderia significar um passo realmente inovador, vindo a proteger os demais seres vivos em caráter universal.

4 REFLEXOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

À luz de tudo exposto, é bastante razoável (e quiçá um dever moral) o reconhecimento dos animais como sujeitos de próprio valor, cuja existência não deriva do homem e tampouco se destina a servi-lo.

Não obstante, o panorama legislativo brasileiro revela um pensamento antropocêntrico, segundo o qual o Homem é tido como o centro do universo. Em outras palavras, é “a referência máxima e absoluta de valores [verdade, bem, destino último, norma última e definitiva etc.], de modo que ao redor desse “centro” gravitem todos os demais seres por força de um determinismo fatal”.⁹

Nesse contexto, os animais são considerados meros objetos à disposição dos seres humanos, e isso está refletido nas normas brasileiras. O ordenamento jurídico brasileiro não confere aos animais a condição de sujeitos de direito. Os animais são tidos como bens, como “coisas” integrantes do meio ambiente.

⁹MILARÉ, Édis. *A gestão ambiental em foco: Doutrina. Jurisprudência*. Glossário. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011, p.113.

O antropocentrismo está presente nas normas jurídicas, inclusive na Constituição Federal de 1988, que, a despeito disso, pode ser considerada um grande marco, pois foi a primeira Constituição brasileira a tutelar de forma específica e direta o meio ambiente e os animais. De fato, trata-se de um avanço, pois reconhece o valor e a importância dos animais, demonstrando uma noção de dignidade própria inserida no texto constitucional, um reconhecimento de uma razão de existência além da subserviência ao humano.

De forma inovadora, o artigo 225 da Constituição Federal de 1988:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: [...]

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

É importante notar que o sujeito do direito resguardado pelo artigo 255 é o homem. Na norma inserida no *caput*, é o homem que tem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que é **bem** de uso comum e essencial à qualidade de vida (do ser humano).

De forma geral, a CF/88 não confere aos elementos vivos integrantes do meio ambiente capacidade de deter direitos por sua própria existência. No entanto, ao proibir práticas que submetam os animais à crueldade, há uma noção intrínseca de dignidade própria.

Em linha com a Constituição Federal, a legislação infraconstitucional traz normas visando proteger os animais.

A Lei nº 9.065/1998, que dispõe sobre sanções às condutas tidas como lesivas ao meio ambiente, traz uma seção específica para os crimes contra a fauna.

A lei protege os animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos contra abusos e maus tratos, inclusive experiência

dolorosa ou cruel em animal vivo. Estabelece como crime matar espécime da fauna silvestre sem a devida autorização. Proíbe a pesca feita de forma cruel, com uso de substâncias tóxicas ou explosivos.

Note-se que embora a Lei nº 9.065/1998 criminalize condutas prejudiciais à fauna, os animais não são os sujeitos passivos do bem jurídico tutelado pelas normas penais. Entende-se que o sujeito passivo do delito é a coletividade¹⁰.

Na esfera civil, o entendimento não é outro. Para o Código Civil, os animais são tidos como bens, tendo tratamento bastante distinto do conferido às pessoas. Há um regime jurídico aplicável às pessoas, assim entendidas como sujeitos de direito portadores de personalidade jurídica.

Quem não é pessoa acaba por pertencer à categoria de bens. E, por isso, os animais enquadram-se no conceito de “bens móveis” do artigo 82 do Código Civil.

Por essa perspectiva, é viável concluir que as pessoas jurídicas, desprovidas de consciência, incapazes de sentimentos básicos, possuem um conjunto de regras visando à sua proteção de forma muito mais efetiva do que os animais. Há um arcabouço normativo rico visando tutelar e proteger “pessoas” que, em última instância, são fictícias, fruto do pensamento humano.

Vale destacar que a legislação brasileira está dando sinais de mudança. Há um projeto de lei em trâmite que visa acrescentar o parágrafo único ao artigo 82 do Código Civil, dispondo que aos animais não se aplicam as disposições relativas a bens móveis. Além disso, em seu artigo 3º, é expresso ao atribuir uma natureza jurídica *sui generis* e também vedando que os animais sejam tratados como coisas. Trata-se do Projeto de Lei nº 6054/2019 (antigo PL nº 6799/2013), cujo artigo 3º dispõe:

Art. 3º - Os animais domésticos e silvestres possuem natureza jurídica *sui generis*, sendo sujeitos de direitos despersonalizados, dos quais podem gozar e obter a tutela

¹⁰PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: crimes ambientais* (Lei 9.605/1998). 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 137-196.

jurisdicional em caso de violação, sendo vedado o seu tratamento como coisa.

É uma novidade legislativa ainda em trâmite que, em 16 de março de 2021, já conta com a aprovação da Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável. Caso seja aprovado, será um marco de extrema importância no ordenamento jurídico brasileiro.

Em termos de legislação federal, citamos a Lei nº 11.794/2008, que, regulamentando o inciso VII, § 1º do artigo 225 da CF/1988, estabelece os procedimentos para o uso científico de animais, de modo que as pesquisas sejam conduzidas dentro de determinados parâmetros. Por óbvio, o uso científico dos animais manifesta, mais uma vez, que esses são bens subservientes à vontade humana.

A Lei nº 7.173/1983 dispõe sobre o funcionamento de zoológicos, estabelecendo regras e exigências a serem cumpridas, dentre as quais a assistência profissional permanente de um médico-veterinário e um biólogo, no intuito de resguardar a integridade física do animal.

Há outras leis federais, estaduais e municipais que estabelecem a proteção dos animais, bem como regulamentam a sua exploração pelo ser humano, como no caso da indústria de alimentos.

5 DIREITO DE FAMÍLIA

Considerando que o ordenamento jurídico brasileiro, como já mencionado anteriormente, possui sua fundamentação na teoria antropocêntrica, demonstra-se de certa forma curioso e interessante o tratamento conferido aos animais pelo Direito de Família.

Inicialmente, é válido dizer que, embora a Constituição Federal de 1988 mencione em seu artigo 226 algumas formas de composição familiar, doutrina e jurisprudência são firmes em afirmar que se trata de um rol meramente exemplificativo que não exaure o seu conceito, ficando evidenciada a interpretação pluralista e abrangente que se dá ao termo.

Demais disso, o que se vem observando é que o conceito de família passa a ter, cada vez mais, uma conotação afetiva e não apenas biológica.

Sendo assim, é possível afirmar, por exemplo, que os animais de estimação compõem uma nova modalidade familiar, chamada de multiespécie, formada por uma ou mais pessoas e seu(s) animal(is) de estimação, e que merece ter um tratamento digno e isonômico pela legislação brasileira.

Com base em dados oficiais do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Brasil já é o segundo país em quantidade de animais de estimação, ficando atrás apenas dos Estados Unidos. Os números de 2018 indicam a presença de 139,3 milhões desses animais. Sendo assim, não há como ignorar essa informação. Ao contrário, é necessário reconhecer – e é o que a jurisprudência pátria vem fazendo – que os animais de estimação não são meros objetos, mas, ao contrário, integram muitas famílias, havendo reciprocidade de afeto entre os membros que a compõem.

Após uma detida leitura das decisões que tratam do tema, observa-se que há por parte do Judiciário uma preocupação com a preservação dos laços afetivos existentes nas famílias, principalmente após separações e divórcios. Isso porque a relação que se forma entre os humanos e seus animais de estimação é muito forte e se baseia em sentimentos muito genuínos.

No Brasil, até o momento, não existe uma legislação específica para regulamentar tais situações. Ainda está em trâmite no Senado Federal o Projeto de Lei nº 542/2018, que dispõe sobre a custódia compartilhada dos animais de estimação de propriedade em comum, quando não houver acordo na dissolução do casamento ou da união estável. Outrossim, altera o Código de Processo Civil, para determinar a aplicação das normas das ações de família aos processos contenciosos de custódia de animais de estimação.

Mas, até que as normas brasileiras disponham especificamente sobre o assunto, os Tribunais vêm decidindo, no âmbito do Direito de Família, pela aplicação analógica da legislação que trata da guarda compartilhada de crianças e adolescentes aos conflitos familiares que envolvam animais de estimação.

Merece destaque decisão proferida em 2018, no REsp 1713167/SP, no bojo da qual o Superior Tribunal de Justiça (STJ) afirmou expressamente que as questões envolvendo a entidade familiar e os seus animais de

estimação não se trata de uma alegação menor ou fútil. A referida corte, nesse importante julgado, reconhece ainda a natureza especial dos animais não humanos como seres sencientes, dotados de sensibilidade, cujo bem-estar deve ser considerado:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. ANIMAL DE ESTIMAÇÃO. AQUISIÇÃO NA CONSTÂNCIA DO RELACIONAMENTO. INTENSO AFETO DOS COMPANHEIROS PELO ANIMAL. DIREITO DE VISITAS. POSSIBILIDADE, A DEPENDER DO CASO CONCRETO. 1. Inicialmente, deve ser afastada qualquer alegação de que a discussão envolvendo a entidade familiar e o seu animal de estimação é menor, ou se trata de mera futilidade a ocupar o tempo desta Corte. Ao contrário, é cada vez mais recorrente no mundo da pós-modernidade e envolve questão bastante delicada, examinada tanto pelo ângulo da afetividade em relação ao animal, como também pela necessidade de sua preservação como mandamento constitucional (art. 225, § 1, inciso VII – “proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade”). 2. O Código Civil, ao definir a natureza jurídica dos animais, tipificou-os como coisas e, por conseguinte, objetos de propriedade, não lhes atribuindo a qualidade de pessoas, não sendo dotados de personalidade jurídica nem podendo ser considerados sujeitos de direitos. Na forma da lei civil, o só fato de o animal ser tido como de estimação, recebendo o afeto da entidade familiar, não pode vir a alterar sua substância, a ponto de converter a sua natureza jurídica. 3. No entanto, os animais de companhia possuem valor subjetivo único e peculiar, aflorando sentimentos bastante íntimos em seus donos, totalmente diversos de qualquer outro tipo de propriedade privada. Dessarte, o regramento jurídico dos bens não se vem mostrando suficiente para resolver, de forma satisfatória, a disputa familiar envolvendo os pets, visto que não se trata de simples discussão atinente à posse e à propriedade. 4. Por sua vez, a guarda propriamente dita – inerente ao poder familiar – instituto, por essência, de direito de família, não pode ser simples e fielmente subvertida para definir o direito dos consortes, por meio do enquadramento de seus animais de estimação, notadamente porque é um munus exercido no interesse tanto dos pais quanto do filho. Não se trata de uma faculdade, e sim de um direito, em que se impõe aos pais a observância dos deveres inerentes ao poder familiar. 5. A ordem jurídica não pode, simplesmente, desprezar o relevo da relação do homem com seu animal de estimação, sobretudo nos tempos atuais. Deve-se ter como norte o fato, cultural e da pós-modernidade, de que há uma disputa dentro da entidade familiar em que prepondera o afeto de ambos os

cônjuges pelo animal. Portanto, a solução deve perpassar pela preservação e garantia dos direitos à pessoa humana, mais precisamente, o âmago de sua dignidade. 6. Os animais de companhia são seres que, inevitavelmente, possuem natureza especial e, como ser senciente – dotados de sensibilidade, sentindo as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos animais racionais –, também devem ter o seu bem-estar considerado. 7. Assim, na dissolução da entidade familiar em que haja algum conflito em relação ao animal de estimação, independentemente da qualificação jurídica a ser adotada, a resolução deverá buscar atender, sempre a depender do caso em concreto, aos fins sociais, atentando para a própria evolução da sociedade, com a proteção do ser humano e do seu vínculo afetivo com o animal. 8. Na hipótese, o Tribunal de origem reconheceu que a cadela fora adquirida na constância da união estável e que estaria demonstrada a relação de afeto entre o recorrente e o animal de estimação, reconhecendo o seu direito de visitas ao animal, o que deve ser mantido. 9. Recurso especial não provido. (REsp 1713167/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 09/10/2018).

Trata-se realmente de um julgado inovador, com conteúdo de suma importância, que claramente vai se apartando da visão antropocêntrica quando aponta a necessidade de se considerar também o bem-estar do animal de estimação. Assim, embora ainda não seja possível falar em mudanças em sua natureza jurídica, ainda que não sejam os animais de estimação reconhecidos como sujeitos de direitos, observa-se que aos poucos vai sendo acolhido o entendimento de que os animais de companhia não são objetos ou coisas. Pelo menos, parece já estar claro que são seres que possuem natureza especial, dotados de sensibilidade, sentem as mesmas dores e necessidades biopsicológicas dos seres humanos e precisam ter seu bem-estar considerado.

6 JURISPRUDÊNCIA

Além dos precedentes relativos ao papel do animal no seio familiar, a jurisprudência brasileira sinaliza que caminha em direção do reconhecimento dos animais como seres merecedores de dignidade por sua condição de ser vivo senciente.

Muito embora a Suprema Corte brasileira não tenha reconhecido a existência de direitos fundamentais dos animais, como categoria constitucional autônoma decorrente da doutrina pós-humanista, não se pode deixar de registrar a existência de, pelo menos, três precedentes relevantes em que a jurisprudência constitucional brasileira prestigiou, com fundamento na norma constitucional constante do art. 225, §1º, VII, da CRFB, o direito dos animais a não serem submetidos a crueldade.

No Recurso Extraordinário 153.531/SC, julgado em 03 de junho de 1997, o Supremo apreciou o caso da Farra do Boi, afirmando a inconstitucionalidade dessa manifestação cultural, sob o argumento de que ela confrontava a Carta da República, a qual, expressamente, rejeitava crueldade contra animais.

Compreensão semelhante pode ser encontrada nas decisões das ADIs 2.514/SC e 1.856/RJ, em que se discutia a constitucionalidade de legislação estadual referente a exposições e competições entre aves combatentes. Em 29 de junho de 2005 e 26 de maio de 2011, respectivamente, o STF, em sua composição plenária, entendeu que a sujeição dos animais a experiências de crueldade não se apresentava compatível com a Constituição brasileira.

Por fim, na mesma linha, o Pleno da Suprema Corte, na ADI 4.983, julgada em 6 de outubro de 2006, confirmou que a garantia do exercício de direitos culturais não autorizava práticas e manifestações que submetessem os animais à crueldade, declarando a inconstitucionalidade de legislação estadual regulamentadora das vaquejadas.

Tem-se, pois, um indicativo jurisprudencial consolidado no Supremo Tribunal Federal a reconhecer, ainda que de forma não expressa, direitos dos animais com respaldo diretamente no texto constitucional (art. 225, §1º, VII,

da CRFB), o que nos anima a reafirmar que é possível, no contexto do Estado de Direitos Fundamentais, acolher uma quarta dimensão desses direitos, como aquela que reconhece e protege direitos dos seres vivos não humanos.

7 LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

Enquanto o sistema legislativo brasileiro ainda trata os animais como “bens”, diversos países têm alterado seus estatutos jurídicos para refletir uma maior consideração à vida dos animais, tirando-os da categoria de coisa:

Em 1988, a Áustria alterou o seu Código Civil dispondo claramente que: “Os animais não são coisas; eles são protegidos por leis especiais”. Não obstante o avanço, há uma ressalva que dispõe que aos animais “se aplicam as normas vigentes para coisas, no que couber, salvo disposição em contrário”

Em 2003, o Código Civil da Suíça passou a considerar que animais não são coisas.

Em 2011, foi editada uma alteração no Código Civil holandês que estabeleceu que “animais não são coisas”. Tal alteração entrou em vigor em 2013. No entanto, o regime jurídico das coisas ainda é aplicável, “com a devida observância das limitações, obrigações e princípios legais decorrentes de normas estatutárias e não escritas, bem como da ordem pública e dos bons costumes”.

Em 2016, Portugal criou uma terceira figura jurídica, para além das pessoas e das coisas, passando a considerar que os animais são seres vivos dotados de sensibilidade.

Em 2017, a Constituição Política da Cidade do México atribuiu aos animais um *status* jurídico diferenciado, reconhecendo-os como seres sencientes e destinatários de tratamento digno e respeito à vida e à integridade física, sendo sujeitos de consideração moral.

Vemos, portanto, que ganha força no cenário internacional a “descoisificação” dos animais, muito embora as implicações jurídicas não sejam plenas.

8 CONCLUSÃO

O que diferencia os seres humanos dos outros animais é a consciência, por meio da qual se faz possível compreender o ambiente ao seu redor e o que lhe capacita discernir que suas ações afetam as demais formas de vida, e, mais que isso, que não vivem *per se*. Há ainda muito o que se aprender a respeito das milhares de espécies existentes no planeta Terra e todas as suas complexidades. Contudo, já é possível saber que todos os seres vivos precisam uns dos outros para viver. Todos têm um lugar definido e sua própria importância.

A despeito disso, o ser humano é o único animal racional. Sendo assim, a ele cabe zelar pelas outras espécies, reconhecendo a sua importância dentro de todo o sistema, e que, embora sejam animais incapazes de pensar, possuem sentimentos os mais diversos.

O ser humano possui o dever de reconhecer a importância da vida animal. E ao direito cabe refletir esse reconhecimento. Já está em tempo do ordenamento brasileiro se afastar realmente da visão antropocêntrica que o fundamenta, deixando de tratar os animais não humanos como meros objetos.

É verdade que, a passos lentos, já existem grandes avanços, mas muito ainda há a se fazer, a exemplo dos países mencionados no tópico anterior, onde já se entendeu que os animais não são coisas.

Que chegue em breve o tempo em que a importância dada pelos animais aos homens seja recíproca!

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, G. Creazione e anarchia: l'opera nell'età della religione capitalista, Vicenza: Neri Pozza, p. 143 (traduzido por Daniel Arruda Nascimento na obra *Antropogênese e Filosofia Indígena: O Homem o Animal, Griot : Revista de Filosofia*, Amargosa - BA, v.21, n.2, p.405-416, junho, 2021).

BANIWA, Gersem S. L. O índio brasileiro: o que você precisa saber sobre os povos indígenas no Brasil de hoje, *Coleção Educação para Todos*, Série Vias dos Saberes n. 01, Brasília: MEC, UNESCO, LACED/Museu Nacional, 2006, p. 102.

FEIJÓ, Anamaria. *Utilização de animais na investigação e docência: uma reflexão ética necessária*. Porto Alegre: Edipucrs, 2005, p. 107.

MAGALHÃES SANT'ANNA, Manual. Consciência animal: para além dos vertebrados. *Jornal de Ciências Cognitivas*, Março, 2009, p. 3.

MILARÉ, Édís. *A gestão ambiental em foco: Doutrina. Jurisprudência. Glossário*. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011, p.113.

NUNES, B. O animal e o primitivo: os outros de nossa cultura, *Novos Cadernos NAEA*, v. 14, nº 01, Belém (UFPA), jun. 2011, p. 109 e 200.

SILVA, Juliana Maria Rocha Pinheiro Bezerra. *Curso de Direito Animal*. Natal: Clube dos Leitores, 2019, p. 214.

SINGER, Peter. *Ética prática*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 63.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente: crimes ambientais (Lei 9.605/1998)*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 137-196.

A Lei Maria da Penha à luz do Direito Militar: o direito ao acesso prioritário à remoção da servidora militar vítima de violência doméstica e familiar contra a mulher

Monick de Souza Quintas

Advogada regularmente inscrita na OAB/DF. Pós-graduada em Direito Público e Privado pelo UNIJUR. Pós-graduada em Direito Militar pelo CBEPJUR (Universidade Cândido Mendes). Membro da Comissão de Direito Militar da OAB/DF (2016-2018). Membro da Comissão Nacional de Direito Militar da ABA (2017-2019). Presidente da Comissão Nacional de Direito Militar da ABA (2019). Membro da Associação Brasileira Feminina de Ciências Militares (ABFCM), desde 2020. Coautora do Estatuto dos Militares comentado.

Data de recebimento: 25/01/2022

Data de aceitação: 26/01/2022

RESUMO: Breve abordagem acerca da medida assistencialista de acesso prioritário à remoção da servidora em situação de violência doméstica e familiar, fulcrada no artigo 9º, §2º, I, da Lei n.º 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), visando à preservação do direito à vida, à integridade física, à segurança, ao trabalho e à família, bens jurídicos considerados mais relevantes do que o próprio dever militar, respeitando, assim, os ideais de cidadania, o princípio constitucional relativo à igualdade, bem como à luta pela aplicação dos Direitos Humanos, igualmente observados na vida castrense.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Maria da Penha. Medida assistencialista. Movimentação de militares. Mulher militar. Remoção. Servidora militar. Transferência de militares.

ENGLISH

TITLE: Maria da Penha Law in the Light of Military Law: the Right to Priority Access to the Removal of the Military Servant Victim of Domestic and Family Violence against Women.

ABSTRACT: This article is focused on the assistance measure of priority access to the removal of the servant in a situation of domestic and family violence, based on article 9, §2, I, of Law n. 11.340, of August 7, 2006 (Maria da Penha Law), aiming at the preservation of the right to life, physical integrity, security, work and family, legal assets considered more relevant than the military duty itself, thus respecting the ideals of citizenship, the constitutional principle regarding equality, as well as the struggle for the application of Human Rights, also observed in military life.

KEYWORDS: Maria da Penha Law. Military Movement. Military Woman. Removal. Military Servant. Military Transfer. Welfare Measure.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Breve contextualização histórica acerca da trajetória do movimento feminista e suas lutas diante dos dilemas do século XXI – 3 A edição da Lei 11.340/2006 e os seus reflexos na sociedade civil e militar 4 – A violência doméstica envolvendo militares e a assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar – direito ao acesso prioritário à remoção da servidora militar – 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste ensaio consiste em abordar os desafios da atualidade e das perspectivas futuras da seara militar, realizando, desta forma, uma análise das tendências anunciadas de adaptação do Direito Militar (e, conseqüentemente, da Justiça Militar) aos novos tempos, e também de uma

série de ajustes aos anseios da sociedade civil e militar, que, como todo agrupamento humano, está em constante evolução.

No Brasil, a Justiça Militar da União é a mais antiga, contando, atualmente, com 214 anos de existência. Foi instituída no ano de 1808, pelo Príncipe Regente de Portugal, D. João VI, estabelecendo, assim, um foro especial para processamento e julgamento dos crimes militares definidos em lei.

Certamente, a Justiça Militar é o instrumento do Estado para aplicação do Direito Militar, que, por sua vez, além de ser regido por todos os princípios e garantias fundamentais que conduzem os mais variados ramos do Direito, também é pautado pela preservação de dois princípios basilares das instituições militares: a hierarquia e a disciplina.

A Justiça Castrense é, na verdade, um órgão jurisdicional que possui não só a competência, mas também o conhecimento técnico específico para aplicar o Direito Penal Militar aos casos concretos, levando em consideração o contexto da vida na caserna e a importância dos bens jurídicos tutelados, em especial a defesa da integridade das instituições militares, cuja importância para a manutenção da soberania nacional e defesa dos poderes constitucionalmente instituídos é indiscutível.

Com efeito, a intenção da autora está inserida no contexto da mulher militar sob a perspectiva da violência de gênero. Para tanto, seria de extrema necessidade abordar as legislações que protegem os direitos das mulheres e sua eventual aplicação na Justiça Militar, principalmente após o advento da Lei 13.491/2017, que modificou o art. 9º do Código Penal Militar, alterando, substancialmente, a definição dos crimes militares e, em parte, a competência da Justiça Militar para processar e julgar esses crimes.

Entretanto, devido à pandemia do COVID-19 que assola o país e o mundo desde março de 2020, o trabalho foi adaptado em razão do momento delicado de isolamento que estamos vivenciando. Isto porque, a incidência de violência doméstica, infelizmente, tem aumentado nessa época de confinamento.

A violência doméstica e familiar é um tema notadamente relevante em tempos de pandemia, em primeiro lugar, porque a conjuntura socioeconômica atual tende a exacerbá-la.

Segundo dados do IBGE e da OIT, são três os principais motivos de incidência da violência contra as mulheres: (1) a perda de empregos atinge, precipuamente, mulheres; (2) as mulheres são mais sujeitas à informalidade do que homens; e (3) a maior precariedade do emprego da mulher negra.

A sobrecarga de trabalho doméstico e de funções de cuidado também pode atrapalhar o desempenho de mulheres que conseguiram adotar modalidades remotas de trabalho. Por esse motivo, a conjuntura resultante da pandemia provavelmente penalizará, como, de fato, o vem fazendo, de forma desproporcional a muitas trabalhadoras, que podem ser mais mal avaliadas e até mesmo dispensadas.

Delineia-se, assim, um quadro no qual mulheres tornam-se mais dependentes financeiramente de seus companheiros e a fuga da situação de violência torna-se ainda mais difícil, por conta da restrição de serviços e de movimentação na quarentena, pela possível diminuição de renda, e pela própria convivência diária e ininterrupta com o agressor.

2 BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA ACERCA DA TRAJETÓRIA DO MOVIMENTO FEMINISTA E SUAS LUTAS DIANTE DOS DILEMAS DO SÉCULO XXI

O movimento feminista amolda-se como uma das principais manifestações sociais de caráter transformador, em busca por maiores direitos para as mulheres. É possível associarmos a revolta feminina contra a sua condição histórica, cujas principais revoluções liberais deram ensejo à consciência feminina como sendo autônoma e capaz de tomar suas próprias decisões, além de lutar por seus anseios. Com o passar do tempo, aumentou o interesse de defesa de um objetivo em comum, qual seja o de garantir a igualdade entre os gêneros. Com isso, o grupo feminista abrange uma série de subgrupos diversificados, com inúmeras demandas que não serão objeto de estudo deste feito.

Há quem ouse a afirmar que o “feminismo foi, e continua sendo, a maior e mais decisiva revolução social da modernidade”¹. Como as mulheres não formam um grupo homogêneo, não é possível falar de um único feminismo². Noutras palavras, cada escritor, seja homem ou mulher, apresenta uma abordagem influenciada pelo seu histórico de vida, sua formação, sua raça, sua ideologia e sua classe social.

As raízes do movimento feminista surgiram ainda na Revolução Francesa, sob forte influência ideológica advinda do Iluminismo. Na visão de Jacqueline Pitanguy e Branca M. Alves, foi no contexto da Revolução:

[...] que o feminismo adquire uma prática de ação política organizada. Reivindicando seus direitos de cidadania frente aos obstáculos que o contraria, o movimento feminista, na França, assume um discurso próprio, que afirma a especificidade da luta da mulher³.

Avançando sobre o tema, foi durante o século XIX que a luta das trabalhadoras fabris ganhou maior consistência, especialmente na sociedade norte-americana. A data de 08 de maio de 1857 é lembrada como sendo o dia em que as operárias de Nova Iorque se mobilizaram contra os baixos salários e requisitaram a redução da jornada de trabalho para doze horas diárias.

No final do século XIX, o feminismo deu um salto importante: na Inglaterra, as mulheres obtiveram o direito ao sufrágio.

Mais tarde, a ideologia feminista começou a ganhar aderência dentro de outros grupos da sociedade, unindo-se, ainda, a movimentos erroneamente estereotipados, como o dos negros⁴.

No Brasil, os primeiros registros de mulheres lutando por seus direitos foram percebidos já no final do século XVIII e durante o século XIX, só que restritos às classes média e alta.

¹ Idem.

² Alguns autores dividem o feminismo em três perspectivas: a primeira seria o feminismo liberal, a segunda o feminismo marxista e, por fim, o feminismo radical. Sobre essa divisão consultar: GARRIDO, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO, Santiago. *Princípios de criminologia*. 2. Ed. Valencia: tirant lo blanch, 2001, pp. 388-390.

³ ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. *O que é feminismo*. 8. ed. São Paulo: Brasiliense, 1991.

⁴ TAPIOCA NETO, Renato Drummond; D'ANGELO, Luisa Bertrami.

A trajetória do movimento feminista e suas lutas frente aos dilemas do século XXI.

O cenário mudou no início do século XX, quando a atuação feminina também passou a ser baliza das marchas populares⁵.

Com o fim do Regime Militar no país, em 1985, o movimento voltou a ganhar a atenção da imprensa, principalmente após a criação de políticas públicas voltadas para a mulher, as quais garantiam uma maior participação feminina nas decisões de Estado.

Promulgada em 1988, a Constituição Federal significou um importante marco para a transição democrática brasileira, acarretando em avanços no tocante ao reconhecimento dos direitos individuais e sociais das mulheres, fruto do intenso trabalho conhecido como “*lobby do batom*”, que visou propostas para um documento de cunho mais igualitário.

As ciências sociais há muito têm observado a desigualdade entre homens e mulheres e, na busca por respostas que equilibrassem essa situação, chegaram à noção de gênero, justificada pela diferença atribuída sobre a diferenciação entre os sexos. Em breve síntese: existe a diferença biológica entre os sexos e existe a diferença cultural, criada pelos seres humanos, entre homens e mulheres ou entre os sexos masculino e feminino⁶.

No que diz respeito à legislação infraconstitucional, era essencial não só uma reformulação para derrogar leis, normas e expressões discriminatórias contra a mulher, mas a edição de uma lei específica que tratasse pontualmente da violência contra a mulher, já que tal comportamento não poderia continuar sendo tratado pela legislação pátria como normas penais de natureza meramente punitivo-repressiva⁷. Foi exatamente nesse contexto que em 2006 foi editada a Lei 11.340/2006, a qual se encontra em vigência desde então.

Paradoxalmente, a própria existência da lei em comento é uma demonstração do quanto a sociedade brasileira despreza a mulher e os seus direitos enquanto uma⁸.

⁵ Idem.

⁶ PERSEGUINI, Alayde dos Santos. *Responsabilidade Social*. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2015. p. 140-146.

⁷ Idem.

⁸ Ibidem.

3 A EDIÇÃO DA LEI 11.340/2006 E OS SEUS REFLEXOS NA SOCIEDADE CIVIL E MILITAR

Em eficácia desde setembro de 2006, a Lei Maria da Penha foi criada para coibir a ação agressora de homens contra mulheres no âmbito doméstico ou familiar e, com isso, motivou punições rigorosas para aquele que venha a delinquir nos moldes estabelecidos pela norma. Convém ressaltar que a sua efetiva edição foi criada em homenagem à farmacêutica cearense Maria da Penha Maia Fernandes, por ter sido espancada diariamente pelo marido no decorrer de seis anos de casamento, além de ter sofrido duas tentativas de homicídio que a deixaram paraplégica. O agressor, mesmo condenado, seguiu em liberdade. A impunidade resultou na condenação internacional do Brasil pela omissão do Estado quanto a casos de violência contra as mulheres.

O estatuto em comento, reconhecido pela ONU como um dos três melhores do mundo no enfrentamento à violência contra as mulheres, é composta por quarenta e seis artigos, dividida em sete títulos, caracterizando: (I) formas de violência doméstica e familiar contra as mulheres; (II) as medidas de assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar, como prevenção, assistência em si, atendimento policial; (III) medidas protetivas em relação ao agressor; (IV) medidas protetivas em relação à agredida; (V) atuação do ministério público; (VI) assistência judiciária; e (VII) equipe de atendimento multidisciplinar.

A edição da Lei Maria da Penha prevê cinco formas de violência contra a mulher, quais sejam: a física, a psicológica, a moral, a sexual e a patrimonial. Entre outros aspectos, ensejou a alteração do Código Penal brasileiro, tornando possível que os agressores sejam presos em flagrante ou que tenham prisão preventiva decretada. Além disso, excluiu a possibilidade de aplicação de penas alternativas e previu a adoção de medidas protetivas, previstas no art. 22 da referida lei. De igual modo, promoveu alterações na Lei de Execução Penal.

No tocante ao Direito Militar, ressaltamos, desde logo, que o legislador vem deixando de incluir o direito castrense nas alterações sofridas

pelo ordenamento jurídico. Nessa esteira de entendimento, Cícero Robson Coimbra Neves assevera:

De fato, boa parte da doutrina existente olvida do Direito Penal Militar e, quando dele lembram, apenas tecem comentários que tangenciam o cotidiano encontrado pelos militares dos Estados. Em razão disso, existe uma carência de apontamentos mais detidos e aprofundados sobre o Direito Castrense, o que vem a fomentar dúvidas homéricas⁹.

Diante de tal omissão, ou eventual falta e atenção de cunho doutrinário e legislativo sobre o tema, caberia ao Poder Judiciário **harmonizar** o ordenamento – percebam que não compete ao Judiciário a edição de normas, pois se estaria diante de uma frontal violação ao processo legislativo constitucionalmente previsto –, de modo a garantir que as políticas públicas de proteção à mulher sejam, efetivamente, aplicadas.

Consoante tal apreensão, é possível afirmar que com o advento da Lei 11.340/2006, e com ela as medidas de assistencialismo, preventivas ou repressivas, antecedentes à propositura da ação civil e penal competentes, no âmbito da saúde, da assistência social e da segurança pública, a legislação tem por escopo viabilizar o acesso prioritário à remoção da servidora pública, integrante da administração direta ou indireta, desde que inserida no contexto de violência doméstica. Isto porque, a inteligência do artigo 9º, §1º denota que o legislador optou pela inclusão das mulheres em programas assistenciais imposta pela Lei Maria da Penha, que, ao ser determinada pelo juiz, cabe ao Estado o dever de proporcionar condições para o seu efetivo cumprimento.

Assim como a saúde é garantida constitucionalmente, o trabalho está positivado no *caput* do artigo 6º, como direito social e, para tanto, assegura quem figurar como vítima de violência doméstica, não permitindo que a sua vida profissional seja sacrificada tampouco penalizada com a perda do emprego. Isso se deve ao fato de que a Lei a Maria da Penha prevê, no caso de servidora pública, sua transferência de repartição; para a trabalhadora celetista, regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, a suspensão do contrato de trabalho pelo prazo máximo de seis meses.

⁹ NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Apontamentos de Direito Penal Militar*.

Assim sendo, a mulher militar vítima de violência doméstica e familiar contra a mulher possui o direito ao acesso prioritário à remoção, ainda que a medida prevista no artigo 9º, §2º, I, da Lei Maria da Penha não esteja prevista, de forma análoga, nos regulamentos internos das Forças Armadas, quando dispõem da transferência de militares, a pedido destes. Tal medida visa à preservação do direito à vida, à integridade física, à segurança, ao trabalho e à família, bens jurídicos considerados tão relevantes quanto o próprio dever militar, respeitando, assim, os ideais de cidadania, o princípio constitucional relativo à igualdade, bem como à luta pela aplicação dos Direitos Humanos, igualmente observados na vida castrense.

Feitas estas considerações, a Lei Maria da Penha reflete a forma neoconstitucionalista da igualdade material, e se firma em conformidade com a assertiva internacional que inscreve a violência de gênero como violação dos direitos humanos e da paz social.

4 A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA ENVOLVENDO MILITARES E A ASSISTÊNCIA À MULHER EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR – DIREITO AO ACESSO PRIORITÁRIO À REMOÇÃO DA SERVIDORA MILITAR

Com a incorporação cada vez mais expressiva de mulheres às Forças Armadas e às Forças Auxiliares de Segurança, como as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares, surge o problema relativo à competência da Justiça Militar para conhecer do delito cometido por um cônjuge ou companheiro contra o outro.

Até outubro de 2017, a regra de competência, em se tratando da incidência de violência doméstica em que o agente e vítima sejam militares integrantes das Forças Armadas ou das Forças Auxiliares, obedecia ao preceito de processamento e julgamento pela Justiça Comum e não da Justiça Militar. Isto porque, a fundamentação para tal exegese prende-se ao fato de que a relação entre o casal de militares não é regida pelo Regime Jurídico Público, mas sim por uma relação de natureza privada. Neste caso, estaria, portanto, inalcançável pelo direito castrense.

No entanto, com o advento da Lei 13.491/17, o conceito de crime militar foi ampliado para, além da tradicional divisão de crime militar próprio e impróprio, admitir uma nova categoria: a de crime militar por extensão ou crime militar extravagante, que são justamente aqueles que se encontram fora do Código Penal castrense, na legislação penal comum, e que adquirem a condição de militar por terem sido cometidos em uma das hipóteses retratadas no inciso II, do art. 9º, do CPM.

Jorge César de Assis afirma que os laços familiares são protegidos pelo Direito Penal Militar, de modo que a ofensa a esse bem jurídico é descrita como circunstância agravante em se tratando de crime cometido pelo militar contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge, nos termos do artigo 70, alínea “f”, do CPM¹⁰.

Em relação à violência descrita no comando normativo da Lei Maria da Penha, no *caput* do seu artigo 1º, o gênero do vocábulo “violência” bifurca-se em duas espécies: a doméstica, tida como local de convívio de pessoas ligadas ou não por laços familiares; e a familiar, classificada como sendo um grupo de pessoas aparentadas ou que assim se consideram¹¹.

De fato, a doutrina não é uníssona. Por um lado, a intimidade do casal estaria sendo devassada, por ser a casa o asilo inviolável e protegido por norma constitucional, que assegura o direito à liberdade das relações familiares e a intimidade sexual, por outro, a Constituição não torna a residência imune à incidência do direito, isto é, havendo crime em seu interior, o fato deverá ser apurado e o responsável punido¹².

Sob essa perspectiva, não há razão, portanto, para se entender que a Polícia Judiciária e a Justiça Comum poderiam ter acesso às informações relativas aos crimes praticados dentro do âmbito do lar, mesmo não estando sujeita à administração militar, em detrimento da Polícia Judiciária Militar.

¹⁰ ASSIS, Jorge Cesar. *Comentários ao Código Penal Militar*.

¹¹ ROCHA, Maria Elizabeth. Presidente do STM é convidada a falar à bancada feminina do Congresso Nacional. *STM*, sítio eletrônico. Disponível em: <http://www.stm.jus.br/home-pensionista/agencia-de-noticias/item/2140-presidente-do-stm-e-convidada-a-falar-a-bancada-feminina-do-congresso-nacional>. Acesso em: 25 nov. 2014.

¹² Idem.

Não é demais anotar que, embora haja divergência doutrinária sobre a possibilidade de aplicação ou não da Lei Maria da Penha na Justiça Militar da União, mesmo após as modificações trazidas pela Lei 13.491/17, é possível afirmarmos que há compatibilidade dos ritos adotados no sistema processual penal comum e no sistema processual penal militar.

Se assim não o fosse, o Ministério Público Militar, no uso de suas atribuições constitucionais, não teria editado a recentíssima Recomendação nº 21 – CCR/MPM, em 03/09/2021, a qual pedimos vênias para transcrever na íntegra, *in verbis*:

RECOMENDA-SE aos órgãos do Ministério Público Militar que adotem, no que couber, todas as providências previstas na Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), no que tange aos crimes militares que ensejarem o contexto de violência familiar e doméstica contra a mulher, sob a configuração típica prevista no caput do art. 5º da Lei nº 11.340/2006, bem como oficiem junto aos Comandos das Organizações Militares, situados em sua área de atribuição, para que, igualmente no que couber, orientem aos seus oficiais subordinados, quando designados para o exercício da função de Encarregado de Inquérito Policial Militar ou como Presidente de Auto de Prisão em Flagrante, a fiel observância do contido nos arts. 10, 10-A, 11, 12 e seguintes, da citada lei.

A recomendação editada pelo *Parquet* das Armas reforça a ideia central deste artigo, qual seja a norma inserida no artigo 9º, § 2º, I, da Lei Maria da Penha, que tem por escopo viabilizar o acesso prioritário à remoção da servidora pública, integrante da administração direta ou indireta, desde que arraigada no contexto de violência.

Explicamos.

O título III da Lei nº 11.340/2006 destina-se à assistência à mulher quando praticada contra ela violência doméstica e familiar, ou nos casos em que ainda esteja sofrendo o injusto, objetivando medidas de assistencialismo, preventivas ou repressivas, no âmbito da saúde, da assistência social e da segurança pública.

Assim como a saúde, o trabalho está garantido constitucionalmente a todas as pessoas, positivado no caput do artigo 6º, como direito social. Portanto, quem figurar como vítima de violência doméstica não deve ter sua

vida profissional sacrificada tampouco ser penalizada com a perda do emprego. Isso se deve ao fato de que a Lei a Maria da Penha prevê, no caso de servidora pública, sua transferência de repartição; para a trabalhadora celetista (regida pela CLT), a suspensão do contrato de trabalho pelo prazo máximo de seis meses.

Por outro lado, a questão relativa ao casal de militares e os crimes praticados entre eles sempre atrai o interesse e gera inúmeras perguntas. Não menos importante que o Estado mantenha no cargo a mulher militar em situação de violência, sem que sejam violadas suas integridades físicas, psíquicas, sexuais, patrimoniais e morais.

E daí entramos na questão administrativa da movimentação de militares, cuja finalidade decorre dos deveres e das obrigações da atividade militar.

De acordo com as normas comuns para a movimentação de oficiais e praças, esta pode se dar por necessidade do serviço ou por interesse do próprio militar.

Dentre os instrumentos normativos básicos que disciplinam as relações administrativas entre a Administração Militar e os militares administrados, quais sejam a Constituição Federal e o Estatuto dos Militares, existem, ainda, os regulamentos internos de cada Força – aqui, vamos no limitar aos regulamentos das Forças Armadas –, legitimados pelo texto constitucional e pelo artigo 4º da Lei Complementar 97/1999, que dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas.

Com efeito, somente os regulamentos tratam da movimentação como direito do militar, como é o caso do o DGPM-310, que monta as normas sobre nomeação, designação, movimentação, dispensas do serviço, licenças, férias e outros afastamentos temporários do serviço de pessoal militar da Marinha do Brasil, do R-50, que estabelece princípios e normas gerais para a movimentação de oficiais e praças da ativa do Exército Brasileiro, e do ICA 30-4/2014, que dispõe sobre a movimentação de pessoal militar da Força Aérea Brasileira.

Vimos, portanto, que a movimentação dos militares é ato discricionário da administração, em que a autoridade que o exerce tem certa liberdade pessoal quanto aos critérios de conveniência e oportunidade.

Dentre as espécies de movimentação, a que importa para nós é a “transferência”.

Pois bem. Entende-se por transferência o ato de movimentação de um Quadro para outro, de uma para outra OM, ou, internamente, de uma para outra fração de OM, podendo ser a critério da administração ou por interesse do próprio militar. Nesse diapasão, convém trazer à colação os já citados regulamentos internos de cada força que tratam do assunto, a conferir:

- (a) no DGPM-310, da Marinha: dentre as modalidades de movimentação dos servidores militares, previstas no capítulo III, desse regulamento, não há a hipótese “a interesse próprio”;
- (b) no R-50, do Exército: a movimentação por interesse próprio encontra previsão na letra “i”, ou seja, atender, respeitada a conveniência do serviço, os interesses próprios do militar, enquanto que a movimentação para atender problemas de saúde do militar ou de seus dependentes, conforme disposição da alínea “h”, será realizada a requerimento do interessado ao órgão movimentador e considerado o interesse do serviço;
- (c) no ICA 30/4/2014, da FAB: a movimentação de pessoal militar do Comando da Aeronáutica (COMAER), regulamentada pelo ICA 30-4/2014, visa, precipuamente, ao interesse da administração. Porém, diversos motivos administrativos podem ensejar a movimentação de militares da FAB, uma vez que a movimentação de pessoal militar tem caráter estratégico, entre eles o interesse próprio.

Da leitura dos regulamentos supramencionados, nota-se que apenas o R-50, do Exército, e o ICA 30-4/2014, da FAB, permitem a aplicação de outras disposições para fins de movimentação de pessoal militar; entende-se, aqui, pela possibilidade de aplicação da norma do art. 9º, § 2º, I, da Lei Maria da Penha, que prevê a prioridade de remoção da servidora militar em situação de violência.

Por outro giro, não obstante o regulamento da Marinha (DGPM-310) não contemplar hipóteses previstas em outras legislações, é possível a aplicação do mesmo entendimento, eis que prevê a hipótese de movimentação por interesse próprio, que seria fundamentada na necessidade de salvaguardar a integridade da militar vítima de violência doméstica.

O acolhimento da militar vítima de violência doméstica e/ou familiar pelos Comandos de cada Força Armada, dando interpretação extensiva aos regulamentos internos que tratam da movimentação, no nosso sentir evitaria a judicialização em massa, permitindo, assim, uma maior atuação da administração castrense na solução de casos concretos.

Nesse sentido, embora os regulamentos internos das FFAA não prevejam expressamente a hipótese de movimentação da mulher militar em situação de violência doméstica, é possível afirmar-se que tais regulamentos se complementam com a legislação pátria, visto que a Lei Maria da Penha prevê essa remoção em caráter prioritário, devendo ser posta em prática, desde que a pedido da ofendida, pela Administração Castrense; e, na omissão desta, o estado juiz tem o poder dever de fazê-lo, desde que devidamente provocado.

Sem mais delongas, devemos acreditar que, numa era essencialmente tecnológica e com crescentes demandas advindas da sociedade contemporânea, é necessário que nos atentemos às perspectivas dos direitos fundamentais, mormente no que tange à violência doméstica, pois a violação de qualquer um desses merece reprovação moral, social e penal, por ferir, frontalmente, os desígnios da profissão militar, que deve ser exercida com decoro, respeito e dignidade para com seu semelhante.

Como mulher e advogada, acredito que temos a obrigação de oferecer o suporte necessário à mulher militar em situação de violência, porque, naturalmente, é uma situação constrangedora por si só. A intimidade, quando violada, traz muitos transtornos à vítima, e é preciso que quem atue na área castrense, sobretudo as mulheres, possa aproximar mais o nosso público, com a nossa sensibilidade feminina que nos é inerente.

É importante, sim, entendermos a hierarquia e a disciplina como garantias individuais e para a Sociedade como um todo, e que, sucintamente,

o pundonor militar e o decoro da classe, que não deixam de estar nelas inseridos, repudiam a violência dentro do casal, em especial, quando esta é praticada contra a mulher e que isso tem, inegavelmente, repercussão na caserna.

Sobre o tema, importante mencionar que o Tribunal Regional Federal da Primeira Região já concedeu o direito de remoção prioritária a uma servidora civil em situação de violência doméstica na Bahia (Reexame Necessário em Mandado de Segurança nº 0006686-12.2015.4.01.3300, Rel. Desembargadora Federal Gilda Sigmaringa Seixas, Julgado em 08/03/2017), cuja ementa ora transcrevemos para facilitar o entendimento do leitor, *ad exemplum*:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. REMOÇÃO. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. ART. 9º, §2º, I, DA LEI 11.340/06. HIPÓTESE ANÁLOGA À PREVISTA NO ART. 36, III, "B" DA LEI 8.112/90. PROTEÇÃO À FAMÍLIA. ART. 226, § 8º DA CF/88. SENTENÇA CONCESSIVA. REMESSA OFICIAL NÃO PROVIDA.

1. Sentença que concedeu a segurança para reconhecer o direito à remoção de Professora efetiva na Área de Enfermagem do Instituto Federal da Bahia - IFBA, do campus de Barreiras/BA, para o campus de Salvador/BA, tendo em vista a comprovação nos autos de indícios de violência doméstica sofrida pela parte impetrante.

2. O ato de remoção no caso sub judice terá como fim a preservação do direito à vida, à integridade física, à segurança, ao trabalho e à família. Os bens jurídicos a serem aqui protegidos mostram-se mais importantes do que aqueles tutelados pela Lei nº 8.112/90, que permite a remoção independentemente do interesse da Administração.

3. Com base no princípio constitucional de proteção à família (art. 226, § 8º da CF/88) e no quanto previsto no art. 9º, §2º, I, da Lei nº 11.340/06, o pedido de remoção da servidora configura hipótese análoga àquela prevista no art. 36, III, "b" da Lei nº 8.112/90, que trata de pedido de remoção a pedido, para outra localidade, independentemente do interesse da Administração.

4. Consoante proclama o STJ (REsp nº 577.229/AL), em sede de remessa oficial, confirma-se a sentença se não há qualquer questão de fato ou de direito, referente ao mérito ou ao processo, matéria constitucional ou infraconstitucional, direito federal ou não, ou princípio, que a desabone.

5. Ausentes apelos voluntários, o que reforça a higidez da decisão (dada a aparente ausência de ulterior resistência e/ou o próprio cumprimento voluntário do "decisum"), e

considerando a ampla e adequada fundamentação da sentença proferida (sem notícia, de lá até aqui, de qualquer inovação no quadro fático-jurídico), e sopesando as reduzidas cargas de densidade da controvérsia e mínima complexidade jurídica, mais decorrendo o ajuizamento da demora no exame administrativo e na satisfação imediata da pretensão do direito, adiante judicialmente revelado procedente, não há qualquer óbice ao regular decurso do prazo para trânsito em julgado, ante a exatidão do decidido.

6. Remessa oficial não provida.

Recentemente, por orientação do Superior Tribunal Militar, o Comando de uma das Forças Armadas acatou o pedido administrativo de remoção de uma militar em situação de violência doméstica.

Certamente, o futuro exigirá mais políticas públicas, focalizadas não apenas no combate à violência, como também no estímulo ao empoderamento econômico e ao empreendedorismo femininos.

5 CONCLUSÃO

Após tudo o que foi exposto, pode-se concluir – ressalvado entendimento contrário e de todo respeitado – que a ocorrência de crime praticado no âmbito das relações domésticas, envolvendo militares da ativa, ofende bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal Militar, bem como a regularidade das instituições militares.

Fato é que a violência doméstica no âmbito das relações familiares entre os militares casados ou companheiros é uma realidade incontestável, mormente porque a incorporação cada vez mais expressiva de mulheres às Forças Armadas, à Polícia Militar e aos Corpos de Bombeiros Militares faz surgir a controvérsia de exegeses no mundo jurídico. Por um lado, há quem defenda que a relação entre o casal de militares não é regida pelo Regime Jurídico Público, mas sim por uma relação de natureza privada, inalcançável pelo Direito Militar; por outro, há quem afirme que os laços familiares são protegidos pelo Direito Penal Militar, de modo que a ofensa a esse bem jurídico constitui crime militar.

Fato é que o trabalho está garantido constitucionalmente a todas as pessoas, positivado no *caput* do artigo 6º, da Constituição, como direito

social. Portanto, quem figurar como vítima de violência doméstica não deve ter sua vida profissional sacrificada tampouco ser penalizada com a perda do emprego. Isso se deve ao fato de que, a Lei a Maria da Penha, prevê, no caso de servidora pública, sua transferência de repartição; para a trabalhadora celetista, a suspensão do contrato de trabalho pelo prazo máximo de seis meses. A análise passa, portanto, para a movimentação da servidora militar quando vítima de violência doméstica dentro da caserna ou ainda que fora dela.

A par disso, adentramos na esfera acerca da movimentação de pessoal militar, especificamente na modalidade “transferência”. Apesar de carecer de normas legais específicas que regulem o tema, a “movimentação” demanda a uniformização de entendimento pelos tribunais pátrios, sobretudo por envolver questões ligadas ao interesse público somado à família, bens jurídicos igualmente tutelados pela Constituição Federal. Já a “transferência” é ato discricionário da administração, em que a autoridade que o exerce possui certa liberdade pessoal quanto aos critérios de conveniência e oportunidade.

Embora o regime estatutário militar federal seja definido, essencialmente, por dispositivos da Constituição e pelo Estatuto dos Militares, instituído pela Lei 6.880/1980, somente os regulamentos internos tratam da movimentação como direito do militar, como é o caso do e o DGPM-310, que monta as normas sobre nomeação, designação, movimentação, dispensas do serviço, licenças, férias e outros afastamentos temporários do serviço de pessoal militar da Marinha do Brasil, do R-50, que estabelece princípios e normas gerais para a movimentação de oficiais e praças da ativa do Exército Brasileiro; e do ICA 30-4/2014, que dispõe sobre a movimentação de pessoal militar da Força Aérea Brasileira.

Da leitura detida dos regulamentos mencionados, nota-se que apenas o R-50, do Exército, e o ICA 30-4/2014, da Força Aérea, permitem a aplicação de outras disposições para fins de movimentação de pessoal militar, conforme disposição da alínea “g”, do artigo 16, e do item 2.3.1., respectivamente. O regulamento da Marinha não admite, ou dificulta, a aplicação de outros dispositivos que justifiquem a movimentação do militar,

sobretudo à servidora vítima de violência doméstica, sobretudo quando fulcrada na medida assistencialista à mulher em situação de violência doméstica e familiar, prevista no artigo 9º, §2º, I, da Lei Maria da Penha, o que, por óbvio, pode (e deve) ser superado por meio da jurisprudência pátria e de orientações editadas por parte dos órgãos públicos, como é o caso da Recomendação nº 21 – CCR/MPM, em 03/09/2021, de modo a não preterir mulheres de diferentes Forças Armadas.

REFERÊNCIAS

ALVES, Branca Moreira; PITANGUY, Jacqueline. *O que é feminismo*. 8. ed. São Paulo: Brasiliense, 1991.

ASSIS, Jorge Cesar. *Comentários ao Código Penal Militar*. 10. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2018.

GARRIDO, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO, Santiago. *Princípios de criminologia*. 2. Ed. Valencia: tirant lo blanch, 2001, pp. 388-390.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Apontamentos de Direito Penal Militar*. 2. tirag. São Paulo: Saraiva, 2008.

PERSEGUINI, Alayde dos Santos. *Responsabilidade Social*. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2015. p. 140-146.

ROCHA, Maria Elizabeth. *Presidente do STM é convidada a falar à bancada feminina do Congresso Nacional*. STM, sítio eletrônico. Disponível em: <http://www.stm.jus.br/home-pensionista/agencia-de-noticias/item/2140-presidente-do-stm-e-convidada-a-falar-a-bancada-feminina-do-congresso-nacional>. Acesso em: 25 nov. 2014.

Análise dos direitos das mulheres encarceradas norte-americanas e breve comparação com o tratamento carcerário às brasileiras

Karla Marinaska Reculiano

Mestranda no programa de pós-graduação em direito. Mestra em direito, tecnologia e desenvolvimento da Universidade Positivo. Oficial do Quadro de Convocados de Serviços Jurídicos à Força Aérea Brasileira. 1º Adjunto da Assessoria Jurídica do Segundo Centro Integrado de Defesa Aérea e Controle do Tráfego Aéreo (CINDACTA II).

Data de recebimento: 29/12/2021

Data de aceitação: 12/01/2022

RESUMO: Nesta pesquisa, estudam-se as razões para o encarceramento feminino norte-americano e os programas existentes com vistas a elucidar o preconizado acerca dos direitos constitucionais norte-americanos advindos das Emendas I, XIII e XIV, bem como a análise dos direitos parentais das encarceradas e o direito dos filhos. Pretende-se tecer, brevemente, explanação acerca dos direitos das mulheres encarceradas no Brasil e ressaltar algumas diferenças entre ambos os sistemas prisionais.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema prisional. Mulheres. Cárcere norte-americano. Direitos das mulheres encarceradas no Brasil.

ENGLISH

TITLE: Analysis of the Rights of American Incarcerated Women and a Brief Comparison with Prison Treatment for Brazilian Women.

ABSTRACT: In this research, the reasons for the North American female incarceration and the existing programs are studied in order to elucidate the preconized about North American constitutional rights arising from Amendments I, XIII and XIV, as well as the analysis of the parental rights of incarcerated women, and the rights of children. It is intended to briefly explain the rights of women incarcerated in Brazil and highlight some differences between both prison systems.

KEYWORDS: Prison System. Women. North American Jail. Rights of Women Incarcerated in Brazil.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Razões para o encarceramento feminino norte-americano – 3 Programas norte-americanos existentes – 4 Direitos constitucionais norte-americanos advindos das Emendas I, XIII e XIV, dos pais, enquanto encarcerados, e dos filhos – 4.1 A 1ª Emenda – 4.2 A 13ª Emenda e o direito dos pais – 4.3 A 14ª Emenda e a lógica de “TURNER” para garantir os direitos às mães encarceradas – 5 Breve explanação dos direitos das mulheres encarceradas no Brasil – 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A população carcerária dos Estados Unidos cresceu de maneira alarmante nas últimas décadas, com maior o crescimento estatístico em relação às mulheres encarceradas, ocasionando efeitos devastadores para a sociedade, pois muitas mulheres são mães e/ou principais responsáveis financeira e psicologicamente pelos demais entes familiares.

Além disso, todos os anos, várias mães dão à luz em prisões, algemadas, acorrentadas, em uma sala com apenas o médico e o guarda prisional, sem apoio de familiares ou conhecidos. Elas então, geralmente, têm menos de 48 horas para passar com o filho antes de este ser levado embora. Às vezes a criança será criada por outros membros da família, caso contrário integrará o sistema de assistência social.

Devido a várias restrições e obstáculos, muitas mulheres encarceradas são forçadas a perder o direito maternal durante o encarceramento. Embora alguns programas existam nos Estados Unidos, na maioria das vezes, existem poucas vias de apoio às mães encarceradas, em contraponto aos direitos estabelecidos na 14ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos, que garante tal direito aos pais.

2 RAZÕES PARA O ENCARCERAMENTO FEMININO NORTE-AMERICANO

Relata a autora White (2008), em seu artigo “Mulheres na Prisão Federal: caminhos para dentro, programas para fora”, que o encarceramento de mulheres nas últimas décadas cresceu 108% desde 1990, segundo dados das prisões federais. O *Bureau of Justice Statistics* (BJS) relata que em 1998 mais de 900.000 mulheres estavam sob alguma forma de supervisão correcional.

Afirma White que as circunstâncias que levam as mulheres à prisão nos EUA são multifacetadas. Entretanto, fica latente que o motivo estatisticamente maior que encarcera as mulheres norte-americanas, analisando os dados, é o envolvimento com drogas, tráfico de drogas; e denota-se que os programas criados nas prisões têm o escopo de ressocializar essas mulheres para que, depois do cumprimento das penas, possam seguir suas vidas sem reincidir nos crimes.

Já no artigo “Prisioneiros Parentais: o direito constitucional da mãe encarcerada aos pais”, de Halter (2018), há menção à “guerra das drogas”, em

que o autor explica que tal batalha impactou desproporcionalmente as condenações federais. Por exemplo, em 2006, aproximadamente 61% das mulheres confinadas estavam cumprindo penas por envolvimento com drogas em comparação com quase 53% dos homens.

Acerca do sistema penitenciário federal norte-americano, White (2008) destaca que ele foi criado em 1891, com a promulgação da Lei das Três Prisões, que autorizou as primeiras penitenciárias. Atualmente, das 114 instituições federais, existem vinte e cinco que abrigam agressoras. Das mulheres confinadas na federação, cerca de 66% da população feminina é caucasiana; cerca de 18% são cidadãs não americanas; cerca de 28% das mulheres são descendentes hispânicas; e 29% são afro-americanas.

Destaca Halter (2018) que aproximadamente 80% das mulheres infratoras têm problema com uso de substâncias entorpecentes, e cerca da metade relatam cometer seus crimes enquanto sob influência tóxica. Quase dois terços das mulheres encarceradas nos EUA são mães.

No referido artigo de Halter, é importante destacar que as mulheres são mais propensas a serem condenadas por crimes envolvendo bens ou drogas; que a maioria das mulheres acabam indo para prisão decorrente do comportamento de seus parceiros, namorados ou maridos; e que frequentemente as mulheres encarceradas desempenham um papel pequeno na venda e tráfico de drogas.

Ainda, acerca dos dados das Instituições carcerárias Federais com relação às mulheres cumprindo penas de prisão, há que mencionar, conforme frisa Halter (2018), os abusos sexuais, físicos somados às doenças mentais sofridas quando cumprindo condenações bem como quando do uso de automedicação, que contribuem para os dados relacionados à criminalidade feminina.

Uma em cada três mulheres relatam cometer ofensas às leis para apoiar seus vícios, e a idade média das mulheres detentas, nas prisões federais, é de 38,7 anos, frisa White (2008).

Pesquisas revelam a ligação de questões sociais, psicológicas e econômicas com o alto número das mulheres encarceradas, conforme denota a autora White, que destaca que prisioneiras relatam vitimização por abuso sexual e/ou físico e que o perfil das encarceradas apresenta mulheres de baixo nível de escolaridade e alto nível de desemprego. Ainda se destaca, da mesma autora, que a sentença média imposta, nas prisões federais, para as mulheres, é de 78,4 meses contra 1177 meses para os homens.

Essa mesma autora analisa, em seu artigo (WHITE, 2008), as situações de detentas advindas de lares monoparentais, orfanatos ou ambiente de grupo, bem como com familiares que já foram encarcerados pelo menos uma vez. Além disso, destaca que as mulheres apresentam taxas mais altas de dependência química, comparadas aos homens encarcerados, e, portanto, são consideradas mais propensas a terem histórias pretéritas traumáticas. Em adição a isso, tipicamente, são cuidadoras primárias – senão as únicas – de crianças em suas famílias, e, portanto, muitas vezes, as únicas responsáveis psíquica e financeiramente por tais entes.

Leciona Halter (2018), analisando as condenações ao cumprimento de sentenças severas às mulheres, decorrentes de essas possuírem poucas informações acerca do crime a que estão sendo denunciadas, somado às recusas por testemunhar contra seus parceiros, namorados, maridos para protegê-los ou até mesmo por medo de sofrer ofensas físicas, fora da cadeia. Nesse aspecto, revelam-se falhos a política criminal antidrogas e o sistema de justiça criminal norte-americano.

Ainda sobre o artigo de Halter, insta destacar o fato de muitas mulheres serem presas não por atividade criminal intencional e prévia, mas por motivos menores e isolados. Assim, são condenadas ao cárcere muitas mulheres não violentas e, não poucas vezes, gestantes, que, uma vez dentro da prisão, ficam impedidas de criar seus filhos, após o parto.

Observando o universo das prisões estaduais, destaca-se o artigo: “Assistência à saúde de mulheres grávidas em prisões Estaduais dos EUA” (FERSZT; CLARKE, 2012), que analisa os dados sobre as práticas e

cuidados nas prisões estaduais, mostrando que estas variam de administração prisional estadual. Em relação ao atendimento pré-natal, a maioria das instituições estaduais possuem atendimento no local, e alguns outros estabelecimentos transportam as grávidas encarceradas para o atendimento pré-natal primário. No entanto, a maioria das mulheres dão à luz em hospitais fora dos estabelecimentos carcerários, e as necessidades nutricionais das detentas grávidas Estaduais são atendidas parcialmente.

Destaca-se do artigo de Ferszt e Clarke (2012), ainda sobre as instituições carcerárias estaduais, que estas fornecem beliches mais baixos para as detentas grávidas, e uma minoria oferecem dois colchões a qualquer momento. Não há redução na carga de trabalho para as detentas grávidas, nem permissão de períodos extras para descanso nas unidades estaduais. O mesmo artigo ainda destaca que poucas instituições estaduais oferecem apoio para amamentação das detentas, e o sofrimento físico combinado com o trabalho de parto é aumentado com o uso de algemas, correntes e cintas de barriga em algumas dessas instituições.

3 PROGRAMAS NORTE-AMERICANOS EXISTENTES

As instituições norte-americanas, diante do aumento de mulheres encarceradas e dos dados analisados referentes ao questionamento de por que ocorreu tal crescimento, passaram a inserir programas internos com o intento de reduzir a reincidência das mulheres condenadas. Neste ínterim, verifica-se a lição de White (2008), que explana acerca dos referidos programas, explicando que esses se esforçam para apresentar propostas específicas às necessidades das mulheres.

White explica que foram oferecidos tratamentos medicamentosos para 100% das qualificadas e dispostas, voluntariamente, e que foram introduzidas aulas de educação sobre drogas, tratamento de abuso de drogas e aconselhamento em praticamente todas as instituições federais femininas. O autor ainda lembra que tais programas fornecem oportunidades às mulheres

encarceradas para autoaperfeiçoamento, como educação sobre drogas, atividades de capacitação, treinamento vocacional e preparação para o dia em que deixarem o cárcere.

Nesse sentido, White (2008) ensina que os programas federais possuem um olhar para fora das grades, com intenção de reinserção das detentas federais à sociedade. Para isso os programas são multifacetados, observando a necessidade específica das detentas mulheres. Alguns programas federais incluem terapias e aconselhamentos individuais e em grupo; e outras estratégias de desenvolvimento de habilidades. O programa residencial é uma opção de tratamento intensivo de nove meses que fornece ambiente holístico semelhante a um programa comunitário de internação.

Considerando as necessidades específicas das mulheres encarceradas, decorrentes de suas especificidades biológicas e naturais, destaca Halter (2018) que a penitenciária de segurança máxima de Bedford Hills é modelo no que diz respeito à maternidade na prisão, com programa que permite que as mães, desde que preencham os requisitos para o programa, vivam com seus bebês de forma saudável, por até 18 meses.

Porém, o autor também expõe que, ao contrário de Belford, a maioria das prisões, por falta de estrutura, não permitem que as crianças nascidas em ocasião de punição permaneçam no cárcere com as mães. Sendo assim, esses infantes são assumidos, após as 48h (quarenta e oito horas) do parto, por familiares, ou são integrados ao sistema de assistência social, para adoção.

Das análises dos sistemas prisionais, o que se pode aferir é que, diante do programa que permite que as mães encarceradas convivam mais tempo com seus filhos, somado aos demais programas internos que auxiliam as detentas a, quando saírem, serem ressocializadas, constatou-se redução dos índices de reincidência.

Os berçários prisionais, muito aplaudidos pelos norte-americanos, representam um programa que demonstra a real preocupação das instituições carcerárias com as mulheres detentas. Bem como, ao olhar específico às

peculiaridades das mulheres aprisionadas, e, conforme explica em seu artigo White (2008), eles permitem que as mães fiquem próximas a seus filhos por um período de tempo, resguardando, assim, seu direito constitucional parental, desde que preenchidos os requisitos pela detenta: a condenação não ter sido por crime violento; ela não ter precedentes criminais; não ter histórico de abuso infantil; e ter dado a luz enquanto encarcerada.

Sendo assim, explana White (2008) que, por conta da repercussão ocorrida no país decorrente do programa federal dos berçários prisionais, a partir de 2010, alguns estados apresentaram programas dos berçários em seus estabelecimentos: Nova York, Nebraska, Dakota do Sul, Ohio, Washington, Illinois Indiana, Califórnia e Virgínia Ocidental.

Entretanto, a realidade da maioria dos Estados é diversa da realidade federal, e adotam-se abordagens diferentes para determinar quanto tempo – de vinte e quatro (24) a quarenta e oito (48) horas – uma mãe pode passar com seus filhos após o parto. Alguns estados possuem creches que permitem que as mães fiquem por um período mais longo com seus filhos. Também há programas alternativos que oferecem residências, bases comunitárias. Entretanto o mais comum é o recém-nascido ser entregue para parentes ou orfanatos, nesse último caso, a detenta perde os direitos de mãe (HALTER, 2008).

4 DIREITOS CONSTITUCIONAIS NORTE-AMERICANOS ADVINDOS DAS EMENDAS I, XIII E XIV, DOS PAIS, ENQUANTO ENCARCERADOS, E DOS FILHOS

4.1 A 1ª Emenda

Relaciona-se ao tema da mulher encarcerada a inteligência da 1ª Emenda Constitucional norte-americana com a impossibilidade do Estado de criminalizar a escolha do indivíduo, a exemplo dos direitos da mulher ao controle de natalidade, ao aborto, os quais também são temas que se

correlacionam ao sistema prisional norte-americano, conforme o texto constitucional, nestes termos:

O Congresso não fará lei alguma que tenda a estabelecer uma religião, ou proibir o livre exercício dos cultos; ou cercar a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de se reunir pacificamente, e de dirigir ao governo petições para a reparação de seus agravos.

Sendo assim, pode-se concluir que não cabe ao Estado interferir no planejamento familiar das mulheres encarceradas, e, portanto, não poderá impedi-las de realizar o aborto, por exemplo. Além disso, deve possibilitar a essas mulheres que optarem pelo aborto um ambiente salubre e com estrutura hospitalar suficiente para que tal procedimento seja realizado. Destaca-se que o aborto é permitido nos Estados Unidos.

4.2 A 13ª Emenda e o direito dos pais

Nas últimas décadas a Suprema Corte constatou que as detentas mantêm direitos constitucionais, sob fundamento também da décima terceira Emenda, no que diz respeito à defesa dos direitos reprodutivos. Verifica-se na Emenda:

Nem escravidão, nem servidão involuntária, exceto como punição por crime pelo qual a parte tenha sido devidamente condenada, deverá existir nos Estados Unidos, ou em qualquer território sujeito à sua jurisdição.

Ainda em correlação ao que foi destacado da primeira Emenda, acima colacionada, verifica-se no artigo “Sofrimentos Peculiarmente Femininos: a décima terceira emenda”, em defesa dos direitos reprodutivos das mulheres encarceradas (GUTIERREZ, 2013), que o autor destaca que as mulheres encarceradas não perdem seus direitos constitucionais e, portanto, não podem ser submetidas a trabalhos escravos no cárcere nem podem ter seus direitos reprodutivos suprimidos.

Há interpretações de casos que defendem os direitos das encarceradas sob o aspecto da décima terceira Emenda e fazem uma analogia aos moldes de aplicação das punições penais nos cárceres às mulheres com a exploração sexual reprodutiva das escravas (GUTIERREZ, 2013).

Embora as leis penais que proíbem o aborto levantem questões constitucionais sob os desafios da décima quarta e oitava alterações, com base nessas alterações, produziram resultados mistos, e a Suprema Corte ainda não resolveu a questão (GUTIERREZ, 2013).

Sendo assim, suplantando o direito da mulher encarcerada ao aborto para forçá-la a trabalhar na prisão, com fundamento na cláusula de punição, é privá-la dos direitos constitucionais previstos na Décima Terceira Emenda (GUTIERREZ, 2013).

4.3 A 14ª Emenda e a lógica de “TURNER” para garantir os direitos às mães encarceradas

A perda das mães encarceradas aos seus direitos parentais em relação a seu filho, certamente, é uma afronta à 14ª Emenda Constitucional, conforme denota-se da 14ª Emenda, nestes termos:

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãs dos Estados Unidos e do Estado membro onde residam. Nenhum Estado-membro poderá fazer ou aplicar nenhuma lei tendente a abolir os 28 privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privá-los da vida, liberdade, ou propriedade, sem devido processo legal; nem poderá denegar a nenhuma pessoa sob sua jurisdição igual proteção das leis.

Em contrapartida ao direito assegurado às mães encarceradas em relação a seus filhos vem a Lei de Adoção e Famílias Seguras, que dificulta que as detentas gestantes mantenham custódia de seus filhos enquanto cumprem suas penas, e dificultam (se não impossibilitam) de reaver a custódia após o cumprimento da punição (HALTER, 2018).

Certamente sem abordar os problemas das leis de custódia de crianças e drogas nos Estados Unidos da América o direito constitucional da mãe encarcerada nunca será totalmente protegido.

Ainda, em uma decisão histórica, *Quilloin versus Walcott*, o Tribunal reafirmou que a relação entre pai e filho é constitucionalmente protegida. Em *Quilloin*, um pai biológico alegou que, por uma questão do devido processo legal e proteção da igualdade, tinha direito ao veto absoluto sobre os procedimentos de adoção de seu filho biológico, na ausência de uma decisão de que ele não era adequado para ser pai. Embora em última análise, priorizasse o bem estar da criança em detrimento do interesse do pai, a Corte a reconheceu a importância de proteger a constitucionalidade da relação pai-filho (HALTER, 2018).

Analisando julgados, Halter (2018) ressalta que em *Troxel versus Granville*, o Tribunal foi ainda mais longe e sustentou que a Constituição reconhece um direito fundamental aos pais. Nesse caso, o interesse pela liberdade em questão era o cuidado, a custódia e o controle da mãe em relação a seus filhos. O Tribunal reconheceu ser o mais antigo direito fundamental reconhecido, em que se discutiu que, à luz do extenso precedente, a cláusula do devido processo protege obviamente o direitos fundamentais dos pais para tomar decisões sobre cuidados, custódia, e controle de seus filhos.

Uma pesquisa do precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos confirma que “Turner” é o caso mais aplicável, ao analisar se as mães devem ter direito paternal em contrapartida aos interesses do Estado em proteger as crianças daquele ambiente. “Turner” fornece o melhor argumento, concluindo o porquê de os direitos paternais às mulheres encarceradas deverem ser protegidos sob a Décima Quarta Emenda (HALTER, 2018).

Um dos fatores considerados no caso “Turner” foi a presença ou ausência de alternativas prontas que consideram o peso da prisão para as crianças (HALTER, 2018). Na existência de uma alternativa que respeite a razoabilidade, acomode totalmente direitos do preso a um custo mínimo para

o Estado e integre interesses penais válidos, conclui-se pela melhor alternativa.

Nesse caminho, exclui-se a interpretação de que o Estado está forçando alguém a morar numa prisão (filhos) e aproxima-se da interpretação do direito constitucional dos pais decidirem pela educação e local onde seus filhos vão estabelecer residência.

5 BREVE EXPLANAÇÃO DOS DIREITOS DAS MULHERES ENCARCERADAS NO BRASIL

Com intuito de tecer uma breve comparação entre os direitos das mulheres encarceradas, no sistema penal comum, norte-americanas e brasileiras é importante destacar o conteúdo da Nota Técnica n. 17/2020 /DIAMGE/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ¹, que contém dados informativos acerca do atual número de encarceradas, no sistema penal comum, no Brasil e demais recomendações procedimentais e adaptações físicas que se fazem necessárias no tocante às instalações carcerárias da Organização Militar, assim como suas subordinadas, considerando a possibilidade de custódia de mulheres no sistema prisional militar, atendendo aos regramentos internacionais e nacionais.

Sobre o tema, os interessados – a Divisão de Atenção às Mulheres e Grupos Específicos (DIAMGE), vinculada à Coordenação-Geral da Cidadania e Alternativas Penais (CGCAP); a Diretoria de Políticas Penitenciárias (DIRPP); o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) – trataram dos procedimentos quanto à custódia de mulheres no sistema prisional brasileiro, atendendo aos regramentos internacionais e nacionais,

¹

https://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPCRIM/nota_tecnica/P_EXECUC%C3%87%C3%83O_PENAL/NOTA_T%C3%89CNICA_N%C2%BA_17.2020DIAMGECGAP.DIRPPDEPEN.MJ.pdf. Acesso em: 14 nov. 2021.

expedindo a Nota Técnica n.º 17/2020 /DIAMGE/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ.

Assim, conforme se pode extrair das informações da referida Nota Técnica, o DEPEN tem envidado esforços para desenvolver uma política nacional de atenção aos grupos específicos no sistema prisional, com o intuito de transformar as práticas nesse sistema, possibilitando a visibilidade das subjetividades das populações mais vulnerabilizadas nos cárceres, buscando a promoção da igualdade efetiva e a garantia de direitos, considerando as exigências estruturais e normativas específicas, neste caso, das mulheres.

Destaca-se da referida Nota Técnica, conforme o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em projeção feita pela Gerência de Estudos e Análises da Dinâmica Demográfica da Diretoria de Pesquisas, que o Brasil estima, para o ano de 2020, população de 211.755.692 (duzentos e onze milhões e setecentos e cinquenta e cinco mil e seiscentos e noventa e dois) habitantes, e pouco mais de 108 milhões dessas pessoas são mulheres. Ocorre que, a relação percentual entre mulheres, de 51,11% da População Nacional, e o total de brasileiros não se reflete quando se trata de população carcerária, visto que as mulheres representam menos de cinco por cento (4,94%) dos encarcerados do país. Ressalta-se que tal pesquisa trata do sistema prisional comum e não militar.

Ainda, com objetivo de obter mais informações acerca do tema mulheres encarceradas, a Nota Técnica n.º 17/2020 /DIAMGE/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ trouxe um recente levantamento de dados, conforme se verifica nas referências da Nota Técnica realizada pela Divisão de Atenção às Mulheres Presas, a qual relata acerca das especificidades de mulheres presas. Foi solicitado por meio do OFÍCIO-CIRCULAR Nº 62/2020/DIRPP/DEPEN/MJ, de 20 de março de 2020, para que os estados enviassem ao DEPEN listagens de presas indicando as unidades onde as mulheres estão custodiadas; seus nomes completos; filiação; datas de nascimento; se a presa é provisória ou condenada; se é mãe

de filhos até 12 anos; gestante ou parturiente; e número processual ou inquérito policial.

Sendo assim, verificando do grupo específico de mulheres encarceradas, no sistema prisional comum, as necessidades especiais exigidas naturalmente, o Departamento Penitenciário Nacional orienta às administrações estaduais quanto aos procedimentos nas unidades prisionais para garantir o atendimento adequado às mulheres presas, por meio da atenção do Estado às diretrizes fundamentais dispostas em normativos nacionais e internacionais, dos quais insta destacar:

- (a) diretrizes da Política Nacional de Atenção às Mulheres Presas e Egressas (PNAMPE), instituída pela Portaria Interministerial 210 de 16 de Janeiro de 2014;
- (b) Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok);
- (c) recomendações da Portaria Interministerial nº 7, de 18 de Março de 2020, sobre as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública previstas na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020², no âmbito do Sistema Prisional.

Em expressa referência Constitucional, o princípio da igualdade é insculpido no artigo 5º, inserido nos direitos fundamentais da Constituição Federal do Brasil, e, não obstante há previsão da não discriminação, prevista no artigo 3º da mesma Carta Magna. Ainda, insta lembrar que o mesmo artigo art. 5º, inciso LXXVIII, §§ 2º e 3º, da Constituição Federal, estabelece que:

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte; e

§ 3º Os tratados e convenção internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos

² http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm Acesso em: 14 nov. 2021.

respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Conforme bem destaca a Nota Técnica n.º 17/2020 /DIAMGE/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ, no art. 2º da Declaração Universal de Direitos Humanos, que prevê: “todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião pública ou de outra natureza, origem nacional ou social”.

Ainda, frise-se que, nas Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras (Regras de Bangkok), no item 1, das observações preliminares, encontra-se que:

As Regras mínimas para o tratamento de reclusos se aplicam a todos as pessoas sem discriminação; portanto, as necessidades e realidades específicas dessa população, incluindo mulheres presas, devem ser tomadas em consideração na sua aplicação. As Regras, adotadas há mais de 50 anos, não projetavam, contudo, atenção suficiente às necessidades específicas das mulheres. Com o aumento da população presa feminina ao redor do mundo, a necessidade de trazer mais clareza às considerações que devem ser aplicadas no tratamento de mulheres presas adquiriu importância e urgência.

Destaca ainda a Nota Técnica n.º 17/2020 /DIAMGE/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ, em atenção aos procedimentos de custódia de mulheres, das Regras de Bangkok sobre o ingresso nos sistemas prisionais:

Regra 2

1. Atenção adequada deve ser dedicada aos procedimentos de ingresso de mulheres e crianças, devido à sua especial vulnerabilidade nesse momento. Recém ingressas deverão ser providas de condições para contatar parentes; acesso a assistência jurídica; informações sobre as regras e regulamentos das prisões, o regime prisional e onde buscar ajuda quando necessário e em um idioma que elas compreendam; e, em caso de estrangeiras, acesso aos seus representantes consulares.

Acerca da execução penal, conforme prevê o título II, capítulo I da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984³, que institui a Lei de Execução Penal – LEP e menciona a atuação da Comissão Técnica de Classificação (CTC), e que, em seu artigo 5º define que “os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal”, e, portanto, recomenda-se que a Comissão Técnica de Classificação siga alguns procedimentos e adaptações físicas que se fazem necessárias às atuais instalações carcerárias, inclusive às Organizações Militares e subordinadas.

Destarte, em breve síntese, as recomendações afetam os seguintes temas: (a) porta de entrada; (b) alocação; (c) produção de dados; (d) maternidade; (e) procedimentos de segurança; (f) acesso da mulher presa à saúde; e (g) acesso às mulheres ao trabalho, educação e assistência religiosa.

As recomendações trazidas na Nota Técnica n. 17/2020 /DIAMGE/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ explanam, em apertada síntese, desde os procedimentos previstos do ingresso da presa mulher ao cárcere, denominada de “porta de entrada”, com padrões de ação direcionados às mulheres presas, às mulheres presas grávidas, às mulheres presas acompanhadas de crianças, às mulheres transexuais presas, destacando da Lei nº 13.979/2020 as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, bem como das medidas e diretrizes para o acompanhamento das mulheres em situação de penas restritivas de liberdade, em atenção à Resolução nº 252 do CNJ.

Sendo assim, vislumbrando o cumprimento das determinações aventadas na referida Nota Técnica em contraponto à realidade trazida pelas mulheres norte-americanas, pode-se verificar que no Brasil há tratamento normativo em consonância ao que preconiza a Constituição Federal, aos direitos humanos às mulheres encarceradas no Brasil.

³ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 14 nov. 2021.

Em continuidade às exigências trazidas na Nota Técnica n. 17/2020 /DIAMGE/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ, destacam-se aquelas previstas sobre alocação das mulheres encarceradas, para que a arquitetura de cada unidade prisional assegure as regras de segurança da unidade, sendo necessário garantir às mulheres que estejam acompanhadas de filhos/as, às idosas, às grávidas, às parturientes, às deficientes físicas, às mulheres e homens trans, espaço específico para alocação, ressaltando ainda sobre o artigo 21 da Lei de Abuso de Autoridade, Lei nº 13.869 de 5 de setembro de 2019⁴, que prevê a tipificação de crime manter na mesma cela homens e mulheres.

A produção de dados também se encontra no rol de exigências, ou seja, as unidades prisionais, considerando que as atividades administrativas e de assistência social precisam manter listagem atualizada de mulheres que são mães de crianças até 12 anos; mães que possuem filhos que as acompanham; grávidas; idosas; aquelas com obesidade mórbida, doenças crônicas, problemas respiratórios, deficiências físicas; e estrangeiras. Confere referido estudo prioritário destaque ao Art. 318 do Código de Processo Penal, que leciona nestes termos:

Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

(...)

IV - gestante;

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; (...)

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

Portanto, quando da substituição da prisão preventiva pela domiciliar para as mulheres gestantes ou mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos, figura, como uma das hipóteses previstas no art. 318, inciso IV, do CPP, a necessidade da manutenção de listagem completa das que se enquadram nos pré-requisitos (previstos nos incisos IV e V) para

⁴ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13869.htm. Acesso em: 14 nov. 2021.

envio mensal ao Ministério Público. Ainda, destaca-se a exigência, prevista na Resolução 252 do CNJ, no art. 8, da interlocução das unidades prisionais com as varas com competência na área de família, da infância e juventude, criminal e de execução penal, nos casos relativos aos filhos cujos genitores estejam encarcerados, nestes termos:

Art. 8º A convivência entre mães e filhos em unidades prisionais ou de detenção deverá ser garantida, visando apoiar o desenvolvimento da criança e preservar os vínculos entre mãe e filhos, resguardando-se sempre o interesse superior destes, conforme disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Adentrando as exigências acerca da maternidade trazidas pela Nota Técnica n. 17/2020 /DIAMGE/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ, ainda acerca da possibilidade de substituição de pena do art. 318, do CPP, na hipótese de o juiz não substituir a prisão preventiva pela domiciliar, a gestão prisional e a Comissão Técnica de Classificação precisam promover a convivência e a manutenção dos vínculos entre mulheres e seus filhos/as em espaço específico, apartado do restante das presas e, se possível, próximo ao funcionamento do serviço social ou psicossocial, necessitando oferecer estruturalmente as devidas condições às mulheres nessa condição, em homenagem ao princípio insculpido no Estatuto das Crianças e do Adolescente, da proteção integral, em seu art. 1º e demais da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990⁵.

Verifica-se da referida Nota que ela traz também exigências quanto aos procedimentos de segurança em mulheres presas, destacando-se a utilização de aparelhos eletrônicos com intuito de evitar revista íntima nas mulheres, bem como ressalta que a Lei nº 13.434, de 12 de abril de 2017⁶, que acrescentou o parágrafo único ao art. 292 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3

⁵ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 14 nov. 2021.

⁶ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113434.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.434%2C%20DE%2012,a%20fase%20de%20puerp%C3%A9rio%20imediato. Acesso em: 14 nov. 2021.

de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), veda o uso de algemas em mulheres grávidas durante o parto e em mulheres durante a fase de puerpério imediato. Portanto, todo procedimento de segurança realizado com mulheres presas precisa ser feito por servidoras fazendo uso de equipamento profissional individual (EPI), tais como máscaras, luvas e óculos; e o meio de transporte tem que ser higienizado com álcool a 70%, hipoclorito de sódio ou outro desinfetante indicando para esse fim. Na impossibilidade de somente haver servidoras mulheres em serviço, que ao menos uma acompanhe os procedimentos. Portanto, quando do encarceramento de mulheres, há necessidade de se escalar ao menos uma mulher na equipe de serviço.

No que se refere ao acesso da mulher presa à saúde, a Nota Técnica n. 17/2020 /DIAMGE/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ faz referência ao documento às Regras de Bangkok, em sua recomendação nº 6, que versa sobre Serviços de Cuidados à Saúde, especificando como devem ser os exames médicos no ingresso de mulheres em unidades prisionais. Portanto, é necessário que seja garantida a oferta da atenção integral na rede de serviços do SUS para a população feminina presa e o acesso à saúde especializada, sendo de responsabilidade dos gestores da segurança pública ou congêneres a intermediação aos serviços de saúde, articulando o atendimento médico na própria unidade prisional ou garantindo transporte e escolta para locomoção das mulheres presas, aos serviços externos.

Ainda, traz em destaque a mencionada Nota Técnica a necessidade da exigência do acesso às mulheres encarceradas ao trabalho, educação e assistência religiosa.

Neste íterim, acerca do acesso às mulheres encarceradas no Brasil ao trabalho, é importante mencionar que o trabalho interno, no cárcere, não tem caráter obrigatório, diferentemente das regras às encarceradas norteamericanas.

Portanto, em conformidade com a Lei de Execuções Penais (LEP), Lei 7.210, de 22 de julho de 1984, a partir do art. 28, sugere-se que sejam ofertadas vagas de capacitação e de trabalho nas oficinas ligadas ao Programa

de Capacitação Profissional e Implementação de Oficinas Permanentes (PROCAP)⁷, aliando-se à possibilidade de integração ao mercado de trabalho, ainda dentro do sistema penitenciário, a toda mulher presa.

O Departamento Penitenciário Nacional conta com a estratégia de fomento para ofertas de vagas de trabalho e renda para o público prisional, no sentido de aumentar o envolvimento de pessoas presas em atividades laborais. Ressalta-se que a Nota Técnica n. 28/2019/COATR/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ, que trata do trabalho para pessoas presas, expressa em seu parágrafo 18:

A LEP valorizou o trabalho não só como uma condição de desenvolvimento pessoal para que o preso aprenda a conviver socialmente, como também para que ele produza em prol da sociedade, de si mesmo e de sua família. Até esse ponto, o legislador brasileiro preservou o trabalho como um "DEVER SOCIAL" do condenado e como um direito, porém, com dispositivos que relativizam o seu usufruto, conforme a situação fática da vaga e dos regimes de execução penal.

A Nota Técnica n. 28/2019/COATR/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ⁸ menciona o acesso das pessoas presas ao trabalho por meio das Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos – Regras de Mandela. Assim, a Regra nº 96 expressa que:

1. Todos os reclusos condenados devem ter a oportunidade de trabalhar e/ou participar ativamente na sua reabilitação, em conformidade com as suas aptidões física e mental, de acordo com a determinação do médico ou de outro profissional de saúde qualificado.

Em contraponto, quanto ao assunto trabalho às mulheres no cárcere, as norte-americanas não têm o direito à redução na carga de trabalho, quando detentas grávidas, nem permissão de períodos extras para descanso nas unidades estaduais. No Brasil a discussão é quanto ao cumprimento das

⁷ <http://www.depen.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=229>. Acesso em: 14 nov. 2021.

⁸ <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a9426e51735a4d0d8501f06a4ba8b4de.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2021.

normas internacionais focadas na ressocialização das encarceradas com intuito de reduzir a reincidência. Pode-se constatar, portanto, que o Brasil detém muitas normas e regras acerca das encarceradas mulheres, entretanto, a aplicação está em uma fase inicial de aplicação. Para as norte-americanas, denota-se que não há tantas regras e normas positivadas, e conforme explana o artigo (FERSZT; CLARKE, 2012), acerca das instituições carcerárias estaduais, não há redução na carga de trabalho para as detentas grávidas nem permissão de períodos extras para descanso, considerando que o trabalho nestas unidades é obrigatório.

Quanto ao acesso à educação às encarceradas brasileiras, a Nota Técnica n. 17/2020 /DIAMGE/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ ressalta que a LEP (Lei de Execução Penal), por seu turno, trata do acesso de toda pessoa presa à educação, sendo bastante objetiva em seus artigos 17, 18 e 19, ao seu caráter universal, nestes termos:

Art. 17. A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado.

Art. 18. O ensino de 1º grau será obrigatório, integrando-se no sistema escolar da Unidade Federativa.

Art. 18-A. O ensino médio, regular ou supletivo, com formação geral ou educação profissional de nível médio, será implantado nos presídios, em obediência ao preceito constitucional de sua universalização. (Incluído pela Lei nº 13.163, de 2015)

Recomenda-se que seja oportunizado a toda mulher presa o acesso à leitura com vista, além do conhecimento, à remição da pena.

Adentrando a exigência quanto ao acesso às mulheres encarceradas brasileiras à religião, a referida Nota Técnica, ressaltou o que a LEP disciplina em seu art. 24:

A assistência religiosa, com liberdade de culto, será prestada aos presos e aos internados, permitindo-se-lhes a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa.

§ 1º No estabelecimento haverá local apropriado para os cultos religiosos.

§ 2º Nenhum preso ou internado poderá ser obrigado a participar de atividade religiosa.

Portanto, é preciso que seja perguntado à pessoa mulher presa, no período da triagem/classificação, a sua religião ou crença e se deseja receber assistência dessa natureza, incluindo visitas e participação em celebrações religiosas no interior do estabelecimento prisional, respeitando a negativa da presa em receber visita de qualquer representante religioso, ou participar de celebrações religiosas.

Destaca-se também acerca do direito às mulheres encarceradas brasileiras ao serviço de assistência social, e, neste íterim a Nota Técnica n. 17/2020 /DIAMGE/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ frisa a regra nº 4 que compõe as Regras de Bangkok:

Mulheres presas deverão permanecer, na medida do possível, em prisões próximas ao seu meio familiar ou local de reabilitação social, considerando suas responsabilidades como fonte de cuidado, assim como sua preferência pessoal e a disponibilidade de programas e serviços apropriados.

Também a Lei nº 7.210 (Lei de Execução Penal) trata do que se espera dos profissionais de assistência social que atuam com atividades ligadas às pessoas presas. Assim, o art. 22: “a assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade”, e é de incumbência do serviço de assistência social, no art. 23, nestes termos:

- I - conhecer os resultados dos diagnósticos ou exames;
- II - relatar, por escrito, ao Diretor do estabelecimento, os problemas e as dificuldades enfrentadas pelo assistido;
- III - acompanhar o resultado das permissões de saídas e das saídas temporárias;
- IV - promover, no estabelecimento, pelos meios disponíveis, a recreação;
- V - promover a orientação do assistido, na fase final do cumprimento da pena, e do liberando, de modo a facilitar o seu retorno à liberdade;
- VI - providenciar a obtenção de documentos, dos benefícios da Previdência Social e do seguro por acidente no trabalho;

VII - orientar e amparar, quando necessário, a família do preso, do internado e da vítima.

Considerando o acima exposto, é importante destacar que a população feminina presa, em especial as que cumprem penas há muitos anos, apresenta com maior frequência um contato limitado – ou mesmo a ausência de qualquer contato – com suas famílias, potencializando o sentimento de isolamento dentro do sistema prisional, impactando em sua saúde mental e em suas perspectivas de reintegração social.

Considerando que as mulheres presas encontram dificuldades de recebimento de itens materiais por intermédio de visitantes, é preciso que o serviço social das unidades prisionais desenvolva ações contínuas dirigidas aos visitantes e às mulheres presas para acessibilidade de itens materiais.

A Política Nacional de Atenção às Mulheres Presas e Egressas (PNAMPE) tem como uma de suas metas que os estabelecimentos prisionais contemplem às mulheres presas:

a) assistência material: alimentação, vestuário e instalações higiênicas, incluindo itens básicos, tais como:

1. alimentação: respeito aos critérios nutricionais básicos e casos de restrição alimentar;
2. vestuário: enxoval básico composto por, no mínimo, uniforme específico, agasalho, roupa íntima, meias, chinelos, itens de cama e banho, observadas as condições climáticas locais e em quantidade suficiente; e
3. itens de higiene pessoal: kit básico composto por, no mínimo, papel higiênico, sabonete, creme e escova dental, xampu, condicionador, desodorante e absorvente, em quantidade suficiente.

É essencial destacar o direito à visitação de filhos às mães citando a Resolução Nº 252 de 04/09/2018 do Conselho Nacional de Justiça que garante:

XII - disponibilizar dias de visitação exclusiva para os filhos e dependentes, crianças e adolescentes, em local adequado, não coincidentes com os dias de visita social, com definição das atividades e do papel da equipe multidisciplinar, inclusive do CREAS e do CRAS, a depender do caso, nos lugares onde não houver esta equipe no Poder Judiciário e no sistema prisional, nos termos da Lei 8.742/93 e dos arts. 17 e 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

É importante também destacar algumas evoluções legais que envolvem tanto mulheres quanto crianças e adolescentes, advindas da Lei 13.257, de 8 de março de 2016⁹, em especial quanto ao seu art. 41, que modificou alguns dispositivos do Código de Processo Penal comum, que dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância, e alterou o Estatuto da Criança e do Adolescente e a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

6 CONCLUSÃO

Pode-se verificar que as circunstâncias que levam as mulheres à prisão norte-americana são multifacetadas. Consequentemente, a estratégia para prevenir a reincidência e facilitar o gerenciamento daquelas confinadas também deve ser diversificada.

Constata-se também que os Tribunais têm interpretado as questões com base, principalmente, na Emenda XIV, da Constituição Federal, resultando em melhorias nos tratamentos às mulheres no geral (militares, por exemplo) bem como às detentas no sistema norte-americano.

Os profissionais devem estar vigilantes para garantir paridade em programas, serviços, processos e alocação de recursos em um sistema de gênero duplo. Manter as fronteiras profissionais, garantir tolerância zero com relação à má conduta sexual e reconhecer que as estratégias aplicadas devem ser sensíveis ao gênero aumentam o sucesso e reduzem o litígio.

Os programas bem-sucedidos devem ser amplamente divulgados e enfatizados, visto que podem ser a melhor maneira de limitar e reduzir a reincidência das mulheres ao cárcere. Educação e treinamento vocacional, atividades de trabalho, programas para pais e filhos, saúde mental preventiva e receptiva, programas de abuso e trauma de substâncias, atendimento médico e serviços de transição comunitários fazem a diferença. Há mais

⁹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113257.htm. Acesso em: 14 nov. 2021.

trabalho a ser feito, e nenhuma estratégia eliminará a necessidade de confinamento como resultado para as criminosas.

Lado outro, observa-se, da análise das normas legais brasileiras, que, muito embora haja muitas diferenças na aplicação dos encarceramentos às mulheres, em especial quando em condição gestacional, lactante ou com filhos menores de idade, os programas visam ao respeito aos direitos fundamentais; e, entre outros objetivos, a redução da reincidência é sempre considerada e vista como bom investimento de políticas públicas.

REFERÊNCIAS

FERSZT, Ginette G.; CLARKE, Jennifer G. Health Care of Pregnant Women in U.S. State Prisons, *Journal of Health Care for the Poor and Underserved*, V. 23, N. 2, May 2012, pp. 557-569 (Article) DOI: 10.1353/hpu.2012.0048.

GUTIERREZ, Alexandria. “Suffering Peculiarly Their Own: The Thirteenth Amendment, In Defense of Incarcerated Women’s Reproductive Rights”, *Berkeley Journal of African- American Law & Policy*, n. 15 (2013), p. 117-170. Disponível em: <https://paperity.org/p/81722815/sufferings-peculiarly-their-own-the-thirteenth-amendment-in-defense-of-incarcerated>. Acesso em: 14 nov. 2021.

HALTER, Emily. 2018. *Parental Prisoners: The Incarcerated Mother's Constitutional Right to Parent*, 108 J. Crim. L. & Criminology 539 (2018). <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol108/iss3/4>.

WHITE, Kim. Women in Federal Prison: Pathways. In: *Programs*, Out, 14 Wm. & Mary J. Women & L. 305 (2008). Disponível em: <https://scholarship.law.wm.edu/wmjowl/vol14/iss2/6>. Acesso em: 14 nov. 2021.

Operações cibernéticas militares em conflitos armados: a questão dos ataques aos bens de uso duplo e à infraestrutura crítica

Camila Ramos Rhoden

Graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. *Student member* da UFRGS IHL Clinic, projeto de extensão da faculdade. Pesquisadora de Direito Internacional Humanitário.

Luiza de Souza Fernandes

Graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Coordenadora acadêmica da UFRGS IHL Clinic, projeto de extensão da faculdade. Pesquisadora de Direito Internacional Humanitário.

Data de recebimento: 20/01/2022

Data de aceitação: 27/01/2022

RESUMO: As operações cibernéticas militares (OCMs) estão sendo cada vez mais usadas por forças militares ao redor do mundo em tempos de conflitos armados, fazendo com que a questão de seu uso legal deva ser discutida e abordada pela perspectiva do Direito Internacional Humanitário (DIH). Ataques cibernéticos, quando utilizados junto com operações cinéticas, podem ter um efeito devastador na vida de civis e sobre bens civis, ao afetar a infraestrutura crítica de uma sociedade, pondo em questão a legalidade de ataques a bens de uso duplo. Assim, soluções devem ser pensadas e postas em prática, para que vidas civis sejam afetadas o menos possível.

PALAVRAS-CHAVE: Operações Cibernéticas Militares (OCMs). Direito Internacional Humanitário (DIH). Infraestrutura Crítica. Bens de uso duplo.

ENGLISH

TITLE: Military cyber operations in armed conflicts: the issue of attacks on dual use objects and critical infrastructure.

ABSTRACT: Military cyber operations (MCOs) are increasingly being used by military forces around the world in times of armed conflict, having the issue of their legal use to be discussed and addressed from the perspective of International Humanitarian Law (IHL). Cyberattacks, when used in conjunction with kinetic operations, can have a devastating effect on civilian lives and civilian objects by affecting a society's critical infrastructure, calling into question the legality of attacks on dual-use objects. Thus, solutions must be thought of and put into practice, so that civilian lives are affected as little as possible.

KEYWORDS: Military Cyber Operations (MCOs). International Humanitarian Law (IHL). Critical Infrastructure. Dual-use objects.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Domínio das operações cibernéticas militares e a aplicação do DIH – 3 Proteção aos civis dentro das operações cibernéticas militares em conflitos armados – 4 Ataques cibernéticos militares à infraestrutura crítica e a objetos de uso duplo e suas implicações legais dentro do DIH – 5 Remédios para a proteção civil em meio a conflitos cibernéticos – 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Sendo cada vez mais comum que diferentes governos, por meio de suas forças armadas, façam uso de ataques cibernéticos e preocupem-se com eles em tempos de conflitos armados, as operações cibernéticas estão bastante presentes no mundo contemporâneo. Forças militares de mais de 100 países do mundo possuem algum tipo de organização para a guerra cibernética,¹

¹ HERR, Trey; HERRICK, Drew. *Military Cyber Operations: A Primer*. American Foreign Policy Council, Washington, DC, n. 14, 30 jan. 2016. Defense Technology Program Brief, p. 1. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2725275. Acesso em: 22 dez. 2021.

demonstrando que esse meio de guerra tem sido cada vez mais utilizado pelos Estados, e, portanto, seus efeitos sobre a população civil devem ser discutidos, visto que ela pode ser gravemente afetada e é a principal vítima dos conflitos armados. Para proteger essa população, é imperativo reconhecer que as Operações Cibernéticas Militares (OCMs) conduzidas na guerra são regulamentadas pelo Direito Internacional Humanitário (DIH).

O DIH é o ramo do direito que regula a guerra e, portanto, todas as operações que ocorrem enquanto um conflito armado, seja esse internacional ou não internacional, acontece e devem ser reguladas por tal. As OCMs estão tendo cada vez mais espaço dentro dos atuais conflitos armados que acontecem ao redor do mundo, e não podem mais ser ignoradas e deixadas de lado quando o assunto é a condução de hostilidades em tempos de guerras internacionais ou nacionais. Além da obrigação dos Estados de regularem suas OCMs de acordo com as Convenções de Genebra de 1949 (principal corpo de leis para tempos de guerra), é importante mencionar que todos os Estados estão vinculados por elas, pois são universalmente aplicáveis pelo número de ratificações, portanto, devem ser seguidas em todos os momentos: desde que um ato de hostilidade seja perpetrado por um Estado contra outro; ou quando um conflito não internacional, de um grupo armado organizado contra o Estado ou de grupos armados organizados entre si, quando atinge certo nível de intensidade, nesse caso o enquadramento legal é o artigo terceiro comum às Convenções de Genebra.

Já que essas OCMs devem estar dentro do DIH seus efeitos não podem ser excessivos em relação à população e aos bens civis, ao ponto de atingi-los severamente ou de afetar de maneira letal a vida cotidiana da população. Isso porque o princípio da precaução contra os efeitos dos ataques é considerado não só direito internacional costumeiro,² mas também resta cristalizado no Protocolo Adicional I às Convenções de Genebra de 1949 (PA I), em seu Artigo 51 (1). Tal dispositivo legal impõe que: “A população civil e os civis gozam de proteção geral contra os perigos decorrentes das

² CICV. *Base de Dados do Direito Internacional Humanitário Consuetudinário*. Disponível em: https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule22. Acesso em: 19 jan. 2022.

operações militares”. Enquanto que o parágrafo 2 acrescenta que a população civil não deve ser objeto de ataques. Dessa maneira, é necessário que tais OCMs sejam objeto de discussão por todos os Estados.

Nesse sentido, esse artigo abordará a aplicação do DIH sobre OCMs, bem como as implicações de ataques cibernéticos direcionados à infraestrutura crítica de uma sociedade, com foco em operações direcionadas aos bens de uso duplo nesse contexto. Por fim, serão analisados os riscos impostos à população e aos objetos civis em meio a OCMs, sendo, ao final, apontadas possíveis medidas passíveis de adoção pelos Estados a fim de dirimir os prejuízos causados aos indivíduos alheios aos conflitos.

2 DOMÍNIO DAS OPERAÇÕES CIBERNÉTICAS MILITARES E A APLICAÇÃO DO DIH

Pode-se pensar que as OCMs ocorrem exclusivamente em seu próprio domínio, separado do mar, da terra ou do ar. No entanto, os sistemas de computador estão presentes em todos os níveis da guerra e estão interligados com estratégias, operações e táticas.³ Estão entre os muitos problemas decorrentes das OCMs o fato de que elas podem ser usadas junto com as operações cinéticas⁴, tornando-se um fato preocupante. Em 2019, as Forças de Defesa de Israel visaram um prédio que estava associado a um ciberataque em andamento, conduzido pelo Hamas, e o destruíram. Acredita-se ser a primeira vez que um ataque digital foi respondido com uma ação no terreno em tempo real.⁵ Isso ilustra que as OCMs podem causar um sério

³ HERR, Trey; HERRICK, Drew. Military Cyber Operations: A Primer. *American Foreign Policy Council*, Washington, DC, n. 14, 30 jan. 2016. Defense Technology Program Brief, p. 2. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2725275. Acesso em: 22 dez. 2021.

⁴ “Ações cinéticas são aquelas (...) que envolvem movimentos (fogos, voos, deslocamento de tropas e de blindados) e produzem resultados tangíveis (destruição, captura, conquista etc.)” Ministério da Defesa. *Glossário das Forças Armadas*. Disponível em: <https://www.gov.br/defesa/pt-br/arquivos/legislacao/emcfa/publicacoes/doutrina/md35-G-01-glossario-das-forcas-armadas-5-ed-2015-com-alteracoes.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2022.

⁵ LIPTAK, Andrew. Israel launched an airstrike in response to a Hamas cyberattack. *The Verge*, 2019. Disponível em: <https://www.theverge.com/2019/5/5/18530412/israel-defense-force-hamas-cyber-attack-air-strike>. Acesso em: 25, dez, 2021.

ataque cinético responsivo, com possibilidade de prejudicar gravemente a vida de civis, devido à força letal utilizada nas operações convencionais. Além disso, em 2010, o incidente Stuxnet (um worm de computador malicioso implantado contra o programa nuclear do Irã)⁶ foi o primeiro ciberataque direcionado contra um sistema de controle industrial que teve um efeito cinético e também destruiu as centrífugas da usina nuclear iraniana, o que importa que as operações cibernéticas podem ser ofensivas, destrutivas e seu uso não se limita a Sistemas Informáticos.

Acontece que a regulamentação de ataques cibernéticos é motivo de muita discussão nos dias atuais, pois, ainda que existam documentos não vinculativos como o Manual Tallinn⁷ que versem sobre a aplicabilidade da lei internacional, não há um tratado universal a respeito do assunto. Assim, em face da inexistência de normas específicas a serem aplicadas em conflitos virtuais, bem como diante da dificuldade de ratificar um tratado universal nos dias atuais em virtude do elevado número de países e o seu medo de afetar normativos legais de que são beneficiários, urge-se aplicar o DIH a tais situações a fim de que haja ordem.

Em que pese ainda não ser de unânime a concordância sobre a extensão do DIH ao meio digital, é possível defender sua aplicação a conflitos internacionais a partir da análise do Artigo 2º, comum às quatro Convenções de Genebra, que prevê a implementação do DIH a todos os casos de guerra declarada ou de qualquer outro conflito armado que surja entre duas ou várias das Altas Partes Contratantes⁸. Já para conflitos de caráter não internacional, e também para aqueles internacionais, é possível entender a aplicação do DIH a conflitos cibernéticos, a partir do argumentado pela Corte Internacional de Justiça (CIJ) no parágrafo 86 de sua opinião consultiva

⁶ FARWELL, James P.; ROHOZINSKI, Rafal. Stuxnet and the Future of Cyber War. *Survival: Global Politics and Strategy: Cyber threats*, [s. l.], p. 23-40, 28 jan. 2011. DOI 10.1080/00396338.2011.555586. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/00396338.2011.555586>. Acesso em: 22 dez. 2021.

⁷ SASSÒLI, Marco. *International Humanitarian Law: Rules, Controversies and Solutions to Problems Arising in Warfare*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing. 2019. pág. 532.

⁸ CONVENÇÕES de Genebra, artigo comum 2 às Convenções de Genebra. *International Committee of the Red Cross (ICRC)*, 12 agosto de 1949. Disponível em: <https://www.icrc.org/en/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions>. Acesso em: 17 jan. 2022.

apresentada no Caso das Armas Nucleares⁹, que defende a aplicação do DIH a todas as formas de guerra e a todos os tipos de armas, incluindo aquelas do futuro, onde deve ser enquadrada a guerra cibernética.

Outrossim, diversos Estados vêm percebendo a importância da regulamentação de conflitos no ciberespaço, o que pode ser observado pelo suporte apresentado por mais de 1.000 apoiadores ao Paris Call for Trust and Security in Cyberspace¹⁰. Trata-se de uma iniciativa lançada pelo presidente francês Emmanuel Macron que reúne diversos agentes de cibersegurança a fim de preservar a segurança e estabilidade do ciberespaço a partir da colaboração de Estados, poderes locais, entidades do setor privado e organizações civis¹¹.

Portanto, em consonância com o objetivo principal do DIH de balancear as necessidades militares e as leis de humanidade¹², é inegável a possibilidade e a importância da extensão do DIH a conflitos cibernéticos. Entretanto, cabe mencionar que sua aplicação deve seguir os mesmos parâmetros adotados pelas demais formas de hostilidades. Ou seja, conflitos cibernéticos internacionais podem ser iniciados a partir da adoção de qualquer operação estatal que afete pessoas ou objetos que representem outro Estado¹³, mas conflitos cibernéticos não internacionais, em consonância com o entendimento adotado pelo Tribunal Criminal Internacional da Iugoslávia¹⁴,

⁹ CICV. Online Casebook: How does law protect in war? *Corte Internacional de Justiça*, Opinião Consultiva no Caso de Armas Nucleares. Parágrafo 86. Disponível em: <https://casebook.icrc.org/case-study/icj-nuclear-weapons-advisory-opinion>. Acesso em: 13/01/2022.

¹⁰ Paris Call for Trust and Security in Cyberspace - Paris Call. *The Supporters*. Disponível em: <https://pariscall.international/en/supporters>. Acesso em 15/01/2022.

¹¹ Ibid.

¹² CICV. What is International Humanitarian Law? *International Committee of the Red Cross* (ICRC). Disponível em: https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/what_is_ihl.pdf. Acesso em: 10 jan. 2022.

¹³ SASSÖLI, Marco. *International Humanitarian Law: Rules, Controversies and Solutions to Problems Arising in Warfare*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing. 2019. p. 169.

¹⁴ CICV. Online Casebook: How does law protect in war? *Tribunal Criminal Internacional da Antiga Iugoslávia*, Promotória vs. Dusko Tadic, parágrafos 49 e 60. Disponível em: https://www.google.com/search?q=tadic+online+casebook&rlz=1C1CHZN_pt-BRBR936BR936&oq=tadic+online+casebook&aqs=chrome..69i57j69i61j69i60l3.2568j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8. Acesso em: 14 jan. 2022.

no caso Tadic, devem atingir limiares mínimos de intensidade e de organização do grupo armado para que possam acionar o DIH.

Além disso, é de suma importância o apontamento dos princípios do DIH, que também devem ser aplicáveis aos OCMs e que devem ser cumulativamente respeitados a fim de que um ataque seja considerado dentro da legalidade. Tais princípios mostram-se fundamentais na proteção dos civis, uma vez que a ação humanitária, por si só, não se faz suficiente para garantir a sua segurança, de modo que esforços militares devem ser despendidos para que seja promovida uma maior proteção à população civil que não participa das hostilidades¹⁵.

O primeiro princípio a ser obedecido, quando da condução de um ataque, diz respeito à proibição da adoção de métodos e de meios de guerra que possam causar sofrimento desnecessário às vítimas¹⁶. O segundo princípio a ser respeitado se refere à proibição de ataques indiscriminados, ou seja, devem ser operados direta e somente a alvos legítimos – objetivos militares. Aqui, é importante destacar que objetivos militares são aqueles que contribuem efetivamente, por sua natureza, localização, propósito ou uso para as capacidades militares do inimigo; e cuja destruição, captura ou neutralização deve oferecer à parte atacante uma vantagem militar direta e concreta, sendo que os bens civis são todos aqueles que não se enquadram como militares na definição apresentada¹⁷. No que tange a bens de uso duplo (usados para fins militares e civis), ainda que cumpram os critérios a fim de serem caracterizados como militares, os ataques só podem ser dirigidos

¹⁵ GLOBAL PROTECTION CLUSTER. Protection of Civilians. *Global Protection Cluster*. Disponível em: <https://www.globalprotectioncluster.org/themes/protection-of-civilians/>. Acesso em: 09 jan. 2022.

¹⁶ SASSOLI, Marco. *International Humanitarian Law: Rules, Controversies and Solutions to Problems Arising in Warfare*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing. 2019. pág. 348.

¹⁷ PROTOCOLO Adicional I às Convenções de Genebra de 1949, artigo 52(2), 08 de junho de 1977. *International Committee of the Red Cross (ICRC)*. Disponível em: <https://www.icrc.org/en/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions>. Acesso em: 17 jan. 2022.

PROTOCOLO Adicional II às Convenções de Genebra de 1949, artigo 2(4), 8 de junho de 1977. *International Committee of the Red Cross (ICRC)*. Disponível em: <https://www.icrc.org/en/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions>. Acesso em: 17 jan. 2022.

contra eles na hipótese de a vantagem militar esperada não causar danos incidentais excessivos.

O terceiro princípio do DIH aborda a necessidade de proporcionalidade¹⁸ do ataque em relação aos danos causados, isto é, a operação militar não deve ser conduzida caso seja esperada a perda excessiva de vidas humanas ou danos a bens civis, ou, ainda, uma combinação de ambos, se comparadas à vantagem militar direta e concreta prevista com o sucesso do ataque. Por fim, é possível mencionar o princípio da precaução que deve ser adotada pelas partes do conflito, sendo fundamental ressaltar que as operações devem ser conduzidas procurando constantemente poupar a população civil e os bens de caráter civil¹⁹.

3 PROTEÇÃO AOS CIVIS DENTRO DAS OPERAÇÕES CIBERNÉTICAS MILITARES EM CONFLITOS ARMADOS

Cabe ressaltar que os civis gozam de proteção especial concedida pelo DIH em meio a conflitos armados quando não participam diretamente das hostilidades. Porém, uma vez que a população comece a atuar e os bens civis sejam utilizados de maneira a afetar o poder militar adversário, tanto um quanto o outro passam a ser passíveis de ataque nos mesmos termos que os combatentes e os objetivos militares²⁰.

Embora a maneira mais eficaz de promover a segurança da população civil seja o impedimento da escalada das hostilidades no conflito

¹⁸ PROTOCOLO Adicional I às Convenções de Genebra de 1949, artigo 51(5), 08 de junho de 1977. *International Committee of the Red Cross (ICRC)*. Disponível em: <https://www.icrc.org/en/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions>. Acesso em: 17 jan. 2022.

¹⁹ SASSÖLI, Marco. *International Humanitarian Law: Rules, Controversies and Solutions to Problems Arising in Warfare*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019. pág. 376-380.

²⁰ PROTOCOLO Adicional I às Convenções de Genebra de 1949, artigo 51(3), 08 de junho de 1977. *International Committee of the Red Cross (ICRC)*. Disponível em: <https://www.icrc.org/en/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions>. Acesso em: 17 jan. 2022.

PROTOCOLO Adicional II às Convenções de Genebra de 1949, artigo 13(3), 8 de junho de 1977. *International Committee of the Red Cross (ICRC)*. Disponível em: <https://www.icrc.org/en/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions>. Acesso em: 17 jan. 2022.

armado, muitas vezes, inclusive em âmbito virtual, tal prevenção não se mostra possível. Dessa forma, nestes casos, como estipulado pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, faz-se essencial o fortalecimento da proteção dos civis, mormente devido à posição de vulnerabilidade que ocupam em face dos confrontos armados. Para tanto, o Conselho de Segurança identificou como prioridade o respeito ao DIH e ao Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), a proteção de missões médicas e humanitárias, bem como a prevenção ao deslocamento forçado da população civil²¹.

À vista disso, é importante destacar que, embora o DIDH geralmente ofereça uma maior proteção à vida humana, o DIH atua, na maior parte das ocasiões, como lei especial em conflitos armados²², principalmente naqueles de natureza internacional, devido à maior especificidade que carrega, além de garantir a devida punição aos agentes que atuam de maneira ilícita. Como já referido, o DIH tem por principal objetivo o balanceamento entre a necessidade militar e humanidade, o que faz a partir de um conjunto de normas que buscam a regulamentação de conflitos armados a fim de limitar seus efeitos e de minimizar o sofrimento desnecessário²³. Desse modo, evidente sua maior especificidade quando da ocorrência de guerras, se comparado ao DIDH, ainda que seja evidente que se trate de normas complementares.

A proteção oferecida pelo DIH aos civis em conflitos internacionais, sendo uma regra de direito internacional costumeiro, aparece cristalizada em diversos dispositivos legais, como no Artigo 48 do PA I, o qual estipula que:

A fim de garantir respeito e proteção a população civil e aos bens de caráter civil, as Partes em conflito deverão sempre fazer distinção entre a população civil e a os combatentes,

²¹ DOCUMENTOS DAS NAÇÕES UNIDAS. Relatório nº 462 do Secretariado Geral das Nações Unidas acerca da proteção de civis em meio a conflitos armados. 2018. pág. 2. Disponível em: <https://www.undocs.org/S/2018/462>. Acesso em: 15 jan 2022.

²² SASSÒLI, Marco. *International Humanitarian Law: Rules, Controversies and Solutions to Problems Arising in Warfare*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing. 2019. pág. 441.

²³ CICV. Principles and rules of international humanitarian law applicable to the use of explosive weapons in populated areas. *Written Paper Submission*. Disponível em: <https://www.dfa.ie/media/dfa/ourrolepolicies/peaceandsecurity/ewipa/ICRC-IHL-Written-Paper-Submission---10-February-2020.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2022.

entre os bens de caráter civil e os objetivos militares e, em consequência, dirigirão suas operações unicamente contra os objetivos militares.²⁴

Logo em seguida, o PA I também ressalta essa proteção no parágrafo primeiro do seu Artigo 51, ao afirmar que a população civil e os civis devem gozar de proteção geral contra os perigos decorrentes das operações militares; e no parágrafo segundo do mesmo dispositivo, ao acrescentar que a população civil não deve ser objeto de ataques²⁵.

Tais dispositivos embasam o segundo princípio norteador das operações militares de proibição da condução de ataques indiscriminados, impondo como alvos legítimos apenas indivíduos que participem diretamente das hostilidades e objetivos que se enquadrem como militares dentro das definições legais oferecidas pelos Protocolos Adicionais I e II às Convenções de Genebra. Dessa forma, ao restringir a legitimidade dos alvos que podem ser visados pela parte atacante, o DIH promove a segurança da população e dos bens civis, sendo, contudo, importante destacar a frase “proteção geral contra os perigos decorrentes das operações militares”, o que não impede a possibilidade de enfrentarem efeitos colaterais dos ataques militares não direcionados a eles.

Assim, assim como em conflitos cinéticos, resta proibido pelo DIH o direcionamento de operações militares contra redes e usuários civis, sendo, no entanto, legal o ataque que, ao atingir um objetivo militar, acarrete alguma consequência deletéria para os objetivos civis, como divulgação de senhas, exposição de informações pessoais, eliminação de documentos, entre outros.

No entanto, o artigo 51, em seu parágrafo quinto, estabelece certo limite aos possíveis efeitos colaterais que a população e os bens civis possam sofrer com a condução de operações militares ao determinar os ataques como

²⁴ PROTOCOLO adicional I às Convenções de Genebra de 1949, artigo 48, 08 de junho de 1977. *ICRC*. Disponível em: <https://www.icrc.org/en/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions>. Acesso em: 17 jan. 2022.

²⁵ PROTOCOLO adicional I às Convenções de Genebra de 1949, artigo 51(1), 08 de junho de 1977. *ICRC*. Disponível em: <https://www.icrc.org/en/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions>. Acesso em: 17 jan. 2022.
PROTOCOLO Adicional II às Convenções de Genebra de 1949, artigo 2(4), 8 de junho de 1977. *ICRC*. Disponível em: <https://www.icrc.org/en/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions>. Acesso em: 17 jan. 2022

indiscriminados, ou seja, como proibidos, quando se pode prever que causarão incidentalmente mortos e ferimentos entre a população civil ou danos a bens de caráter civil, ou ambas as coisas; e que seriam excessivos em relação à vantagem militar concreta e diretamente prevista²⁶. Essa previsão legal, assim como as acima mencionadas, também atua como fundamentação de um dos princípios norteadores dos ataques militares, no caso, o princípio da proporcionalidade.

Ademais, também é possível apontar para as previsões legais que embasam o princípio da necessidade da adoção de medidas de precaução, tanto pelo ataque, quanto pela defesa, em meio a conflitos armados, sendo elas constantes dos artigos 57 e 58 do PA I. Ou seja, é inegável a necessidade de que os atacantes, em conflitos cibernéticos, adotem todas as medidas possíveis para identificar o usuário; e apenas conduzam ataques contra alvos legítimos. Também se torna necessário que os defensores façam efetivamente a distinção das redes utilizadas por militares e por civis.

Além disso, atua de maneira a proteger a população civil o artigo 54 do PA I, ao proibir o uso da fome como método de guerra e ao prever a proibição do ataque, destruição ou inutilização de bens indispensáveis à sobrevivência da população civil:

Art. 54 (2). é proibido atacar, destruir, remover ou inutilizar os bens indispensáveis à sobrevivência da população civil, tais como os gêneros alimentícios e as zonas agrícolas que os produzem, as colheitas, o gado, as instalações e reservas de água potável e as obras de irrigação, com a deliberada intenção de privar desses bens, por seu valor como meios para assegurar a subsistência a população civil ou a Parte adversa, seja qual for o motivo, quer seja para fazer padecer de seu deslocamento, ou com qualquer outro propósito.

Tal dispositivo mostra-se de extrema relevância no atual contexto, em virtude da adaptação dos diversos sistemas de organização estatal interna aos avanços tecnológicos. Assim, no caso de conflitos cibernéticos, tal dispositivo ressalta a necessidade de adoção de medidas cautelosas para

²⁶ PROTOCOLO Adicional I às Convenções de Genebra de 1949, artigo 51(5)(b), 08 de junho de 1977. ICRC. Disponível em: <https://www.icrc.org/en/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions>. Acesso em: 17 jan. 2022.

distinguir as parcelas dos sistemas e dos *softwares* utilizados pelos Estados e dedicados ao poder militar e à administração da vida pública.

Nesse viés, entretanto, é fundamental salientar a situação da utilização de escudos humanos para proteger objetivos militares, a partir do posicionamento da população ou de bens civis na proximidade de alvos legítimos, a fim de impedir a condução da operação militar. Tal hipótese faz-se muito frequente principalmente no âmbito digital que permite mais facilmente a anonimidade do agente. Assim, como o DIH prevê a presunção de caráter civil quando há dúvida da natureza do agente ou do objeto, a instalação de estruturas de rede virtuais anônimas pelo poder militar adversário pode impedir, ilegalmente, um ataque legítimo. Esse uso de escudos civis mostra-se ilegal, uma vez que é contrário ao artigo 51 (7) do PA I, que dispõe que:

A presença da população civil ou de pessoas civis ou seus movimentos não poderão ser utilizados para colocar certos pontos ou áreas a coberto de operações militares, em especial na tentativa de colocar a coberto de ataques os objetivos militares para resguardar, favorecer ou impedir operações militares.

Já no que diz respeito aos conflitos não internacionais, o Protocolo Adicional II às Convenções de Genebra (PA II) também estabelece que a população e os objetos civis não devem ser objeto de ataque²⁷, bem como a proibição de sua sujeição à fome como método de guerra²⁸. Ademais, aqui também há expressa e específica previsão de proteção aos objetos indispensáveis à sobrevivência da população civil, como os gêneros alimentícios e as zonas agrícolas (...), as colheitas, o gado, as instalações e as reservas de água potável e os trabalhos de irrigação, de modo a fortalecer a garantia de condições básicas aos civis. Nas situações de conflitos não internacionais, cabe ressaltar que, em virtude da incipiência de previsões

²⁷ PROTOCOLO Adicional II às Convenções de Genebra de 1949, artigos (13)(2) e 14, 8 de junho de 1977. ICRC. Disponível em: <https://www.icrc.org/en/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions>. Acesso em: 17 jan. 2022

²⁸ PROTOCOLO Adicional II às Convenções de Genebra de 1949, artigo 14, 8 de junho de 1977. ICRC. Disponível em: <https://www.icrc.org/en/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions>. Acesso em: 17 jan. 2022.

legais que ofereçam a devida garantia de segurança à população e aos objetos civis, a adoção de normas do DIDH faz-se mais frequente se comparada ao seu escopo de atuação em conflitos internacionais, a fim de que seja prestada uma maior proteção aos civis.

Cabe destacar, também, que, ainda que uma situação, seja ela em âmbito cinético ou virtual, não seja prevista como proibida pelos diversos ramos do Direito Internacional, não há razões para considerá-la automaticamente legal, vez que toda ação deve obedecer a limiares mínimos de humanidade. Nesse mesmo sentido, prevê a Cláusula Martens – disposição que impõe uma proteção geral aos civis e aos combatentes²⁹:

Nos casos não previstos nas disposições escritas do Direito Internacional, as pessoas civis e os combatentes ficam sob a proteção e o regime dos princípios do direito de gentes, derivados dos usos estabelecidos, dos princípios de humanidade e dos ditames da consciência pública.

Finalmente, é importante enfatizar que a Carta da ONU proíbe a ameaça e o uso da força, cinética ou virtual, entre países, que possa afetar a manutenção da segurança e da paz mundiais, bem como o desenvolvimento de relações amigáveis entre Estados e de cooperação na resolução de problemas econômicos, políticos, sociais³⁰.

4 ATAQUES CIBERNÉTICOS MILITARES À INFRAESTRUTURA CRÍTICA E A OBJETOS DE USO DUAL E SUAS IMPLICAÇÕES LEGAIS DENTRO DO DIH

Dentro do DIH, sendo uma regra costumeira,³¹ são reconhecidas apenas duas categorias de bens: aqueles que constituem um objetivo militar,

²⁹ CICV. Glossário. *ICR*. Disponível em: <https://www.icrc.org/en/doc/what-we-do/building-respect-ihl/education-outreach/ehl/ehl-other-language-versions/ehl-portuguese-glossary.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2022.

³⁰ CARTA DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, artigo 1º e artigo 2º (4), 21 dez. 1945.

³¹ CICV. Base de Dados do Direito Internacional Humanitário Consuetudinário. *ICRC*. Disponível em: https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule8. Acesso em: 19 jan. 2022.

conforme cristalizado e definido no Artigo 52(2) do PA I; e bens civis, que são definidos como todos os bens que não são objetivos militares.³² Não se reconhece qualquer categoria intermediária.³³ Não obstante, é comum que o termo seja usado para se referir a bens que se qualificam como um objetivo militar de acordo com o DIH, mas que também servem simultaneamente a funções civis.

Como mencionado anteriormente, as OCMs, associadas a operações cinéticas, causam um enorme impacto na vida de civis, resultando em morte e outras vezes afetando não a própria vida, mas o modo de vida civil, considerando as condições básicas de saúde, como acesso a hospitais e água tratada, ao afetarem a infraestrutura crítica de uma sociedade. Assim, a questão dos bens de uso dual torna-se ainda mais relevante, por exemplo, quando um ataque cibernético tem como alvo a infraestrutura crítica de um país baseada em dispositivos de Internet das Coisas (IoT), como geração de energia elétrica, tratamento de água, produção de eletricidade e outros, já que eles são cruciais para a vida dos civis; ou quando um ataque depende de satélites ou roteadores de uso também civil para a sua execução.

Assim sendo, essas funções podem ser extremamente importantes, como no caso de uma usina que fornece eletricidade tanto para uma instalação militar quanto para um hospital, já que ameaças às operações da rede elétrica podem fechar, por exemplo, instalações de saúde (hospitais, postos de saúde, centros médicos etc.) e sistemas de segurança; e, conseqüentemente, causar a perda de vidas de civis ou sofrimento desnecessário, o que pode caracterizar um ataque desproporcional.³⁴ Assim, já que os bens dentro do DIH não possuem uma categoria intermediária entre civis ou militares, a legalidade de ataques a bens que são passíveis de ataques

³² PROTOCOLO Adicional I às Convenções de Genebra de 1949, artigo 52(1), 08 de junho de 1977. ICRC. Disponível em: <https://www.icrc.org/en/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions>. Acesso em: 17 jan. 2022.

³³ COTTER, Maurice. Military Necessity, Proportionality and Dual-Use Objects at the ICTY: A Close Reading of the Plicić et al. Proceedings on the Destruction of the Old Bridge of Mostar. *Journal of Conflict & Security Law*, [s. l.], v. 23(2), p. 297, 7 jan. 2018.

³⁴ PROTOCOLO adicional I às Convenções de Genebra de 1949, artigo 51(5), 08 de junho de 1977. ICRC. Disponível em: <https://www.icrc.org/en/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions>. Acesso em: 17 jan. 2022.

militares, mas que são essenciais ao uso civil (bens de uso duplo), pode ser alterada de acordo com o dano causado à população civil.

Acerca dessa questão, os estudiosos Henry Shue e David Wippman identificaram três abordagens possíveis dentro do DIH para avaliar a legalidade de ataques aos bens de uso duplo.³⁵ O primeiro caminho seria simplesmente ignorar o uso civil desses bens e considerar apenas o uso militar, analisando apenas ataques que tivessem por consequência danos incidentais diretos às vidas civis e aos bens civis. A segunda abordagem dos acadêmicos avalia não só os efeitos diretos, mas também possíveis efeitos indiretos. Enfim, a última perspectiva é de que ataques a certos bens de uso duplo devem ser avaliados por meio da proteção especial, regra de direito costumeiro³⁶ também solidificada pelo PA I aos objetos indispensáveis à sobrevivência da população civil.³⁷ Essa regra é a mais protetiva.

Por conseguinte, surge outra questão, a de que esses “objetos indispensáveis à sobrevivência da população civil” não são definidos pelo direito internacional humanitário, mas as disposições relevantes³⁸ fornecem uma lista de exemplos, como alimentos, áreas agrícolas, culturas, gado, instalações e suprimentos de água potável e obras de irrigação. É importante mencionar que essa lista não é exaustiva, cabendo aqui, então, a infraestrutura crítica de uma sociedade. Em relação a essa temática, o relatório do Comitê Internacional da Cruz Vermelha³⁹, sobre os desafios dos conflitos armados contemporâneos, menciona que:

³⁵ SHUE, Henry; WIPPMAN, David. Limiting Attacks on Dual-Use Facilities Performing Indispensable Civilian Functions. *Cornell International Law Journal*, [s. l.], v. 35, n. article 7, ed. Issue 3 Winter 2002, p. 559, 2002.

³⁶ CICV. Base de Dados do Direito Internacional Humanitário Consuetudinário. Disponível em: https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule54. Acesso em: 19 jan. 2022.

³⁷ PROTOCOLO adicional I às Convenções de Genebra de 1949, artigo 54, 08 de junho de 1977. ICRC. Disponível em: <https://www.icrc.org/en/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions>. Acesso em: 17 jan. 2022.

³⁸ PROTOCOLO adicional I às Convenções de Genebra de 1949, artigo 54, 08 de junho de 1977. ICRC. Disponível em: <https://www.icrc.org/en/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions>. Acesso em: 17 jan. 2022. PROTOCOLO Adicional II às Convenções de Genebra de 1949, artigo 14, 08 de junho de 1977. ICRC. Disponível em: <https://www.icrc.org/en/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions>. Acesso em: 17 jan. 2022.

³⁹ CICV. International Humanitarian Law and the challenges of contemporary armed conflicts. In: 32nd International Conference of the Red Cross and Red Crescent. Genebra, 2015, p. 205.

Nos últimos anos, tem havido uma preocupação crescente em proteger a infraestrutura civil essencial contra ataques cibernéticos e apelos para protegê-la de operações cibernéticas hostis, inclusive por meio do desenvolvimento de normas de comportamento aceitável no ciberespaço. Nesse contexto, deve-se notar que as operações cibernéticas que equivalem a um ataque sob o DIH e direcionadas a infraestrutura civil essencial em um conflito armado já constituem violações ao DIH, a menos que tal infraestrutura seja usada simultaneamente para fins militares de forma que a transforme em um objetivo militar. Por exemplo, redes de água potável e eletricidade que atendem a população civil, infraestrutura de saúde pública e bancos são, antes de tudo, objetos civis. Além disso, os sistemas hídricos, em particular, gozam de proteção especial como objetos indispensáveis à sobrevivência da população. Da mesma forma, barragens e usinas de eletricidade nuclear geralmente são protegidas contra ataques diretos porque não constituem objetivos militares. Mesmo que se tornem objetivos militares em determinadas circunstâncias, o DIH proíbe seu ataque ou pelo menos exige que se tome cuidado especial para evitar a liberação de forças perigosas e as consequentes perdas graves entre a população civil. Não se trata de negar que novas normas possam ser úteis ou até mesmo necessárias, mas sim de enfatizar que, se forem desenvolvidas, devem se basear e fortalecer o que já existe. (tradução nossa).⁴⁰

Disponível em: <https://www.icrc.org/en/document/international-humanitarian-law-and-challenges-contemporary-armed-conflicts>. Acesso em: 19 jan. 2022.

⁴⁰ *"There has been increasing concern in recent years about safeguarding essential civilian infrastructure against cyberattacks, and calls to protect it from hostile cyber operations, including through the development of norms of acceptable behavior in cyberspace. In this context, it should be noted that cyber operations amounting to an attack under IHL and directed at essential civilian infrastructure in armed conflict already constitute violations of IHL, unless such infrastructure is simultaneously used for military purposes in a way that turns it into a military objective. For example, drinking water and electricity networks that serve the civilian population, public health infrastructure and banks are first and foremost civilian objects. Furthermore, water systems, in particular, enjoy special protection as objects indispensable to the survival of the population. Similarly, dams and nuclear electricity plants are usually protected against direct attack because they do not constitute military objectives. Even if they were to become military objectives in particular circumstances, IHL prohibits their attack or at least requires that particular care be taken to avoid the release of dangerous forces and consequent severe losses among the civilian population. This is not to deny that new norms might be useful or even needed, but rather to stress that if they are developed they should build upon and strengthen what already exists."* (original). CICV. International Humanitarian Law and the challenges of contemporary armed conflicts. In: 32nd International Conference of the Red Cross and Red Crescent. Genebra, 2015. par 205. ICRC. Disponível em: <https://www.icrc.org/en/document/international-humanitarian-law-and-challenges-contemporary-armed-conflicts>. Acesso em: 19 jan. 2022.

Nessa mesma linha, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha, em artigo publicado sobre o assunto⁴¹, ressaltou que a frequência e severidade de ataques cibernéticos vêm crescendo de maneira mais acelerada do que a esperada, tornando os sistemas de serviços essenciais à vida cotidiana civil mais vulneráveis aos efeitos dos conflitos armados, senão vejamos:

Uma variedade de “alvos” do mundo real pode ser interrompida, alterada ou danificada, como indústria, infraestruturas, telecomunicações, transporte, ou sistemas governamentais e financeiros. Baseado em discussões com especialistas de todas as partes do mundo, e na sua própria pesquisa, o CICV está particularmente preocupado com o potencial custo humano das operações cibernéticas em infraestrutura civil crítica, incluindo infraestrutura ligada à saúde. (tradução nossa)

Dessa forma, – em face do risco elevado que a população civil, assim como diversos bens essenciais para sua vida cotidiana, está exposta principalmente em conflitos cibernéticos devido à frequência de uso de objetos de maneira dual pelos civis e militares; bem como diante da inexistência, por ora, de um entendimento unânime quanto à legalidade dos ataques a tais objetos –, faz-se imperativo o reforço da aplicação dos quatro princípios (uso de meios e métodos que não causem sofrimento desnecessário, princípio da distinção, princípio da proporcionalidade e adoção de medidas de precaução) de legalidade de ataque basilares do DIH.

5 REMÉDIOS PARA A PROTEÇÃO CIVIL EM MEIO A CONFLITOS CIBERNÉTICOS

Como já referido nesse artigo, a adoção de medidas de precaução na máxima extensão possível, tanto pela parte atacante quanto pela parte que

⁴¹“A variety of “targets” in the real world can be disrupted, altered or damaged, such as industries, infrastructures, telecommunications, transport, or governmental and financial systems. Based on discussions with experts from all parts of the world and its own research, the ICRC is particularly concerned about the potential human cost of cyber operations on critical civilian infrastructure, including health infrastructure”(original). CICV: artigo de posicionamento. International Humanitarian Law and Cyber Operations during Armed Conflicts. ICRC. Disponível em: <https://www.icrc.org/en/document/international-humanitarian-law-and-cyber-operations-during-armed-conflicts>. Acesso em: 14 jan. 2022.

está sendo vítima do ataque é fundamental para garantir a devida proteção da população e dos objetos civis em meio a conflitos armados⁴².

Dentre as medidas que são plausíveis de serem adotadas pelas partes do conflito, é possível apontar o investimento no desenvolvimento de tecnologias capazes de promover a distinção entre alvos civis e militares de maneira célere e eficiente. Importante salientar, ante a possibilidade de possíveis erros ou atrasos nos softwares das tecnologias, a importância da disseminação, entre os próprios combatentes, de conhecimento acerca de planos estratégicos eficientes que também permitam a determinação, de maneira independente de programas, no que tange à legitimidade do ataque que pretendem conduzir.

Ademais, ainda na linha da separação eficaz entre alvos civis e militares, está a possibilidade da adoção de zonas desmilitarizadas no meio virtual, no qual seria garantida a ausência de qualquer atividade militar. Essas zonas seriam fruto de um acordo entre as partes do conflito armado, que determinaria a impossibilidade da extensão de atividades militares para uma determinada área, bem como a evacuação de combatentes e equipamentos militares e a proibição da adoção de atos hostis por aqueles que dela fazem parte do conflito⁴³. Tal área, portanto, atuaria como um abrigo para civis, possibilitando um “momento de respiro” de sua situação de vulnerabilidade em meio à guerra.

Além disso, conforme sugerido pelo professor Edoardo Greppi, da Universidade de Turim, existem algumas medidas passíveis de serem adotadas para diminuir os efeitos sofridos pela população e pelos bens civis em meio a conflitos cibernéticos. São elas a segregação de sistemas de rede civis e militares, o uso de programas antivírus, o backup de importantes

⁴² SASSÒLI, Marco. *International Humanitarian Law: Rules, Controversies and Solutions to Problems Arising in Warfare*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019. p. 364-368.

⁴³ PROTOCOLO Adicional I às Convenções de Genebra de 1949, artigo 60, 08 de junho de 1977. Disponível em: <https://www.icrc.org/en/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions>. Acesso em: 17 jan. 2022.

informações de caráter civil e arranjos avançados e prévios para garantir a célere reparação de sistemas de computação essenciais à vida civil⁴⁴.

6 CONCLUSÃO

Em conclusão, é possível analisar que os ataques cibernéticos estão se tornando cada vez mais prevalentes no atual contexto mundial, mormente devido ao célere desenvolvimento tecnológico. Dessa forma, como visto, a inexistência de legislação específica acerca dessas operações, bem como os riscos que tais operações apresentam para a população e os objetos de natureza civil, torna essencial a aplicação do DIH a fim de que os ataques militares em âmbito virtual não ocorram em meio a um vácuo legal.

Além disso, o uso duplo de diversos componentes da estrutura crítica para a vida cotidiana da população atua como uma das principais mazelas a serem enfrentadas no âmbito de conflitos no meio virtual. A condução de ataques a tais componentes, assim como de ataques que não respeitem os princípios do DIH, pode vir a causar trágicas consequências humanitárias para a população, como a interrupção do oferecimento de serviços de transporte, de atendimento médico, de água potável e de mantimentos – remédios e alimentos. Ademais, os ataques cibernéticos podem, também, impactar objetos intangíveis, mas igualmente cruciais aos civis, como bancos de dados pessoais, ferramentas de administração pública, acesso à internet.

Nesse sentido, é fundamental que os Estados adotem medidas para impedir que o uso da mesma estrutura por civis e por militares acarrete prejuízos desproporcionais à vantagem militar antecipada e que cause sofrimento desnecessário à população. Dentre tais medidas podemos citar o planejamento de segregação de estruturas, o armazenamento reserva de informações civis cruciais, a criação de zonas impedidas de serem palco de

⁴⁴ GREPPI, Edoardo. *International Humanitarian Law in Cyber Operations*. Instituto Italiano para Estudos Políticos Internacionais. Disponível em: <https://www.ispionline.it/it/publicazione/international-humanitarian-law-cyber-operations-20372>. Acesso em: 15 jan. 2022.

hostilidades, a disseminação do DIH, o desenvolvimento de tecnologias de distinção de alvos.

Assim, entendemos que, enquanto estas medidas supramencionadas não são adotadas, a melhor forma de abordar a questão é fazer uso da regulação mais protetiva à população de um país e que apresente uma maior especialidade em relação ao fato. Isto é, a fim de oferecer uma maior proteção aos civis, imprescindível a compreensão de que as OCMs direcionadas aos bens de uso duplo devem ser consideradas ilegais caso essas atinjam bens necessários à vida civil e a infraestrutura crítica de fundamental para a subsistência dos indivíduos. Apenas dessa forma é que o DIH pode exercer sua função principal: a proteção da vida civil e, também, das forças armadas, em meio aos conflitos armados, tornando a guerra menos devastadora possível.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Ministério da Defesa. *Glossário das Forças Armadas*. Disponível em: <https://www.gov.br/defesa/pt-br/arquivos/legislacao/emcfa/publicacoes/doutrina/md35-G-01-glossario-das-forcas-armadas-5-ed-2015-com-alteracoes.pdf>, Acesso em: 18 jan. 2022.

CICV. Base de Dados do Direito Internacional Humanitário Consuetudinário. *International Committee of the Red Cross (ICRC)*. Disponível em: https://ihl-databases.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/v1_rul_rule22. Acesso em: 19 jan. 2022.

CICV. Glossário. *International Committee of the Red Cross (ICRC)*. Disponível em: <https://www.icrc.org/en/doc/what-we-do/building-respect-ihl/education-outreach/ehl/ehl-other-language-versions/ehl-portuguese-glossary.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2022.

CICV. International Humanitarian Law and Cyber Operations during Armed Conflicts. *International Committee of the Red Cross (ICRC)*. Disponível em: <https://www.icrc.org/en/document/international-humanitarian-law-and-cyber-operations-during-armed-conflicts>. Acesso em: 14 jan. 2022.

CICV. International Humanitarian Law and the challenges of contemporary armed conflicts. In: *32nd International Conference of the Red Cross and Red Crescent*. Genebra, 2015, p. 205. Disponível em: <https://www.icrc.org/en/document/international-humanitarian-law-and-challenges-contemporary-armed-conflicts>. Acesso em: 19 jan. 2022.

CICV. Online Casebook: How does law protect in war? Corte Internacional de Justiça, Opinião Consultiva no Caso de Armas Nucleares, parágrafo 86. *International Committee of the Red Cross (ICRC)*. Disponível em: <https://casebook.icrc.org/case-study/icj-nuclear-weapons-advisory-opinion>. Acesso em: 13 jan. 2022.

CICV. Online Casebook: How does law protect in war? Tribunal Criminal Internacional da Antiga Iugoslávia, Promotora vs. Dusko Tadic, parágrafos 49 e 60. *International Committee of the Red Cross (ICRC)*. Disponível em: <https://www.google.com/search?q=tadic+online+casebook&rlz=1C1CHZNpt-BRBR936BR936&oq=tadic+online+casebook&aqs=chrome..69i57j69i61j69i6013.2568j0j4&sourceid=chrome&ie=UTF-8>. Acesso em: 14 jan. 2022.

CICV. Principles and rules of international humanitarian law applicable to the use of explosive weapons in populated areas. *Written Paper Submission*. Disponível em: <https://www.dfa.ie/media/dfa/ourrolepolicies/peaceandsecurity/ewipa/ICRC-IHL-Written-Paper-Submission---10-February-2020.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2022.

CONVENÇÕES de Genebra, artigo comum 2 às Convenções de Genebra. 12 agosto de 1949. *International Committee of the Red Cross (ICRC)*. Disponível em: <https://www.icrc.org/en/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions>. Acesso em: 17 jan. 2022.

COTTER, Maurice. Military Necessity, Proportionality and Dual-Use Objects at the ICTY: A Close Reading of the Prlic *et al.* Proceedings on the Destruction of the Old Bridge of Mostar. *Journal of Conflict & Security Law*, [s. l.], v. 23(2), p. 297, 7 jan. 2018.

DOCUMENTOS DAS NAÇÕES UNIDAS. Relatório nº 462 do Secretariado Geral das Nações Unidas acerca da proteção de civis em meio a conflitos armados. 2018. p. 2. Disponível em: <https://www.undocs.org/S/2018/462>. Acesso em: 15 jan. 2022.

FARWELL, James P.; ROHOZINSKI, Rafal. Stuxnet and the Future of Cyber War. *Survival: Global Politics and Strategy: Cyber threats*, [s. l.], p. 23-40, 28 jan. 2011. DOI 10.1080/00396338.2011.555586. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/abs/10.1080/00396338.2011.555586>. Acesso em: 22 dez. 2021.

GLOBAL PROTECTION CLUSTER. *Protection of Civilians*. Disponível em: <https://www.globalprotectioncluster.org/themes/protection-of-civilians/>. Acesso em: 09 jan. 2022.

GREPPI, Edoardo. International Humanitarian Law in Cyber Operations. *Instituto Italiano para Estudos Políticos Internacionais*. Disponível em: <https://www.ispionline.it/it/publicazione/international-humanitarian-law-cyber-operations-20372>. Acesso em: 15 jan. 2022.

HERR, Trey; HERRICK, Drew. Military Cyber Operations: A Primer. *American Foreign Policy Council*, Washington, DC, n. 14, 30 jan. 2016. Defense Technology Program Brief. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2725275. Acesso em: 22 dez. 2021.

LIPTAK, Andrew. Israel launched an airstrike in response to a Hamas cyberattack. *The Verge*, 2019. Disponível em: <https://www.theverge.com/2019/5/5/18530412/israel-defense-force-hamas-cyber-attack-air-strike>. Acesso em: 25 dez. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Carta da Organização das Nações Unidas*, artigo 1º e artigo 2º (4), 21 dez. 1945.

PARIS Call for Trust and Security in Cyberspace - Paris Call. *Supporters*. Disponível em: <https://pariscall.international/en/supporters>. Acesso em: 15 jan. 2022.

PROTOCOLO Adicional I às Convenções de Genebra de 1949, 08 de junho de 1977. *International Committee of the Red Cross (ICRC)*. Disponível em: <https://www.icrc.org/en/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions>. Acesso em: 17 jan. 2022.

PROTOCOLO Adicional II às Convenções de Genebra de 1949, 08 de junho de 1977. *International Committee of the Red Cross (ICRC)*. Disponível em: <https://www.icrc.org/en/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions>. Acesso em: 17 jan. 2022.

SASSÒLI, Marco. *International Humanitarian Law: Rules, Controversies and Solutions to Problems Arising in Warfare*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing. 2019.

SHUE, Henry; WIPPMAN, David. Limiting Attacks on Dual-Use Facilities Performing Indispensable Civilian Functions. *Cornell International Law Journal*, [s. l.], v. 35, n. article 7, ed. Issue 3 Winter 2002, p. 559, 2002.

Bezirksgericht: o tribunal de Kafka

Adriana Santos

Promotora de Justiça Militar.

Graduada, Mestre e Doutora em Filosofia pelo Instituto de Filosofia e Ciências Sociais – IFCS/UFRJ.

Data de recebimento: 20/01/2022

Data de aceitação: 22/01/2022

RESUMO: Uma pesquisa científica, com base no método fenomenológico e multidisciplinar, sobre referências jurídicas contidas na obra *Der Process, O Processo*, de Franz Kafka, permite identificar possíveis pontos concernentes ao sistema judicial retratado no romance, em particular quanto ao tribunal. A importância de uma interpretação jurídica, de modo a destacar o protagonismo do ‘processo’ no Estado de Direito, evidencia a mensagem de Kafka para a sociedade: assumir seu papel na discussão legislativa sobre regras processuais, cujo aprimoramento constitui um permanente dever de cidadania, para assecuração das garantias do jurisdicionado, bem como do acesso à Justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema judicial. Garantias do jurisdicionado, O Processo. Franz Kafka. Estado de Direito. Tribunal de distrito. Acesso à Justiça.

ENGLISH

TITLE: Bezirksgericht: the Kafka’s Court.

ABSTRACT: A scientific research, based on the phenomenological and multidisciplinary method, on the legal references contained in the work *Der Process, The Trial*, by Franz Kafka, allows to identify possible points concerning the judicial system portrayed in the novel, in particular regarding the court. The importance of a legal interpretation, in order to highlight the

protagonism of the 'process' in the Rule of Law, show Kafka's message to society: to assume its role in the legislative discussion about procedural rules, whose improvement constitutes a permanent duty of citizenship, to ensure the guarantees of the jurisdiction, as well as access to justice.

KEYWORDS: Judicial System. Guarantees of the Jurisdiction. The Trial. Franz Kafka. Rule of Law. District Court. Access to Justice.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 A linha narrativa – 3 Pesquisas quanto às referências de Praga – 4 O sistema judicial descrito no romance – 4.1 O processo penal e a organização judiciária do Império Austro-Húngaro – 5 O Bezirksgericht referenciado em *Der Process* – 6 O Bezirksgericht de Karolinenthal – 6.1 Distritos Administrativos e Judiciais de Praga – 7 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O romance *Der Process*, **O Processo**, de Franz Kafka, possui, além de seu valor literário, uma inegável importância no âmbito jurídico, mesmo passados quase cem anos de sua publicação, sendo indicado, como leitura essencial, para profissionais e estudantes de Direito, principalmente aos operadores que atuam em sede criminal, pela discussão sobre o sentido de justiça e diversos outros temas nele tratados, que demandam profunda reflexão.

Os estudos ora apresentados, desenvolvimento de pesquisa iniciada no Programa de Pós-Graduação em Filosofia, estão centrados na interseção do Direito com a Filosofia e a Literatura contida em *Der Process*. A riqueza da obra reside, também, na construção da narrativa de forma universal e atemporal, alçando o 'processo' ao ponto central, demonstrando quão fundamental dentro do Estado de Direito é a preservação de sua integridade, com vistas não somente à realização da Justiça, mas à própria legitimidade do Estado de Direito.

Sustenta-se, assim, que o protagonismo do ‘processo’ vai além do romance, atuando, de forma concreta, em nossa existência social, na medida em que a incumbência de preservar a lei e fazê-la valer não reside na esfera individual, cabendo ao Estado-Juiz, dentro do traçado escolhido, a solução de conflitos.

Já se teve a oportunidade de esclarecer que a pesquisa dos caminhos jurídicos, cujos rastros estão delineados no romance, somente foi possível com base nos manuscritos de *Der Process*, publicados na edição fac-similada da *Stroemfeld Verlag, (Historisch-Kritische Ausgabe sämtlicher Handschriften, Drucke und Typoskripte) Faksimilenachdruck*, datada de 1997.¹²

No seguimento da pesquisa, a partir do prisma jurídico, numa interpretação fenomenológica e multidisciplinar do romance, foram estabelecidos pontos e questões jurídicas relevantes, considerada a abordagem de Kafka.

Dentre esses, o presente artigo se concentra no tribunal por sua importância na estrutura narrativa, de forma a viabilizar a reflexão quanto às situações críticas apontadas em *Der Process* e sua correlação com o Direito Processual contemporâneo. Para tanto, cabe expor um resumo da própria interpretação elaborada a partir dessa análise jurídica da obra.

2 A LINHA NARRATIVA

O romance tem, em seu momento inicial, a perturbadora prisão de Josef K., numa manhã, sem que tivesse feito nada de errado. Inicia-se, então, um vívido relato sobre a angústia daquele que se vê injustamente acusado, ao que se soma o abuso por parte dos que se apresentavam como servidores do Estado e cujo comportamento arbitrário prenunciava irregularidades de todo

¹ SANTOS, Adriana. O Processo à luz de Kafka. *Revista de Doutrina Jurídica*, Brasília, DF, v. 112, Publicação contínua. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/737>.

² KAFKA, F. *Der Process. (Historisch-Kritische Ausgabe sämtlicher Handschriften, Drucke und Typoskripte) Faksimilenachdruck*. Frankfurt: Stroemfeld Verlag, 1997.

um conjunto, o qual K., logo no começo de seu martírio, descreveu como uma “grande organização”³, conforme tradução de Modesto Carone.

Kafka molda a personagem principal de tal forma que, por seu comportamento, vários intérpretes, a consideram inocente e desinteressada, mas é justamente isso que permite a ela externar, dentre outras, sua concepção de Justiça: por não ter cometido crime, acreditando na atividade natural da Justiça, nada precisaria fazer, pois a própria investigação, empreendida pelo Estado, demonstraria a sua inocência.

A narrativa se desenvolve por meio da vivência de diversas personagens que orbitam a Justiça, o processo e a vida de Josef K. O autor elabora os capítulos de forma independente, focando cada uma dessas personagens ou situações de vida, mas todos sutilmente interligados, o que permite identificar uma conexão e o norte na narrativa, fundamento, inclusive, para o desenvolvimento das questões jurídicas e filosóficas. Assim, ele demonstra como o ‘processo’ afeta a família, o trabalho e a vida de um acusado, num cenário de supressão de direitos e garantias, situação que é potencializada pela escolha do crime envolvido, qual seja, o delito de denúncia caluniosa, cujas consequências são devastadoras. Essa tese já foi detalhadamente exposta nesta Revista do Ministério Público Militar⁴, devendo ser conjugada com o artigo acima mencionado⁵.

Em perspectiva complementar, de forma a caracterizar um espetáculo estarrecedor, Kafka desenha a existência da ‘organização’ que atua paralelamente à Justiça, se apoderando de sua estrutura física e tendo como integrantes servidores e juízes da própria Justiça. Na conversa com o tio, K. afirma que “não se trata absolutamente de um processo perante o tribunal comum”⁶, ao que o tio observa: “Isso é mau”⁷. Os efeitos deletérios

³ KAFKA, F. *O Processo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 61.

⁴ SANTOS, A. Denúncia caluniosa, Ministério Público e o processo. *Revista do Ministério Público Militar*. Brasília, n. 30, 2019. Disponível em: <https://revista.mpm.mp.br/artigos/?ideducacao=30>.

⁵ SANTOS, Adriana. O Processo à luz de Kafka. *Revista de Doutrina Jurídica*, Brasília, DF, v. 112, Publicação contínua. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/737>.

⁶ KAFKA, F. *O Processo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 119.

⁷ KAFKA, F. *O Processo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 121.

da submissão de uma pessoa a essa organização eram conhecidos na sociedade, o próprio tio de K. completou: “Ter um processo desses já significa tê-lo perdido”⁸, ser “riscado do mapa”⁹.

No bojo do romance está a parábola *Vor dem Gesetz, Diante da Lei*, único trecho que o autor decidiu publicar em vida. O estudo da parábola, quando retirada do contexto do livro, lhe concede um significado mais amplo, já em *Der Process*, assume uma conotação diferente conforme trabalho publicado¹⁰. O enfoque interpretativo da parábola, integrada no capítulo *Im Dom, Na Catedral*, deve considerar a condição processual de K., adotando-se uma linha de coerência com a narrativa, na medida em que a situação do camponês, que passa a sua vida à porta da lei, aguardando que seu pleito fosse julgado, é a mesma de todos os acusados, que sentados nos bancos do corredor do cartório, humilhados, esperavam inutilmente que suas provas fossem apreciadas¹¹. A rica ladainha do advogado, no capítulo que lhe corresponde¹², expõe as dificuldades da defesa.

Entende-se, diversamente de outros estudiosos, que o camponês integrava uma relação processual, considerando-se que Kafka descreve que, de início, o camponês, acreditando que a lei fosse acessível a todos e a qualquer hora, procurou a porta da lei, e apesar de não lhe ter sido franqueada a entrada, realizou diversos pedidos e respondeu a interrogatórios, ao longo dos anos que se seguiram, o que caracteriza um estado litigioso. A grande questão é a inexistência de concretização do direito, na medida em que ao camponês foi negado pelo porteiro o efetivo acesso ao cumprimento da lei. Assim, o porteiro obstou a possibilidade de uma decisão de mérito ao seu pleito, pelo que, o camponês ficou atrelado, por toda a sua existência a uma demanda sem solução. Essa situação, relatada de forma singela, demonstra que tal situação pode assumir um caráter drástico e destruidor do indivíduo.

⁸ KAFKA, F. *O Processo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 121.

⁹ *ibidem.*, p. 121.

¹⁰ SANTOS, Adriana. O Ministério Público diante da lei. *Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União*, ano 19, n.55, jan/dez, 2020. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-55-janeiro-dezembro-2020/o-ministerio-publico-diante-da-lei>.

¹¹ KAFKA, F. *O Processo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 82.

¹² KAFKA, F. *O Processo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 141-153.

No transcurso dos anos, o camponês, que se municia de bens para fazer frente à sua viagem, tudo gastou, e de rico ficou pobre. Nessa parte, é clara a correlação com o descrito quanto aos acusados sentados no cartório, apesar da aparência de pessoas “modestas” e de “mal vestidas”, restava claro que “pela expressão do rosto, pela postura, pelo corte da barba e por muitos outros detalhes difíceis de localizar, pertencessem às classes superiores.”¹³; o que também guarda similitude com o descrito pelo comerciante Block, que relata ter gasto tudo o que tinha em seu processo, e, como consequência, do homem de negócios próspero restou um modesto comerciante.¹⁴

A narrativa de reiterados descumprimentos das garantias processuais assume tal monta que a parte é destituída de sua condição de cidadão, chegando, na dramaticidade da cena final, às raias da desumanização.

Kafka elegeu como tema central de sua obra o ‘processo’, especificamente o processo penal, que trata da liberdade para, de forma emblemática, impulsionar o leitor a sair de sua inércia quanto às questões da Justiça, para que se interesse e participe das discussões sobre as regras processuais, o sistema judicial e a validade deste. A mensagem de Kafka ultrapassa fronteiras e o tempo, tendo como destinatário todos os cidadãos, alertando para que assumam ativamente a sua cidadania e entendam quão importante é envolver-se no debate legislativo. Não se devem voltar os olhos para a Justiça, apenas quando um interesse pessoal estiver envolvido, pois o destino será o mesmo de K.: identificar-se-á falhas, mas como o advogado Huld disse:

Pois para os advogados — e mesmo o menor deles pode, ao menos em parte, se dar conta das circunstâncias — é totalmente remota a ideia de querer introduzir ou impor, junto ao tribunal, qualquer melhora, ao passo que quase todo acusado — e isso é muito significativo —, mesmo sendo muito simples, começa logo à entrada do processo a pensar em propostas de melhoria e assim esbanja muitas vezes tempo e energia que, de outro modo, poderiam ser muito mais bem empregados. A única coisa acertada é se conformar com as condições existentes. Mesmo que fosse possível melhorar os detalhes — mas esta é uma superstição absurda

¹³ KAFKA, F. *O Processo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 82.

¹⁴ KAFKA, F. *O Processo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 212.

—, na melhor das hipóteses algo teria sido conseguido para casos futuros, embora com prejuízo incalculável para si próprio, por atrair desse modo a atenção especial dos funcionários cada vez mais vingativos. Tudo, menos despertar a atenção! Comportar-se com calma, ainda que seja contra os próprios desígnios! Tentar perceber que aquele grande organismo judicial fica, por assim dizer, eternamente pairando e que na verdade, quando se muda alguma coisa por conta própria, a partir da posição que se ocupa, retira-se o chão debaixo dos próprios pés, e se pode sofrer uma queda, ao passo que o grande organismo cria facilmente para si mesmo, em outro lugar, um substituto para a pequena perturbação — na realidade tudo está ligado — e permanece inalterado, se é que — o que é até provável — não se torna mais fechado, mais atento, mais severo, mais maligno ainda.¹⁵

A mensagem do texto é: as mudanças e o aprimoramento contínuo do sistema processual devem ser propostos pela sociedade, por quem está fora do próprio sistema. A fiscalização das pretensões, do respeito ao procedimento, e se a Justiça está sendo alcançada, deve ser permanente. A reflexão quanto às regras de processo, no tocante à forma e à finalidade, é encargo de todos, pois esse tem papel primordial na democracia e legitimidade do Estado de Direito. Kafka torna o universal em presença, individual e coletiva, pois K. somos todos nós. Outro ponto, firmemente remarcado, é sobre o acesso à Justiça, que não deve se limitar à possibilidade de demandar, sendo só verdadeiramente concretizado com a entrega efetiva da prestação jurisdicional.

3 PESQUISAS QUANTO ÀS REFERÊNCIAS DA CIDADE DE PRAGA.

A leitura do romance com sua intrincada trama judicial desperta naquele que tem formação jurídica a curiosidade de identificar se Franz Kafka realiza alguma alusão ao sistema judicial específico de sua época.

É de ser lembrado que pesquisadores de outras áreas realizam investigações na busca de correlações entre o texto de Kafka e a Praga ou a

¹⁵ KAFKA, F. *O Processo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p.148.

vida de sua época. Como exemplo, temos Marie Vachenuer¹⁶, nascida em Praga, fluente em tcheco e alemão, que realizou pesquisas sobre o romance *Der Process* e o caso Simon Abeles¹⁷.

Simon Abeles, falecido em 1694, era filho do comerciante judeu Lazar Abeles, de família tradicional. Sua morte, aos doze anos, em condições não esclarecidas, desencadeou uma grande investigação. Pouco tempo depois, levantaram-se suspeitas, inclusive, fruto de denúncia, tida como anônima, de que o crime fora cometido pelo próprio pai.

A comunidade judaica de Praga conviveu com esse e outros processos, de grande repercussão, envolvendo judeus e uma série de questões vinculadas à religião e dificuldades de interação entre as diversas etnias que compunham a sociedade praguense.

Marie Vachenuer entende que esse processo interessava a Kafka, acreditando que um dos envolvidos, Franz Georgius Kawka, que havia se convertido ao catolicismo e possivelmente era um parente de Kafka, encontrou o menino depois que ele fugira de casa, no verão de 1693. Franz Georgius Kawka levou o menino para o Clementinum de Praga, sede do colégio jesuíta. A criança teria externado a intenção de se converter à fé cristã, mas segundo o apurado por Vachenuer, Kawka e Lazar Abeles negociaram secretamente o retorno da criança para a casa dos pais, que, então, a mantiveram escondida durante meses, por conta da repercussão da situação. Ocorre que no inverno a criança adoeceu e, além de varíola, teve um ataque epilético, morrendo por conta de uma queda. Simon foi enterrado no Antigo Cemitério Judaico de Praga.

Instalou-se um controvertido processo e o pai foi acusado de homicídio para impedir o batismo do filho. A investigação foi instruída por depoimentos obtidos em circunstâncias questionáveis. Lazar morreu na prisão antes do julgamento. Após sua morte, a acusação de homicídio recaiu

¹⁶ VACHENAUER, Marie. *Kafkas Roman Der Proceß als Spiegelung historischer Ereignisse in der Stadt Prag*. Berlin: Frank & Timme, 2014.

¹⁷ VACHENAUER, Marie. *Der Fall Simon Abeles. Eine kritische Anfrage an die zugänglichen Quellen*. Berlin: Frank & Timme, 2011.

sobre um jovem, amigo da família, que foi condenado e executado publicamente, em longo percurso pela cidade.

A ampla investigação de Marie Vachenauer, nos arquivos judiciais dos jesuítas e da administração, indica a dimensão política e social da situação e dos efeitos do processo. As circunstâncias em que se deu a apuração indicam que não se teve foco na busca da verdade, mas em atender aos interesses em jogo, sendo condenado um judeu inocente. Segundo a autora, o processo afetou as famílias mais importantes do bairro judeu de Praga, já que as partes eram integrantes dessas famílias e eram pessoas intimamente relacionadas umas com as outras. O fato de Kawka ter fugido da ação da Justiça impunha uma dívida transmitida aos descendentes por cinco gerações, o que poderia ter atingido a família da Kafka, segundo Vachenauer. Para ela, de qualquer sorte, a reverberação dos fatos e sua apuração se fizeram presentes ao longo dos séculos, chegando até o círculo de escritores judeus de Praga, como Max Brod e Franz Kafka. O Museu Judaico de Praga tem em seu acervo um livro sobre o referido processo e seu julgamento.¹⁸

Marie Vachenauer, que vê semelhanças entre o processo de Lazar Abeles e o de K., retratado no romance, estudou minuciosamente *Der Process*. Ela, também, realizou um rastreamento das anotações relativas aos locais em que se passam as cenas no romance, confrontando com possíveis locais de Praga. Trata-se de uma pesquisa extremamente rica. Ela esclarece o que se poderia entender por periferia de Praga, vez que a interpretação do que hoje é a periferia, em razão do próprio crescimento da cidade, muito difere da noção da época de Kafka, devendo-se analisar a formação histórico-geográfica da periferia.¹⁹

Um dos pontos que foi objeto de sua pesquisa, que guarda pertinência com a investigação jurídica, é a identificação do prédio do tribunal em que foi realizada a primeira audiência e onde se situariam os cartórios.

¹⁸ WOLFGANG, Johann; FRIEDBERG, Wolfgang Ebelin von. *Processus inquisitorius. Židovské muzeum v Praze*. Disponível em: <https://www.jewishmuseum.cz/en/collection-research/on-line-collection/object-of-the-month/251/The-Simon-Abeles-Case/>.

¹⁹ VACHENAUER, Marie. *Kafkas Roman Der Proceß als Spiegelung historischer Ereignisse in der Stadt Prag*. Berlin: Frank & Timme. 2014, p. 37-45.

A pesquisadora considera que o tribunal se localizava à margem esquerda do rio, abaixo do Castelo de Praga. Essa concepção tem base no fato de que funcionários do alto escalão da administração, dos tribunais e militares ali residiam e que algumas escolas se situavam em Kleineseit. Ressalta, inclusive, quanto ao prédio em que morava o pintor Titorelli, onde existia outro tribunal que, esse também era localizado em Kleineseit. Para tanto, interpreta o trecho em que K. descreve ter se dirigido à casa de Titorelli, um subúrbio oposto àquele em que ficavam os cartórios do tribunal. Entende que isso não significa que seriam subúrbios distantes, mas que os prédios poderiam estar em lados opostos de uma mesma rua, que seria a Juliusstraße.

A descrição da Juliusstraße, de uma rua longa, em que as lojas ficam abaixo do nível da rua, lembra, segundo ela, a antiga Sparrengasse, atual Nerudagasse, rua que leva à região do Castelo, chamada Hradschin (Hradčany) e que, depois do anel de Kleinseitner, se segue Úvoz e Loretostraße.

Em que pese as valiosas contribuições de Vachenauer, discorda-se da conclusão do estudo, quanto a esse ponto, na medida em que a autora foi em busca de tribunais superiores da capital, localizados em grandes e estruturados prédios.

4 O SISTEMA JUDICIAL DESCRITO NO ROMANCE

A leitura do romance, na descrição dos prédios do tribunal e em especial daquele em que ocorreu a primeira audiência de K., indica que ele era localizado em um subúrbio, guardado por bonde, contíguo ao centro da cidade, pois K. conseguiu chegar correndo ao local. Essa descrição aponta para um distrito com presença proletária, o que é reforçado pela própria ‘plateia’ da sala de audiência.

O detalhado retrato do prédio e dos moradores, por suas características, desenha um cortiço e edifício de uso misto, com uso residencial e instalações do tribunal com seus cartórios. Tal imagem não se coaduna com a posição de Marie Vachenauer, que aponta para um grande

prédio, de um tribunal superior, localizado numa parte nobre da cidade, logo abaixo do Castelo de Praga.

Fez-se necessário o estudo da legislação processual penal e de organização judiciária do Império Austro-Húngaro e a distribuição dos tribunais na Praga da época, de forma a se verificar o intento de Kafka, as críticas e questionamentos, implicitamente inseridos, que consubstanciam o aspecto filosófico de sua obra, de sorte a possibilitar uma reflexão sobre o sistema processual.

4.1 O processo penal e a organização judiciária do Império Austro-Húngaro

Importante material técnico é encontrado na tradução comentada do Código de Processo Penal Austríaco para ao francês, elaborada pelo juiz Edmond Bertrand e por Charles Lyon Caen, de 1875²⁰. A introdução de Caen traça um panorama da lei e sua contextualização histórica, dando notícia que o novo Código, que entrara em vigor no ano anterior, era o resultado de numerosas revoluções políticas e, em especial, do movimento liberal que depois de 1867 determinou grandes reformas em todas as áreas e na legislação.

Destacam-se, por relevantes, alguns pontos dessa introdução. Caen esclarece que o Código de 1850 já havia se inspirado no Código de instrução criminal francês de 1808, mas que uma lei de 1851 determinou que fosse elaborado um código de instrução criminal para todo o império, o que aconteceu com o Código promulgado em 1853, representando este um retorno parcial aos princípios do Código de 1803 e abandono dos progressos do Código de 1850.

Nesse ponto, percebe-se as preocupações de Kafka, externadas no romance, com a alternância da legislação, sem uma garantia sólida da implementação de avanços, pois, segundo Caen, apesar de o Código de 1853

²⁰ BERTRAND, Edm.; CAEN, Charles Lyon. *Code d'Instruction Criminelle Autrichien, traduit et annoté*. Paris: Cotillon : Conseil d'État. 1875. Disponível em: <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5859054n/f8.item>.

prever que o procedimento continuasse público, de fato, a publicidade dos atos processuais foi muito restringida.

As discussões sistemáticas travadas na Alemanha, na França, na Itália e na própria Áustria, naquela época, determinaram a adoção de grandes linhas norteadoras do direito público e do direito privado, sendo aqui especificamente tratados os direitos penal e processo penal, com reflexos inclusive no Brasil, consideradas as origens de nosso sistema. Hoje, cem anos depois, realizadas inúmeras alterações legislativas, já solidificados institutos e princípios, vistos os resultados da realidade dos dados, tanto de condutas ilícitas, como da forma de solução desses conflitos, pelo sistema penal e de execução de pena, pode-se entender melhor o cenário traçado por Kafka e suas intenções, tal qual descrito em *Der Process*.

O Código de 1853 já reconhecia o procedimento oral, entretanto, o Código de 1873, com vistas a efetivá-lo, dentro da ótica nele inscrita, afirmou o princípio da oralidade do procedimento. Nele a instrução escrita tinha papel secundário, valorizando-se o que ocorria na *Hauptverhandlung* (audiência principal) e em seus debates.

Observe-se que não se admitia a interposição de recurso quanto à culpabilidade, nos processos originados dos tribunais de primeira instância, por se entender que a medida processual era contrária aos princípios do procedimento oral. Com isso o acusado só poderia recorrer da dosimetria da pena e de questões civis, da mesma maneira o Ministério Público não poderia interpor recurso no caso de absolvição pela primeira instância.

O juiz só poderia formar sua convicção a partir das provas produzidas por ele.

Assim, o procedimento oral, de colheita de depoimentos das testemunhas, na primeira instância, era de capital importância, porém, nesse ponto, havia um retorno ao procedimento escrito. O juiz do recurso, caso entendesse necessário, poderia ouvir de novo as testemunhas, mas o recurso era um procedimento longo e de alto custo.

Identifica-se que o legislador concentrou no tribunal superior a revisão das questões de direito.

A situação era diferente quando os recursos eram interpostos de decisões exaradas nos tribunais de distrito. Caen observa que a confiança do legislador não era tão grande em relação aos juízes dos tribunais de distrito, pois era atribuída uma superioridade ao juiz do recurso, inclusive nas questões de fato, quanto às quais tinha a livre apreciação, o que se dava em razão do modo de nomeação dos juízes dos tribunais de distrito, por designação, que, segundo seu entendimento, deixava a desejar.

Registra, assim, Caen que as restrições às hipóteses de interposição de recurso eram com relação aos delitos e não às contravenções, isso porque o julgamento destas era adstrito a um único juiz do tribunal do distrito e o legislador entendeu que o recurso era uma forma de compensar essa situação. Nesse contexto, em contravenções admitia-se o recurso, inclusive, quanto à culpabilidade, sem limitações para a interposição, quanto à pena aplicada.

A diferença de regras de recurso entre os julgamentos realizados nos tribunais distritais e recursos advindos de decisões de outras jurisdições, pela amplitude, conduziu o legislador a admitir mais uma diferença; o recurso era julgado, em geral, sem publicidade, no entanto, nos recursos interpostos de decisões dos tribunais de distrito, o princípio da publicidade prevalecia (§ 472).

O procedimento sumário, conhecido por *Mandatsverfahren*, suscitava e até hoje suscita questionamentos quanto ao risco às garantias do acusado, na medida em que são suprimidos diversos atos previstos no procedimento ordinário, com vistas à instrução do feito. Ele era previsto no § 460 e poderia ter lugar quando um funcionário público ou uma das pessoas mencionadas no § 68 do Código Penal, no exercício de suas funções, tivesse denunciado um acusado, em liberdade, pelo cometimento de contravenção, cuja pena fosse de um mês de prisão ou de multa; o juiz poderia, caso entendesse pela hipótese de uma condenação a três dias de prisão ou multa de quinze florins, sem procedimento anterior, aplicar a pena. Caso o condenado não concordasse, tinha o prazo de oito dias para interpor recurso.

Na análise do procedimento de *Mandatsverfahren*, Caen assinala que eram exigidas cinco condições para que pudesse ser aplicado o procedimento sumário: a concordância do Ministério Público; que o acusado

estivesse em liberdade; que a infração tivesse sido denunciada por funcionário, o que já lhe dava uma credibilidade; o tipo de contravenção, sendo cabível apenas quando prevista punição mais branda; a própria pena que juiz aplicaria; e, caso o juiz tivesse dúvida quanto à culpabilidade, não deveria concluir o procedimento sumário, eis que nele não estava prevista instrução.

Na última cena do capítulo cujo título é traduzido como ‘**Primeiro inquérito**’, o juiz assevera: “ – Só queria chamar a sua atenção – disse o juiz – para o fato de que o senhor hoje – isso ainda não deve ter chegado à sua consciência – se privou da vantagem que um inquérito, de qualquer modo, representa para o detido. ”²¹ Logo adiante, no capítulo que se segue, afirma a personagem: “[...] não podia acreditar que tivessem levado ao pé da letra sua renúncia aos inquéritos, [...]”²²

Essa situação constitui um excelente exemplo de como Kafka inclui no texto os institutos processuais sem um exato enquadramento jurídico ao modelo legal, mas de forma suficiente a viabilizar a discussão quanto aos seus fundamentos e validade, pois mesmo sendo afirmado que K. estava detido, hipótese que já descartaria o procedimento sumário, aqui vê-se menção a um procedimento no qual seriam suprimidos os direitos e garantias do cidadão e, supostamente, com a sua concordância e como Kafka registra ‘sem que tenha chegado à consciência do acusado, o que isso significa’. Hoje na Áustria, novamente revigorado, o *Mandatsverfahren*, desde 2015, exige-se a concordância do acusado, para a sua aplicação, sem o interrogatório em juízo, bastando o ocorrido em sede policial.

Nesse passo, não podemos esquecer que K., no capítulo ‘**Fim**’, em seus derradeiros pensamentos, questionou: “Onde estava o juiz que ele nunca tinha visto? Onde estava o alto tribunal ao qual ele nunca havia chegado?”²³

²¹ KAFKA, F. *O Processo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 64.

²² KAFKA, F. *O Processo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 65.

²³ KAFKA, F. *O Processo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p.278.

Ainda com relação às análises do procedimento sumário, segundo Caen, a questão mais grave que já se colocava à época, era relativa à organização judiciária, pois o código do governo de 1867 determinava que as contravenções seriam julgadas por um juiz do distrito e dois juízes leigos, (*Gerichtsschöffe*) chamados para proferir um julgamento em conjunto. A Câmara de deputados, em 1869, condenara o sistema de tribunais de leigos, dizendo que a reunião de elementos tão diversos não poderia conduzir a um bom resultado, vez que os tribunais de leigos não apresentavam as mesmas garantias de independência que os do júri. Em sintonia com esse entendimento, o código descartou os tribunais de leigos e atribuiu competência, para o julgamento das contravenções, aos tribunais de distrito, compostos por um único magistrado.

O StPO, previa no § 8, que tinham jurisdição em matéria criminal:

- (a) os Tribunais de Distrito (*Bezirksgerichte*), dos quais pode-se dizer, em uma equiparação ao sistema atual do Brasil, correspondem aos Juizados Especiais e, na Alemanha correspondem aos *Amtsgerichte*, sendo que lá, o juiz togado não está sozinho;
- (b) os Tribunais de Primeira Instância (*Gerichtshöfe erster Instanz*);
- (c) os Tribunais Criminais do Júri (*Geschworenengericht*);
- (d) os Tribunais de Segunda Instância (*Gerichtshöfe zweiter Instanz*);
- (e) o Tribunal Supremo como Corte de Cassação (*oberster Gerichtshof als Cassationshof*).

O dispositivo em tela previa, também, que a jurisdição de um tribunal criminal se estendia por toda a circunscrição e todas as pessoas, respeitadas as exceções legais.

Nesse ponto, interessante um esclarecimento, com relação à história constitucional da Áustria (*Österreichische Verfassungsgeschichte*), extraída

de trabalho realizado na Universidade de Viena²⁴, segundo o qual, no período, de 1848 a 1851, do *Frühkonstitutionalismus* (Primeiro Constitucionalismo), a jurisdição tinha uma formação próxima da atual, sendo abolidos tribunais especiais:

- (a) *Bezirksgericht* (Tribunal de Distrito);
- (b) *Bundeskollegialgericht* (Tribunal Colegiado Federal);
- (c) *Landesgericht* (Tribunal Estadual);
- (d) *Oberlandesgericht, OLG* (Tribunal de Justiça/Superior Estadual);
- (e) *Oberster Gerichts- und Kassationshof* (Supremo Tribunal de Justiça e Cassação).

Já no período de 1852 a 1867, do *Monarchischer Gesamtstaat* (Estado Monárquico), tinha-se a jurisdição separada da administração somente na 2ª e na 3ª Instâncias, sem uma fusão violenta.

No período de 1867 a 1918, do *Konstitutionalismus* (Constitucionalismo), vê-se que há a separação entre a administração e a justiça, assim, a competência judicial dos distritos (*Bezirksämter*) passa para os Tribunais de Distrito (*Bezirksgerichte*), ficando a jurisdição da seguinte maneira:

- (a) *Bezirksgericht* (Tribunal de Distrito);
- (b) *Landesgericht* ((Tribunal Estadual/Alçada);
- (c) *Oberlandesgericht* ((Tribunal de Justiça/Superior Estadual);
- (d) *Oberster Gerichts- und Kassationshof* (Supremo Tribunal de Justiça e Cassação);
- (e) *Reichsgericht Verwaltunggerichtshof* (Suprema Corte - Tribunal Administrativo do Império).

A situação é esclarecida por Julius Vargha, nos seguintes termos:

Os tribunais de primeira instância, que em Viena e nas capitais provinciais têm o nome de tribunal estadual, mas também são chamados tribunais distritais/comarca (ver § 54), têm competência criminal de primeira instância em relação a

²⁴ MÜLLER, Lukas. *Österreichische Verfassungsgeschichte, Rechtsgeschichte Grundherrschaft, Universität Wien. rg_grundherrschaft.doc* Lukas Müller - 27.10.11. <https://www.unet.univie.ac.at/~a1063315/docs/verfassungsgeschichte.pdf>. Acessado em: 01/21.

todos os crimes e contravenções que não pertencem aos tribunais do júri. Na segunda instância, porém, eles atuam como tribunais de apelação em relação às infrações que são julgadas em primeira instância pelos tribunais distritais.²⁵ (tradução nossa)

Mais adiante, o professor ensina:

Os tribunais de segunda instância (Tribunais Superiores do Estado) exercem a sua atividade em matéria penal em sessões permanentemente compostas, de forma a assegurar as decisões por cinco juizes (senado criminal).

Para os reinos e países representados no Conselho do Império existem os seguintes 9 Tribunais Superiores do Estado: Brünn, Graz, Insbruck, Krakau, Lemberg, Prag, Triest, Wien, Zara, com 65 tribunais de primeira instância e a saber 15 tribunais estaduais (em Viena e nas capitais de províncias) e 50 tribunais distritais.²⁶ (tradução nossa)

E, adiante, especifica:

TSE Praga para a Boêmia, com 15 Tribunais de Primeira Instância: Tribunal estadual de Praga (Tribunal do Comércio de Praga); Tribunais de distrito: Böhmisch-Leipa, Brüx, Budweis, Chrudim, Eger, Jicin, Jungbunzlau, Königgrätz, Kuttenberg, Leitmeritz, Pilsen, Pisek, Reichenberg, Tabor.²⁷ (tradução nossa)

Assim, compreende-se que o *Landesgericht* (Tribunal Estadual/Alçada) tem esse nome em Viena e nas capitais de províncias, como Praga, mas com as mesmas atribuições e competências dos *Gerichtshöfe*

²⁵ *Die Gerichtshöfe I. Instanz, welche in Wien und den Provinzialhauptstädten den Namen Landesgericht führen, sonst aber Kreisgericht heissen (s. § 54), sind mit der Strafgerichtsbarkeit in I. Instanz betraut hinsichtlich aller nicht vor die Geschworenengerichte gehörigen Verbrechen und Vergehen, in II. Instanz aber als Berufungsgerichte hinsichtlich der Uebertretungen, über welche in I. Instanz die Bezirksgerichte urteilen.*

²⁶ *Die Gerichtshöfe II. Instanz (Oberlandesgerichte) üben ihre Thätigkeit in Strafesachen in ständig zusammengesetzten Abteilungen (strafsenaten) aus und fassen ihre Beschlüsse in Versammlungen von fünf Richter (§ 15). Für die im Reichsrathe vertretenen Königreich und Länder bestehen folgende 9 Oberlandesgerichte: Brünn, Graz, Insbruck, Krakau, Lemberg, Prag, Triest, Wien, Zara mit 65 Gerichtshöfen I. Instanz und zwar 15 Landesgerichten (in Wien und den Provinzialhauptstädten) und 50 Kreisgerichten.*

²⁷ *O.L.G. Prag für Böhmen, mit 15 Gerichtshöfen I. Instanz: Landesgericht Prag (Handelsgerichte Prag); Kreisgerichte: Böhmisch-Leipa, Brüx, Budweis, Chrudim, Eger, Jicin, Jungbunzlau, Königgrätz, Kuttenberg, Leitmeritz, Pilsen, Pisek, Reichenberg, Tabor.*

erster Instanz (Tribunais de Primeira Instância), nomenclatura do StPO, observando-se que já eram assim designados antes da constituição; e, da mesma forma, o *Oberlandesgericht* (Tribunal de Justiça/Superior Estadual), tal qual previsto na constituição, era, pela terminologia do StPO, o *Gerichtshöfe zweiter Instanz* (Tribunais de Segunda Instância).

De qualquer sorte, para fins do presente estudo, foi mantido, como tradução, o nome estampado no StPO de 1873.

Retornando ao StPO de 1873, verifica-se que os tribunais de distrito (§ 9), *Bezirksgerichte*, eram constituídos por um único juiz e tinham competência para: 1. Investigar os procedimentos criminais de contravenção (*Übertretung* – desde 1975 não é prevista mais essa figura na legislação alemã), na forma estipulada na lei de introdução do código; 2. Elaborar, ainda, em concurso, os levantamentos preliminares (*Vorerhebungen*) e as instruções de crimes – *Verbrechen* (punidos com prisão de um ano ou superior) e *Vergehen* (punidos com prisão inferior a um ano), nos termos do código.

Nas cidades em que existiam vários tribunais de distrito, a competência era atribuída por decretos que especificavam sua abrangência.

Lembra Caen que, segundo o §51, a competência era, em princípio, do tribunal sediado na circunscrição/freguesia na qual fora cometida a ação, mesmo que as consequências tivessem se produzido em outro local.

5 O BEZIRKSGERICHT REFERENCIADO EM DER PROCESS

Na Boêmia existiam muitos *Bezirksgerichte* (tribunais de distrito). À época eram altos os índices de criminalidade, pelo que o Estado, para melhor desincumbir sua missão, os instalava atendendo as necessidades e seguindo o padrão do Império Austro-Húngaro, ou seja, coincidindo com a divisão distrital de administração, mas, de acordo com a reforma de 1849, respeitava-se o sistema judicial anterior; além das questões étnicas com as diferentes línguas existentes nos territórios. Os tribunais superiores eram em número reduzido e concentrados, por sua importância, nos centros das capitais.

As anotações elaboradas por Caen dão conta de que as deficiências não se limitavam às instalações físicas, mas, ainda, ao próprio provimento dos cargos, que se dava por decreto, não integrando, portanto, a carreira do Ministério Público e da magistratura. Segundo Caen, havia uma falta de credibilidade quanto aos juízes nomeados, o que parecia corrente, na medida em que a própria lei previa que, somente nos processos advindos dos *Bezirksgerichte*, caso o condenado não se conformasse com a sentença, o recurso poderia alvejar também a decisão no tocante à culpabilidade, o que não acontecia nos processos julgados nos tribunais de primeira instância.

Kafka descreve contextos extremos de modo a fazer com que o leitor reflita sobre questões, que interessam ao conjunto da sociedade, acerca do exercício da função jurisdicional e ao conteúdo da lei; a partir de um turbilhão de sensações, o leitor elabora indagações que envolvem justiça, liberdade e opressão, numa abertura filosófica.

Importante ressaltar que o objetivo é identificar uma possível referência realizada por Kafka. Não é intento afirmar seja com relação à legislação, ao local ou ao sistema judicial, que Kafka tenha construído uma narrativa baseada em dado concreto específico, mas que ele, utilizando diversos institutos existentes em sua época, trabalhou o aspecto filosófico da lei e de sua aplicação.

Quanto ao prédio do tribunal e a descrição de um local desprovido da estrutura adequada para esse fim, acredita-se que, conforme narrado no romance, provavelmente, se refira a um tribunal de distrito. À época, na Boêmia, os tribunais de distrito, localizados em regiões menos favorecidas, tinham, como sua principal clientela, a população local. A carência de alocação de meios é um dos pontos que Kafka aponta para ressaltar a diferença a que os desafortunados estavam submetidos em relação aos tribunais da região central; à falta de estrutura do Estado que não conseguia propiciar a todos, condições dignas de vida, o que abrangia as áreas da habitação, saúde, saneamento e a prestação jurisdicional.

No romance não é especificada a cidade em se passam os fatos, porém, adota-se, como ponto de partida, a hipótese, aventada por Marie Vachenaue, de que, em função das descrições existentes, é possível uma

investigação acerca de referências histórico-geográficas utilizadas por Kafka, que convergem para Praga e seu entorno.

Assume-se, então, a tese de que Praga foi a referência de cidade que forneceu elementos para a composição da ambiência de *Der Process*.

Foi-se além de Vachenauer, vislumbrando-se não somente o subúrbio onde se situaria o tribunal de distrito, como o local da execução de Josef K., uma importante pedreira nas proximidades, o Petřín, antigo lugar de execução oficial, que serviu de referência para a cena derradeira da obra.

Na verificação dos arredores de Praga, procurou-se por indícios que permitissem a identificação da plausível referência, entre eles: Smíchov, Karlín, Královské Vinohrady, Žižkov, Nusle e Vršovice.

6 O BEZIRKSGERICHT DE KAROLINENTHAL

Após longos estudos, o resultado se apresenta como uma possibilidade de que Kafka tenha utilizado como paradigma o Tribunal de Distrito de Karolinenthal, assim designado pelos alemães, e Karlín, pelos tchecos. O distrito de Karlín foi criado em 1817, sendo considerado subúrbio de Praga e tinha, como habitantes, em maioria tchecos.

Nessa moldura, com a personagem morando em um ponto central, partindo-se seja do bairro judeu – Josephstadt, Josefov – seja da praça central Staroměstské náměstí, chega-se rapidamente ao contíguo distrito de Karlín, que tem início depois da rua Na Poříčí, onde fica o Instituto de Seguros, local em que Kafka trabalhou.

O distrito de Karlín tem uma formação interessante, sendo que suas características foram se alterando ao longo do tempo, de região bucólica teve sua paisagem modificada pela industrialização e depois, mais ainda, pela instalação das linhas da ferrovia (1875), o que determinou a evasão de moradores de melhor condição econômica; com a instalação das indústrias, os operários passaram a morar no distrito. O bonde, o primeiro de Praga, foi instalado em 1896. Com o tempo o distrito passou a ostentar a condição de um dos distritos de piores condições de Praga, quadro que não é o atual.

Não se descarta, entretanto, a possibilidade de Kafka ter se referido ao distrito de Žižkov, também habitado majoritariamente por tchecos, que faz fronteira ao sul com o Karlín. A história do distrito Žižkov também é interessante. Quando de sua criação, em 1875, chamava-se Královské Vinohrady I., já que surgiu da divisão de Královské Vinohrady, só vindo a ser identificado pelo atual nome em 1877. Saliente-se que, quando Kafka nasceu, Žižkov já era um distrito, isso desde 1881, que foi integrado a Praga em 1922, próximo à morte de Kafka e muito depois da escrita do romance, que data de 1914. Em que pese a possibilidade fática do deslocamento até Žižkov, os fatos de o Karlín ter bonde em 1914, ter operários nele residindo à época, ser contíguo à Praga e a própria localização do Tribunal de Distrito de Karolinenthal corroboram o entendimento aqui esposado. De qualquer sorte, o tribunal de distrito Žižkov teve seu endereço modificado, mas não ficava muito distante do centro da cidade, o que também permitiria o deslocamento a pé, como fez K.

Importante, então, para a determinação das referências, que seja esclarecida a evolução dos distritos políticos de Praga, sendo fundamental registrar que havia uma clara distinção na forma de ocupação, já que alemães, tchecos e judeus tinham, cada qual, seus distritos de habitação. A formatação que ora se refere, data de 1868, quando era separada a administração política da judicial, conforme a Lei de 19 de maio de 1868 (44), a qual em seu § 1 determinava que: “*Die politische Verwaltung ist in allen Instanzen von der Rechtspflege getrennt zu führen*”²⁸ (A administração política é, em todas as instâncias, separada da jurisdição). Ainda: “§ 2. *Na der Spitze der politischen Verwaltung in den Königreichen und Ländern stehen die Landeschefs*”²⁹ (No alto da administração política, no império e estados, está o Chefe do Estado).

Essa Lei foi regulamentada pelo Decreto de 10 de julho de 1868 (101)³⁰, que definiu todos os distritos político-administrativos para o império,

²⁸ ÁUSTRIA. *Gesetz 44 vom 19. Mai 1868*. Disponível em: <http://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?aid=rgb&datum=1868&page=104>.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ ÁUSTRIA. *Verordnung 101 vom 10. Juli 1868*. Disponível em: <http://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?aid=rgb&datum=1868&page=315&size=45>.

vendo-se, quanto ao Reino da Boêmia, que cada novo distrito (*Amtsliste*) correspondia a um ou mais dos antigos distritos (*dermaligen Bezirk*).

O distrito de Karolinenthal passou a ter nova conformação, assim, por esse decreto de 1868, a partir dos *Bezirk*es (distritos) de Karolinenthal, Brandeis (*soudní okres Brandýs*) e Eule (*Jílové*)³¹.

Alterações posteriores foram realizadas e, pelo Decreto de 15 de julho de 1884, o *Amtsbezirk*s Karolinenthal foi dividido em dois distritos políticos, Karolinenthal e *Königliche Weinberg*, criando-se o novo *Bezirkshauptmannschaft* (sede de distrito) em *Königliche Weinberg*, ao mesmo tempo em que era encerrada a sede de Polna. Os tribunais de distrito de Karolinenthal e Brandeis continuaram vinculados ao distrito político-administrativo de Karolinenthal, e o tribunal e distrito de *Königliche Weinberg* e Eule ao distrito político-administrativo de *Königliche Weinberg*.³²

Lieben/Libeň, que era uma parte mais antiga do distrito de Karolinenthal/Karlín, foi anexada à Praga, em 12 de setembro de 1901, segundo consta do sítio eletrônico de *Mětská část*, hoje Praga 8³³. Karolinenthal/Karlín somente veio a integrar a cidade de Praga, juntamente com outros distritos, em 1922. Com isso, à época em que o romance foi escrito, tratava-se de um distrito que ainda não integrava a cidade. Lembre-se que a linha de ferro que liga Praga ao distrito de Karolinenthal/Karlín foi inaugurada em 1896, característica de subúrbio.

Para percepção da origem inspiradora do romance, essas informações são relevantes, além do que, em 1905, o tribunal distrital de Karolinenthal/Karlín assumiu a jurisdição de processos de Praga, do distrito de *Alt-Lieben/Libeň*, talvez mesmo porque se situava mais próximo dessa parte da cidade, afinal Libeň fora anexada em 1901 à Praga. Esse dado consta no *Reichsgesetzblatt*, na Lei de 21 de dezembro de 1905.

³¹ ÁUSTRIA. *Verordnung 101 vom 10. Juli 1868* Disponível em: <http://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?aid=rgb&datum=1868&page=321>.

³² ÁUSTRIA. *Verordnung 119 vom 15. Juli 1884*. Disponível em: <http://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?aid=rgb&datum=18840004&seite=00000381>.

³³ ÁUSTRIA. *Mětská část, Praha 8*. Disponível em: <http://www.praha8.cz/?l=9>.

A lei trata do exercício temporário da jurisdição do tribunal distrital do oitavo distrito de Praga, o Alt-Lieben, pelo Tribunal do Distrito de Karolinenthal. Desse modo, especifica que o Tribunal do Distrito de Karolinenthal teve sua competência ampliada para apreciação das ações penais e civis, com exceção ali prevista.

Reproduz-se a imagem do *Reichsgesetzblatt*, extraída do sítio do governo austríaco:³⁴

³⁴ ÁUSTRIA. *Gesetz 207 vom 21. Dezember 1905*. Disponível em: <http://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?aid=rgb&datum=19050004&seite=00000565>.

Reichsgesetzblatt

für die

im Reichsrate vertretenen Königreiche und Länder.

LXXXV. Stück. — Ausgegeben und versendet am 28. Dezember 1905.

Inhalt: (Nr. 207—213.) 207. Gesetz, betreffend die vorübergehende Ausübung der bezirksgerichtlichen Gerichtsbarkeit im achten Prager Gemeindebezirk Alt-Lieben durch das Bezirksgericht in Karolinenthal. — 208. Gesetz, betreffend Ausnahmen von den Bestimmungen der Jurisdiktionsnorm, der Exekutionsordnung und der allgemeinen Wechselordnung für den XXI. Bezirk (Floridsdorf) der Reichshaupt- und Residenzstadt Wien. — 209. Verordnung, betreffend die Errichtung eines Bezirksgerichtes für den XXI. Gemeindebezirk (Floridsdorf) der Reichshaupt- und Residenzstadt Wien, sowie die Ausgliederung von Gemeinden und Gemeintheilen aus dem bisherigen Gerichtsbezirk Floridsdorf und Zusammenfassung in anderen Gerichtsbezirken. — 210. Verordnung, betreffend Ausnahmen von den Bestimmungen der Jurisdiktionsnorm, der Exekutionsordnung und der allgemeinen Wechselordnung für den XXI. Bezirk (Floridsdorf) der Reichshaupt- und Residenzstadt Wien. — 211. Verordnung, betreffend eine Änderung in der seitlichen Zuständigkeit der Bezirksamtsprüfung für den XIII. Gemeindebezirk der Reichshaupt- und Residenzstadt Wien und Liesing. — 212. Kundmachung, betreffend die Aufkaffung der bisherigen Bezirkshauptmannschaft in Floridsdorf und die Errichtung einer Bezirkshauptmannschaft „Floridsdorf—Umgebung“. — 213. Gesetz, betreffend fundierte Pfandschuldsicherstellungen.

207.

Gesetz vom 21. Dezember 1905,

betreffend die vorübergehende Ausübung der bezirksgerichtlichen Gerichtsbarkeit im achten Prager Gemeindebezirk Alt-Lieben durch das Bezirksgericht in Karolinenthal.

Mit Zustimmung beider Häuser des Reichsrates finde Ich anzuordnen, wie folgt:

§ 1.

Das Bezirksgericht in Karolinenthal hat die ihm nach den geltenden Jurisdiktionsnormen zustehende Gerichtsbarkeit in Strafsachen und in bürgerlichen Rechtsangelegenheiten in und außer Streitfachen einschließlich der Grundbuchsachen bis auf weiteres auch in dem zufolge Landesgesetzes vom 16. April 1901, U. G. Nr. 57, mit der königlichen Landeshauptstadt Prag vereinigten, den achten Gemeindebezirk bildenden Gebiete der bestandenen Ortsgemeinde Alt-Lieben, sowie bisher, auszuüben.

§ 2.

Dieses Gesetz tritt mit dem Tage der Kundmachung in Wirksamkeit.

§ 3.

Mit dem Vollzuge dieses Gesetzes ist Mein Justizminister beauftragt.

Wien, am 21. Dezember 1905.

Franz Joseph m. p.

Gautschi m. p.

Klein m. p.

208.

Gesetz vom 21. Dezember 1905,

betreffend Ausnahmen von den Bestimmungen der Jurisdiktionsnorm, der Exekutionsordnung und der allgemeinen Wechselordnung für den XXI. Bezirk (Floridsdorf) der Reichshaupt- und Residenzstadt Wien.

Mit Zustimmung beider Häuser des Reichsrates finde Ich anzuordnen, wie folgt:

§ 1.

Zur Führung der Grundbücher über die nicht landläufigen Liegenschaften in dem zufolge des

Figura 1: Diário oficial de 1905 p. 565

Nessa linha de raciocínio, sempre uma possibilidade, Kafka teria se inspirado na situação retratada pelo *Bezirksgericht* de Karolinenthal, na medida em que era um tribunal localizado em um distrito, que, por Decreto do Imperador Francisco I, já fora considerado subúrbio de Praga, nas

cercanias do centro da cidade, podendo mesmo K. chegar a pé, já que próximo a Josefov, bairro judeu (cuja denominação a partir de 1850 passara a ser Josefstadt, mesmo ano em que passou a integrar a Cidade Velha).

Esse é o resultado de pesquisas realizadas para se apurar as referências existentes em *Der Process*, sendo certo, repita-se, que Kafka não faz nenhum registro expresso no romance, sequer informando a cidade na qual a personagem morava.

Partindo-se, como dito, da premissa que o romance contenha referências à semelhança de Praga, é de ser destacado que K. afirma que nunca estivera no local do tribunal em que seria realizada a audiência para a qual fora convocado. Ora, se a regra da competência, usualmente e também na Boêmia, era vinculada ao local em que fora realizada a conduta investigada, poder-se-ia estranhar que a personagem fosse responder a um procedimento criminal em distrito em que nunca havia estado antes. No entanto, conforme demonstrado acima, essa situação restou contornada pelo teor do decreto que determinou que um tribunal de distrito diverso tivesse competência para julgar feitos da cidade de Praga; pelo que, legalmente, K. poderia ser processado em um tribunal que não o da capital em sentido estrito, pela existência do referido decreto, pois estava claro que K. morava no centro da cidade na qual se passa o romance. Vê-se, até mesmo, uma crítica, pois K. afirma que era um distrito pobre, de trabalhadores, em claro contraste quando comparado com os distritos do centro da cidade, o que se refletia nas condições dos prédios suburbanos em que estavam sediados os tribunais de distrito e seus cartórios.

Karolinenthal/Karlín era um local com terrenos mais baratos, motivo, inclusive, que levou ao desenvolvimento industrial dessa parte da cidade, onde as empresas e indústrias ali se estabeleceram, com o que trabalhadores se instalaram na região próxima aos locais de trabalho.

Cabe agora analisarmos a localização do tribunal de Karolinenthal, conforme o mapa da cidade de Praga de 1885³⁵:

³⁵ BROCKHAUS, F.A. Geogr. artist. Anstalt, *Prag 1885 Stadtplan.jpg* Leipzig, Public domain, via Wikimedia Commons. Acessado em 17.01.2022.

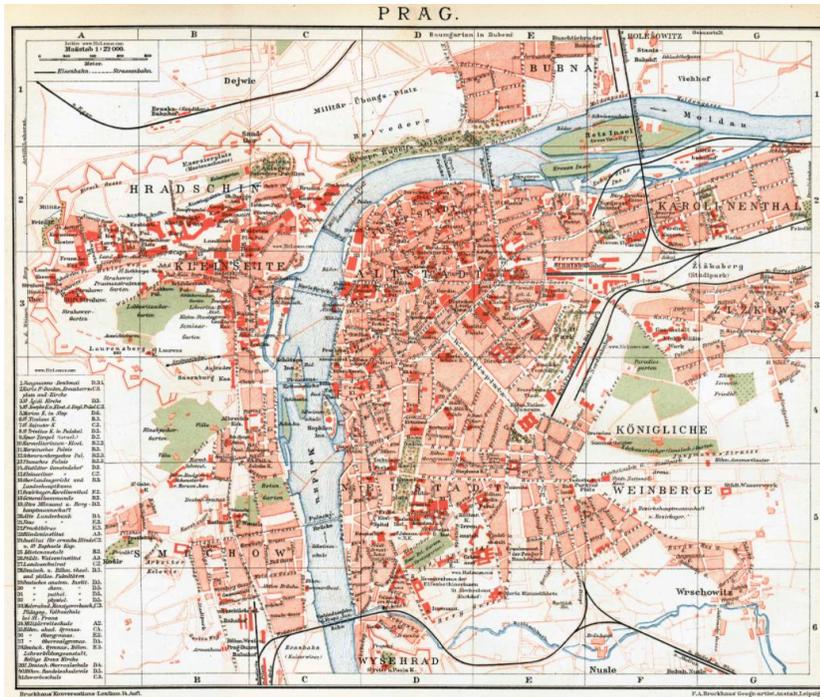


Figura 2: Mapa da Cidade de Praga

No mapa vê-se assinalado, no quadrante F2, conforme o número 17 da legenda, o Tribunal de Distrito de Karolinenthal/Karlín situado em frente ao Museu da Cidade de Praga, no limite entre o subúrbio de Karolinenthal e a cidade de Praga. Saliente-se que em mapas atuais não há registro desse tribunal, cujo prédio foi demolido em remodelação da cidade, fato que muito dificultou as pesquisas.

A questão das condições físicas do prédio do tribunal é reforçada em outro capítulo do romance, quando K. trata do prédio do pintor Titorelli, descrito como situado em outro subúrbio, mas também em mau estado, a

https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Prag_1885_Stadtplan.jpg#/media/Datei:Prag_1885_Stadtplan.jpg

demonstrar a constância dessa situação ‘inadequada’ dos tribunais de distrito fora do centro e mais afastados.

6.1 Distritos Administrativos e Judiciais de Praga

Por outro lado, considerando que cada distrito administrativo poderia ter um ou mais tribunais, imagina-se que instalações suntuosas eram reservadas aos tribunais superiores localizados em capitais, pois se tratava de um vasto império, e a Justiça deveria, nesse contexto, responder à grande demanda no âmbito criminal, como a própria lei demonstra pelos seus rigorosos mecanismos de controle da população.

Em 1º de janeiro de 1893, segundo o mapa da Organização Administrativa do Império Austríaco, no Reino da Boêmia, relativo aos distritos político-administrativos, vê-se que Praga, capital, sediava, juntamente com outras doze localidades, os Tribunais de Primeira Instância, conhecidos por *Landesgerichts* (Tribunais de Justiça/Estaduais) nome dado aos tribunais das capitais de província.

A expressão *Berzirkshauptmannschaft*, que se encontra no mapa abaixo, designava a sede de distrito político-administrativo. Os *politische Bezirke* eram os distritos político-administrativos e podiam abranger diversos municípios, essa também uma divisão administrativa. Os *Berzirkshauptmannschaft* (sede de distrito político-administrativo) eram chefiados pelos *Bezirkshauptmann* (chefe do distrito). Utilizava-se *Bezirksgerichte* ou apenas *Bezirke* para designar tribunais de distrito e, hoje, veem-se os *Okresní soud*, na República Tcheca, e os *Gerichtsbezirke*, na Alemanha, com a mesma finalidade. Os antigos *Kreise*, *circulus* em latim, também eram usados para designar a circunscrição. Eles foram transformados no Império, em *Berzirkshauptmannschaft*, em 1848.

O número de distritos foi se alterando ao longo do tempo. No entanto, cada *politischer Bezirk* (distrito político-administrativo) possuía um ou mais *Gerichtsbezirke* (tribunais de distrito). Assim, tinha-se o distrito

político-administrativo, e a circunscrição judiciária ou freguesia que era o *Gerichtsbezirk*, o qual poderia ser menor do que o distrito administrativo³⁶.



Figura 3: Mapa dos distritos políticos da boêmia em 1893

Pelo mapa vemos, claramente, que, em 1893, Karolinenthal era um distrito distinto de Praga. Da mesma forma, Königliche Weinberge e Smichow. Zizikow não ostentava tal condição.

A comprovação de que um tribunal de distrito diverso julgava processos da cidade de Praga, tal como consta na Lei de 21 de dezembro de 1905, é fundamental para se evidenciar a possibilidade de que Kafka tenha se inspirado, de fato, em um tribunal de distrito, um pouco afastado do centro de

³⁶ WIKIPEDIA. *Einleitung in Politische Bezirke*. Disponível em: https://de.wikipedia.org/wiki/Böhmen#/media/File:Verwaltungsgliederung_des_K%C3%B6nigreichs_B%C3%B6hmen_1893.svg.

Praga, que cuidava de delitos cometidos por pessoas simples que ali moravam e que, em razão do procedimento judicial adotado para esses delitos, o sujeito com pouco conhecimento de seus direitos e, provavelmente em um procedimento sumário, se via prejudicado em sua defesa.

Para melhor caracterizar o panorama das regiões de Praga, é importante transcrever o Decreto 166, de 12 de julho de 1906, que trata das regiões que faziam parte da cidade de Praga, já em ampliação do contido na Lei de 16 de abril de 1901, integrando à cidade as seguintes regiões: Emichow, Karolinenthal e Weinberge; as regiões de Zizikow, incluindo a antiga localidade de Wolschan³⁷.

³⁷ ÁUSTRIA. *Verordnung vom 12.juli.1906*. Österreichische Nationalbibliothek. *Alex Historische Rechts- und Gesetzestexte Online*. Disponível em: <http://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?aid=rgb&datum=19060004&seite=00000985>.

Jahrgang 1906.

Reichsgesetzblatt

für die

im Reichsrate vertretenen Königreiche und Länder.

LXXVI. Stück. — Ausgegeben und versendet am 15. August 1906.

Inhalt: M 166. Verordnung, mit welcher das gesamte Gebiet der königlichen Hauptstadt Prag in dem durch das Gesetz vom 16. April 1901 erweiterten Umfange und das Stadtgemeindegelbiet von Břizkow mit Einschluß der früher bestandenen Ortschaft Wolschan als ausgenommene Orte im Sinne des § 2, Absatz 2 des Gesetzes vom 26. Dezember 1893, betreffend die Regelung der konzessionierten Baugewerbe, erklärt werden.

166.

Verordnung der Ministerien des Handels und des Innern vom 12. Juli 1906,

mit welcher das gesamte Gebiet der königlichen Hauptstadt Prag in dem durch das Gesetz vom 16. April 1901, L. G. Bl. Nr. 57, erweiterten Umfange und das Stadtgemeindegelbiet von Břizkow mit Einschluß der früher bestandenen Ortschaft Wolschan als ausgenommene Orte im Sinne des § 2, Absatz 2 des Gesetzes vom 26. Dezember 1893, L. G. Bl. Nr. 193, betreffend die Regelung der konzessionierten Baugewerbe, erklärt werden.

Auf Grund des § 2, Absatz 2 des Gesetzes vom 26. Dezember 1893, L. G. Bl. Nr. 193, betreffend

die Regelung der konzessionierten Baugewerbe, wird die Ministerialverordnung vom 27. Dezember 1893, L. G. Bl. Nr. 194, mit welcher die nach der erwähnten Gesetzesstelle als ausgenommen erklärten Orte verlaublich worden sind, mit Zustimmung des Landesauschusses des Königreiches Böhmen dahin abgeändert, daß der erste Absatz des mit der Überschrift „Im Königreiche Böhmen“ versehenen Abschnittes dieser Verordnung zu lauten hat, wie folgt: „Das gesamte Gebiet der königlichen Hauptstadt Prag in dem durch das Gesetz vom 16. April 1901, L. G. Bl. Nr. 57, erweiterten Umfange; die Stadtgebiete von Smichow, Karolinenthal und königliche Weinberge; das Stadtgemeindegelbiet von Břizkow mit Einschluß der früher bestandenen Ortschaft Wolschan“.

Diese Verordnung tritt mit dem Tage ihrer Kundmachung in Wirksamkeit.

Wienert^h m. p.Folt^h m. p.

Figura 4: Diário oficial de 1906, p. 985

Em 1910, existiam, na região de Praga, os *Bezirksgerichte* (tribunais de distrito) abaixo elencados, seguidos de seus distritos político-administrativos e vinculados, todos, ao *Landesgericht* (Tribunal de Justiça/Estadual) de Praga, a última informação é relativa ao número de moradores do distrito político.

Beraun – Hořowitz – Prag – 36.022
Brandeis na der Elbe – Brandeis ander Elbe – 41.928
Dobříš- Příbram – 22.954
Eule – Königliche Weinberge – 21.160
Hořowitz – Hořowitz – 38.893
Karolinenthal – Karolinenthal – 69.184
Kladno – Kladno – 48.636
Königliche Weinberge - Königliche Weinberge- 77.120
Königsaal – Smichow – 28.094
Kralup an der Moldau – Kralup an der Moldau – 17.734
Laun – Laun – 44.699
Libochowitz – Raudnitz – 19.972
Melnik – Melnik – 43.137
Neustraschitz – Schlan - 24.053
Nusle - Königliche Weinberge – 52.817
Prag-Altstadt – Prag – 223.741
Prag-Josefstadt – Prag – id
Prag-Kleinseit – Prag – id.
Prag-Obere Neustadt – Prag – id.
Prag-Untere Neustadt – Prag – id.
Pürglitz – Rakonitz – 18.836
Příbram – Příbram – 4.438
Rakonitz – Rakonitz – 32.715
Raudnitz – Raudnitz – 33.657
Schlan – Schlan – 62.667
Smichow – Smichow – 139.736
Unhošt – Kladno – 32.149
Welwarn – Kralup an der Moldau – 14.483

Wrschowitz – Königliche Weinberg – 31.284

Zbirow – Rokycan – 24.356

Žižkov – Žižkov – 79.334³⁸

Assim, mais de dez distritos político-administrativos, afora a própria capital, possuíam em 1910, mais de um tribunal de distrito em sua região administrativa.

Esse panorama contribui para entender-se a descrição realizada por Kafka no romance, de que os prédios, pelas suas más condições, não pareciam fazer parte da estrutura do Poder Judiciário.

É também ilustrativo demonstrar a evolução da criação dos tribunais de distrito com competência civil. O Decreto 142, de 23 de agosto de 1883, tratava da criação do terceiro tribunal de distrito de competência civil, em Praga, na região de Neustadt, e que, após a sua implementação em 1º de janeiro de 1884, teria competência para julgar os feitos relativos a Altstadt, Josephstadt, Neustadt e Stadt Vyšbrad³⁹:

³⁸ WIKIPEDIA. *Liste der Gerichtsbezirke in Böhmen*. Disponível em: https://de.wikipedia.org/wiki/Liste_der_Gerichtsbezirke_in_Böhmen.

³⁹ ÁUSTRIA. *Verordnung 142 vom 23. August.1883. Österreichische Nationalbibliothek. Alex Historische Rechts- und Gesetzestexte Online*. Disponível em: <file:///I:/decreto%201883%203o.districto%20trib%20cv%20praga.html>.

Mit Rücksicht auf die Zeitdauer, welche für die Anfertigung der neuen Brandzeichen erforderlich ist, wird der Tag der Wirksamkeit dieser Verordnung von der k. k. Statthalterei in Lemberg und von der k. k. Landesregierung in Czernowiz für die betreffenden Länder mittelst der Landesgesetz- und Verordnungsblätter festgestellt werden.

Taaffe m. p. Falkenhayn m. p. Pražák m. p. Pino m. p.

142.

Verordnung des Justizministeriums vom 23. August 1883,

betreffend die Errichtung eines dritten städtisch-delegirten Bezirksgerichtes für die Civilgerichtsbarkeit in Prag.

Im Grunde Allerhöchster Ermächtigung vom 21. August 1883 wird in Abänderung des Absatzes VIII der Ministerialverordnung vom 9. October 1854 (R. G. Bl. Nr. 274) ein drittes städtisch-delegirtes Bezirksgericht für die Civilgerichtsbarkeit in Prag für den Bereich der Neustadt und die Stadt Wysehrad bestellt.

Dieses Gericht hat mit 1. Jänner 1884 seine Wirksamkeit zu beginnen und es wird von diesem Zeitpunkte angefangen die Competenz des für den Bereich der Altstadt, Josepstadt, Neustadt und Stadt Wysehrad bestehenden städtisch-delegirten Bezirksgerichtes für die Civilgerichtsbarkeit auf den Umfang der Altstadt und Josepstadt eingeschränkt.

Pražák m. p.

143.

Verordnung des Handelsministeriums vom 1. September 1883,

womit Sicherheitsvorschriften für Seeschiffe, welche Reisende befördern, erlassen werden.

Artikel 1.

Jedes Schiff, welches Reisende befördert, wird vor der Abreise von der hiezu berufenen Behörde zu dem Zwecke untersucht, um zu erheben, ob dasselbe die zu einer sicheren Schifffahrt und zur entsprechenden Unterbringung und Verpflegung der Personen nothwendigen Gegenstände besitze, und dies so oft als es die genannte Behörde als zweckmäßig erachtet. Schiffe, welche Reisende befördern, müssen wie jedes andere Schiff seetüchtig, wasserdicht und mit Allem versehen sein, was zu einer sicheren Schifffahrt notwendig ist.

Unterstützung
der Schiffe.

Artikel 2.

Insbondere müssen solche Schiffe wenigstens mit

1	Boote, wenn das Schiff einen Nettogehalt von unter 100 Register-tonnen hat				
2	Booten, " " " " " " " "	100	und	200	Register-tonnen hat
3	" " " " " " " "	200	"	400	" " "
4	" " " " " " " "	400	"	700	" " "
5	" " " " " " " "	700	"	1.000	" " "
6	" " " " " " " "	1.000	"	1.500	" " "
7	" " " " " " " "	1.500	oder mehr	ausgerüstet sein.	" "

Schiffboote.

Figura 5: Diário oficial 1883 p. 435

O Decreto 184, de 27 de novembro de 1895, tratava da criação do quarto tribunal de distrito de competência civil, na cidade de Praga, na região de Neustadt, o que incluía Soleschowitz-Bubna⁴⁰.

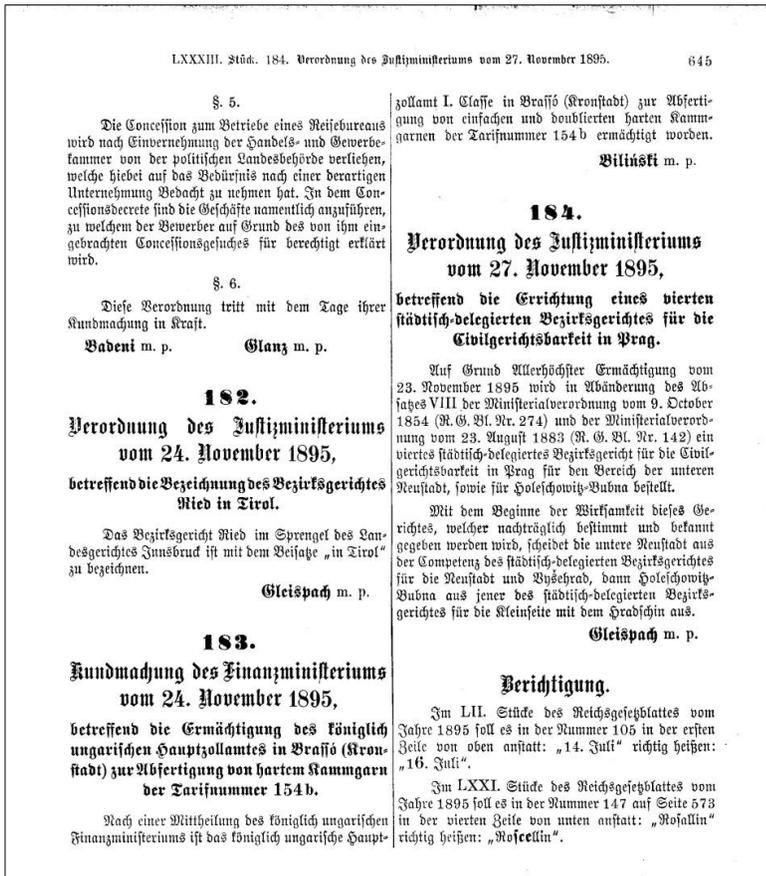


Figura 6: Diário oficial 1895 p.645

Já o Decreto 131, de 15 de novembro de 1904, tratou da criação do quinto tribunal de distrito, com competência civil, na cidade de Praga,

⁴⁰ ÁUSTRIA. Verordnung 184 vom 27. November.1895. Österreichische Nationalbibliothek. Alex Historische Rechts- und Gesetzestexte Online. Disponível em: <file:///I:/decreto%201895%204o%20trib%20distri%20cv%20praga.html>.

verificando-se, pelas datas de criação, que esse era um procedimento administrativo lento, distando praticamente dez anos entre cada criação de tribunal de distrito na esfera cível. Esse quinto era para a sétima região administrativa, a de Soleschowitz-Bubna, que saiu da competência de Neustadt⁴¹.

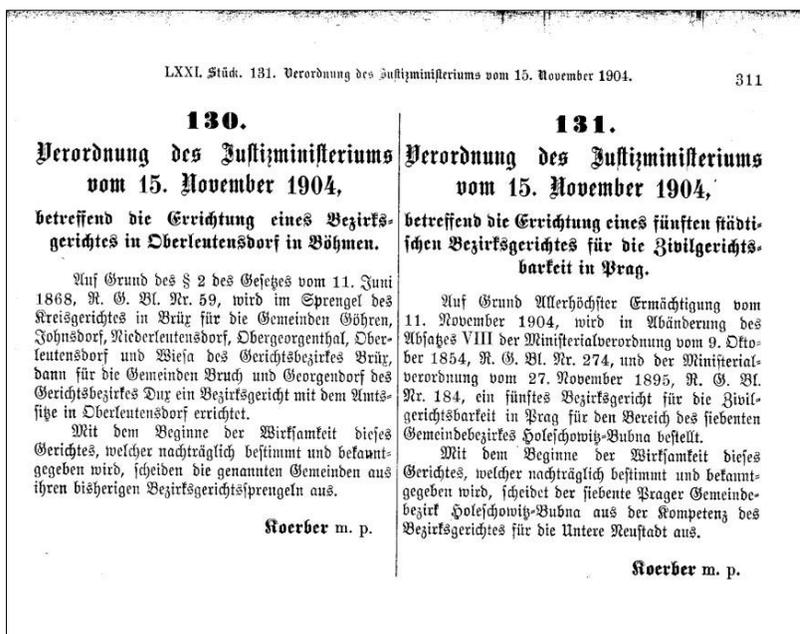


Figura 7: DIÁRIO OFICIAL 1904 PG.311

Observa-se o quanto foram, ao longo do tempo, alteradas as competências e atribuições. No romance, a situação é externada, como tendo o advogado dificuldade de saber qual seria o juiz competente e a quem deveria dirigir a petição.

⁴¹ ÁUSTRIA. *Verordnung 131 vom 15. November.1904.* Österreichische Nationalbibliothek. *Alex Historische Rechts- und Gesetzestexte Online.* Disponível em: <http://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?aid=rgb&datum=19040004&seite=00000311>.

7 CONCLUSÃO

No estudo realizado, analisados os dados referentes aos tribunais de distrito, entendeu-se que a inspiração de Kafka, em combinação com os outros elementos elencados, para o tribunal no qual corria o ‘processo’ em face de K., provavelmente foi a de um tribunal localizado em um subúrbio da cidade de Praga; pelo que, diante da circunstância de que K. decidiu ir a pé, é viável que esse tribunal fosse o do distrito de Karlín, à época, Karolinenthal, já que o alemão era a língua oficial no Império Austro-Húngaro. O prédio do tribunal foi demolido por conta de remodelação da cidade.

De qualquer sorte, é importante destacar que a regra geral, no sistema processual penal austríaco, como dito acima, era a da competência do tribunal do local em que havia sido cometido o delito, conforme o § 51, do StPO-1873:

§ 51. O processo penal, em regra, compete ao tribunal em cuja circunscrição a conduta punível tenha sido cometida, mesmo que o resultado da infração tenha ocorrido em outro local.

Se a conduta punível foi cometida em vários distritos ou na fronteira de dois tribunais de distrito, ou se é incerto em quais dos vários tribunais de distrito a infração foi cometida, decide-se pela prevenção.⁴² (tradução nossa)

Como exposto, tal regra foi excepcionada pela Lei de 21 de dezembro de 1905, que previa que um tribunal de distrito tinha competência para julgar um delito cometido sob a jurisdição de outro tribunal de distrito. Essa situação extraordinária permite manter a coerência da narrativa, na medida em que K., sabedor que nunca tinha estado naquele subúrbio, não poderia ter cometido qualquer ato ali. No entanto, considerada essa competência diferenciada, fez sentido K. não questionar o local, bem como a

⁴² §. 51. Das Strafverfahren steht in der Regel demjenigen Gerichte zu, in dessen Sprengel die strafbare Handlung begangen wurde, und zwar auch dann, wenn der zum Thatbestande gehörige Erfolg an einem anderen Orte eingetreten ist.

Wurde die strafbare Handlung in mehreren Bezirken oder auf der Gränze zweier Gerichtsbezirke begangen, oder ist es ungewiß, in welchem von mehreren bestimmten Gerichtsbezirken sie begangen worden sei, so entscheidet unter den dadurch in Frage kommenden Gerichten das Zuvorkommen.

sua própria ida àquele tribunal, pois poderia estar respondendo por ato supostamente cometido na capital. A lógica intrínseca da narrativa é reafirmada quando o juiz pergunta se K. é um pintor de paredes e, diante de sua afirmação de que é funcionário de alto escalão de um banco, o público presente ri. Em um tribunal de distrito eram julgados crimes de menor potencial ofensivo, tendo, usualmente, como autores e vítimas, os moradores do próprio distrito em que era localizado. A plateia riu, pois, sendo um procurador de banco uma figura totalmente deslocada daquela realidade, era muito mais pertinente que um pintor de paredes tivesse cometido algum delito naquele distrito. Registre-se que a troca do autor do delito é elemento essencial na trama.

Assim, um *Bezirksgericht* (tribunal de distrito) indica a possibilidade do tipo de delito cometido, pois os *Bezirksgerichte*, constituídos por um único juiz, eram competentes, consoante o § 9, do StPO-1873, para julgar os procedimentos criminais de contravenção e na instrução preparatória de determinados tipos de crimes. Lembre-se, ainda, a possibilidade de atuação desses em cumprimento de ordem do tribunal que lhes era superior.

A extrema situação narrada no romance, relacionando diversos institutos legais existentes à época, que vão além da jurisdição e competência aqui tratados, impele à reflexão quanto ao sistema processual penal que se almeja para a sociedade.

Não se olvide quanto aos que questionam ser o desfecho do romance incompatível com um delito de menor potencial, que não há notícia de que o processo de K. tenha sido julgado. A cena da morte, no capítulo ‘**Fim**’ não é um retrato de uma execução de sentença judicial, por servidores da Justiça, mas por integrantes da grande organização, retrato da corrupção.

Kafka, além de diversas questões jurídico-administrativas e das ligadas ao direito de defesa, dá ênfase à corrupção. Questão que também deve ser objeto de reflexão. Ponto importante, com vistas à redução de risco ao sistema de justiça, é, no mínimo, a estruturação em carreira dos cargos de juiz e promotor, providos por concurso público, mantidas a integralidade da jurisdição do primeiro e a independência funcional do segundo. Vimos, com Caen, que o juiz do tribunal de distrito, à época, não integrava a carreira e era

nomeado por decreto, o que era questionado por muitos. A dignidade no exercício de todas as funções necessárias ao correto funcionamento do sistema de justiça, certamente, é matéria que não pode ser descuidada. O rito processual também é ponto que exsurge da narrativa, inclusive, críticas ao procedimento sumário, supressor de garantias, questão, que, em prol da celeridade e redução da carga de trabalho do judiciário, voltou à baila, na atualidade, na Áustria. No Brasil, por exemplo, o sistema de precedentes judiciais necessita de ampla revisão.

A interpretação de *Der Process*, sob o prisma jurídico, cuja fundamentação já havia sido sustentada,⁴³ indica, inclusive, a importância de se assegurar o pleno exercício dos direitos e garantias do acusado, pressuposto de um processo justo, no Estado de Direito.

Dentre as inúmeras lições inseridas no romance, ressalta-se o alerta de que cabe à sociedade a intransigente fiscalização e defesa dos direitos e garantias processuais, inclusive, devendo propor, para tanto, o aperfeiçoamento do sistema, pois Kafka demonstra, ao longo da descrição de diversas personagens, que as críticas e projetos para sanar os problemas processuais serão mais efetivos quando realizados por quem está fora do sistema judicial.

Ademais, não se pode obliterar que o cidadão é o destinatário da prestação jurisdicional e, nessa condição, o maior interessado em que o sistema de justiça funcione de forma isenta, transparente e desinteressada. A usual situação de desinteresse do cidadão por questões jurídicas, principalmente aquelas ligadas ao sistema de justiça, deve ser superada em uma sociedade democrática, fundada numa cidadania consciente e ativa.

A pesquisa para identificar as referências utilizadas por Kafka se mostra pertinente, na medida em que viabiliza uma maior compreensão da natureza e profundidade dos temas abordados no romance, cuja discussão não deve ficar adstrita aos técnicos. O ‘processo’ deve assumir seu protagonismo no âmbito social.

⁴³ SANTOS, Adriana. O Processo à luz de Kafka. *Revista de Doutrina Jurídica*, Brasília, DF, v. 112, Publicação contínua. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/737>.

REFERÊNCIAS

- ÁUSTRIA. *Gesetz 44 vom 19. Mai 1868*. Disponível em:
<http://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?aid=rgb&datum=1868&page=104>.
Acesso em: 10 jan. 2022.
- ÁUSTRIA. *Gesetz 207 vom 21. Dezember 1905*. Disponível em:
<http://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?aid=rgb&datum=19050004&seite=00000565>. Acesso em: 10 jan. 2022.
- ÁUSTRIA. *Městská část, Praha 8*. Disponível em:
<http://www.praha8.cz/?l=9>. Acesso em: 10 jan. 2022.
- ÁUSTRIA. *Verordnung 101 vom 10. Juli 1868*. Disponível em:
<http://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?aid=rgb&datum=1868&page=315&size=45>. Acesso em: 10 jan. 2022.
- ÁUSTRIA. *Verordnung 101 vom 10. Juli 1868*. Disponível em:
<http://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?aid=rgb&datum=1868&page=321>.
Acesso em: 10 jan. 2022.
- ÁUSTRIA. *Verordnung 142 vom 23. August.1883. Österreichische Nationalbibliothek. Alex Historische Rechts- und Gesetzestexte Online*. Disponível em:
<file:///I:/decreto%201883%203o.districto%20trib%20cv%20praga.html>.
Acesso em: 10 jan. 2022.
- ÁUSTRIA. *Verordnung 119 vom 15. Juli 1884*. Disponível em:
<http://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?aid=rgb&datum=18840004&seite=00000381>. Acesso em: 16 jan. 2022.
- ÁUSTRIA. *Verordnung 184 vom 27. November.1895. Österreichische Nationalbibliothek. Alex Historische Rechts- und Gesetzestexte Online*. Disponível em:
<file:///I:/decreto%201895%204o%20trib%20distri%20cv%20praga.html>.
Acesso em: 10 jan. 2022.

ÁUSTRIA. *Verordnung 131 vom 15. November.1904. Österreichische Nationalbibliothek. Alex Historische Rechts- und Gesetzestexte Online.* Disponível em: <http://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?aid=rgb&datum=19040004&seite=00000311>. Acesso em: 17 jan. 2022.

ÁUSTRIA. *Verordnung vom 12.juli.1906. Österreichische Nationalbibliothek. Alex Historische Rechts- und Gesetzestexte Online.* Disponível em: <http://alex.onb.ac.at/cgi-content/alex?aid=rgb&datum=19060004&seite=00000985>. Acesso em: 16 jan. 2022.

BERTRAND, Edm.; CAEN, Charles Lyon. *Code d'Instruction Criminelle Autrichien, traduit et annoté.* Paris: Cotillon : Conseil d'État. 1875. Disponível em : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5859054n/f8.item>. Acesso em: 16 jan. 2022.

BROCKHAUS, F.A. Geogr, artist. Anstalt, *Prag 1885 Stadtplan.jpg.* Leipzig, Public domain, via Wikimedia Commons. Disponível em: https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Prag_1885_Stadtplan.jpg#/media/Datei:Prag_1885_Stadtplan.jpg. Acesso em: 17 jan. 2022.

KAFKA, F. *Der Process. (Historisch-Kritische Ausgabe sämtlicher Handschriften, Drucke und Typoskripte) Faksimilenachdruck.* Frankfurt: Stroemfeld Verlag, 1997.

KAFKA, F. *O Processo.* São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

MÜLLER, Lukas. *Österreichische Verfassungsgeschichte, Rechtsgeschichte Grundherrschaft, Universität Wien.* rg_grundherrschaft.doc Lukas Müller - 27.10.11. Disponível em: <https://www.unet.univie.ac.at/~a1063315/docs/verfassungsgeschichte.pdf>. Acesso em: 15 jan. 2022.

SANTOS, Adriana. Denúncia caluniosa, Ministério Público e O Processo. *Revista do Ministério Público Militar.* Brasília, nº 30/2019. Disponível em: <https://revista.mpm.mp.br/artigos/?idedicao=30>. Acesso em: 18 jan. 2022.

SANTOS, Adriana. O Ministério Público diante da lei. *Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União*, ano 19, n.55, jan/dez, 2020. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-55-janeiro-dezembro-2020/o-ministerio-publico-diante-da-lei>. Acesso em: 15 jan. 2022.

SANTOS, Adriana. O Processo à luz de Kafka. *Revista de Doutrina Jurídica*, Brasília, DF, v. 112, n. 00, p. e021003, 2021. DOI: 10.22477/rdj.v112i00.737. Publicação contínua. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/737>. Acesso em: 16 jan. 2022.

SANTOS, Adriana. *Filosofia e Literatura: KAFKA - Der Process*. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Instituto de Filosofia e Ciências Sociais, Centro de Filosofia e Ciências Humanas, da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Orientador: Professor Doutor Aquiles Côrtes Guimarães, 2015.

VACHENAUER, Marie. *Kafkas Roman Der Proceß als Spiegelung historischer Ereignisse in der Stadt Prag*. Berlin: Frank & Timme. 2014.

VACHENAUER, Marie. *Der Fall Simon Abeles. Eine kritische Anfrage an die zugänglichen Quellen*. Berlin: Frank & Timme. 2011.

VARGHA, Julius. *Das Strafprocessrecht, systematisch dargestellt. Compendien des Österreichischen Rechtes*. Berlin: Carl Heymanns, 1885.

WIKIPEDIA. *Einleitung in Politische Bezirke*. Disponível em: https://de.wikipedia.org/wiki/Böhmen#/media/File:Verwaltungsgliederung_des_K%C3%B6nigreichs_B%C3%B6hmen_1893.svg. Acesso em: 10 jan. 2022.

WIKIPEDIA. *Liste der Gerichtsbezirke in Böhmen*. Disponível em: https://de.wikipedia.org/wiki/Liste_der_Gerichtsbezirke_in_Böhmen. Acesso em: 16 jan. 2022.

WOLFGANG, Johann; FRIEDBERG, Wolfgang Ebelin von. *Processus inquisitorius. Židovské muzeum v Praze*. Disponível em: <https://www.jewishmuseum.cz/en/collection-research/on-line-collection/object-of-the-month/251/The-Simon-Abeles-Case/>. Acesso em: 12 jan. 2022.

Fronteiras marítimas e área cinzenta no Direito do Mar ante a exploração de recursos marinhos: uma análise sobre as “Águas Jurisdicionais Brasileiras”

Susi Castro Silva

Advogada, Presidente da Comissão de Direito Militar da OAB-CE;
Doutoranda em Estudos Marítimos na Escola de Guerra Naval (EGN);
Mestra e Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC);
Pós-graduação em História Militar pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL).

Data de recebimento: 20/01/2022

Data de aceitação: 26/01/2022

RESUMO: A disputa pela definição de fronteiras marítimas não cessou com a criação e a regulação de espaços marítimos pela Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (UNCLOS, sigla em inglês). Além das contendas históricas e geopolíticas remanescentes, a diversificação e a tecnologização das atividades marítimas geraram novas controvérsias, tornando evidente o caráter pluridimensional dos oceanos, e, conseqüentemente, dos interesses sobre eles, especialmente quanto à exploração dos recursos marinhos. Diante de tal problemática, e com o intuito de analisar a demarcação de áreas marítimas pelos Estados após a ratificação da UNCLOS, analisou-se por meio de pesquisa descritiva, com o emprego do método hipotético-dedutivo, e abordagem histórico-jurídica, a área delimitada pelo Brasil como Águas Jurisdicionais Brasileiras (AJB), comparando-a com os fundamentos aplicados pelo ITLOS para a solução do caso Bangladesh *versus* Myanmar (2012), para o qual foi criada uma “área cinzenta”.

Verificou-se que as AJB são fruto de uma manifestação soberana e legítima de interesse por parte do governo brasileiro quanto ao exercício de algum grau de jurisdição sobre espaços marítimos, para fins de assegurar a exploração dos recursos da Plataforma Continental estendida.

PALAVRAS-CHAVE: Fronteiras marítimas. Águas Jurisdicionais Brasileiras. Área Cinzenta. Recursos marinhos. UNCLOS.

ENGLISH

TITLE: Maritime borders and gray area in the Law of the Sea facing the exploitation of marine resources: an analysis of the “Brazilian Jurisdictional Waters”.

ABSTRACT: The dispute over the definition of maritime boundaries has not ceased with the creation and regulation of maritime spaces by UNCLOS. In addition to the remaining historical and geopolitical contests, the diversification and technologization of maritime activities has generated new controversies, making evident the multidimensional character of the oceans, and, consequently, the interests over them, especially regarding the exploitation of marine resources. In view of this problem, and in order to analyze the demarcation of maritime borders by the states after the ratification of UNCLOS, it was analyzed through descriptive research, using the hypothetical-deductive method, and the historical-legal approach, the delimited area by Brazil, named Brazilian Jurisdictional Waters (AJB), comparing it to the disputed space in the Bangladesh versus Myanmar case (2012), for which a “gray area” was created by ITLOS. It was found that the AJB are the result of a sovereign and legitimate expression of interest on the part of the Brazilian government regarding the exercise of some degree of jurisdiction over maritime spaces, in order to ensure the exploitation of the resources of the Continental Platform.

KEYWORDS: Maritime Boundaries. Brazilian Jurisdictional Waters. Gray Area. Marine Resources. UNCLOS.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 A área cinzenta criada pelo ITLOS diante dos espaços marítimos definidos pela UNCLOS – 3 A configuração das AJB e a exploração de recursos marinhos em face do regime de PC estendida – 3.1 O caso de “área cinzenta” e a pendência sobre a extensão da PC brasileira ante a exploração de recursos marinhos estratégicos – 4 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Ao longo do tempo histórico¹, foram várias as funções exercidas pelo conceito de território², e o domínio sobre ele é vinculado às relações de poder³. Integrantes do escopo conceitual de território, as fronteiras carregam em si conteúdos históricos (simbólicos, materiais, culturais, políticos, entre outros) correlacionados à capacidade de domínio sobre determinado espaço territorial.⁴ Com a globalização⁵, as fronteiras têm funcionado como um filtro, retendo certos elementos, e deixando passar outros: são porosas, por exemplo, em termos econômicos; mas precisam ser inflexíveis em termos de segurança nacional.⁶

¹ Cf. KOSELLECK, R. *Futuro Passado*: contribuição à semântica dos tempos históricos. Trad. Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto Ed. PUC-Rio, 2006.

² HAESBAERT, R. *O Mito da Desterritorialização*: do “fim dos territórios” à multiterritorialidade. Bertrand Brasil: Rio de Janeiro, 2004.

³ HAESBAERT, R. Território e Multiterritorialidade: um debate. *GEOgraphia*, ano IX, n. 17, p. 19-46, 2007. Disponível em: <http://www.marcoarelios.com.br/12haesbaert.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2022.

⁴ Cf. RATZEL, F. *Géographie Politique*. Genève: Editions Regionales Europeennes, 1988 (1897).

⁵ O termo “globalização” refere-se a um fenômeno abrangente, no qual os Estados sofrem a interferência cruzada de atores transnacionais em suas soberanias, finanças, identidades, redes de comunicação, reverberando efeitos sociais, políticos, culturais e religiosos. Já o termo “mundialização” refere-se a um processo de internacionalização e integração dos mercados e políticas econômicas. Cf. BECK, Ulrich. *O que é Globalização?* Equívocos do globalismo e respostas a globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999; e CHESNAIS, F. *A mundialização do capital*. Trad. Silvana Finzi Foá. São Paulo: Xamã, 1996.

⁶ CATAIA, M. Quem tem medo das fronteiras no período da globalização? *Terra Livre*, n.40, v.1, p. 65-80, 2013. Disponível em: <http://www.agb.org.br/publicacoes/index.php/terralivre/article/download/454/429>. Acesso em: 19 jan. 2022

A demarcação de fronteiras marítimas, por sua vez, possui histórico de imprecisão, dificuldade de consolidação, e de dependência das capacidades de desbravamento e presença de área. As primeiras reivindicações de exclusividade (especialmente de tráfego e comércio) sobre os espaços marítimos careciam de critérios inequívocos de demarcação, e foram razões para eclodirem os primeiros conflitos navais.⁷

Os fenícios foram possuidores (tiranos e piratas) do Mediterrâneo, sendo vencidos e sucedidos pelos persas, e estes pelos gregos, e estes pelos romanos.⁸ Tais povos impuseram-se sobre estreitos e setores do Mediterrâneo com base em poder naval, sem demarcarem precisamente os “seus” territórios marítimos. Cessado o domínio de Roma, o rei Arthur reivindicou para a Inglaterra a autoridade sobre os mares britânicos, e, mais tarde, no século X, o rei Edgar garantiu essa exclusividade sobre os quatro mares adjacentes às ilhas britânicas, intitulando-se “soberano do oceano britânico”.⁹ Tal “soberania” foi reproduzida por seus sucessores, que defenderam a noção de *British Seas*, cuja dimensão era proporcional ao poder naval inglês.¹⁰

Foi à época das Grandes Navegações, no século XV, que se buscou definir e documentar domínios marítimos, com base em critérios claros e na pretensão de efeito *erga omnes*, por meio de bulas papais e tratados. As bulas¹¹ respaldaram a expansão marítima de portugueses e espanhóis,

⁷ AZUNI, D. A. *The Maritime Law of Europe*. V. I. New York: G. Forman, 1806. p. 09-12.

Disponível em:

<https://play.google.com/books/reader?id=grdCAAAAYAAJ&hl=pt&pg=GBS.PA76>. Acesso em: 19 jan. 2022

⁸ AZUNI, 1986, 12-76; e ANGELIS, P. de. *Archivo Americano Y Espiritu De La Prensa Del Mundo*, Tomo III, n. 8-11, 1848.

⁹ MACHADO, L. A. F. *A plataforma continental brasileira e o Direito do Mar: considerações para uma ação política*. Brasília: FUNAG, 2015. p. 28.

¹⁰ AZUNI, 1806, p. 202.

¹¹ Sobre a matéria, destacam-se as seguintes bulas papais: a *Rex Regum* (de 4 de abril de 1418, emitida pelo papa Martín V), que legitima as conquistas de Portugal na África; a *Romanus Pontifex* (de 8 de janeiro de 1455, emitida pelo papa Nicolau V), que reconheceu ao rei de Portugal, dentre outras coisas, “A propriedade exclusiva de todas as ilhas, terras, portos e mares conquistados nas regiões que se estendem desde o cabo Bojador e cabo Não, ao longo de toda a Guiné e mais além, a sul”; a *Inter caetera quae nobis* (de 13 de março de 1455, emitida pelo Papa Calisto III), que outorgou e concedeu à ordem de cristo o espiritual de todas as ilhas, desde os Cabos do Bojador e Não, por toda a Guiné até à Índia; a *Aeterni Regis* (de 21 de junho de 1481, emitida pelo Papa Sisto IV), que confirmou as bulas *Romanus Pontifex* e *Inter Caetera*, e o artigo n.º 8 do Tratado de Alcáçovas (1479), que dividiu os territórios do Oceano Atlântico entre

declarando direitos exclusivos sobre os mares da África, Ásia e América.¹² Já os tratados¹³, capitulados entre Portugal e Espanha, demarcaram as fronteiras marítimas que restavam controversas após as bulas, e resultaram na demarcação de um meridiano e um antimeridiano, baseados nos insuficientes métodos cartográficos da época.

Vários Estados se opuseram a tais pretensões de *Mare Clausum*¹⁴ e defenderam o *Mare Liberum*¹⁵ conforme os seus interesses comerciais.¹⁶ Acabou prevalecendo a tese de que a liberdade de navegação deveria ser limitada apenas na “área de soberania” do Estado costeiro. E os doutrinadores do século XVII convergiram para a concepção de que tal área deveria ter a

os reinos de Portugal e de Castela; a *Inter caetera* (de 4 de maio de 1493, emitida pelo Papa Alexandre VI), que traçou um meridiano situado a 100 léguas a oeste do arquipélago do Cabo Verde, e fez “doação, concessão e dotação perpétua” do que estivesse a oeste do meridiano à Espanha, e o que estivesse a leste à Portugal; a *Dudum Siquidem* (de 25 de setembro de 1493, emitida pelo papa Alexandre VI), que amplia a “doação, concessão e dotação perpétua” da bula *Inter Caetera*, para alcançar todos os territórios a serem descobertos para o oeste e para o leste.

¹² Cf. PONTI, R. de A. L. As Bulas e Tratados dos Séculos XV, XVI E XVIII na História do Direito Brasileiro: seus reflexos na América Portuguesa. *Caderno Jurídico Unisal*, Ano II, n.4, dezembro 2011, p. 175-200. Disponível em: http://www.salesianocampinas.com.br/unisal/cadernos_vol4.htm. Acesso em: 31 jul. 2020; e FONTES, J. L. I. Cruzada e expansão: a bula *Sane Charissimus. Lusitania Sacra*, 2ª série, n. 7, 1995, p. 403-420. Disponível em: https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/4952/1/LS_S2_07_JoaoLIFontes.pdf. Acesso em: 19 jan. 2022

¹³ O Tratado de Alcáçovas, de 04 de setembro de 1479, pôs fim à Guerra de Sucessão de Castela, e dentre outras cláusulas, dividiu entre Portugal e Espanha o Oceano Atlântico e os territórios ultramarinos, concedendo à Castela direitos sobre as Ilhas Canárias, e à Portugal direitos exclusivos de navegação sobre o Oceano Atlântico ao sul das referidas Ilhas. E, pela Capitulação da Partição do Mar Oceano (Tratado de Tordesilhas, de 07 de junho de 1494), Portugal traçou um meridiano 370 léguas a oeste das Ilhas de Cabo Verde, estabelecendo que as terras a leste pertenciam à Portugal e as terras a oeste à Castela. A Capitulação de Saragoça, por sua vez, foi um tratado de paz, assinado em 22 de abril de 1529, que dividiu as áreas de influência castelhana e portuguesa na Ásia, mediante um antimeridiano ao estabelecido no Tratado de Tordesilhas.

¹⁴ A tese do *Mare Clausum* (mar fechado) foi defendida em 1645 pelo inglês John Selden, para rebater a tese do *Mare Liberum*, e reafirmar os direitos ingleses sobre os *British Seas*. (MACHADO, 2015, p. 29-30).

¹⁵ A tese do *Mare Liberum* (liberdade dos mares) escrita pelo holandês Hugo Grotius em 1604, versava em seu capítulo XII sobre o direito de apresamento de navios, defendendo a liberdade dos mares, e expondo, dentre outros pontos, que os Portugueses não tinham direito de domínio por motivo de descobrimento sobre as Índias para onde os Holandeses navegavam. Cf. GROTIUS, Hugo. *The Freedom of the Seas*. New York: Oxford, University Press, 1916.

¹⁶ BEIRÃO, A. P.; PEREIRA, A. C. A. (Orgs.). *Reflexões sobre a Convenção do Direito do Mar*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2014. p. 230-250. Disponível em: http://funag.gov.br/loja/download/1091-Convencao_do_Direito_do_Mar.pdf. Acesso em: 19 jan. 2022.

dimensão que o soberano pudesse defender sob o seu domínio, chegando-se a conclusão de que tal medida deveria ser a de um “tiro de canhão”, que era de 3 milhas náuticas (MN).¹⁷

Essa extensão de soberania sobre o mar (mar territorial) foi sendo incorporada ao costume internacional ao longo do século XVIII, e consagrada como norma de direito internacional no século XIX¹⁸. Mas voltou a ser contestada, ao ponto de alguns Estados passarem a adotar medidas unilaterais de extensão de mar territorial, tanto sob argumentos relacionados à segurança, como pelo interesse em ampliar áreas para a exploração exclusiva de recursos marinhos vivos e não vivos.¹⁹

Em 1945, os Estados Unidos (EUA) invocaram a expressão “plataforma continental” para justificarem sua competência jurisdicional exclusiva *sobre as terras submersas, e respectivos recursos*.²⁰ E, apesar de na Conferência sobre o Direito do Mar de 1958 ter sido acordado que os Estados poderiam ampliar os seus mares territoriais para até 12 MN, vários Estados passaram a declarar extensões acima desse limite, associando-o à noção de plataforma continental. O Brasil, por seu turno, expandiu o seu mar territorial para 200 MN, no intuito de exploração econômica exclusiva na referida área.²¹

Dentre outras controvérsias, também para solucionar as relativas à largura do mar territorial, foi convocada a III Conferência das Nações Unidas

¹⁷ AZUNI, 1806, p. 198-204.

¹⁸ BEIRÃO; PEREIRA, 2014, p. 250.

¹⁹ MOURA, J. A. A. de. *A estratégia naval brasileira no pós-guerra fria*. Rio de Janeiro: FEMAR, 2014. p. 91. Disponível em: <https://ia800605.us.archive.org/20/items/estrategia-naval-brasileira-pos-guerra-fria/JOS%C3%89%20AUGUSTO%20ABREU%20DE%20MOURA.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2022

²⁰ Em 1945, com a Proclamação 2.667, o presidente dos EUA, Harry Truman, declarou competência jurisdicional dos EUA sobre as terras submersas, e respectivos recursos, adjacentes ao litoral norte-americano além do limite de 3 MN, mencionando pela primeira vez a expressão plataforma continental. Cf. FIGUEIRÓA, C. S. B. *Limites exteriores da Plataforma Continental do Brasil conforme o Direito do Mar*. FUNAG: Brasília, 2014. p. 69-92. Disponível em: http://funag.gov.br/biblioteca/download/1100-Limites_exteriores_da_plataforma_continental_do_Brasil_conforme_o_Direito_do_Mar.pdf. Acesso em: 19 jan. 2022.

²¹ BRASIL. *Decreto-lei nº 1.098*, de 25 de março de 1970. Altera os limites do mar territorial do Brasil e dá outras providências. (Revogado pela Lei nº 8.617, de 1993). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/Del1098.htm. Acesso em: 19 jan. 2022.

sobre Direito do Mar (III CNUDM), que durou de 1973 a 1982, e acabou se transformando em assembleia constituinte dos mares, regulando também, dentre outros, os direitos sobre a exploração de recursos marinhos.²² Após 11 sessões, em 1982 foi aprovada a UNCLOS, que estabeleceu os seguintes espaços marítimos: Alto Mar; Área; Plataforma Continental (PC); Zona Econômica Exclusiva (ZEE); Zona Contígua; e mar territorial.²³

Mas a UNCLOS apenas atenuou as querelas relativas às fronteiras marítimas. Pois, remanesceram contendas históricas e geopolíticas, e a elas foi acrescida a disputa pelo domínio sobre os espaços marítimos recém-criados, e pela exploração dos seus recursos, especialmente os estratégicos para o Estado.²⁴ Além disso, a diversificação e a tecnologização²⁵ de atividades marítimas geraram novas controvérsias, não previstas na UNCLOS, e que não são solucionáveis pacificamente pelo antigo critério do alcance do disparo de armas a partir da costa. O próprio crescimento do arsenal mundial de mísseis balísticos²⁶ sitiados ou lançáveis do/no mar constitui uma nova problemática a ser enfrentada.²⁷

A UNCLOS listou como um dos meios para a solução de controvérsias o Tribunal Internacional de Direito do Mar (ITLOS, sigla em

²² MONT'ALVERNE, T. C. F.; GIRÃO, E. C. *A soberania dos estados sobre seus recursos naturais: o regime internacional da biodiversidade e o direito do mar*. Universitas Jus, Brasília, v. 27, n. 3, p. 77-87, 2016. p. 79. Disponível em:

<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/4517>. Acesso em: 19 jan. 2022.

²³ Cf. UNITED NATIONS. *United Nations Convention on the Law of the Sea*. Montego Bay, 1982. Disponível em:

http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf. Acesso em: 19 jan. 2022

²⁴ MONT'ALVERNE; GIRÃO, 2016, p. 81.

²⁵ DUPUY, René-Jean. *La notion de patrimoine commun de l'humanité appliqué aux fonds marins*. In: COLLIARD, Claude-Albert. *Droit et libertés à la fin du XXe siècle: influence des données économiques et technologiques*. Paris: Pedone, 1984. p. 197-205.

²⁶ O míssil balístico tático possui alcance médio de 300 km (aproximadamente 162 MN); O míssil balístico de curto alcance (*short-range ballistic missile*, SRBM) possui alcance médio de 1.000 km (aproximadamente 540 MN); O míssil balístico de médio alcance (*medium-range ballistic missile*, MRBM) possui alcance médio de 1.000-3.500 km (entre 540 e 1.890 MN, aproximadamente); O míssil balístico intercontinental (*Intercontinental Ballistic Missile*, ICBM) possui um alcance maior que 5 500 km (aproximadamente 3.000 MN). Ou seja, um míssil tático já alcança a extensão da ZEE.

²⁷ Cf. SILVA, S. C. *Imunidade soberana e impactos ambientais decorrentes de operações militares navais: o controle de tráfego militar na Amazônia Azul para uma defesa ambiental proativa*. 2019. 160f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2019.

inglês)²⁸, que, por meio de jurisprudência, tem inovado no Direito do Mar. Por exemplo, a criação pelo ITLOS de uma “área cinzenta” na Baía de Bengala, para a solução do caso Bangladesh *versus* Myanmar (2012) é especialmente significativa, haja vista ter evidenciado o caráter pluridimensional dos oceanos. Nesse caso, o ITLOS estabeleceu o domínio de um Estado sobre a coluna d’água de forma concomitante a outros domínios estatais na mesma região, denominando-a de “área cinzenta”.²⁹

Tendo em vista esse recorte panorâmico histórico e jurídico relacionado às disputas sobre fronteiras marítimas, o presente trabalho tem o objetivo geral de analisar a hipótese de demarcação de espaços marítimos por Estados costeiros, em complemento aos regimes estabelecidos pela UNCLOS, em face da exploração de recursos marinhos.

Para isso, analisou-se o espaço marítimo demarcado pelo Brasil como Águas Jurisdicionais Brasileiras (AJB), comparando-o aos fundamentos que ensejaram na criação da “área cinzenta” no caso Bangladesh *versus* Myanmar (2012). Buscou-se primeiramente descrever o referido caso, discutindo-o em face dos espaços marítimos definidos pela UNCLOS. Em seguida, à luz do Direito do Mar, foram analisadas as AJB, em face das disposições sobre os espaços marítimos definidos pela UNCLOS especialmente quanto à exploração de recursos marinhos da Plataforma Continental.

Trata-se de pesquisa documental, diante da análise de documentos normativos e jurisprudenciais, mas também bibliográfica, tendo em vista o encadeamento argumentativo baseado em doutrinas sobre o Direito do Mar, o Direito Internacional, e as Relações Internacionais. A pesquisa é descritiva, na qual se empregou o método hipotético-dedutivo, com abordagem histórico-jurídica, e justifica-se pela necessidade de se buscar discutir

²⁸ UNITED NATIONS, 1982, article 287.

²⁹ INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA (ITLOS). *Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders: Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar)*, judgment of 14 march 2012. Hamburg: ITLOS Reports, 2012. Disponível em: https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_16/published/C16-J-14_mar_12.pdf. Acesso em: 19 jan. 2022.

soluções pacíficas para as novas demandas correlacionadas às fronteiras marítimas, notadamente frente à crescente necessidade de exploração e proveito de recursos marinhos, especialmente os estratégicos para os Estados.

2 A ÁREA CINZENTA CRIADA PELO ITLOS DIANTE DOS ESPAÇOS MARÍTIMOS DEFINIDOS PELA UNCLOS

A UNCLOS estabeleceu a “ilegitimidade das reivindicações de soberania” no Alto Mar, que constitui todo o espaço marítimo para além dos limites da jurisdição estatal.³⁰ Mas, foram especificadas as liberdades sobre ele, a serem exercidas nos termos da UNCLOS: navegação; sobrevoos; pesca; construção de ilhas artificiais e outras instalações; colocação de cabos e dutos submarinos; e investigação científica.³¹

Também sobre o espaço marítimo denominado Área (e seus recursos), que constitui o leito do mar, os fundos marinhos e o seu subsolo situados além dos limites da jurisdição estatal³², a UNCLOS estabeleceu a proibição de reivindicação ou de exercício de soberania, e de apropriação por parte de pessoa física ou jurídica.³³ Todavia, estabeleceu sobre a Área (restringindo-a, portanto) o princípio do patrimônio comum da humanidade, determinando que todas as atividades nela realizadas devem ser em benefício da humanidade, mediante, por exemplo, a repartição de benefícios, a transferência de tecnologia entre os Estados, e sob o controle da Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos.³⁴

As controvérsias relativas ao Alto Mar e à Área, de modo geral, não decorrem de seus regimes estabelecidos pela UNCLOS em si, mas sim do interesse por parte dos defensores da tese do *Mare Liberum* em impor tais regimes sobre vastos espaços marítimos, e até mesmo sobre espaços já historicamente administrados ou reivindicados por um ou mais Estados. Ressalta-se que tais regimes não implicam em liberdades de navegação

³⁰ UNCLOS, 1982, artigo 89.

³¹ UNCLOS, 1982, artigo 87.

³² UNCLOS, 1982, artigo 1, “1”.

³³ UNCLOS, 1982, artigo 137, “1”.

³⁴ UNCLOS, 1982, artigos 140;144.

incondicionadas, e favorecem aos Estados, ou a pessoas físicas ou jurídicas, que detenham os mais avançados meios e tecnologias aplicáveis sobre o meio ambiente marinho.

Sobre os espaços marítimos para os quais a UNCLOS estabeleceu direitos de jurisdição estatal, várias disputas já foram levadas a juízos arbitrais, e ao ITLOS, e outras estão configuradas como áreas de tensão bélica, tal como ocorre no Mar do Sul da China. A problemática sobre tais espaços incide especialmente sobre a demarcação das fronteiras marítimas, associada à tensão inerente ao próprio conceito histórico de território e às relações de poder nele estabelecidas, mas também à necessidade de usufruir de recursos estratégicos submersos, já escassos em terra.

Por isso o embate entre as teses do *Mare Clausum* e do *Mare Liberum* durante a III CNUDM ganhou nova configuração, extrapolando a dimensão da coluna d'água horizontalmente considerada, para incidir sobre as demais dimensões “marítimas” em nível vertical, haja vista que também entrou em disputa o espaço aéreo, as águas sobrejacentes ao leito, o leito e o subsolo marinhos.

Enquanto os países desenvolvidos defendiam o *Mare Liberum*, reivindicando faixas estreitas de mar territorial e amplas áreas marítimas para livre exploração econômica, os países em vias de desenvolvimento defendiam o *Mare Clausum*, reivindicando mares territoriais extensos, para que pudessem ter jurisdição exclusiva sobre o máximo possível de recursos marinhos.³⁵ Então, buscando conciliar os novos interesses acrescidos a essa antiga disputa, a UNCLOS foi além da dicotomia mar territorial *versus* Alto Mar, e estabeleceu novos espaços marítimos, distribuindo sobre eles uma gradação de direitos aos Estados costeiros.

Sobre a área de mar territorial, demarcada horizontalmente até 12 MN de distância a partir das linhas de base na costa, foi assegurada aos Estados costeiros a mesma soberania incidente sobre os territórios, as águas interiores e as arquipelágicas.³⁶ Essa soberania também foi assegurada sobre

³⁵ MONT'ALVERNE; GIRÃO, 2016, p. 80.

³⁶ UNCLOS, 1982, artigo 2, “1”.

as dimensões verticais sobrepostas à extensão horizontal do mar territorial, ou seja, sobre o espaço aéreo e as águas sobrejacentes, o leito e o subsolo marinhos.³⁷ Até então, não foi especificado um limite de altura para a fronteira soberana sobre o espaço aéreo, nem um limite de profundidade como fronteira no subsolo marinho, mas não tardará até que se verifiquem tais necessidades para fins de segurança (ambiental e nuclear), por exemplo, quanto a rejeitos lançados em órbita, ou quanto a explosões para fins de mineração em fundos marinhos.

No mar territorial também foi estabelecido o direito de passagem inocente, que é compreendido pelos defensores da tese do *Mare Liberum* como uma garantia de liberdade de navegação. Entretanto, sob o prisma da tese do *Mare Clausum*, e diante do próprio costume internacional, o direito de passagem inocente³⁸ materializa-se como direito de segurança do Estado costeiro, haja vista que este (por si) pode suspendê-lo, quando considerar tal medida indispensável para a sua segurança.³⁹

Sobre o espaço marítimo demarcado pela UNCLOS como Zona Contígua, que vai até a distância de 24 MN contadas a partir das linhas de base na costa, foram atribuídos direitos ao Estado costeiro para a adoção de “medidas de fiscalização necessária” para, em relação ao seu território ou no mar territorial, evitar as infrações às leis e regulamentos aduaneiros, fiscais, de imigração ou sanitários, e reprimir tais infrações.⁴⁰ Tal regime, em si, não é gerador de controvérsias perante a comunidade internacional, mas ocorrem situações em que é discutida a sua prevalência ou não diante dos regimes de ZEE e PC, no âmbito dos quais a Zona Contígua está contida.

Os regimes jurídicos da ZEE e da PC, por sua vez, ainda não se acomodaram totalmente nas relações marítimas entre os Estados. Além de serem novas demarcações marítimas no plano horizontal, a UNCLOS estabeleceu sobre elas uma hierarquia de direitos (de soberania, de jurisdição exclusiva, de jurisdição, direito exclusivo, e direito) distintamente incidentes

³⁷ UNCLOS, 1982, artigo 2, “2”.

³⁸ UNCLOS, 1982, artigo 17.

³⁹ UNCLOS, 1982, artigo 52, “2”.

⁴⁰ UNCLOS, 1982, artigo 33.

de forma vertical sobre o espaço aéreo e águas sobrejacentes, o solo e o subsolo marinhos, e seus recursos.

Em termos de demarcação horizontal, em regra, os limites da ZEE coincidem com o da PC, e vão até 200 MN contadas a partir das linhas de base na costa. Nesse espaço marítimo coincidente, todos os direitos previstos para a ZEE e para a PC são concomitantemente assegurados, conferindo amplos poderes ao Estado costeiro sobre a região. Ao mesmo tempo, a UNCLOS assegura aos demais Estados, nos espaços verticais sobrepostos à ZEE e à PC, os direitos de liberdades do Alto Mar, a serem exercidos nas condições estabelecidas pela UNCLOS.⁴¹

Ademais, a UNCLOS previu a hipótese de o Estado costeiro pleitear, na Comissão de Limites da Plataforma Continental (CLPC), a ampliação de limite exterior de sua PC para além das 200 MN, podendo alcançar o limite máximo de até 350 MN.⁴² Nesse prolongamento de até 150 MN da PC, o Estado costeiro não teria os direitos pertinentes à ZEE, mas apenas os previstos para a PC, o que evidencia a relevância da distinção de direitos no plano vertical desses espaços, os quais foram organizados no Quadro 1, a seguir:

⁴¹ UNCLOS, 1982, artigos 58; 87.

⁴² UNCLOS, 1982, artigo 76.

Quadro 1 - Regime jurídico incidente sobre a Zona Econômica Exclusiva (ZEE) comparado ao da Plataforma Continental (PC).

	Direitos de soberania:	Jurisdição Exclusiva sobre:	Jurisdição sobre:	Direito exclusivo para:	Direito de:
ZEE	- para a exploração e aproveitamento, conservação e gestão dos recursos naturais, vivos ou não vivos das águas sobrejacentes ao leito do mar, do leito do mar e seu subsolo , e no que se refere a outras atividades com vista à exploração e aproveitamento da zona para fins econômicos, como a produção de energia a partir da água, das correntes e dos ventos.	- ilhas artificiais, instalações e estruturas, incluindo jurisdição em matéria de leis e regulamentos aduaneiros, fiscais, de imigração, sanitários e de segurança.	- colocação e utilização de ilhas artificiais, instalações e estruturas; - investigação científica marinha; - proteção e preservação do meio marinho.	- construir e autorizar e regulamentar a construção, operação e utilização de: ilhas artificiais; instalações e estruturas para os fins de concretização dos direitos, jurisdição e deveres do Estado costeiro, e para outras finalidades econômicas; instalações e estruturas que possam interferir com o exercício dos direitos do Estado costeiro na zona.	
PC	- para a exploração e aproveitamento dos seus recursos naturais, que são os recursos minerais e outros recursos não vivos do leito do mar e subsolo bem como os organismos vivos pertencentes a espécies sedentárias ⁴³ .		- sobre cabos e dutos construídos ou utilizados em relação com a exploração da sua plataforma continental ou com o aproveitamento dos seus recursos, ou com o funcionamento de ilhas artificiais, instalações e estruturas sob sua jurisdição.	- autorizar e regulamentar as perfurações na plataforma continental, quaisquer que sejam os fins.	- estabelecer condições para os cabos e dutos que penetrem no seu território ou no seu mar territorial.

Fonte: elaborado pela autora com base nos dados da UNCLOS, 1982, artigos 56, 60, 77, 79, 81.

⁴³ Espécies sedentárias são aquelas que no período de captura estão imóveis no leito do mar ou no seu subsolo, ou só podem mover-se em constante contato físico com esse solo ou subsolo. UNCLOS, 1982, artigo 77, “4”.

O regime jurídico estabelecido pela UNCLOS sobre o espaço marítimo relativo à área estendida da PC não é tão simples como à primeira vista possa parecer. Trata-se de um espaço marítimo sobre o qual o Estado costeiro, conforme explicitado no quadro acima, detém uma gradação de direitos (de soberania, de jurisdição, exclusivos, ou simplesmente direitos), incidentes apenas sobre as camadas verticais sobrepostas ao leito e ao subsolo marinhos, e horizontalmente incidentes desde o mar territorial até o alcance de 350 MN, ou conforme confirmada a extensão pela CLPC.

Na área estendida da PC, o regime jurídico aplicável sobre as camadas do espaço aéreo e águas sobrejacentes é o do Alto Mar, que autoriza determinadas liberdades aos demais Estados, que por sua vez devem ser exercidas em conformidade com a UNCLOS,⁴⁴ sem minimizar, inviabilizar, ou impedir o usufruto dos direitos assegurados ao Estado costeiro sobre a PC.

A UNCLOS não teria como prever todos os possíveis conflitos advindos do exercício de direitos concomitantes sobre os espaços marítimos, em especial sobre a área de extensão da PC, e ainda quando esta estivesse pendente de confirmação, ou quando parcialmente confirmada, ou ainda quando fosse disputada por mais de um Estado costeiro. O próprio ITLOS, no âmbito do caso *Bangladesh versus Myanmar*, precisou inovar, definindo *in casu* um novo espaço marítimo. Era preciso decidir sobre a demarcação de mar territorial, ZEE, e PC, então como solução equitativa, o ITLOS delimitou, na região da Baía de Bengala, um espaço denominado de “área cinzenta”.

Em suma, a problemática incidente sobre o caso consistia no fato de que, desde a sua independência, o Paquistão Oriental (1971), que passou a denominar-se de Bangladesh, detinha um histórico de disputas com Myanmar, relacionadas à demarcação de suas fronteiras terrestres e marítimas. Ocorreram negociações entre as partes no período de 1974 a 2010, mas não geraram compromissos vinculantes, nem conseguiram delimitar as fronteiras de mar territorial, de ZEE, de PC, e de PC estendida. Então, em

⁴⁴ UNCLOS, 1982, artigo 87.

2008, o grupo empresarial Daewoo, da Coréia do Sul, com a anuência de Myanmar, iniciou a exploração de gás natural nas águas reivindicadas por Bangladesh. A partir daí Bangladesh resolveu apresentar a sua reivindicação de PC perante a CLPC da ONU, e, notificar o Presidente do ITLOS em busca de solução para o caso.

O ITLOS analisou os pressupostos para aceitar jurisdição sobre o caso, analisou as negociações antecedentes entre Bangladesh e Myanmar, averiguou se havia algum título histórico correlacionado, e partiu para a análise do caso. Várias dificuldades foram identificadas, tais como: o litoral côncavo de Bangladesh; a existência da ilha de St. Martin (de Bangladesh) situada a oeste da Costa de Myanmar; e a confluência das PCs da Índia, de Bangladesh e de Myanmar.

Especificamente quanto ao problema da confluência das PCs da Índia, Bangladesh e Myanmar, o ITLOS resolveu traçar uma única linha para demarcar tanto a ZEE como a PC, invocando o artigo 77, “3” da UNCLOS, que dispõe que “Os direitos do Estado costeiro sobre a plataforma continental são independentes da sua ocupação, real ou fictícia, ou de qualquer declaração expressa.”⁴⁵

Então, buscando uma solução equitativa, o ITLOS criou uma “área cinzenta” ao lado da linha traçada para a fronteira marítima de Bangladesh, mas dentro da potencial ZEE de 200 MN de Myanmar. Bangladesh argumentou que essa diferenciação dos direitos na coluna de água e na plataforma continental não tinha fundamento na UNCLOS, e que tal solução poderia causar grandes inconvenientes práticos. Contudo, o ITLOS decidiu que, nessa “área cinzenta” de Bangladesh, exerceria o controle sobre o fundo do mar, e Myanmar sobre as águas sobrejacentes.

Assim, no âmbito desse julgamento, que foi concluído em 14 de março de 2012, o ITLOS elucidou três importantes parâmetros para a compreensão dos direitos do Estado costeiro sobre a sua PC. Primeiramente, evidenciou o caráter pluridimensional dos espaços marítimos, e, conseqüentemente, dos direitos a serem exercidos sobre tais espaços. Em

⁴⁵ UNCLOS, 1982, artigo 77, “3”.

segundo, demonstrou que, diante de uma situação controversa, devem-se buscar soluções equitativas, com o fim de viabilizar que os Estados costeiros tirem o melhor proveito possível dos espaços e recursos marinhos sob suas jurisdições, ainda que seja necessária a delimitação de um espaço marítimo peculiar (uma “área cinzenta”). E, em terceiro, o ITLOS argumentou que o espaço de PC estabelecido pela UNCLOS comporta flexibilidades, e não demanda o estabelecimento de limites externos exatos, tendo em vista que esse direito existe apenas pelo fato de existir a base do direito, que é a soberania sobre o território terrestre correspondente.⁴⁶ A partir desses parâmetros, analisa-se a seguir o caso da demarcação das Águas Jurisdicionais Brasileiras (AJB) pelo Brasil.

3 A CONFIGURAÇÃO DAS AJB E A EXPLORAÇÃO DE RECURSOS MARINHOS EM FACE DO REGIME DE PC ESTENDIDA

Mediante Instrução Normativa nº 1/MB/MD, de 1 junho de 2011, o Brasil estabeleceu o conceito de Águas Jurisdicionais Brasileiras (AJB), nos seguintes termos:

Art. 1º [...] o conceito de "Águas Jurisdicionais Brasileiras (AJB)" **perante a Marinha do Brasil**: "compreendem as águas interiores e os espaços marítimos, nos quais o Brasil exerce jurisdição, **em algum grau**, sobre atividades, pessoas, instalações, embarcações e recursos naturais vivos e não-vivos, encontrados na **massa líquida**, no leito ou no subsolo marinho, para os fins de controle e fiscalização, dentro dos limites da legislação internacional e nacional. Esses espaços marítimos compreendem a faixa de 200 milhas marítimas contadas a partir das linhas de base, **acrescida das águas sobrejacentes à extensão da Plataforma Continental além das 200 milhas marítimas**, onde ela ocorrer." ⁴⁷ (grifos nossos)

Por outro lado, consta em norma mais recente, qual seja o Decreto nº 8.907, de 22 de novembro de 2016, que aprovou o IX Plano Setorial para os Recursos do Mar, a definição de AJB como sendo aquelas que:

⁴⁶ ITLOS, 2012, p. 148.

⁴⁷ MINISTÉRIO DA DEFESA (MD). MARINHA DO BRASIL. *Instrução Normativa nº 1/MB/MD*, de 1 junho de 2011. Artigo 1.

Compreendem as águas interiores e os espaços marítimos, nos quais a República Federativa do Brasil exerce jurisdição, em algum grau, sobre atividades, pessoas, instalações, embarcações e recursos naturais vivos e não vivos, encontrados na massa líquida, no leito ou no subsolo marinho, para os fins de controle e fiscalização, dentro dos limites da legislação internacional e nacional. **Esses espaços marítimos compreendem a faixa de duzentas milhas marítimas contadas a partir das linhas de base.**⁴⁸ (grifos nossos)

Esse Plano Setorial de 2016, também distinguiu em seu glossário as AJB da Amazônia Azul, evidenciando o caráter político e a função didática desta, que fora conceituada como:

Área marítima sob jurisdição nacional de dimensões que correspondem à, aproximadamente, metade do território nacional, ou, ainda, pela semelhança com sua potencialidade de recursos naturais, comparada à outra Amazônia, assim chamada pela Marinha **com o intuito de destacar para a sociedade a importância estratégica e econômica do mar que nos pertence.**⁴⁹ (grifos nossos)

O conceito de AJB da Marinha do Brasil (MB), que engloba as águas sobrejacentes à extensão da PC além das 200 MN, por seu turno, é o parâmetro para as Normas da Autoridade Marítima (NORMAM)⁵⁰, e foi reproduzido em outros dispositivos normativos brasileiros, tais como a Resolução nº 344/2014 do CONAMA⁵¹ e o Decreto nº 8.127/2013, que instituiu o Plano Nacional de Contingência para Incidentes de Poluição por Óleo, sendo que este se baseou no conceito de AJB da MB para definir a expressão “águas sob jurisdição nacional”.

⁴⁸ BRASIL. *Decreto nº 8.907, de 22 de novembro de 2016*. Aprova o IX Plano Setorial para os Recursos do Mar. Brasília, 2016. Glossário.

⁴⁹ BRASIL, 2016, glossário.

⁵⁰ Cf. MARINHA DO BRASIL. DIRETORIA DE PORTOS E COSTAS. Normas da Autoridade Marítima para Operação de Embarcações Estrangeiras em Águas Jurisdicionais Brasileiras (NORMAM04/DCP), 1ª Revisão, 2013. Disponível em: https://www.marinha.mil.br/dpc/sites/www.marinha.mil.br/dpc/files/NORMAM-04_DPCRev1.Mod9_0.pdf. Acesso em: 19 jan. 2022.

⁵¹ Cf. CONAMA. *Resolução nº 344, de 25 de março de 2004*. Estabelece as diretrizes gerais e os procedimentos mínimos para a avaliação do material a ser dragado em águas jurisdicionais brasileiras, e dá outras providências. Brasília, 2004.

Mas, em várias outras normas brasileiras, faz-se referência apenas à expressão AJB, tal como na Lei que proíbe a caça de cetáceos⁵², na Lei de Crimes Ambientais⁵³, e no Decreto que dispõe sobre a Patrulha Naval⁵⁴, ou faz-se referência apenas à expressão “águas sob jurisdição nacional”, tal como a Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário (LESTA)⁵⁵ e a Lei do Óleo⁵⁶, sem reproduzir a definição de 2011 da MB. Dessa forma, essas normas podem ter as suas interpretações atualizadas conforme o conceito estabelecido pelo Plano Setorial de 2016.

De modo geral, por seu turno, a tutela das AJB é objeto de planejamentos estratégico-militares brasileiros, e consta em vários documentos relacionados a políticas públicas em matéria de Defesa.⁵⁷ Ainda em 2005, a Política de Defesa Nacional⁵⁸, já mencionava a necessidade, ante o Atlântico Sul, de se deter meios com capacidade de exercer a vigilância e a defesa das AJB, bem como de manter a segurança das linhas de comunicações marítimas.⁵⁹ Também, tanto na Estratégia Nacional de Defesa (END) de 2012⁶⁰, como na END de 2020⁶¹, consta a preocupação quanto ao exercício de vigilância, controle, e defesa sobre as AJB, inclusive mediante o monitoramento e o controle sobre o seu espaço aéreo.⁶²

⁵² BRASIL. *Lei nº 7.643, de 18 de dezembro de 1987*. Brasília, 1987.

⁵³ BRASIL. *Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Brasília, 1998.

⁵⁴ BRASIL. *Decreto nº 5.129, de 6 de julho de 2004*. Dispõe sobre a Patrulha Naval e dá outras providências. Brasília, 2004.

⁵⁵ BRASIL. *Lei nº 9.537, de 11 de dezembro de 1997*. Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário (LESTA). Brasília, 1997.

⁵⁶ BRASIL. *Lei nº 9.966, de 28 de abril de 2000*. Lei do Óleo. Brasília, 2000.

⁵⁷ ANDRADE, I. de O. *et al.* Sistema de Gerenciamento da Amazônia Azul: soberania, vigilância e defesa das águas jurisdicionais brasileiras. *Texto para discussão*. Brasília, Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), 2019. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9101/1/td_2452.pdf. Acesso em: 19 jan. 2022.

⁵⁸ BRASIL. *Decreto nº 5.484, de 30 de junho de 2005*. Aprova a Política de Defesa Nacional, e dá outras providências, Brasília, 2005.

⁵⁹ BRASIL. *Decreto 5.484, de 30 de junho de 2005*. Aprova a Política de Defesa Nacional, e dá outras providências. Brasília, 2005.

⁶⁰ MINISTÉRIO DA DEFESA (MD). *Política Nacional de Defesa e Estratégia Nacional de Defesa*. Brasília, 2012.

⁶¹ MINISTÉRIO DA DEFESA (MD). *Política Nacional de Defesa e Estratégia Nacional de Defesa*. Brasília, 2020. Encaminhada em 22 de julho de 2020 para a apreciação do Congresso Nacional. Disponível em: https://www.gov.br/defesa/pt-br/assuntos/copy_of_estado-e-defesa/pnd_end_congresso_.pdf. Acesso em: 19 jan. 2022.

⁶² Cf. MD, 2012.; MD, 2020.

Dada a forma como o conceito de AJB encontra-se enraizado nas normas e documentos brasileiros, articulado a outros conceitos e disposições estratégicas, e pelos próprios elementos contidos no referido conceito, “para fins de controle e fiscalização”, observa-se que ele comporta, dentre outras, a função estratégico-militar.

E não obstante o vasto emprego da expressão AJB, há mais de uma década circulando nas esferas política, jurídica, e militar, a definição que lhe fora dada pela MB, que engloba as águas sobrejacentes à extensão da PC além das 200 MN, recebe severas críticas de juristas brasileiros, a despeito tanto do uso anterior dessa expressão, como do conceito posterior trazido no IX Plano Setorial para os Recursos do Mar em 2016.

Segundo o viés crítico que considera o conceito de AJB (como um todo) ilegal, “a definição nacional de Águas Jurisdicionais Brasileiras está incorreta ao incluir as águas sobrejacentes à plataforma continental estendida. Tais águas pertencem, de modo indiscutível, ao regime e natureza jurídica de Alto Mar”⁶³, e:

Qualquer tentativa de apropriação ou submissão das águas pertencentes ao Alto Mar à soberania ou jurisdição nacional configuram uma violação do direito internacional – seja o positivado, através da CNUDM, seja o direito costumeiro, desde a época de Grócio e do *Mare Liberum*.⁶⁴

Por outro lado, pelo viés crítico que considera que houve um equívoco no conceito de AJB da MB, haveria “um desafio tecnológico e de ‘aggiornamento’ quanto à interpretação e prática da CNUDM que o Brasil deve enfrentar, com reflexos sobre a definição de AJB da NORMAM-4-DPC, que pode ser aprimorada.”⁶⁵

Diante da análise das disposições da UNCLOS a respeito da extensão da PC além das 200 MN, verifica-se que o regime estabelecido sobre tal espaço marítimo comporta uma gradação de direitos conferidos ao

⁶³ ZANELLA, T. V. *Águas Jurisdicionais Brasileiras: um estudo sobre a (i)legalidade do conceito de AJB*. RJLB, Ano 4, nº 6, 2018, p. 2831-2856, p. 2854. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/6/2018_06_2831_2856.pdf. Acesso em: 19 jan. 2022.

⁶⁴ ZANELLA, 2018, p. 2854.

⁶⁵ MORE, R. F. *Águas Jurisdicionais Brasileiras*. *Direito do Mar.org*. [n.d.]. Disponível em: <https://www.direitodomar.org/ajb>. Acesso em: 19 jan. 2022.

Estado costeiro (de soberania, de jurisdição, exclusivos, ou simplesmente direitos), conforme organizados no Quadro 1, que são incidentes apenas sobre as camadas verticais sobrepostas do leito e do subsolo marinhos, e horizontalmente incidentes desde o mar territorial até o alcance máximo de 350 MN. Por sua vez, sobre as camadas do espaço aéreo e das águas sobrejacentes à PC estendida, incide o regime de Alto Mar, que autoriza determinadas liberdades aos outros Estados, que, por sua vez, devem ser exercidas em conformidade com a UNCLOS.⁶⁶

Além disso, da mesma forma que os direitos do Estado costeiro sobre a PC não podem afetar o regime de Alto Mar incidente sobre as águas e espaço aéreo sobrejacente à PC estendida, nem resultar em ingerência injustificada⁶⁷, também os demais Estados têm o dever de respeito dos direitos do estado costeiro sobre a PC.⁶⁸

Ocorre que a definição da AJB da MB nunca afetou o exercício de direitos por parte de outros Estados, que, por sua vez, nunca promoveram quaisquer reclamações a respeito de tal conceito. E tal conceito encontra-se operando em concomitância com as regras estabelecidas pela UNCLOS para o regime de PC estendida, até porque diz respeito ao exercício de “algum grau” de jurisdição sobre as águas sobrejacentes à PC estendida, evidenciando tratar-se de uma jurisdição residual às estabelecidas pela UNCLOS.

As críticas ao conceito de AJB da MB afirmam que não é possível exercer nenhuma jurisdição sobre as águas sobrejacentes à área de PC estendida, porque não seria possível em hipótese alguma estabelecer jurisdição sobre o Alto Mar, e “tal tentativa seria uma forma ilícita de apropriação indevida de uma zona que está “aberta a todos os Estados.”⁶⁹3.

Diante do histórico de controvérsias sobre a demarcação de fronteiras e demais reivindicações de direitos sobre espaços marítimos, não é seguro afirmar que há proibições perpétuas sobre o mar. Ora, em 1969, bem

⁶⁶ UNCLOS, 1982, artigo 87.

⁶⁷ UNCLOS, 1982, artigo 78.

⁶⁸ UNCLOS, 1982, artigo 77.

⁶⁹ ZANELLA, 2018, p. 2847.

antes da aprovação da UNCLOS, a Corte Internacional de Justiça (CIJ) posicionou-se acerca dos casos da PC no Mar do Norte. Naquela ocasião, em que não havia o espaço marítimo de ZEE, por exemplo, a CIJ compreendeu que, segundo o direito consuetudinário, as águas sobrejacentes à PC faziam parte do Alto Mar. Entretanto, em 2012, sob a vigência da UNCLOS, o ITLOS estabeleceu uma “área cinzenta” em uma região de PC, conferindo direitos sobre águas sobrejacentes dessa área à Myanmar.

No caso brasileiro, não há disputas com outros Estados pelos espaços marítimos abrangidos por quaisquer das versões conceituais das AJB. Por outro lado, há preocupação brasileira em resguardar as atividades de exploração (e exploração) de recursos marinhos, e os próprios recursos contidos na PC e em sua extensão. Por isso, analisa-se a seguir a correlação entre o espaço/situação de “área cinzenta” criada pelo ITLOS e a situação de pendência quanto à definição dos limites da PC estendida brasileira, frente à exploração (e exploração) de recursos marinhos estratégicos para o Estado Brasileiro. O objetivo não é apresentar a decisão do ITLOS no caso Bangladesh *versus* Myanmar como fundamento para respaldar a atual definição das AJB, mas sim demonstrar que há plausibilidade em o Estado Brasileiro estabelecer “algum grau” de jurisdição sobre a área de PC estendida ainda pendente de confirmação pela CLPC.

3.1 O caso de “área cinzenta” e a pendência sobre a extensão da PC brasileira ante a exploração de recursos marinhos estratégicos

A Estratégia Nacional de Defesa⁷⁰ determina que a proteção dos recursos naturais existentes nas águas, leito e subsolo marinho sob jurisdição brasileira sejam prioridade para o Brasil.⁷¹ Tratam-se de recursos estratégicos para o país, sendo particularmente relevantes o petróleo e o gás, cuja exploração tem se expandido para águas mais profundas.

⁷⁰ Vide nota 62.

⁷¹ MD, 2012; MD, 2020.

Ao final de 2019, as reservas totais de petróleo do Brasil foram contabilizadas em 21,8 bilhões de barris, sendo que 12,7 bilhões de barris correspondem às reservas provadas, o que mantém o país na 15ª posição no ranking mundial quanto às reservas provadas de petróleo. Dentre as reservas provadas, 457,6 milhões de barris estão situados em terra e 12,3 bilhões em mar.⁷² A produção de petróleo em mar correspondeu a 96,3% do total, alcançando, na média, a marca de 1,7 milhão de barris/dia no ano. Já a produção de gás natural em mar correspondeu a 81,4% do gás natural produzido no País, totalizando 36,4 bilhões de m³ em 2019.⁷³

Apesar de os campos exploratórios estarem localizados próximos as 200 MN, o polígono do pré-sal é demarcado para além desse limite. A exploração de tal área pode ampliar em até 50% o volume atual de reservas de petróleo do Brasil; envolve um possível pagamento de *royalties* à Autoridade Internacional dos Fundos Marinhos (ISA, sigla em inglês); e pode vir a ser alvo de reclamação por países que não reconheçam direitos brasileiros sobre a PC ainda não definitivamente estendida.⁷⁴

Foi ainda na década de 1980 que, ciente das potenciais reservas de petróleo e gás natural marinhos, o Governo Brasileiro deu início ao Plano de Levantamento da Plataforma Continental Brasileira (LEPLAC), por meio do Decreto nº 98.145, de 15 de setembro de 1989⁷⁵, e sob o controle da Comissão Interministerial para os Recursos do Mar (CIRM).

Após concluído o primeiro Levantamento, o LEPLAC encaminhou em 2004 a Proposta de Limite Exterior da Plataforma Continental Brasileira, e em seguida um *Addendum*, à CLPC da ONU. Mas, como a Comissão de

⁷² AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS (ANP). *Anuário Estatístico Brasileiro do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis 2020*. Brasília: ANP, 2019. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/publicacoes/anuario-estatistico/5809-anuario-estatistico-2020#Se%C3%A7%C3%A3o%201>. Acesso em: 19 jan. 2022.

⁷³ ANP, 2019, p. 5-6.

⁷⁴ CHEDID, T. da S. V.; SANTOS, E. M. dos. O pagamento de royalties do petróleo às Nações Unidas segundo a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982: o caso do Alaska e Golfo do México. *Revista Pensamento Jurídico – São Paulo*, v. 13, n. 1, jan./jun, 2019. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/165>. Acesso em: 19 jan. 2022.

⁷⁵ BRASIL. *Decreto nº 98.145, de 15 de setembro de 1989*. Aprova o Plano de Levantamento da Plataforma Continental Brasileira, e dá outras providências. Brasília, 1989.

Limites concordou com cerca de 80% do pleito e emitiu Recomendações, o Brasil decidiu revisar a Proposta. Então vêm sendo trabalhadas Propostas Parciais Revistas (PPR), no âmbito da segunda fase do LEPLAC.⁷⁶

Em março de 2019, a Proposta Parcial Revista da Margem Continental Sul foi aprovada integralmente, conforme apresentada pelo Brasil. Por enquanto, todavia, até que as demais PPRs sejam analisadas e eventualmente aprovadas pela CLPC, os limites da PC brasileira permanecem, de modo geral, a 200 MN de extensão, horizontalmente considerada a partir das linhas de base na costa.

O Brasil, portanto, possui justa expectativa sobre a extensão da PC que vem pleiteando na CLPC, e inclusive já vem recebendo concordâncias parciais por parte da Comissão, restando pendentes apenas revisões e ajustes, para que consiga estabelecer 100% dos limites pretendidos sobre a PC de forma definitiva e obrigatória. Além disso, não há Propostas ou Requerimentos por parte de outros países incidentes sobre as mesmas áreas pleiteadas pelo Brasil.

Ademais, conforme a UNCLOS, os direitos de soberania do Estado costeiro sobre a PC, que, por sua vez, dizem respeito à exploração e ao aproveitamento dos seus recursos naturais, “são independentes da sua ocupação, real ou fictícia, ou de qualquer declaração expressa.”⁷⁷ E, com base em tal dispositivo, no âmbito do caso *Bangladesh versus Myanmar* (2012), o ITLOS declarou que o direito à PC existe apenas pelo fato de existir a base desse direito, que é a soberania sobre o território terrestre correspondente.

A UNCLOS não poderia prever todos os possíveis conflitos advindos do exercício concomitante de direitos sobre os espaços marítimos, em especial sobre uma área pendente de confirmação de extensão da PC, na qual há fartos recursos estratégicos para o Estado, tais como petróleo e gás. Da mesma forma, não tendo o Governo Brasileiro como prever futuras ameaças às atividades de exploração e aos próprios recursos contidos na

⁷⁶ SILVA, A. P. da. O novo pleito brasileiro no mar: a plataforma continental estendida e o Projeto Amazônia Azul. *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 56, n. 1. p. 104-121, 2013.

⁷⁷ UNCLOS, 1982, artigo 77, “3”.

extensão da PC que tem pleiteado na ONU, antecipou-se em declarar unilateralmente jurisdição em “algum grau” sobre tal espaço marítimo.

Para o exercício dos direitos assegurados pela UNCLOS sobre o solo e subsolo da PC estendida, faz-se necessário exercer “algum grau” de jurisdição sobre as águas sobrejacentes, “para os fins de controle e fiscalização”⁷⁸ sobre a exploração e aproveitamento dos recursos naturais da PC, sendo impossível a exploração econômica no solo e subsolo sem a utilização da coluna d’água como suporte (de acesso, para instalação de equipamentos, segurança das atividades, etc.).

As plataformas petrolíferas *offshore*, por exemplo, são vulneráveis, sobretudo porque estão sendo instaladas cada vez mais longe da costa, e porque, para fins de segurança à navegação, suas posições são divulgadas intensamente.⁷⁹ Além disso, pelo seu valor estratégico como insumo imprescindível ao país, também são considerados alvos militares.⁸⁰ Por esses e outros motivos, mesmo que construídas em áreas sob regime de Alto Mar, o Estado costeiro pode estabelecer zonas de segurança de 500 metros em torno de ilhas artificiais e outras instalações, tais como plataformas petrolíferas.⁸¹

Ressalta-se ainda que, no exercício da sua jurisdição relativa à investigação científica na PC, os Estados costeiros “têm o direito de regulamentar, autorizar e realizar investigação científica marinha”⁸², de forma que “algum grau de jurisdição” incidirá ou se refletirá nas águas sobrejacentes à PC.

4 CONCLUSÃO

Os espaços marítimos continuam sendo alvos de disputas estatais, especialmente quanto ao estabelecimento de jurisdição e demarcação de fronteiras marítimas. A capacidade de estabelecer domínio e presença de área

⁷⁸ MD, 2011, artigo 1.

⁷⁹ JUDICE, L. P. C.; PIÑON, C. P. *A Defesa do ouro negro da Amazônia Azul*. Rio de Janeiro: Escola de Guerra Naval, 2016. p. 27.

⁸⁰ JUDICE; PIÑON, 2016, p. 28.

⁸¹ UNCLOS, 1982, article 60.

⁸² UNCLOS, 1982, 246.

continua sendo imprescindível para o alcance de objetivos político-estratégicos sobre os espaços marítimos. E a metáfora da porosidade das fronteiras continua pertinente, sobretudo quanto à fluidez de direitos entre os lados fronteiriços pluridimensionais.

No tocante à fluidez de direitos, o caso da área cinzenta demarcada pelo ITLOS ilustra e incrementa a dinâmica das relações jurídicas marítimas contemporâneas, diante da situação de ainda estarem pendentes de acomodação os espaços marítimos, e os respectivos direitos incidentes, estabelecidos pela UNCLOS. O referido caso também evidencia a renovação do embate entre as teses de *Mare Clausum* e *Mare Liberum*, agora relacionado ao exercício concomitante de “direitos de jurisdição” por mais de um Estado, ou desses direitos com as “liberdades de alto mar” em camadas verticalmente sobrepostas nos espaços marítimos.

Após analisar o espaço marítimo demarcado pelo Brasil como Águas Jurisdicionais Brasileiras (AJB), verificou-se que sobre ele incidem dois conceitos, ambos produtores de efeitos no ordenamento jurídico brasileiro. O conceito previsto no Plano Setorial de 2016 não dá ensejo a maiores discussões, senão à dúvida sobre a possibilidade ou a obrigatoriedade de ser sobreposto ao conceito estabelecido pela MB. Este, por sua vez, dá ensejo a várias críticas jurídicas, mas encontra respaldo em seus próprios termos restritivos e finalidades estratégicas, estabelecido mediante manifestação unilateral e legítima de vontade de um Estado costeiro sobre situação problemática não regulada pela UNCLOS, qual seja a gestão de espaços marítimos em PC estendida pendentes de confirmação pela CLPC.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DO PETRÓLEO, GÁS NATURAL E BIOCOMBUSTÍVEIS (ANP). *Anuário Estatístico Brasileiro do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis 2020*. Brasília: ANP, 2019. Disponível em: <http://www.anp.gov.br/publicacoes/anuario-estatistico/5809-anuario-estatistico-2020#Se%C3%A7%C3%A3o%201>. Acesso em: 19 jan. 2022.

ANDRADE, I. de O. *et al.* Sistema de Gerenciamento da Amazônia Azul: soberania, vigilância e defesa das águas jurisdicionais brasileiras. *Texto para discussão*. Brasília, Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), 2019. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/9101/1/td_2452.pdf. Acesso em: 19 jan. 2022.

ANGELIS, P. de. *Archivo Americano Y Espiritu De La Prensa Del Mundo*, Tomo III, n. 8-11, 1848.

AZUNI, D. A. *The Maritime Law of Europe*. V. I. New York: G. Forman, 1806. p. 09-12. Disponível em: <https://play.google.com/books/reader?id=grdCAAAAYAAJ&hl=pt&pg=GB.S.PA76> Acesso em: 19 jan. 2022.

BECK, Ulrich. O que é Globalização? Equívocos do globalismo e respostas a globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999; e CHESNAIS, F. *A mundialização do capital*. Trad. Silvana Finzi Foá. São Paulo: Xamã, 1996.

BEIRÃO, A. P.; PEREIRA, A. C. A. (Orgs.). *Reflexões sobre a Convenção do Direito do Mar*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2014. p. 230-250. Disponível em: http://funag.gov.br/loja/download/1091-Convencao_do_Direito_do_Mar.pdf. Acesso em: 19 jan. 2022.

BRASIL. *Decreto 5.484*, de 30 de junho de 2005. Aprova a Política de Defesa Nacional, e dá outras providências. Brasília, 2005.

_____. *Decreto nº 5.129*, de 6 de julho de 2004. Dispõe sobre a Patrulha Naval e dá outras providências. Brasília, 2004.

_____. *Decreto nº 5.484*, de 30 de junho de 2005. Aprova a Política de Defesa Nacional, e dá outras providências, Brasília, 2005.

_____. *Decreto nº 8.907*, de 22 de novembro de 2016. Aprova o IX Plano Setorial para os Recursos do Mar. Brasília, 2016. Glossário.

_____. *Decreto nº 98.145*, de 15 de setembro de 1989. Aprova o Plano de Levantamento da Plataforma Continental Brasileira, e dá outras providências. Brasília, 1989.

BRASIL. *Decreto-lei nº 1.098*, de 25 de março de 1970. Altera os limites do mar territorial do Brasil e dá outras providências. (Revogado pela Lei nº 8.617, de 1993). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1965-1988/De11098.htm. Acesso em: 19 jan. 2022.

_____. *Lei nº 7.643, de 18 de dezembro de 1987*. Brasília, 1987

_____. *Lei nº 9.537*, de 11 de dezembro de 1997. Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário (LESTA). Brasília, 1997.

_____. *Lei nº 9.605*, de 12 de fevereiro de 1998. Brasília, 1998

_____. *Lei nº 9.966*, de 28 de abril de 2000. Lei do Óleo. Brasília, 2000.

CATAIA, M. Quem tem medo das fronteiras no período da globalização? *Terra Livre*, n.40, v.1, p. 65-80, 2013. Disponível em: <http://www.agb.org.br/publicacoes/index.php/terralivre/article/download/454/429>. Acesso em: 19 jan. 2022.

CHEDID, T. da S. V.; SANTOS, E. M. dos. O pagamento de royalties do petróleo às Nações Unidas segundo a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982: o caso do Alasca e Golfo do México. *Revista Pensamento Jurídico*. São Paulo, v. 13, n. 1, jan./jun, 2019. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/165>. Acesso em: 19 jan. 2022.

CONAMA. *Resolução nº 344*, de 25 de março de 2004. Estabelece as diretrizes gerais e os procedimentos mínimos para a avaliação do material a ser dragado em águas jurisdicionais brasileiras, e dá outras providências. Brasília, 2004.

DUPUY, René-Jean. La notion de patrimoine commun de l'humanité appliqué aux fonds marins. In: COLLIARD, Claude-Albert. *Droit et libertés à la fin du XXe siècle: influence des données économiques et technologiques*. Paris: Pedone, 1984. p. 197-205.

FIGUEIRÔA, C. S. B. *Limites exteriores da Plataforma Continental do Brasil conforme o Direito do Mar*. FUNAG: Brasília, 2014. p. 69-92. Disponível em: <http://funag.gov.br/biblioteca/download/1100->

Limites_exteriores_da_plataforma_continental_do_Brasil_conforme_o_Direito_do_Mar.pdf. Acesso em: 19 jan. 2022.

FONTES, J. L. I. Cruzada e expansão: a bula Sane Charissimus. *Lusitania Sacra*, 2ª série, n. 7, 1995, p. 403-420. Disponível em: https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/4952/1/LS_S2_07_JoaoLIFonte.s.pdf. Acesso em: 19 jan. 2022.

GROTIUS, Hugo. *The Freedom of the Seas*. New York: Oxford, University Press, 1916.

HAESBAERT, R. *O Mito da Desterritorialização: do “fim dos territórios” à multiterritorialidade*. Bertrand Brasil: Rio de Janeiro, 2004.

HAESBAERT, R. Território e Multiterritorialidade: um debate. *GEOgraphia*, ano IX, n. 17, p. 19-46, 2007. Disponível em: <http://www.marcoareliosc.com.br/12haesbaert.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2022.

INTERNATIONAL TRIBUNAL FOR THE LAW OF THE SEA (ITLOS). *Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders: Delimitation of the maritime boundary in the Bay of Bengal (Bangladesh/Myanmar), judgment of 14 march 2012*. Hamburg: ITLOS Reports, 2012. Disponível em: https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_16/published/C16-J-14_mar_12.pdf. Acesso em: 19 jan. 2022.

JUDICE, L. P. C.; PIÑON, C. P. *A Defesa do ouro negro da Amazônia Azul*. Rio de Janeiro: Escola de Guerra Naval, 2016. p. 27.

KOSELLECK, R. *Futuro Passado: contribuição à semântica dos tempos históricos*. Trad. Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira. Rio de Janeiro: Contraponto Ed. PUC-Rio, 2006.

MACHADO, L. A. F. *A plataforma continental brasileira e o Direito do Mar: considerações para uma ação política*. Brasília: FUNAG, 2015. p. 28.

MARINHA DO BRASIL. Diretoria de portos e costas. *Normas da Autoridade Marítima para Operação de Embarcações Estrangeiras em Águas Jurisdicionais Brasileiras (NORMAM04/DCP)*, 1. Rev., 2013. Disponível em: https://www.marinha.mil.br/dpc/sites/www.marinha.mil.br.dpc/files/NORMAM-04_DPCRev1.Mod10.pdf. Acesso em: 19 jan. 2022.

MINISTÉRIO DA DEFESA (MD). MARINHA DO BRASIL. *Instrução Normativa n° 1/MB/MD*, de 1 junho de 2011. Artigo 1.

_____. *Política Nacional de Defesa e Estratégia Nacional de Defesa*. Brasília, 2012.

_____. *Política Nacional de Defesa e Estratégia Nacional de Defesa*. Brasília, 2020. Encaminhada em 22 de julho de 2020 para a apreciação do Congresso Nacional. Disponível em: https://www.gov.br/defesa/pt-br/assuntos/copy_of_estado-e-defesa/pnd_end_congresso_.pdf. Acesso em: 19 jan. 2022.

MONT'ALVERNE, T. C. F.; GIRÃO, E. C. *A soberania dos estados sobre seus recursos naturais: o regime internacional da biodiversidade e o direito do mar*. Universitas Jus, Brasília, v. 27, n. 3, p. 77-87, 2016. p. 79. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/4517>. Acesso em: 19 jan. 2022.

MORE, R. F. Águas Jurisdicionais Brasileiras. *Direito do Mar.org*. [n.d.]. Disponível em: <https://www.direitodomar.org/ajb>. Acesso em: 19 jan. 2022.

MOURA, J. A. A. de. *A estratégia naval brasileira no pós-guerra fria*. Rio de Janeiro: FEMAR, 2014. p. 91. Disponível em: <https://ia800605.us.archive.org/20/items/estrategia-naval-brasileira-pos-guerra-fria/JOS%C3%89%20AUGUSTO%20ABREU%20DE%20MOURA.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2022.

PONTI, R. de A. L. As Bulas e Tratados dos Séculos XV, XVI E XVIII na História do Direito Brasileiro: seus reflexos na América Portuguesa. *Caderno Jurídico Unisal*, Ano II, n.4, dezembro 2011, p. 175-200. Disponível em: http://www.salesianocampinas.com.br/unisal/cadernos_vol4.htm. Acesso em: 19 jan. 2022.

RATZEL, F. *Géographie Politique*. Genève: Editions Regionales Europeennes, 1988 (1897).

SILVA, A. P. da. O novo pleito brasileiro no mar: a plataforma continental estendida e o Projeto Amazônia Azul. *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 56, n. 1. p. 104-121, 2013.

SILVA, S. C. *Imunidade soberana e impactos ambientais decorrentes de operações militares navais: o controle de tráfego militar na Amazônia Azul para uma defesa ambiental proativa*. 2019. 160f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2019.

UNITED NATIONS. *United Nations Convention on the Law of the Sea*. Montego Bay, 1982. Disponível em: http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf. Acesso em: 19 jan. 2022.

VENTURA, Manoel; ROSA, Bruno. Governo quer leiloar nova fronteira do petróleo e ampliar reservas em 50%. *Marinha do Brasil Notícias*. 2019. Disponível em: <https://www.marinha.mil.br/economia-azul/noticias/governo-quer-leiloar-nova-fronteira-do-petr%C3%B3leo-e-ampliar-reservas-em-50>. Acesso em: 19 jan. 2022.

ZANELLA, T. V. *Águas Jurisdicionais Brasileiras: um estudo sobre a (i)legalidade do conceito de AJB*. RJLB, Ano 4, nº 6, 2018. p. 2831-2856. p. 2854. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2018/6/2018_06_2831_2856.pdf. Acesso em: 19 jan. 2022.

A aplicação do ordenamento jurídico pátrio pela prática de falha de conduta por militar brasileiro desdobrado em operações de paz da ONU e a investigação conduzida pelo National Investigation Officer (NIO)

Paula Coutinho Bahia de Souza

Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito do Estado. Especialista em Administração do Serviço de Inativos e Pensionistas do Exército. Especialista em Aplicações Complementares às Ciências Militares. Capitão do Quadro Complementar de Oficiais do Exército Brasileiro.

Data de recebimento: 12/01/2022

Data de aceitação: 13/01/2022

RESUMO: A Organização das Nações Unidas estabeleceu uma política firmada no cumprimento dos mais altos padrões de conduta pelo pessoal desdobrado em operações de paz por ela conduzidas, seja civil ou militar. Nesse sentido, deve ser observado o caráter preventivo, repressivo e a adoção de ações corretivas. Uma vez praticado o ato que caracterize a denominada falha de conduta, caberá ao país de origem do militar a instauração do respectivo procedimento investigativo, bem como, concluído que a alegação é substanciada, a aplicação das sanções cabíveis, seja na esfera civil, administrativa, disciplinar ou criminal. Tal investigação, a ser realizada por meio de Inquérito Policial Militar ou Sindicância, deverá ser conduzida pelo

denominado Oficial de Investigação Nacional. Este trabalho tem por intuito realizar um apanhado legislativo e documental sobre a competência do Estado-Membro para a condução da investigação e sobre o rito a ser aplicado em tal procedimento, com amparo não só no ordenamento jurídico nacional, como nos manuais e políticas da ONU, com o intuito de assegurar a proteção dos direitos da vítima (sobretudo nos casos que envolvam exploração e abuso sexual) e do investigado, diante da necessidade de aplicação dos fundamentos que regem os direitos humanos e direito internacional humanitário.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal Militar. Processo Penal Militar. Direito Internacional Humanitário. Direito Administrativo Militar. Falha de Conduta. Falha de Conduta Grave. Exploração e Abuso Sexual. Oficial de Investigação Nacional. Operações de Paz. Organização das Nações Unidas.

ENGLISH

TITLE: The Application of the National Legal System in Cases of Misconduct Committed by Brazilian Military Deployed in UN Peacekeeping Operations and the Investigation Conducted by the National Investigation Officer (NIO).

ABSTRACT: The United Nations has established a policy based on compliance with the highest standards of conduct by personnel deployed in peacekeeping operations, whether civilian or military. In this sense, prevention, enforcement and remedial actions must be applied. Once a misconduct is reported, the Member State needs to initiate its own investigative procedure. At the end, if it concludes that the allegation is substantiated, civil, administrative, disciplinary and criminal sanctions should be applied. This investigation, a Military Police Inquiry or an Administrative Inquiry, will be conducted by the National Investigation Officer. This paper aims to clarify the legal order and other documents about the competence of the Member State to lead the investigation and the rite to be applied in such procedures, with support not only in the national legal system, but also in the UN manuals and policies, in order to ensure the protection of the victim rights (especially in cases involving sexual exploitation and abuse) and the investigated rights, given the need to apply the human rights and the international humanitarian law.

KEYWORDS: Military Criminal Law. Military Criminal Procedure Law. International Humanitarian Law. Military Administrative Law. Misconduct. Serious Misconduct. Sexual Exploitation and Abuse. National Investigation Officer. Peacekeeping Operations. United Nations.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 O Conceito de falha de conduta grave (serious misconduct) e seu enquadramento como ilícito administrativo, crime ou transgressão disciplinar – 3 A extraterritorialidade do direito penal militar e a aplicação das normas material e adjetiva castrenses em delitos cometidos por integrantes do contingente brasileiro em operações de paz da ONU – 4 A assinatura de Memorandum of Understanding e a Instrução Normativa EMCFA-MD nº 7, de 5 de julho de 2021, como forma de proceder à política de accountability da ONU em resposta ao cometimento de falha de conduta grave por militar brasileiro desdobrado em Operações de Paz – 4.1 Prevenção, repressão e ações corretivas – 4.2 A prestação de contas – Accountability – decorrente da denúncia de prática de falha de conduta grave – 4.3 O modelo revisado do Memorando de Entendimento firmado entre a ONU e o país que contribui com tropas – 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A Carta das Nações Unidas, promulgada pelo Governo Brasileiro pelo Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945, estabelece, no seu art. 101, “3”, que:

3. A consideração principal que prevalecerá na escolha do pessoal e na determinação das condições de serviço será a da necessidade de assegurar o mais alto grau de eficiência, competência e integridade. Deverá ser levada na devida conta a importância de ser a escolha do pessoal feita dentro do mais amplo critério geográfico possível.

Significa dizer que, na seleção de pessoal, seja civil ou militar, a ser desdobrado em missões e operações a cargo da Organização das Nações

Unidas (ONU), especialmente de paz, deverão ser observados os critérios de eficiência, de competência e, sobretudo, de integridade. Este último se relaciona à reputação de cada um dos indivíduos designados para servir em ambientes comumente hostis, em que devem lidar com população vulnerável e situações sensíveis, sob o ponto de vista relacionado aos direitos humanos.

A ONU é considerada uma das instituições de maior credibilidade no cenário internacional, diante da sua função de proteção e caráter humanitário. No art. 1º da Carta das Nações Unidas, entre os seus propósitos, está a manutenção da paz e da segurança internacionais.

Consequentemente, qualquer ato ilícito ou imoral cometido pelos integrantes das tropas ou do *staff* deverá ser cuidadosamente apurado e rigorosamente punido. Nesse sentido é que ficou estabelecida a política de *accountability*, especialmente quando os fatos são relacionados à exploração e ao abuso sexual (*Sexual Exploitation and Abuse – SEA*). A Organização trabalha a falha de conduta sob três aspectos: prevenção (*prevention*), cumprimento dos *standards* de conduta (*enforcement*) e ações corretivas (*remedial actions*).

O *enforcement* é entendido como o conjunto de atividades realizadas em resposta à possível falha de conduta (*misconduct*) e visa assegurar que haverá uma apuração das violações aos *standards* de conduta. De acordo com as normas atualmente vigentes, ratificadas pelos acordos formulados entre a ONU e os países que cedem tropas para as operações de paz por ela conduzidas, os membros do contingente militar permanecem sob exclusiva jurisdição do governo nacional. Tal fato não impede que, subsidiariamente, seja instaurado procedimento investigatório pelos órgãos especializados das Nações Unidas, especialmente, o *Office of Internal Oversight Services (OIOS)*, ou entidades investigativas internas de cada missão.

Nesse sentido, este trabalho visa identificar o conceito de falha de conduta, especialmente as consideradas graves e que envolvam o contexto de *SEA*, bem como dissertar sobre a aplicação da lei penal militar brasileira e a condução do processo investigativo pelo *National Investigation Officer*

(NIO), a fim de apurar os fatos cometidos por militares brasileiros empregados em Operações de Paz da ONU.

2 O CONCEITO DE FALHA DE CONDUTA GRAVE (SERIOUS MISCONDUCT) E SEU ENQUADRAMENTO COMO ILÍCITO ADMINISTRATIVO, CRIME OU TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR

O Anexo F do Modelo revisado *Memorandum of Understanding* a ser firmado entre a ONU e o país fornecedor de tropas para Operações de Paz, de acordo com a redação sugerida na 200ª Reunião do Comitê Especial de Operações de Paz, assim conceitua falha de conduta (*misconduct*) e falha de conduta grave (*serious misconduct*):

28. Falha de conduta significa qualquer ação ou omissão que pode ser classificada como uma violação dos padrões de conduta das Nações Unidas, das regras e regulamentações específicas da missão ou das obrigações relativamente a leis nacionais e locais, além de violação a regulamentações referentes ao acordo do “Estado das Forças” quando o impacto ocorrer fora do contingente nacional.
(...)

30. Falha de conduta grave é a falha de conduta, inclusive atos criminosos, que resulta em, ou é provável que resulte em grave perda, dano ou prejuízo a um indivíduo ou para a missão. Exploração e abuso sexual constituem falha de conduta grave.¹ (tradução nossa)

O art. 2º, IV, da Instrução Normativa EMCFA-MD nº 7, de 5 de julho de 2021, assim disserta:

IV - falha de conduta: qualquer ato, comissivo ou omissivo, que revele uma violação das normas de conduta da ONU, das

¹28. Misconduct means any act or omission that is a violation of United Nations standards of conduct, mission-specific rules and regulations or the obligations towards national and local laws and regulations in accordance with the status-of-forces agreement where the impact is outside the national contingent.
(...)

30. Serious misconduct is misconduct, including criminal acts, that results in, or is likely to result in, serious loss, damage or injury to an individual or to a mission. Sexual exploitation and abuse constitute serious misconduct.

regras e regulamentos específicos da Missão de Paz ou das obrigações em relação às leis e regulamentos nacionais e locais do país anfitrião da missão, em conformidade com o Procedimento Operacional Padrão (Standard Operating Procedure – SOP), com o Memorando de Entendimento (Memorandum of Understanding – MOU) estabelecido entre o Brasil e aquela Organização e com o acordo firmado entre as Nações Unidas e o governo do país anfitrião (Status of Force Agreement – SOFA), para o emprego de forças multinacionais em cada missão de paz da ONU;

Portanto, será caracterizado como falha de conduta qualquer ato praticado por militar desdobrado em Operação de Paz da ONU que viole os *standards* de conduta das Nações Unidas, as regras e regulamentações específica da missão ou o ordenamento jurídico nacional e local que gerem impacto fora do contingente nacional.

Por sua vez, a falha de conduta grave é aquela que envolva a prática de crimes ou outro ato ilícito que resulte em grave perda, dano ou prejuízo, quer seja para uma pessoa em específico, ou para a missão. Nesse contexto estão inseridos, necessariamente, a exploração e o abuso sexual.

Da leitura desse último conceito, nota-se que o ato poderá, ou não, ser classificado como crime. Portanto, admite-se que a *serious misconduct*, caso não resulte em lesão aos bens jurídicos protegidos pelo direito penal, seja classificada como transgressão disciplinar ou, até mesmo, admita a instauração de processo judicial para apurar a prática de improbidade administrativa. Nesse sentido, importante transcrever o art. 43 da Lei nº 6.880/1980:

Art. 43. A inobservância dos deveres especificados nas leis e regulamentos, ou a falta de exatidão no cumprimento dos mesmos, acarreta para o militar responsabilidade funcional, pecuniária, disciplinar ou penal, consoante a legislação específica.

Parágrafo único. A apuração da responsabilidade funcional, pecuniária, disciplinar ou penal poderá concluir pela incompatibilidade do militar com o cargo ou pela incapacidade para o exercício das funções militares a ele inerentes.

A falha de conduta grave será classificada como crime militar sempre que puder ser enquadrada no art. 9º do Código Penal Militar (CPM), combinado com a parte especial do mesmo *codex* ou, desde a entrada em vigor da Lei nº 13.491/17, da legislação penal comum pátria.

Por sua vez, se a gravidade da ação ou omissão, a despeito de não se enquadrar como crime, resultar em violação à ética, aos deveres e às obrigações militares, ou afetar a honra pessoal, o pundonor militar e/ou o decoro da classe, será caracterizada como transgressão disciplinar, a ser apurada de acordo com o rito previsto nos regulamentos disciplinares de cada Força.

A aplicação da punição disciplinar exige o cumprimento do rito específico. No âmbito do Exército, ainda que seja instaurado sindicância ou procedimento investigativo no âmbito da missão, não dispensa a aplicação do Formulário de Apuração de Transgressão Disciplinar (FATD), previsto no Anexo V do Decreto nº 4.346/02 (Regulamento Disciplinar do Exército – RDE). Tal exigência se deve à aplicação do princípio do devido processo legal, sob pena de gerar a anulação do ato punitivo.

A responsabilização funcional poderá ser apurada por meio de Conselho de Justificação, se oficial, ou de Disciplina, no caso das praças, regidos, respectivamente, pela Lei nº 5.836/1972 e pelo Decreto nº 71.500/1972, sempre que for constatado que o infrator não reúne mais as condições de permanecer ostentando a qualidade de militar, quando poderá resultar na declaração da perda do posto e da patente (oficial) ou a exclusão da praça especial ou com estabilidade assegurada.

Por fim, cabe destacar que os atos que resultem em improbidade administrativa, descritos no §4º do art. 37 da Constituição Federal, que importem ou não em enriquecimento ilícito, serão apurados de acordo com a Lei nº 8.429/1992. O art. 1º, § 5º, da norma, assim descreve o ato de improbidade:

Art. 1º O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na

organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei.

(...)

§ 5º Os atos de improbidade violam a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções e a integridade do patrimônio público e social dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como da administração direta e indireta, no âmbito da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

Poderão ser classificados como atos ímprobos aqueles que: (a) resultarem em enriquecimento ilícito, pela prática de ato doloso do qual o militar desdobrado aufera qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida (art. 9º); (b) cause lesão ao erário por qualquer ação ou omissão dolosa (art. 10); e (c) atente contra os princípios da administração pública, por ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade.

A apuração seguirá o rito previsto no art. 14 e seguintes da Lei nº 8.429/1992, o qual prevê uma fase administrativa, destinada à investigação, e outra judicial, que será ajuizada pelo Ministério Público, seguindo o rito previsto no Código de Processo Civil. Em se tratando de patrimônio da União, entende-se pela atribuição do Ministério Público Federal, por se tratar de ação cível, cabendo litisconsórcio ativo do Ministério Público Militar.

Não obstante, como será visto, entendemos que o procedimento administrativo descrito na lei não exclui a possibilidade de investigação prévia por *National Investigation Officer*, a qual poderá servir para fornecimento subsídios e justificativa para sua instauração.

Outrossim, ainda que o ato tenha sido cometido fora do território nacional, se atentar contra o erário pátrio, deverá obedecer o ordenamento brasileiro.

Acrescente-se que as sanções civis decorrentes do ato de improbidade não excluem a aplicação de pena, caso o fato também seja enquadrado como crime.

A despeito de toda a conceituação referente à falha de conduta grave e sua natureza jurídica, sabemos que aquelas de maior potencial lesivo aos princípios que regem as Nações Unidas e as Operações de Paz por ela conduzidas são as que resultam em violação a bens jurídicos protegidos pelo direito penal, seja comum ou militar. Nesse sentido é que se torna importante o estudo acerca da aplicação da legislação material e adjetiva castrenses aos fatos cometidos por militares brasileiros desdobrados em outros países em cumprimento de missões a cargo da ONU.

3 A EXTRATERRITORIALIDADE DO DIREITO PENAL MILITAR E A APLICAÇÃO DAS NORMAS MATERIAL E ADJETIVA CASTRENSES EM DELITOS COMETIDOS POR INTEGRANTES DO CONTINGENTE BRASILEIRO EM OPERAÇÕES DE PAZ DA ONU

O *caput* do art. 7º do Código Penal Militar consagra, de forma diversa do direito penal comum, a regra da territorialidade e da extraterritorialidade para efeitos de aplicação da lei penal militar, *in verbis*:

Art. 7º **Aplica-se a lei penal militar**, sem prejuízo de convenções, tratados e regras de direito internacional, **ao crime cometido, no todo ou em parte no território nacional, ou fora dele**, ainda que, neste caso, o agente esteja sendo processado ou tenha sido julgado pela justiça estrangeira. (grifos nossos)

Portanto, será considerado como crime militar, para efeito de aplicação da legislação brasileira, não só o delito castrense cometido no país, como fora de seu território. Para tanto, deverá ser observada a incidência do art. 9º do mesmo *códex*, o qual descreve as hipóteses de crimes militares em tempo de paz.

Ao analisar o contexto da prática delitiva por oficial ou praça das Forças Armadas brasileiras desdobrados em operações de paz conduzidas sob a égide das Nações Unidas, nota-se que tanto os tipos previstos no CPM,

como no Código Penal (CP) e legislação penal comum serão considerados como crimes castrenses sempre que cometidos no contexto descrito não só no inciso I, como nas alíneas do inciso II do art. 9º do CPM. Cite-se:

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

II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados: (Redação dada pela Lei nº 13.491, de 2017)

- a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;
- b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;
- c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996)
- d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;
- e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;

Ainda que não seja possível caracterizar que o *peacekeeper* atuava em razão da função, em comissão de natureza militar, em formatura (alínea “c”), estava em período de manobras ou exercício (alínea “d”), ou em local sujeito a administração militar (alínea “b”), a alínea “e”, de forma residual, admite o enquadramento de fatos cometidos contra civil no contexto de operações de paz como circunstância que atenta contra a ordem administrativa militar.

Isso porque o militar brasileiro em missão no exterior permanece submetido aos preceitos éticos, às obrigações e aos deveres militares, entre os quais a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe, além dos preceitos de ética militar previstos no art. 28 da Lei nº 6.880/1980, especialmente: “respeitar a dignidade da pessoa humana” (III); “proceder de maneira ilibada na vida pública e na particular” (XIII); “conduzir-se, mesmo fora do serviço ou quando já na inatividade, de modo que não sejam

prejudicados os princípios da disciplina, do respeito e do decoro militar” (XVI); e “zelar pelo bom nome das Forças Armadas e de cada um de seus integrantes, obedecendo e fazendo obedecer aos preceitos da ética militar” (XIX).

Portanto, não só as condutas cometidas no exercício das funções decorrentes da operação designada, como no contexto de atividades particulares cometidos no local do desdobramento da tropa ou de missões individuais deverão ser apuradas de acordo com a legislação penal e processual penal castrense. Transcrevo raciocínio do ilustre Promotor de Justiça Militar aposentado e professor Jorge César de Assis (2007, p. 36):

Se algum militar brasileiro, servindo na ONU, cometer crime previsto no CPM, em qualquer parte do mundo, será julgado pela lei penal militar do Brasil, observando-se o disposto no capítulo II do Código de Processo Penal Militar nos seus arts. 88 (Lugar da infração); 89 (A Bordo de Navio); 90 (A Bordo de Aeronave); 91 (Crimes Fora do Território Nacional) e; 92 (Crimes Praticados em Parte no Território Nacional).

O insigne Subprocurador-Geral de Justiça Militar, Dr. Carlos Frederico de Oliveira Pereira (2003), no mesmo contexto, enfatizou:

Essas forças internacionais são regidas por tratados que garantem a isenção de jurisdição no país onde estão instaladas, mas isso não significa impunidade. Eventuais delitos praticados pelos militares que as integram devem ser objeto de punição que, no Brasil, estão a cargo da Justiça Militar federal, aplicado o Direito Penal Militar em tempo de Paz, sendo o órgão judiciário competente de primeiro grau de jurisdição os Conselhos de Justiça da Auditoria da 11ª Circunscrição Judiciária Militar (CJM), com sede em Brasília-DF.

Não é outra a previsão nos documentos da ONU. A *Policy on Accountability for Conduct and Discipline in Field Missions* assim disserta (2015, p. 7): “Membros dos contingentes militares e militares do Estado-

Maiores permanecem sob a jurisdição exclusiva do seu país para o propósito de persecução criminal.”²

Uma vez que a conduta está abrangida pela legislação material militar, por consequência, adotar-se-á a competência da Justiça Militar da União para o julgamento do feito, em cumprimento ao art. 124 da Constituição Federal. De acordo com o art. 91 do Código de Processo Penal Militar (CPPM), o foro competente para o processamento de delitos cometidos fora do território nacional é o da Auditoria da Capital da União – a qual, nos termos da Lei de Organização Judiciária Militar, é a 11ª Circunscrição Judiciária Militar (art. 2º, “I”, c/c art. 27 e art. 102, parágrafo único, da Lei nº 8.457/1992).

4 A ASSINATURA DE MEMORANDUM OF UNDERSTANDING E A INSTRUÇÃO NORMATIVA EMCFA-MD Nº 7, DE 5 DE JULHO DE 2021, COMO FORMA DE PROCEDER À POLÍTICA DE ACCOUNTABILITY DA ONU EM RESPOSTA AO COMETIMENTO DE FALHA DE CONDUTA POR MILITAR BRASILEIRO DESDOBRADO EM OPERAÇÕES DE PAZ

A atuação da Organização das Nações Unidas em Operações de Paz é resultado de um contexto de vulnerabilidade política e institucional. Sempre que é convocada a agir no território de algum país, há uma demanda referente à proteção de direitos civis e uma população que, como regra, já sofreu os mais diversos tipos de violação a direitos humanos.

Consequentemente, toda a operação deve se pautar nos mais altos requisitos de integridade e conduta, os quais se estendem à seleção de todo o pessoal desdobrado, tanto civil, como militar.

A ONU determina que os *standards* – ou padrões – de conduta, sigam os seguintes princípios-chave (UN Conduct, 2021):

² Members of military contingents and Military Staff Officers remain under the exclusive jurisdiction of their contributing States, for the purpose of criminal prosecutions.

1. Os mais altos padrões de eficiência, competência e integridade;
2. Política de tolerância zero para abuso e exploração sexual;
3. Responsabilização daqueles em comando e/ou liderança que falharem ao fazer cumprir os padrões de conduta.

A violação desses *standards* é tratada com a maior seriedade pelas Nações Unidas, que aborda o contexto em três situações: prevenção, repressão (após a ocorrência da conduta) e ações corretivas.

A palavra de ordem é servir com orgulho. Não por outro motivo a ONU mantém um portal na internet referente a suas regras de conduta. Na sua página principal, assim descreve o seu comportamento (UN Conduct, 2021):

A Carta das Nações Unidas requer que todo o pessoal da ONU deva manter os mais altos padrões de integridade e conduta. A ONU está comprometida em assegurar que todo o pessoal desdobrado no mundo sirva com profissionalismo, cortesia e dignidade. Mais de 100 mil civis, militares e policiais estão desdobrados nas várias operações de manutenção de paz e missões políticas ao redor do mundo. Os padrões de conduta se aplicam a todas as categorias de pessoal desdobrados em missões da ONU. Existem três estratégias endereçadas a falhas de conduta: prevenção, aplicação (execução) dos padrões de conduta da ONU e ações corretivas. O pessoal da ONU no campo é o rosto da Organização para as pessoas às quais foram enviados para proteger, e a Organização está completamente comprometida em trabalhar junto com os Estados-Membros para assegurar que todo o pessoal das Nações Unidas, sejam civis, policiais ou militares, sejam responsáveis por suas condutas durante o serviço em missões de campo da ONU.³

³ The United Nations Charter requires that all UN personnel must maintain the highest standards of integrity and conduct. The UN is committed to ensuring that all its personnel deployed globally serve with professionalism, courtesy and dignity. Over 100,000 civilian, military and police personnel are currently deployed in the various UN peacekeeping operations and special political missions around the world.

The UN Standards of Conduct apply to all categories of personnel deployed in UN missions. There is a three-pronged strategy to address misconduct: prevention, enforcement of the UN Standards of Conduct, and remedial action. UN personnel in the field are the face of the Organization to the people we are sent to protect and support, and the Organization is fully committed to working together with Member States to ensure that all United Nations personnel,

A fim de entender como funciona a abordagem recomendada sobre os fatos que envolvam falhas de conduta e, sobretudo, falhas de conduta grave, devemos descrever as três estratégias destacadas.

4.1 Prevenção, repressão e ações corretivas

A prevenção (*prevention*) é entendida como a principal política contra a prática de atos que representem falhas de conduta, uma vez que visa, justamente, evitar com que elas aconteçam e, conseqüentemente, que ocorram danos e vítimas.

Diversas são as medidas adotadas sob o foco dessa ação: em nível político, estratégico, tático e operacional, conduzidas não só pelas Nações Unidas, como pelos Estados-Membros.

O treinamento é o ponto principal para a prevenção. Todo militar desdobrado é obrigado a ser submetido a estágio ou curso antes de sua partida. No Brasil, atualmente, como não há envio de tropas para operações de paz, mas apenas missões individuais (ou como integrante de tropa de nação amiga), o CCOPAB – Centro Conjunto de Operações de Paz do Brasil – conduz o Estágio de Preparação para Missão de Paz, o qual tem o objetivo de preparar militares para exercer as funções de Observadores Militares, Oficiais de Estado-Maior e Policiais das Nações Unidas.

Cabe ressaltar que o currículo dos treinamentos prévios são aprovados pela ONU e devem incluir os *standards* de conduta e a proibição de exploração e abuso sexual (*Sexual Exploitation and Abuse – SEA*).

Além disso, o *pre-deployment training* conduzido pelo Departamento de Operações de Paz da ONU é realizado pelo pessoal civil.

whether civilian, police, or military are accountable for their conduct while in the service of a UN field mission.

Acrescente-se, também, que, além do treinamento obrigatório prévio ao desdobramento, a ONU exige a submissão de todo o pessoal civil e militar ao programa de treinamento online, com foco da prevenção de *SEA*.

A prevenção também é obtida pelo veto ao desdobramento de indivíduos com histórico de prática de falhas de conduta em operações conduzidas pela ONU, bem como pelo gerenciamento de risco no curso da missão. As operações também contam com a atuação preventiva das equipes de conduta e disciplina.

A segunda medida salientada pela ONU é o *enforcement*, que se refere à execução ou aplicação do processo específico após a comunicação de possível falha de conduta pelo seu pessoal. O *enforcement* assegura o *accountability*, ou seja, a prestação de contas pelos atos ilícitos praticados, a qual deve ser precedida do devido processo legal.

Nesse segundo momento é que se torna importante o conhecimento sobre o processo investigativo, o qual é regido pelo Memorando de Entendimento (*Memorandum of Understanding - MOU*) firmado entre a ONU e o país que contribui com tropas. Por analogia, as disposições do *MOU* deverão ser aplicadas nas missões individuais, uma vez que o objetivo de repreender a prática de condutas ilícitas por militares desdobrados permanece idêntico.

O *MOU* ressalta que a responsabilidade pela investigação deverá recair, a princípio, no país de origem do militar, que deverá designar um Oficial de Investigação Nacional (*National Investigation Officer – NIO*), o qual poderá ser auxiliado pelo *Office of Internal Oversight Services (OIOS)*. A ONU, todavia, poderá assumir a investigação no caso de omissão.

Caso a investigação conclua que a reclamação sobre a falha de conduta é fundamentada, poderá resultar desde advertência a, nos casos de falha de conduta grave, repatriação do militar e seu banimento de missões futuras. Tais medidas não excluem as sanções civis, administrativas, disciplinares e criminais, as quais obedecerão à legislação do país de origem, sempre em observância ao devido processo legal.

A terceira estratégia adotada pela ONU se refere às ações corretivas (*remedial actions*), as quais visam reparar os danos causados pela prática do ato que represente falha de conduta. O foco, mais uma vez, são as alegações de exploração e abuso sexual. Uma vez que a investigação conclua pelo cometimento de falha de conduta grave pelo pessoal desdobrado, civil ou militar, caberá às Nações Unidas fornecer todo o suporte necessário à vítima, seja ele médico, psicológico, jurídico ou material.

Alegações de reconhecimento de paternidade e pensão alimentícia, frutos de *SEA*, terão seu rito facilitado pela ONU, inclusive com o custeio de testes de paternidade e a intermediação entre o Estado-membro de origem do pai (Poder Executivo e Poder Judiciário) e o de residência da criança.

Como se viu, a primeira e a última estratégia têm um maior cunho administrativo e social. A segunda, que se refere à investigação e sanções decorrentes da falha de conduta praticada por militares desdobrados, exige uma maior análise jurídica – objeto deste estudo – sobretudo levando em consideração a política de *accountability* vigente no âmbito das operações de paz.

4.2 A prestação de contas – Accountability – decorrente da denúncia de prática de falha de conduta grave

O conceito de *Accountability* remonta à necessidade de prestação de contas pelas pessoas que exercem funções de chefia e liderança, ou posições sensíveis do ponto de vista político e social, em relação aos atos que praticarem, ou pelos quais forem responsáveis.

Nas palavras de Ricardo Murilo da Silva e Rodrigo Fernando Novelli (2018):

Accountability pode ser definida como a obrigação dos detentores de poder de prestar contas e tomar responsabilidade pelos atos que são por eles praticados, sendo que os detentores de poder seriam aqueles que tomam as principais decisões, nos mais variados setores, como o

político, financeiro, oficiais de governo, corporações privadas, instituições financeiras internacionais, e organizações da sociedade civil.

(...)

Ainda sobre o conceito de *accountability*, ele é definido como a necessidade de “uma pessoa ou instituição que recebeu uma atribuição ou delegação de poder para prestar informações e justificações sobre suas ações e seus resultados, podendo ser sancionada política, pública, institucional e/ou juridicamente por suas atividades”.

Sob o prisma da ONU e suas operações de paz, entendemos que a *accountability* deverá representar a instauração dos instrumentos cabíveis para a apuração de responsabilidades decorrentes da prática de falha de conduta pelo pessoal desdobrado. Nesse sentido é que foi editada, em 2015, a Política de *Accountability* para Conduta e Disciplina em Missões de Campo, a qual tem por escopo (2015, p. 2/3):

Essa Política detalha responsabilidades de prestações de contas, para o indivíduo servindo em missão de campo, as Nações Unidas, seu gerenciamento e seus Estados Membros, em assuntos de conduta e disciplina para todo o pessoal da ONU servindo em missões de campo. Essa Política apresenta detalhes do suporte a ser fornecido para esse efeito, pelo pessoal das Equipes de Conduta e Disciplina, Oficiais de Conduta e Disciplina (a partir de agora referidos como “CDT”) e Pontos Focais de Conduta e Disciplina em missões de campo, assim como o pessoal da Unidade de Conduta e Disciplina (CDU), no Departamento de Suporte de Campo (DFS).⁴ (tradução nossa)

Dessa forma, a ONU regulamentou como obter a correta prestação de contas quando houver violação aos seus padrões de conduta. Especialmente sobre o pessoal militar desdobrado, o sítio eletrônico que aborda a Conduta em Missões da ONU⁵ dispõe que, uma vez apurada

⁴ This Policy details responsibilities and accountabilities, for the individual serving in a field mission, the United Nations, its management and its Member States, in addressing matters of conduct and discipline of all United Nations personnel serving in field missions. This Policy further details the support to be provided to that effect, by personnel in Conduct and Discipline Teams, individual Conduct and Discipline Officers (hereinafter collectively referred as “CDT”) and Conduct and Discipline Focal Points in field missions, as well as personnel of the Conduct and Discipline Unit (CDU), in the Department of Field Support (DFS).

⁵ <https://conduct.unmissions.org/>

denúncia substanciada sobre falha de conduta grave, os envolvidos devem ser repatriados, e, desde 2015, os pagamentos são suspensos até o término da investigação ou sua repatriação. Além disso, descreve que os Estados Membros devem concordar em obter amostras de DNA do seu pessoal uniformizado que forem acusados de cometer *SEA* para facilitar as investigações.⁶

Nesse último aspecto, cabe uma consideração: a legislação brasileira prevê a obrigatoriedade de fornecimento de material genético apenas em caráter excepcional: (a) quando a identificação criminal for essencial às investigações, segundo despacho de autoridade judicial competente (art. 3º, IV, c/c art. 5º, parágrafo único, da Lei nº 12.037/09); e (b) aos condenados por crime doloso, praticado com violência grave contra pessoal, ou pela prática de crime hediondo ou equiparado. Portanto, nos demais casos, a coleta deverá ser autorizada e voluntária.

O primeiro passo para a obtenção da prestação de contas e decorrente responsabilização é o procedimento investigativo. A ONU orienta que os Estados Membros têm a responsabilidade primária para investigar todos os supostos casos de falhas de conduta cometidas pelo seu contingente militar. Apenas de forma subsidiária, quando essa investigação não for instaurada, é que caberá o processo conduzido pelos investigadores das Nações Unidas. A mesma Política supramencionada prevê (2015, p. 6):

Os Estados Membros tem a responsabilidade primária de investigar todas as alegações de falhas de conduta cometidas por membros do contingente militar nacional. Quando os Estados Membros não exercerem essa responsabilidade, a Organização das Nações Unidas pode conduzir sua própria investigação administrativa.⁷ (tradução nossa)

⁶ <https://conduct.unmissions.org/enforcement-accountability>.

⁷ Member States have the primary responsibility for investigating all alleged acts of misconduct committed by members of their national military contingents. When Member States do not exercise that responsibility, the United Nations can conduct its own administrative investigation.

Tal obrigação não obsta que, com o intuito de preservar evidências, seja iniciada uma investigação preliminar no âmbito da missão.

Quanto ao rito para a condução da investigação, em 11 de junho de 2007, o Comitê Especial de Operações de Paz, e seu Grupo de Trabalho, recomendou a incorporação de um modelo revisado de Memorando de Entendimento a ser firmado entre a ONU e o país fornecedor de tropas para Operações de Paz.

4.3 O modelo revisado do Memorando de Entendimento firmado entre a ONU e o país que contribui com tropas

Com o intuito de regulamentar o procedimento de reembolso e controle dos contingentes e respectivos equipamentos, referentes aos países (Estados-Membros) que contribuem com tropas/polícia em missões de paz, a ONU aprovou, em 31 de agosto de 2020, a última versão do *Manual on Policies and Procedures concerning the Reimbursement and Control of Contingente-Owned Equipment of Troop/Police Contributors Participating in Peacekeeping Missions (A/75/121 – The COE Manual)*.

Para minimizar os efeitos da burocracia típica dos processos de prestação de contas e controle, a ONU e o país que contribui com tropa celebra um acordo prévio, o qual regulamentará todo esse processo, seja referente ao pessoal ou ao material. Nesse sentido é que consta no Capítulo 9 do *COE Manual* o Modelo de Memorando de Entendimento (*Memorandum of Understanding - MOU*).

O objetivo do Memorando é estabelecer os termos e condições administrativas, logísticas e financeiras que regulamentarão a contribuição de tropas, equipamentos e serviços pelo respectivo Estado-Membro a Operações de Paz da ONU, assim como especificar os padrões de conduta da ONU para o pessoal desdobrado. Sob esse último aspecto, o Artigo 7 e suas subdivisões dispõem sobre as condições gerais, os *standards* de conduta, disciplina,

investigação, exercício da jurisdição pelo Governo, prestação de contas e conformidade ambiental.

Apesar de traduzir um acordo entre a ONU e o país fornecedor de tropas, a natureza jurídica do *MOU* não é pacífica. Na visão de Durval de Noronha Goyos Jr (2005), os Memorandos de Entendimento são atos regidos pelos costumes e não criam obrigações exigíveis aos seus destinatários. Cabe a transcrição:

Por sua vez, os memorandos de entendimento, ou memoranda of understanding (MOU) na língua inglesa, são atos internacionais que não criam obrigações exigíveis aos seus signatários. Assim, os memorandos de entendimento expressam através de linguagem diplomática, que é freqüentemente imprecisa, dúbia e nebulosa, uma vontade política inexecutável em qualquer foro internacional. Assim, o ato correspondente, ainda que registrado na ONU (Organização das Nações Unidas) de conformidade com o artigo 102 da Carta da ONU, não adquirirá o status de um tratado, se não tiver já tal condição por ocasião de sua assinatura.

Ângela Lima Rocha Cristofaro, no mesmo sentido, esclarece (2013):

De forma geral, trata-se de instrumento de Direito Internacional, não vinculante entre as partes, que tem sido utilizado para atos com menor formalidade, destinados a registrar princípios gerais, diretrizes, que orientarão as relações entre as partes, seja no plano político, econômico, jurídico, cultural ou em outros.

Contudo, o descumprimento dos termos do Memorando de Entendimento, especialmente no que se refere ao processo de prestação de contas decorrente da prática de ato caracterizado como falha de conduta grave, poderá implicar em consequências sérias ao Estado signatário, especialmente relacionado a sanções como a celebração de novos acordos para envio de tropas a operações de paz conduzidas pelas Nações Unidas.

Antes de adentrar na análise do processo disciplinar e investigativo descrito no *MOU*, é importante trazer um esclarecimento: no contexto atual, o

Brasil tem, como pessoal desdobrado, 21 experts em missão, 5 policiais individuais, 31 membros de Estado-Maior e apenas 8 militares considerados como tropa⁸, distribuídos nas seguintes missões: MINURSO, MINUSCA, MONUSCO, UNFICYP, UNIFIL, UNISFA, UNMISS⁹. Logo, não há Memorando de Entendimento assinado. Acrescente-se que, quanto aos militares desdobrados na qualidade de tropa, estes fazem parte dos contingentes de outros países – Uruguai, Argentina e Espanha – estes signatários de *MOU*.

Todavia, se pensarmos que a natureza jurídica do *MOU* é de costume, bem como que os princípios nele contidos traduzem os padrões de conduta necessários ao desdobramento de pessoal civil ou militar para operações de paz e consolidam a proteção aos direitos humanos e a direitos fundamentais, nada obsta que seus fundamentos sejam também aplicados às missões individuais, naquilo que for possível, de forma subsidiária. Aplique-se, nesse aspecto, o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942), tanto sob o viés do costume, como pela analogia e pelos princípios gerais do direito, sobretudo se levarmos em consideração a proteção dos direitos fundamentais.

Sem prejuízo do raciocínio acima, o Estado-Maior Conjunto das Forças Armadas editou a Instrução Normativa EMCFA-MD nº 7, de 5 de julho de 2021, que estabelece procedimentos, atividades de coordenação e responsabilidades para a condução de investigações de supostas falhas de conduta de militares brasileiros, ocorridas durante a participação em missões de paz da Organização das Nações Unidas (ONU), no exercício de funções como componentes de contingentes ou de Estado-Maior ou na função de Elementos de Apoio Nacional (*National Support Element - NSE*), bem como de ações decorrentes dessas investigações.

⁸ Fonte:

https://peacekeeping.un.org/sites/default/files/01_summary_of_contribution_43_oct_2021.pdf.

⁹ Fonte:

https://peacekeeping.un.org/sites/default/files/03_country_and_mission_42_sep2021.pdf.

Dito isso, discutiremos os termos do *Article 7 bis* ao *Article 7 sexiens* do *MOU*.

O *Article 7 bis* prevê que o Governo nacional deve assegurar que todos os membros do contingente a serem desdobrados concordem que devem cumprir os padrões de conduta da ONU, os quais estão descritos no Anexo J do *MOU*. Para tanto, deverão ser submetidos a treinamento antes e durante o cumprimento da missão. Como se vê, tal dispositivo se amolda à primeira estratégia de abordagem da ONU sobre falhas de conduta, a saber, a prevenção.

O *Article 7 ter* aborda a questão referente à disciplina. Estabelece a responsabilidade do(a) Comandante do contingente nacional pela manutenção da disciplina e da ordem dos seus subordinados. Para tanto, seguindo a mesma linha da prevenção, deverá ser promovido o treinamento adequado. Outrossim, o item 7.9 orienta que os recursos financeiros destinados ao bem-estar sejam empregados para promover atividades recreativas aos militares desdobrados.

O *Article 7 quater* descreve os aspectos referentes à investigação, em aplicação ao *enforcement*. O dispositivo ressalta a competência do país de origem do militar para a apuração primária dos atos de falha de conduta ou de falha de conduta grave cometida por seu contingente.

Caso a ONU tenha conhecimento do fato antes do Governo nacional, deverá informar a este, a fim de que seja iniciado o procedimento correlato. Poderá, contudo, em caso de falha de conduta grave, instaurar investigação preliminar com o intuito de preservar evidências. Nos casos de *serious misconduct*, o Governo terá um prazo de 10 dias úteis para começar o seu processo investigativo, do contrário, a ONU dará início ao seu próprio, sempre assegurando o devido processo legal e os direitos do acusado.

A investigação do Estado Membro será conduzida por um ou mais oficiais das Forças Armadas, os quais passam à qualidade de *National Investigation Officers (NIO)*, e terão a inteira cooperação da ONU quanto ao fornecimento de documentação e informações. Se enviados para a área da

missão, além de conduzir a investigação, quando deverão ser assistidos pelos investigadores das Nações Unidas, terão o mesmo *status* legal de qualquer membro do contingente nacional.

Sobre o desdobramento do *NIO* para a área da missão, importa considerar, por fim, que será exigido nos casos de alto risco, assuntos complexos e nos casos de falha de conduta grave, ocasiões em que a ONU se compromete a fornecer suporte logístico e administrativo, inclusive financeiro.

O *Article 7 quinquens* descreve que a jurisdição competente para os casos de crimes cometidos será a do país de origem do militar desdobrado. Sobre os fatos classificados como falha de conduta que não sejam tipificados como crime, mas transgressão disciplinar, deverá ser aplicada a jurisdição disciplinar pátria.

Como é cediço, no Brasil, ao contrário de muitos outros membros da ONU, a Justiça Militar da União é órgão do Poder Judiciário, e não vinculada ao Ministério da Defesa. Consequentemente, os crimes militares perpetrados no âmbito da missão de paz obedecerão ao art. 124 da CF, ao CPM e ao CPPM.

As transgressões disciplinares, por sua vez, são apuradas na seara administrativa, em atenção ao art. 142 da CF, ao Estatuto dos Militares e aos Regulamentos Disciplinares das Forças singulares.

Para finalizar a análise dos dispositivos que abordam o procedimento de apuração de falha de conduta grave, ainda na seara do *enforcement*, o *Article 7 sexiens* reforça a necessidade de prestação de contas (*accountability*). Estabelece que, se da investigação concluir pela existência de fundamentação suficiente quanto à autoria e à materialidade da falha de conduta, deverá o Governo assegurar que o caso seja apreciado pelas autoridades, judiciais e administrativas, competentes para a aplicação das respectivas sanções e consequências, de acordo com o devido processo legal. O Secretário-Geral deverá ser notificado do progresso dos processos instaurados, inclusive dos resultados.

O *accountability* deve ser observado, também, em relação ao Comandante do contingente nacional, com a averiguação de sua possível negligência, especialmente quanto à cooperação com a investigação conduzida pela ONU; exercício do comando e controle; e na ausência de informação imediata do fato à autoridade competente ou ao não realizar as ações necessárias tão logo da ocorrência do fato.

Sobre as *remedial actions*, o mesmo dispositivo assevera que o Governo deverá entender a importância de solucionar as alegações de paternidade que envolvam membros do contingente nacional, facilitando o procedimento de acordo com o ordenamento jurídico pátrio.

Para finalizar a análise do Modelo do *MOU*, o Anexo J descreve os padrões de conduta da ONU, e estabelece o compromisso que o pessoal desdobrado deverá firmar em obedecê-los, levando em consideração os mais altos *standards* de integridade e conduta, sob a regência do Direito Internacional Humanitário e dos Direitos Humanos.

Como se vê, o modelo do *MOU* visa assegurar que seja procedida a correta investigação por ocasião de alegação de prática de falha de conduta ou de falha de conduta grave por militares desdobrados em operações de paz, desde que haja contribuição com tropas, e não somente missões individuais.

O intuito é promover o *accountability*, com os mais altos padrões de ética e justiça, tendo em vista o objetivo principal de tais missões, que é a proteção de uma população já desgastada pela situação que gerou a necessidade de manutenção da paz.

Para permitir a mesma necessidade de apuração de falhas de conduta no âmbito de missões individuais, todavia, entendeu o Governo brasileiro pela necessidade de regulamentação específica própria.

4.4 A Instrução Normativa EMCFA-MD N° 7, de 5 de julho de 2021, como regulamentação do procedimento adotado pelo Brasil a fim de proceder à política de *accountability* da ONU em resposta ao cometimento de falha de conduta grave por militar brasileiro desdobrado em operações de paz na qualidade de componente de contingentes ou de Estado-Maior, ou na função de Elementos de Apoio Nacional

Como é possível observar de tudo o que foi exposto, a regulamentação do procedimento para a investigação de falhas de conduta por militares brasileiros desdobrados em missões de paz nas quais o Brasil contribui com tropas teve seus aspectos gerais delineados pela ONU, sobretudo por meio da assinatura de Memorando de Entendimento.

Todavia, no contexto atual, não há tropas brasileiras desdobradas em missões de paz. Nesse sentido é que surgiu a necessidade de regulamentar a condução de investigações de supostas falhas de conduta de militares brasileiros no exercício de funções como componentes de contingentes ou de Estado-Maior, ou na função de Elementos de Apoio Nacional (*National Support Element – NSE*), além das ações decorrentes do processo investigativo.

A demanda também teve origem na premente necessidade de investigar e solucionar as alegações de exploração e abuso sexual (*SEA*), em consonância com a Política de Tolerância Zero conduzida pelas Nações Unidas e de acordo com o conteúdo da Resolução n° 2.272 do Conselho de Segurança da ONU para prevenir e reprimir os casos de *SEA* no contexto de missões de paz, aprovada em 11 de março de 2016.

De início, esclareça-se que, não obstante o art. 4° determine a instauração do procedimento após consulta formulada pela ONU, nada impede que, uma vez que o Governo brasileiro tenha conhecimento dos fatos, seja determinado o início da investigação de ofício, conforme descrito no modelo do *MOU*.

Certo é que, uma vez reportada suposta falha de conduta imputada a militar brasileiro desdobrado em Missão de Paz, caberá ao Brasil a apuração do fato, por intermédio do Ministério da Defesa (e das Forças singulares) e com contribuições do Escritório do Conselheiro Militar e da Missão Permanente do Brasil junto à ONU.

Os primeiros atos são a designação de Oficial de Investigação Nacional (*National Investigation Officer – NIO*) e instauração do procedimento cabível para o caso – Sindicância ou Inquérito Policial Militar (IPM) – pela autoridade competente. A sindicância será adotada nos casos em que não houver, de plano, elementos que indiquem que o fato poderá ser classificado como crime. O IPM, por sua vez, será cabível sempre que, do relato do ato que configure falha de conduta, já possa ser vislumbrada a autoria e indícios de materialidade delitiva.

Nada impede que, se da solução da sindicância forem observados indícios delitivos, os autos sirvam de fundamento para a instauração da respectiva ação penal, a cargo do Ministério Público Militar, de acordo com o art. 28 do CPPM. Se o MPM entender pela necessidade de complementação, poderá solicitar as devidas diligências, nos termos do art. 26, inciso I, do *Codex* adjetivo castrense. No curso da Sindicância poderá, também, ser indicada a necessidade de instauração de IPM.

Sobre o tempo para a conclusão da investigação, o art. 4º, § 2º, estabelece a limitação de 6 (seis) meses. Trata-se de prazo processual, o qual, uma vez descumprido, não impede que os procedimentos sejam concluídos. Ademais, deverá ser observado, também, o disposto na legislação nacional. No âmbito do Exército, as EB10-IG-09.001, aprovadas pela Portaria nº 107, de 13 de fevereiro de 2012, do Comandante do Exército, que regulamenta o procedimento da sindicância, designa que esta deverá ser concluída em 30 dias, cabíveis prorrogações sucessivas por 20 dias (arts. 10 e 11). O art. 20 do CPPM estabelece um prazo de 20 dias para a conclusão do IPM, se o indiciado estiver preso, e 40 dias, se solto, prorrogáveis, neste último caso, por 20 dias.

Sobre o Oficial de Investigação Nacional, é importante destacar que poderá tanto compor o efetivo de um contingente desdobrado ou ser designado pela Força singular, este último obrigatório nos casos em que o acusado já tenha sido repatriado. Deverá ser sempre militar mais antigo.

Nos casos de contribuição com tropa, cada contingente deverá ser integrado por *NIO* previamente designado, preferencialmente com conhecimento na área jurídica ou bacharel em Direito. O art. 20 orienta medidas preventivas que deverão ser conduzidas pelo citado oficial, o qual promoverá instruções frequentes para os integrantes do contingente a respeito de diferenças culturais, códigos de conduta pessoal, regras e políticas da ONU sobre *SEA* etc.

Apesar de a Instrução Normativa mencionar a figura do investigador no singular, entendemos possível que mais de um oficial conduza a investigação. Isso porque, muito embora os procedimentos identificados – IPM e Sindicância – atribuam aos encarregados a presidência individual, poderá ser necessária a designação de outros militares como auxiliares nos respectivos processos, a exemplo da figura do escrivão, do tradutor e do intérprete. Como a função de *NIO* delega ao oficial os mesmos direitos dos militares desdobrados na área da missão, caso seja necessário tal deslocamento, é imprescindível que todos aqueles que atuem no procedimento investigativo ostentem a mesma condição. O próprio modelo do *MOU* citado no item 4.3 utiliza a expressão *National Investigation Officers*, no plural. Consequentemente, não há qualquer vedação, por parte da ONU, da designação de mais de um *NIO* para a apuração dos fatos reportados como falhas de conduta.

Todo o trâmite procedimental deverá ser constantemente reportado à ONU, pelos canais oficiais de ligação. Ao final, a solução da sindicância ou o relatório do IPM também deverão ser remetidos às Nações Unidas.

Caso a alegação seja considerada substanciada, a Força Singular deverá adotar as medidas cabíveis, nas esferas administrativa e disciplinar, e deverá remeter os autos à 11ª CJM para que faça chegar ao MPM, titular da

ação penal, se constatados indícios de crime. A ONU também poderá adotar outras medidas na sua esfera de atribuições, como o banimento do militar de futuras missões de paz, além daquelas previstas no art. 23 da Instrução Normativa:

Art. 23. Com base na norma referenciada no inciso VIII do art. 3º, a ONU poderá aplicar sanções administrativas relativas ao perpetrante do fato investigado, como por exemplo:

I - repatriação por motivos disciplinares;

II - suspensão do reembolso referente ao militar envolvido; e
III - suspensão do direito de dirigir por determinado período enquanto em função na área da missão.

Parágrafo único. As sanções de que trata o caput não eximem o Brasil da responsabilidade de aplicação de sanções disciplinares ou penais previstas na legislação nacional, quando o caso assim demandar.

Da análise da Instrução Normativa, podemos chegar a três conclusões principais. A primeira é que, por se tratar de ato infralegal, não é possível a inovação no ordenamento jurídico, mas apenas a regulamentação de atos superiores em vigor. Disso extraímos a segunda conclusão: o procedimento investigatório deverá obedecer às leis em vigor, ou seja, o CPPM (para o IPM) e a Lei nº 9.784/1999, que versa sobre o processo administrativo, a Lei nº 6.880/1980 (Estatuto dos Militares), auxiliado pelos Regulamentos Disciplinares das Forças e pelas portarias internas que regulamentam o processo administrativo, a exemplo da sindicância.

A terceira é que a investigação, por si só, não conclui a apuração da falha de conduta supostamente praticada por militar desdobrado em missão de paz. A fim de proceder ao correto *accountability*, caso seja constatada que a acusação é substanciada, deverão ser imputadas as sanções administrativas, disciplinares e judiciais. Poderão, também, ser aplicadas sanções diretamente pela ONU.

Em conclusão, podemos considerar que a criação de tal Instrução Normativa serviu para consolidar o procedimento já vigente no ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, outras normas deverão ser observadas para a fiel

observância das regras e princípios vigentes, sobretudo em consideração aos direitos fundamentais e ao direito internacional humanitário.

5 CONCLUSÃO

A falha de conduta praticada no contexto das Operações de Paz da ONU, especialmente aquelas classificadas como grave, deverá ser reprimida principalmente antes do seu cometimento. Todavia, na falha da prevenção, é especialmente importante que o país de origem proceda ao correto *accountability*, com a instauração do procedimento investigativo e a aplicação de sanções civis, administrativas, disciplinares e criminais.

No contexto atual, em que se busca a igualdade de gênero como um dos objetivos previstos na Agenda 2030 da ONU, respaldada, no contexto das operações de paz, pela Resolução nº 1325 do Conselho de Segurança e a *Women, Peace and Security Agenda*, a proteção contra a exploração e o abuso sexual, considerado como *serious misconduct*, ganha destaque e cada vez maior importância.

Nesse sentido é que devemos especializar o processo de *prevention*, *enforcement* e *remedial actions* apontados pela Organização das Nações Unidas.

A assinatura de Memorando de Entendimento entre a ONU e o país que contribua com tropas tem o intuito de estabelecer as responsabilidades e a competência para a apuração dos fatos e a aplicação de sanções. A fim de estabelecer o tratamento dado a missões individuais, além daquelas em contexto coletivo, o Estado-Maior Conjunto das Forças Armadas editou a Instrução Normativa nº 7, de 14 de junho de 2021.

Ambos os documentos não inovam o ordenamento jurídico, até por não possuir *status* de lei, mas têm o condão de facilitar o trabalho dos militares designados para conduzir o procedimento investigativo, denominados de *National Investigation Officers*, além das autoridades

administrativas com a competência para instauração dos respectivos processos.

Ademais, é plenamente viável a aplicação do contexto descrito na Lei nº 14.245/2021 (Lei Mariana Ferrer), que trata sobre a dignidade da vítima e das testemunhas, bem como os princípios que levaram a aprovação da Lei nº 13.431/2017, referente ao depoimento sem dano da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, observando-se, para tanto, o art. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, tanto durante o processo judicial, como pelos encarregados de IPM e de Sindicância.

Contudo, a despeito da clareza com a qual abordam os assuntos, ainda é necessário uma maior difusão do conhecimento, tanto nos níveis político e estratégico, como, principalmente, no tático e operacional, e especialmente relativo ao oficial designado como *NIO*.

É necessária a divulgação da documentação da ONU referente aos *standards* de conduta, à política de repressão a falhas de conduta, à aplicação de ações corretivas, bem como ao processo investigativo em si, de forma a que não só seja dada a devida reparação à vítima, como a repressão ao militar, caso identificada que a acusação é substanciada.

Este trabalho teve o intuito não de apresentar qualquer inovação, senão uma pequena revisão normativa e bibliográfica sobre o tema, a fim de introduzir as normas e documentos em vigor e despertar a curiosidade do mundo acadêmico sobre a interdisciplinaridade que envolve a questão, tanto em relação às demais ciências sociais, como diante da aplicação de diversos ramos do direito.

O Direito Operacional, ramo ainda inexplorado no país, poderá servir para conjugar as ideias lançadas e tratar a temática sob um viés unitário, atendendo não só os interesses da vítima, como as relações de direito internacional público e assegurando as prerrogativas inerentes ao acusado, em aplicação ao direito internacional humanitário, direitos humanos e normas do ordenamento jurídico nacional.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores*. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 6 ago. 2021.

_____. *Decreto-Lei nº 4.657*, de 4 de setembro de 1942 – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm. Acesso em: 11 jan. 2022.

_____. *Lei nº 5.836*, de 5 de dezembro de 1972, que dispõe sobre o Conselho de Justificação e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/15836.htm. Acesso em: 30 dez. 2021.

_____. *Lei nº 6.880*, de 9 de dezembro de 1980, que dispõe sobre o Estatuto dos Militares. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16880.htm. Acesso em: 30 dez. 2021.

_____. *Decreto-Lei nº 1.001*, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm. Acesso em: 30 dez. 2021.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 1.002*, de 21 de outubro de 1969 - Código de Processo Penal Militar. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm. Acesso em: 30 dez. 2021.

_____. *Lei nº 8.429*, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 30 dez. 2021.

_____. *Lei nº 8.457*, de 4 de setembro de 1992, que organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8457.htm. Acesso em: 11 dez. 2022.

_____. *Lei nº 14.245*, de 22 de novembro de 2021, que altera os Decretos-Leis nos 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais), para coibir a prática de atos atentatórios à dignidade da vítima e de testemunhas e para estabelecer causa de aumento de pena no crime de coação no curso do processo (Lei Mariana Ferrer). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14245.htm. Acesso em: 11 jan. 2022.

_____. *Decreto nº 19.841*, de 22 de outubro de 1945, que promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 4 jan. 2022.

_____. *Decreto nº 71.500*, de 5 de dezembro de 1972, que dispõe sobre o Conselho de Disciplina e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D71500.htm. Acesso em: 30 dez. 2021.

BRASIL. *Decreto nº 4.346*, de 26 de agosto de 2002, que aprova o Regulamento Disciplinar do Exército (R-4) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4346.htm. Acesso em: 6 ago. 2021.

_____. *Instrução Normativa EMCFA-MD nº 007*, de 5 de julho de 2021, que Estabelece procedimentos, atividades de coordenação e responsabilidades para a condução de investigações de supostas falhas de conduta de militares brasileiros, ocorridas durante a participação em missões de paz da Organização das Nações Unidas. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/instrucao-normativa-emcfa-md-n-7-de-5-de-julho-de-2021-333269195>. Acesso em: 11 ago. 2022.

CRISTOFARO, Angela Lima Rocha. *Os efeitos jurídicos do memorando de entendimento no Brasil*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/25097/os-efeitos-juridicos-do-memorando-de-entendimento-no-brasil>. Acesso em: 4 jan. 2022.

DA SILVA, Ricardo Murilo; NOVELLI, Rodrigo Fernando. *Accountability judicial na Justiça Criminal: transparência a serviço da população*. Disponível em: <https://periodicos.uniarp.edu.br>. Acesso em: dez. 2021.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020.

JUNIOR, Durval de Noronha Goyos. *A natureza jurídica dos memorandos de entendimento no direito internacional público*. Disponível em: <http://www.professor-noronha.adv.br/pt/a-natureza-juridica-dos-memorandos-de-entendimento-no-direito-internacional-publico/>. Acesso em: 4 jan. 2022.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, Método, 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Manual on Policies and Procedures concerning the Reimbursement and Control of Contingent-Owned Equipment of Troop/Police Contributors Participating in Peacekeeping Missions*. Disponível em:

[https://pcrs.un.org/Lists/Resources/11-%20Contingent%20Owned%20Equipment%20\(COE\)/COE%20Manual/2020/2020%20COE%20Manual%20A-75-121.pdf](https://pcrs.un.org/Lists/Resources/11-%20Contingent%20Owned%20Equipment%20(COE)/COE%20Manual/2020/2020%20COE%20Manual%20A-75-121.pdf). Acesso em: 4 jan. 2022.

_____. *Policy on Accountability for Conduct and Discipline in Field Missions*. Disponível em:

https://unmil.unmissions.org/sites/default/files/policy_on_accountability_for_conduct_and_discipline_in_field_missions_30-07-2015.pdf. Acesso em: 11 jan. 2022.

PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. *Justiça Militar nas Operações de Paz da ONU*. Disponível em: https://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2017/09/jm-nas-operacoes-de-paz-da-onu_carlos-frederico-de-oliveira-pereira.pdf. Acesso em: 30 dez. 2021.

Dos direitos humanos ao feminismo em seu estágio atual no Brasil

Sandra Vania Jurado Vidal Torreão

Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (UFF).

Data do recebimento: 16/12/2021

Data da aprovação: 27/01/2022

RESUMO: Este texto trata da precedência que a ideia dos direitos humanos tem sobre a construção do feminismo, e como se criou, ao longo da história, o conceito de direitos humanos femininos após estágios reiterados de opressão e ausências, trazendo-se para o cerne da produção legislativa as questões do feminino e das suas diversas implicações, seja no âmbito social, político, familiar, individual. Ao final, far-se-á uma digressão sobre os caminhos do feminismo no Brasil atual e sua posição em relação a um movimento de proteção dos direitos femininos no bloco da América Latina, verificando-se os pontos de convergência e de interesses. Também será feita uma pequena exposição sobre ideias antifeministas disseminadas no país, ponderando-se sobre a sua validade e legitimidade.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos. Construção do feminismo. Estágio atual do feminismo no Brasil.

ENGLISH

TITLE: From human rights to feminism in its current stage in Brazil.

ABSTRACT: This text deals with the precedence that the idea of human rights has over the construction of feminism, and how the concept of women's human rights has been created throughout history after repeated stages of oppression and absences, bringing to the heart of legislative

production the issues of women and their various implications, whether in the social sphere, political, family, individual. In the end, a tour will take place on the paths in feminism in Brazil today and its position in relation to a movement for the protection of women's rights in the Latin American bloc, verifying the points of convergence and interests. A short exhibition will also be made on anti-feminist ideas disseminated in the country, pondering their validity and legitimacy.

KEYWORDS: Human Rights. Construction of Feminism. Current Stage of Feminism in Brazil.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 O corpo que não pertence ao próprio dono – 3 A libertação do corpo e a construção dos direitos humanos femininos, berço da cidadania feminina – 4 A construção do feminismo – 5 O feminismo no Brasil – 6 Pensamento antifeminista no Brasil – 7 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O sistema patriarcal relegou às mulheres, no decorrer da história, o papel de maior grupo social oprimido. As mulheres foram submetidas à violência e à brutalidade “dos ataques sistemáticos e contínuos aos seus corpos nas mutilações genitais e (d)as torturas ideológicas nas suas emoções” (SANTOS, 2003, p. 13). E o exercício, com plenitude, da cidadania feminina “é fruto de uma luta histórica pelo direito humano de comandar seu próprio corpo no sentido bio-psicosócio-cultural” (SANTOS, 2003, p. 59).

Essa luta pelo corpo não perpassa somente pelo aspecto da sua propriedade, mas também pela regulação social, pois “Mulher e beleza são historicamente associadas (...), e a feiura, hoje intimamente ligada à gordura e ao envelhecimento, é a maior forma de exclusão socialmente validada” (NOVAES, 2011, p. 477). Assim, os direitos que rondam o corpo não advêm apenas de sua faceta de obra de arte, mas também do seu potencial econômico, pois adquire *status* a depender das insígnias que carrega, da moda que abarca, dos acessórios que ostenta, pois todos esses elementos traduzem

os valores da cultura da sociedade de consumo, sociedade esta falocêntrica, que focou o corpo feminino como sendo um corpo “deficiente” por natureza, em relação ao masculino, por lhe “faltar” algo.

O corpo feminino, “insuficiente”, tem, em seu contraponto, o poder da maternidade, de geração de vida e de morte, o que foi forte e historicamente pontuado para trancar a mulher no quarto da atividade reprodutiva, beatificado com o casamento, e do qual ela, rainha, não poderia mais sair, para que o pecado não a acompanhasse – “A mulher e o pecado são tão íntimos e há tanto tempo quanto a relação entre Eva e a maçã fazem supor” (NOVAES, 2011, p. 498).

Daí que a construção de um direito humano e fundamental que possa resguardar e dirigir este corpo tão santo quanto pecaminoso, tão vulnerável quanto perigoso, tem a sua importância e suas dificuldades. Este corpo feminino, cultuado esteticamente, é uma forma de comunicação, um catalisador de interesses, e que é constantemente relido com conceitos de adequação social, empoderamento, escolha de gênero, dignidade da pessoa humana, e outros encontrados e burilados ao longo do caminho da evolução social (JURADO, 2017).

Os historiadores vêm observando a tendência a limitar o trânsito da mulher ao espaço privado, datando esse movimento do final do século XVIII. Com a Revolução Francesa, houve o impulso da evolução nas relações entre os homens e as mulheres e na concepção de família, e os perigos da inversão de uma ordem “natural” dos papéis (FARIAS, 1998).

O controle sobre os corpos das mulheres nunca deixou de ser um objetivo de várias culturas desde que o mundo é mundo. E para mantê-lo dominado é necessário um processo incessante de apagamento de direitos, sejam reprodutivos, sejam sexuais, sejam até mesmo ligados à integridade física, banalizando-se atos de violência doméstica por muito tempo.

No presente texto, verifica-se como esta forma de dominação conviveu e se desenvolveu com os contrapontos da exigência por mais direitos e mais espaço da mulher no âmbito público.

2 O CORPO QUE NÃO PERTENCE AO PRÓPRIO DONO

Antes mesmo de se analisar a construção da cidadania feminina no Brasil, bem como os movimentos feministas, para se chegar à análise dos atores e atrizes sociais, de eventuais efeitos, perversos ou não, da ordem social e do processo interpretativo da lei, é necessário o estudo da estruturação dos direitos humanos femininos, para que se possa mensurar quantas são as camadas que compõem esse processo.

Os historiadores vêm observando a tendência a relegar a mulher ao espaço privado, datando esse movimento do final do século XVIII. Com a Revolução Francesa, houve o impulso da evolução nas relações entre os homens e as mulheres e na concepção de família, e os perigos da inversão de uma ordem “natural” dos papéis (FARIAS, 1998).

E é no século XIX que as mulheres são enclausuradas na esfera privada, de uma forma bem mais acentuada, pois os gêneros eram diferenciados por natureza, e a mulher, considerada muito frágil, devendo ser protegida do mundo público, sendo assim convertida no símbolo do privado. É no privado que ela cumpre seus deveres familiares, e no qual cuida do marido e dos filhos, constituindo o centro da família.

Rose Marie Muraro, que no início dos anos 80 (1980 e anos que se seguiram) se dedicou a estudar as preocupações das mulheres brasileiras daquela época, escreveu uma obra sobre o corpo e a sexualidade, após colher respostas dadas a um questionário padrão, em regiões diferentes e em “classes sociais” diferentes – burguesia, campesinato e operariado –, indicando que em todas as culturas, desde as mais primitivas, o poder está com quem estiver com o controle da reprodução, e que o sexo se encontra na articulação dos dois eixos da vida humana.

Esse corpo preso, conclui a escritora, somente é liberado pela luta social que passa pela crítica radical, a partir do desejo, visitando-se as lutas específicas (negros, homossexuais, associações de moradores, por exemplo), de forma a promover novos padrões de comportamento, dando-se ao corpo a sua inteireza e desmascarando o jogo da sociedade burguesa (MURARO, 1983).

A esta altura, para acentuar a diferenciação entre os corpos masculino e feminino, a questão foi levada ao nível da divisão por temperamento, “comparando o modo como dramatizaram a diferença de sexo, é possível perceber melhor que elementos são construções sociais, originariamente irrelevantes aos fatos biológicos do gênero de sexo” (MEAD, 2000, p. 23).

O capitalismo, então, não tinha lugar para o corpo e para a percepção das características da mulher em si, como alguém que pudesse se encaixar em suas exigências externalizadas, mas não podia abrir mão de tê-la em sua base, trabalhando internamente, em sua estruturação.

3 A LIBERTAÇÃO DO CORPO E A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS FEMININOS, BERÇO DA CIDADANIA FEMININA

A busca pela libertação do corpo enclausurado é a consequência lógica do próprio aprisionamento. E a construção dos direitos, tijolo a tijolo, é a forma de procurar modificar o estado bestial dedicado pelas leis à mulher.

Como visto, foi na Revolução Francesa, no século XVIII, que as mulheres começaram a ser vistas como "sujeitos" para o Direito.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, bem como a não editada Declaração dos Direitos da Mulher e da Cidadã de 1791, são exemplos de que a visão sobre a mulher enquanto “sujeito” para a lei começou a passar por uma transformação.

Igualmente se deve comentar o pioneirismo de Mary Wollstonecraft, que, na Inglaterra, redigiu, em 1792, o “*Vindication of the Rights of Women*”, e, dessarte, estabelecer a relação de inspiração e tratamento das ideias dessas mulheres por autoras brasileiras.

Os direitos humanos têm as características de ser universais, indivisíveis e interdependentes de todos os ramos do Direito, com foco na garantia das condições materiais indispensáveis à vida humana digna (RAMOS, 2018).

Já no século XX, os direitos humanos são afinados com a dignidade da pessoa humana, superando as críticas utilitaristas por se aceitar a

necessidade de associação da liberdade e autonomia individuais com o bem comum (MONTEBELLO, 2000).

O inegável marco do processo de proteção internacional dos direitos humanos é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada em 1948, definindo o rol de direitos e liberdades fundamentais, havendo uma evolução do homem genérico para o individualizado, gerando a necessidade de proteção diferenciada para a mulher, o idoso, a criança, o deficiente, a vítima de tortura, a vítima de discriminação racial.

Por influência desses propósitos relidos, no panorama dos direitos humanos, que são naturalmente internacionais, começou-se a construção dos direitos humanos femininos, pois, já em 1979, foi adotada pela Resolução nº 34/180 da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, motivada pela existência de atos discriminatórios contra a mulher.

Há, também, o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, que tem a competência para receber e considerar as comunicações apresentadas por indivíduo ou determinado grupo que seja vítima de qualquer violação de direito estabelecido na Convenção citada.

Outro documento importante é a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (“Convenção de Belém do Pará”), que data de 1994, pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, em decorrência do quadro de grande violência contra as mulheres existente na América.

Tendo em mente todo esse histórico, fato é que, na busca de conquistas de uma maior gama de direitos e de ampliação do seu papel social, as mulheres, ao longo da história, organizaram-se e buscaram se posicionar em diversos ramos da vida, tanto pública, como privada. Assim o **Feminismo** é um conceito que surge no século XIX e se desenvolveu como movimento filosófico, social e político. Sua principal característica é a luta pela igualdade de gêneros (homens e mulheres) e conseqüentemente pela participação da mulher na sociedade, diante do patriarcalismo que alicerça o capitalismo.

No que toca ao feminismo relativo aos países da América Latina, da África e da Ásia, que sofreram o processo de colonização, e de descoberta de uma identidade, diante das informações advindas dos países colonizadores, não se pode perder de vista o fato de que:

Na academia, a influência da produção intelectual francesa marcou o século 20. Nos últimos 50 anos, a ela mesclou-se a produção acadêmica proveniente de norte-americanos – nativos ou que trabalham nas universidades do país. No campo teórico feminista, essas duas correntes de influências são notáveis (citam-se Chombar de Lauwe, Perrot, Schulmann, Friedan, Sen, Scott, Hooks, Butler, etc.). (BLAY, 2021)

É sobre essa construção que o tópico a seguir é dedicado.

4 A CONSTRUÇÃO DO FEMINISMO

Tem sido o Feminismo um grande questionador do conjunto de valores que permeiam a sociedade em relação às mulheres, porque inclui a luta por uma sociedade baseada nos princípios da equidade, da autonomia, da participação, do acesso e da permanência das mulheres nos espaços institucionais de poder, na luta pela conscientização de que os corpos não são objetos públicos e, portanto, merecem ser respeitados. De forma geral, a existência de uma sociedade livre e democrática para todas e todos.

Em sua formação dois importantes eventos históricos são de citação obrigatória: o Iluminismo e as revoluções norte-americana e francesa. E são identificadas basicamente três “ondas”, podendo se falar em uma quarta, na segunda década do Século XXI.

A primeira é representada por mulheres brancas, de classe média, com acesso à educação que exigiam direito ao voto, e vai até, mais ou menos, 1920. A segunda floresceu nos anos 1960, e visava à diminuição de desigualdades, após a Segunda Guerra Mundial, relacionadas a trabalho, à família, à democratização do tratamento de questões sexuais, se identificando com o “Movimento de Libertação das Mulheres”. A terceira onda, a seu turno, após um enfraquecimento das questões por conta do conservadorismo

e sectarismo, surge com o feminismo negro e suas particularidades (MANGAN, 2019).

Koa Beck argumenta que o feminismo se tornou oficialmente branco e que as negras foram impedidas de participar. Esse feminismo branco que ela narra (BECK, 2021) virou uma “marca”, nos dizeres da autora, pois, depois de anos visto como radical e militante, de repente ele estava na moda, usado por cantoras e atrizes em apresentação e em suas plataformas (anos 2000), nos Estados Unidos. Esse feminismo, atualmente, parece estar passando por uma mudança, na qual se para de reconhecer privilégios e de lutar por visibilidade.

Parece bem adequado, para arremate, o raciocínio de Eva Alterman Blay no sentido de que “Priorizar a luta contra o capitalismo é ignorar as lutas feministas específicas ou, como ocorreu na primeira metade do século 20, colocar a luta feminista numa posição subalterna à luta geral contra o capitalismo” (BLAY, 2021).

Relevante se pensar que o feminismo não tem um início, um meio ou um fim, pois as demandas ainda estão em pauta, mudando-se apenas a época e os anseios, sendo que mais modernamente se deve tratar de proteção contra violência doméstica, por exemplo, não há que se concluir ser mais cabível um feminismo radical transexcludente ou um lesbianismo político como identidade política, pois, umas, menos, e outras, mais, viveram algum tipo de impasse por conta de uma vulnerabilidade inerente ao gênero feminino, pois as ideias de costumes e *status* antigos ainda apresentam nuances muito fortes. Também não se pode mais avançar sobre as lentes da heterossexualidade compulsória (Adrienne Rich, com citação fundamental em 1980), pois é ela a garantia da perpetuação do patriarcado.

O feminismo negro em si é assunto bastante denso, é bandeira no sentido de que:

Mulheres negras não são animais raros para ser consideradas exóticas. Somos, aliás, a maioria das mulheres no Brasil. Referir-se a um grupo dessa forma é se colocar como superior. Sabia que durante muito tempo negros e negras foram expostos em zoológicos humanos baseados nessa crença? Trate os negros e as negras com naturalidade, e não com condescendência. (RIBEIRO, 2018)

O feminismo afro-latino-americano (GONZALES, 2020) é dito assim, pois a questão do racismo é basicamente uníssona na América Latina, sendo certo que o sexismo e o racismo partem de diferenças biológicas para se estabelecerem como ideologias de dominação, e o feminismo por estas nossas bandas não se pode olvidar de tal fato, até mesmo porque as sociedades latino-americanas foram estruturadas de maneira irremediavelmente hierarquizada, com muitas camadas sociais diferentes e complementares. Nas palavras de Lélia Gonzalez: “herdeiras históricas das ideologias da classificação social – racial e sexual”. Nos anos 1980, esse feminismo mais integrativo se ampliou, ocorrendo o “II Encuentro del Taller de Mujeres de las Américas”, na Cidade do Panamá, oportunidade na qual muitas barreiras foram quebradas.

Em tempos de positividade sexual e interseccionalidade, novas ondas chegam, para se entender que, além da luta pela igualdade de gênero e pela verificação das raízes da opressão, a luta não acabou, pois ainda há dilemas de gênero, classe e sexualidade para serem resolvidos. Nesse sentido, Judith Butler trouxe a ideia do gênero performático e da impulsão da teoria *queer*, ao afirmar que todo mundo tem um conjunto de pressuposições sobre o que é gênero e sobre o que não é; e o que é ser mulher. Há problemas ainda bem em voga: mulheres em zonas de violência extrema; violência obstétrica; dificuldades de mulheres deficientes; propagação de cultura *raunch*, quando mulheres contribuem para a objetificação das outras; desenvolvimento adequado do feminismo trans; disparidades de salários e de condições de trabalho.

A mulher, hoje, precisa se colocar no contexto do pós-estruturalismo e aproveitar a oportunidade de falar. O que se deve proteger é o conteúdo desse falar, para que não se inicie uma banalização desse *flash* que está sobre seus ombros, produzindo um sem-fim de leis e criando jurisprudência protecionista em nível de desrespeito à igualdade material e formal, originando, como um todo, a legislação álibi.

5 O FEMINISMO NO BRASIL

Pondera-se (MURARO, 1983) que os movimentos feministas organizados no Brasil tiveram o patrocínio direto das Nações Unidas, e, em 1975, foi fundado o Centro da Mulher Brasileira, no Rio de Janeiro, e o Centro de Desenvolvimento da Mulher Paulista, inaugurando a dicotomia do feminismo/lutas gerais no país, que, segundo ela, estaria aberta até os dias atuais.

Nos anos 1960-1970 houve a disseminação de “grupos de reflexão”, de conscientização das questões relativas às mulheres, com leituras de Friedich Engels, Simone de Beauvoir (“não se nasce mulher, torna-se mulher”), Betty Friedan (polêmica em torno do mito da heroína doméstica) e Kate Millet (sexo como categoria política legítima) (HOLLANDA, 2019).

Um marco dessa época é o seminário da Associação Brasileira de Imprensa (ABI) em 1975, que demonstrou o pioneirismo dos estudos sobre o tema.

As pesquisadoras feministas do Brasil, no contraponto dos estudos internacionais, privilegiaram uma pauta mais afinada com o discurso de esquerda, o que teria sido a fase do “feminismo bem comportado”. Outras advogam no sentido de que o feminismo acadêmico é anterior ao ativismo feminista no Brasil.

Outro ponto forte do feminismo no Brasil é a Fundação Carlos Chagas, pois estimulou a pesquisa na área, sobretudo no campo da Antropologia, Sociologia e Ciência Política. Ainda há de se citar o Grupo Ceres que, em 1981, produziu obra referente a falas de mulheres sobre seus corpos e sexualidade.

Acompanhando a terceira onda, 1990-2000, no Brasil, ressalta-se o ativismo jovem na internet e nas ruas, e também academicamente, coadunado com o senso de “lugar de fala” e de autorrepresentação dos segmentos feministas.

O Brasil está no rumo de um feminismo decolonial, em que se pode falar de direitos humanos de concepção amefricana (HOLLANDA, 2020), no qual se transforma uma crítica da opressão de gênero em uma mudança que

envolve entendimento histórico, humano, subjetivo/intersubjetivo dessa relação, cabendo a análise da contrassexualidade, “crítica da diferença de gênero e de sexo, produto do contrato social heterocentrado cujas performatividades normativas foram inscritas nos corpos como verdades biológicas.”

Há uma transversalidade de gênero no feminismo que pode explicar melhor esses fenômenos que vão aparecendo nos estudos:

E, no entanto, gênero permanece sendo uma das dimensões mais relevantes da vida social. A transversalidade de gênero às áreas estabelecidas da sociologia se manifesta de diversas maneiras: o feminismo marxista, por exemplo, permitiu repensar o campo de estudos da sociologia do trabalho (...). (DAFLON, 2021)

E, mais recentemente, o feminismo no Brasil foi resumido (BLAY, 2021) como detentor de:

(...) movimento feminista para romper o poder machista sobre o corpo das mulheres especialmente no campo dos direitos reprodutivos. O exemplo mais sensível deste poder misógino e patriarcal pode ser visto na ação da Câmara, do Senado e do Executivo. Uma composição majoritariamente masculina somada a um grupo de parlamentares mulheres conservadoras (...).

Aponta-se que, em verdade, o momento é de luta por mais mulheres chefiando empresas sem que o capitalismo seja propriamente desafiado, o que se aplica à política atual do Brasil, em que há predominância de líderes masculinos, brancos e proprietários (BIROLI, 2018), o que não ocorre sem embate dentro da própria teoria feminista. Além disso, aponta a autora que há um neoconservadorismo na América Latina, que se caracteriza por “uma maquinaria legal conservadora, composta por hierarquias católicas e evangélicas, advogados confessionais e políticos cristãos”, que utilizam, ainda, argumentos de defesa da vida, da família e da liberdade religiosa como valores universais para espriar o ativismo neoconservador, ficando o Direito como arena.

6 PENSAMENTO ANTIFEMINISTA NO BRASIL

Ana Caroline Campagnolo é deputada estadual desde 01/02/19; professora e historiadora brasileira; filiada ao Partido Social Liberal; e é autora de livros com temática antifeministas, levando os argumentos que desabrochou na feitura das obras para a casa legislativa, defendendo que não há necessidade de aprovação de leis que tenham cunho de aplicação específica para a mulher. Prefere defender que as leis devem tratar do indivíduo, do cidadão.

Em sua obra “Guia de Bolso contra Mentiras Feministas”, assevera que o sistema atual, em verdade não oprime a mulher, mas sim a resguarda, com privilégios (CAMPAGNOLO, 2021, p. 17), tais como dispensa de ir à guerra, ser menos afetada por crimes violentos. Informa também que não é verossímil a tese de que as mulheres foram infelizes ao longo da história, pois, podiam sim governar, liderar ou se destacar, citando Cleópatra, Rainha Elizabeth, entre outras. Questiona, de outra forma, a premissa de que as mulheres não podiam estudar e votar, citando, novamente, ícones históricos, principalmente o fato de que Olympe de Gouges lutou por direitos políticos em face de outra mulher, a Rainha Maria Antonieta.

Cita também que as mulheres podiam sim trabalhar antes do feminismo, citando também fatos históricos e pondera que as mulheres ganham menos que os homens em contexto de que, historicamente, eles sempre trabalharam mais horas/tempo. Na mesma linha, cita que o casamento não é opressor tal qual colocado pelo feminismo já que o monogâmico traz benefícios para os que o contraem, com base em pesquisas.

Pela mesma editora dos livros da deputada, está publicado o “Manual Politicamente Incorreto do Feminismo”, de Carrie Lukas (2020), que segue a mesma lógica de que as pessoas atuantes do feminismo não querem que a população saiba que há pesquisas que mostram que as mulheres ainda tendem a preferir que os homens consigam ganhar o pão e sustentar a casa, protegendo-as fisicamente; que adolescentes são conservadoras em seu íntimo; que crianças de pais separados são mais propensas ao desenvolvimento de patologias e apresentação de comportamentos

antissociais; que muitas mulheres trabalham fora somente por conta de condição financeira desfavorável. Argumenta que homens não são inimigos e que todos, em verdade, são vítimas de violência.

Na obra “Feminismo: perversão e subversão” (CAMPAGNOLO, 2019, p. 311.), cuja capa tem uma figura feminina segurando uma bandeja com a cabeça de um homem, como a servi-la tal qual uma refeição, Ana Caroline Campagnolo argumenta que a proposta feminista para as mulheres vem de Mary Wolstonecraft e de Simone de Beauvoir, duas mulheres que tiveram suas vidas amorosas marcadas pelo fracasso e dependência emocional, permeadas por tentativas de suicídio. Conclui que o movimento ignora as consequências de suas próprias ideias, que é pregar para a mulher que ela pode ter a vida que quiser e que seu estabelecimento efetivo tornará todas as mulheres livres e donas de si.

Destaca a autora que, em verdade, o movimento feminista deveria ter sido denominado como “Revolução Sexual”, e que se foca no desejo de barbarizar com o que já foi construído, a duras penas, pela civilização, propondo o “orangotangamento” das relações humanas, lançando ao homem todas as culpas que permeiam a existência da mulher, utilizando-se da educação e dos canais de informação e formação de opinião para tanto.

Helena Hirata (2009, p. 82) professora que:

Opõe-se, frequentemente, ao caráter intencional da educação – que realiza um ou vários projetos – e da socialização – que funcionaria mais por osmose – no conjunto das interações sociais. Um dos problemas suscitados é, então, o modo de compartilhamento e os sistemas de relações entre as diferentes instâncias de socialização, como a escola, a família, o grupo de pares, as mídias, os meios profissionais etc.

Hirata, ao final, se pergunta: “Além disso, há o debate sobre o papel próprio da escola em relação ao da família ou ainda das estruturas profissionais: a escola é um fator de emancipação ou de manutenção das relações de dominação?”

A escola é um palco importante para a fala e para a formação de pessoas, demonstrando o que uma sociedade, em dado momento, pensa e

quer adotar para si como base, como princípio, como norte. Por isso, o discurso antifeminista a considera uma aliada tão importante. Tal assunto está na pauta do momento no país.

Mas deve-se ponderar que o antifeminismo não é um fenômeno recente, e remonta ao século XIX, ainda quando do surgimento das primeiras expressões do feminismo (VASCONCELOS, 2019, p. 98), existindo uma nova onda antifeminista conservadora no Brasil, que reproduz outros momentos anteriores como o da palestra proferida por Raquel Soihet no seminário internacional “Leituras da modernidade: pluralismo, feminismo e história”, na FCL/UNESP/Ar, em 2006.

O Jornal O Pasquim, de 1969, enveredou-se por trilhas antifeministas, ao se colocar, diante do teor de suas críticas a modelos sociais mais rígidos, contraditoriamente, contra as mulheres que reivindicavam direitos, satirizando as feministas como mulheres “viragos, pesadas como elefantes, perigosas, feias [...]” (VASCONCELOS, 2019, p. 98).

Daniela Thomas, intelectual e artista, foi, de igual sorte, na década de 1980, pessoa que se insurgiu em face do feminismo, pois questionava o fato de que as feministas falavam por todas as mulheres quando, em verdade, muitas mulheres poderiam não pensar igual a elas.

Córa Ronai, na mesma linha, foi outra mulher insurgente contra o feminismo, e, tal como Daniela Thomas, problematizava o fato de feministas falarem por ela ou pelas mulheres em geral; ironizava a situação, dizendo que não havia passado essa procuração para as feministas.

No Brasil, há ainda movimentos de dentro de círculos religiosos e políticos mais tradicionalistas, que empregam o empoderamento feminino como fenômeno que possa arruinar a própria estrutura social.

No entanto, o contexto atual do país é marcado pela urgência dos movimentos sociais:

[...] contextos de naturalização e banalização da violência, contextos nos quais o estupro é justificável (para grupos conservadores que apregoam ideias de que o estupro tem relação com a roupa da mulher), [...] em que a violência é

festejada e publicada em redes sociais. (VASCONCELOS, 2019, p. 97)

Feministas, ou não, a levarem a cabo as discussões que envolvem os direitos da mulher, devem somente se focar em produção de leis e adoção de políticas públicas efetivas e que possam, de fato, auxiliar a população quando passa ela por essas agruras citadas.

7 CONCLUSÃO

Partiu-se do estudo do corpo enclausurado para se entender a dinâmica da prisão do corpo feminino, e quanto de apagamento de direitos isso envolveu. A retomada do caminho para o trabalho, o estudo, o espaço político, o divórcio, e à voz em si demandou que a trilha seguisse pela ampliação e releitura dos direitos humanos e fundamentais, que se internacionalizaram mais após os horrores da Segunda Guerra Mundial e, daí, toda minoria – leia-se, quem apresenta certo tipo de vulnerabilidade – interessou para os organismos internacionais e foram pinçados para receber proteção específica.

Esse movimento animou os países, dentre eles, o Brasil, a melhorar a sua legislação e sua diretriz de políticas públicas para o atendimento ao maior número de pessoas que se encontrem atravessando alguma dificuldade. Mas a indagação que fica é que esse cuidado necessário se converte em algo panfletário, produzindo novas formas de dominação, ao fim e ao cabo, mormente quando as opções passam a ser decantadas pelos meios de comunicação e pelas escolas.

A produção das leis sobre direitos femininos, se excessiva e desordenada, é destinada apenas à pacificação dos ânimos da população diante de algum fato notório, tornando-se o que se chama de legislação álibi, que pouca ou nenhuma eficiência terá.

Mas é certo que os argumentos antifeministas também não brecam a possibilidade de fazimento de leis de forma desordenada e vazia, pois, em contrário, as ideias se mostram muito arraigadas ao passado, não se

encaixando no fato de que a sociedade evolui, e essa evolução deve ser acompanhada e festejada.

REFERÊNCIAS

CANADIAN INTERNATIONAL DEVELOPMENT AGENCY (CIDA). *CIDA's police on gender equality*. Quebec, 1999. Disponível em: www.sice.oas.org/genderandtrade. Acesso em: 03 jan. 2022.

CARVALHO, Marília Pinto de. Gênero e trabalho docente: em busca de um referencial teórico. São Paulo: Fundação Carlos Chagas, 1998. In: “*Gênero e Políticas Públicas*”. FARAH, Marta Ferreira Santos. *Estudos sobre Feminismo*, V. 1. Florianópolis, 2006.

COUNCIL OF EUROPE. What is gender mainstreaming. *Strasbourg Cedex*, 2021. Disponível em: www.coe.int/en/web/genderequality. Acesso em: 14 dez. 2021.

DRAIBE, Sonia Miriam. Metodologia de análise de programas sociais. NEEP-UNICAMP, 1991. In: “*Gênero e Políticas Públicas*”. FARAH, Marta Ferreira Santos. *Estudos sobre Feminismo*, V. 1. Florianópolis, 2006.

FARAH, Marta Ferreira Santos. *Incorporação da questão de gênero pelas políticas públicas na esfera local de governo*. São Paulo. FGV-EAESP, 1998.

NETHERLANDS DEVELOPMENT ORGANIZATION (SNV). Gender Mainstreaming in Value Chain Development. *The Hague*, 2010. Disponível em: www.fao.org. Acesso em: 15 dez. 2021.

REIS, Elisa Pereira. Política e políticas públicas na transição democrática. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. In: “*Gênero e Políticas Públicas*”. FARAH, Marta Ferreira Santos. *Estudos sobre Feminismo*, V. 1. Florianópolis, 2006.

THE ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Gender equality in public sector employment. In: “*Government at a glance, OECD*”. Paris, 2019. Disponível em: www.oecd.org. Acesso em: 05 jan. 2022.

THE WORLD BANK. *Toward Gender Equality: the role of public policy*. Washington, DC, 1997. Disponível em: www.worldbank.org. Acesso em: 09 dez. 2021.

UNITED NATIONS POPULATION FUND (UNFPA). *Gender Equality*. United Nations, 2021. Disponível em: www.unfpa.org. Acesso em: 23 dez. 2021.

WESTERBERG, Ulf. Gender equality in public services. *Swedish Government Official Reports*. Stockholm, 2007. Disponível em: www.fritzes.se. Acesso em: 06 dez. 2021.

O papel da vítima no processo penal comum e militar brasileiro

Priscila Goulart Garrastazu Xavier
Analista Judiciária da Justiça Federal.

Data de recebimento: 24/01/2022

Data de aceitação: 27/01/2022

RESUMO: O processo penal, durante um longo tempo, pautou seu foco na figura do réu e na sua ressocialização, deixando de voltar um olhar mais atento às vítimas dos processos, o que repercute ainda em condenações do Brasil, na esfera internacional, por violação de direitos humanos. Nesse contexto, o presente artigo objetiva estudar o papel da vítima no processo penal, a fim de destacar a importância de sua atuação para um processo eficiente com o equilíbrio das duas faces do princípio da proporcionalidade: a vedação do excesso e a vedação à proteção deficiente.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Processual Penal. Direito Processual Penal Militar. Direitos Humanos. Vítima. Ofendido.

ENGLISH

TITLE: The Role of the Victim in the Brazilian Common and Military Criminal Procedure.

ABSTRACT: The criminal process, for a long time, focused on the figure of the defendant and on his resocialization, failing to take a closer look at the victims of the processes, which still has repercussions on Brazilian convictions, in the international sphere, for violation of human rights. In this context, this article aims to study the role of victims in criminal proceedings, in order to highlight the importance of their performance for an efficient process with the balance of the two sides of the principle of proportionality: the prohibition of excess and the prohibition of deficient protection.

KEYWORDS: Criminal Procedural Law. Military Criminal Procedural Law. Human Rights. Victim. Offended.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Conceito de vítima – 3 Antecedentes históricos e vitimologia – 4 A vítima e a proteção dos direitos humanos – 5 A participação e os direitos da vítima no processo penal brasileiro – 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O papel da vítima em relação ao crime passou por alterações ao longo do tempo, ocupando desde uma posição de protagonismo, com o exercício da vingança privada, como de total esquecimento e marginalização, com o exercício estatal do direito de punir, buscando, atualmente, ocupar seu espaço na formação de um processo justo e efetivo.

O objetivo do presente artigo é analisar a legislação penal processual comum e militar a fim de se identificarem as previsões legais que permitem a participação do ofendido no processo penal, bem como alguns avanços da legislação no reconhecimento de direitos às vítimas dos delitos.

A fim de alcançar o objetivo pretendido, o presente artigo inicia estabelecendo um conceito de vítima e faz uma digressão para tratar dos antecedentes históricos, passando por questões referentes à vitimologia e as formas de vitimização. Em seguida, aborda-se a questão da vítima na perspectiva do sistema internacional de direitos humanos, para, então, ingressar na análise da legislação penal e identificar a posição da vítima no processo penal. Por fim, conclui-se fazendo uma síntese do abordado com destaque para a importância da participação e do respeito à vítima no processo penal.

2 CONCEITO DE VÍTIMA

A vítima, em regra, é o sujeito passivo da infração penal, ou seja, quem sofre as consequências da prática delitiva, podendo ser pessoa física ou jurídica, inclusive a coletividade.

Segundo Ribeiro (2001, p. 31), o termo vítima tem origem no latim “victima” e “victus”, que corresponde àquele que foi vencido ou derrotado, sacrificado, morto, abatido, ferido por outro. O conceito avançou, posteriormente, para incluir todo o ser humano que sofre algum prejuízo.

No plano internacional, interessante trazer à tona o conceito de vítima presente na *Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder* e adotado na Resolução nº 40/34, em 1985, da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU):

A. Vítimas da criminalidade

1. Entendem-se por "vítimas" as pessoas que, individual ou coletivamente tenham sofrido um prejuízo, nomeadamente um atentado à sua integridade física e um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais, como consequência de atos ou de omissões violadores das leis vigor num Estado membro, incluindo as que proíbem o abuso de poder.

2. Uma pessoa pode ser considerada como "vítima", no quadro da Declaração, quer o autor seja ou não identificado, preso, processado ou declarado culpado, e qualquer que sejam os laços de parentesco deste com a vítima. O termo vítima inclui, conforme o caso, a família próxima ou as pessoas a cargo da vítima e as pessoas que tenham sofrido um prejuízo ao intervirem para prestar assistência às vítimas em situação de carência ou para impedir a vitimização.

Como se verifica, o conceito de vítima é mais abrangente do que simplesmente o de sujeito passivo do delito, em especial, nos casos em que o delito é afastado, por exemplo, por uma causa de excludente de ilicitude ou culpabilidade, persistindo a figura daquele que sofreu ou foi exposto a algum tipo de dano.

Digno de destaque é o fato de o conceito de vítima, adotado no plano internacional, abarcar não só a vítima direta, mas também as pessoas

que tenham sido atingidas de alguma forma com o dano causado, ainda que reflexamente, como os familiares das vítimas.

3 ANTECEDENTES HISTÓRICOS E VITIMOLOGIA

O foco sobre a vítima do delito passou por alterações ao longo do tempo, desde uma posição de protagonismo até um total esquecimento, tentando, atualmente, retomar sua posição de destaque no sistema processual penal, ao lado do desenvolvimento da vitimologia que contribui para esse giro de protagonismo, uma vez que se trata da ciência dedicada ao estudo das vítimas.

Segundo Viana (2017, p. 152), a vítima no cenário do crime passa por três fases: (a) idade de ouro, que reflete o protagonismo da vítima pela vingança privada; (b) a neutralização com a marginalização da vítima do conflito do delito; e (c) o redescobrimento da figura da vítima, com retorno ao seu papel principal, em razão do avanço do estudo da vitimologia.

A “idade de ouro” compreende o período dos primórdios da humanidade até a Idade Média, período em que vigorou a vingança privada, a qual não possuía limites, até o advento da Lei do Talião, presente no Código de Hamurabi. Em momento posterior, ainda durante a Idade Média, houve uma institucionalização da vingança até então privada, que passa a ser exercida exclusivamente pelo Estado, detentor do “jus puniendi” (direito de punir), o que relega a vítima a um segundo plano (REZENDE, 2021). A vingança deixa de ser privada e passa a ser pública, dando início à fase de neutralização.

Na fase de neutralização, a vítima é esquecida e abandonada, diante da focalização no delito e no delinquente, bem como da necessidade de aplicação da lei penal de forma imparcial e isenta de paixões, afastando-se a vítima do processo penal, o que repercutiu em um ambiente de indiferença e insensibilidade em relação à figura do ofendido, restringindo-se a relação entre Estado, detentor do direito de punir, e o infrator, onde a vítima tem um papel apenas de relatar o ocorrido.

É com o fim da Segunda Guerra Mundial que tem início a fase de reencontro. Segundo Viana (2017, p. 155) o movimento de revitalização da vítima tem início na década de 40 do século XX e seria impulsionado por duas vertentes:

- a) **político-social**: penso que a **macrovitimização** gerada pela Segunda Guerra Mundial, o fenômeno da pulverização espacial da criminalidade e, ainda, a criação de associações na defesa de interesses coletivos, especialmente no que tange ao direito estadunidense, formam o cenário para esta nova fase do processo evolutivo do movimento vitimológico.
- b) **acadêmica**: a série de simpósios internacionais sobre Vitimologia ocorrida a partir de 1973, culminando com o simpósio ocorrido em Bellagio, na Itália, em 1975; a publicação científica internacional da Editora Visage Press, em Washington D. C., dedicada exclusivamente à Vitimologia; e, finalmente, em 1980, o advento da Sociedade Internacional de Vitimologia. [grifos originais]

O estudo da vitimologia, em sua gênese, remete a uma ideia de contribuição da vítima na causação do delito, o que tem como consequência, em abordagens mais radicais, um processo de revitimização (vitimologia clássica ou convencional). Um reflexo dessa marginalização da vítima pode ser inferido na Exposição de Motivos do Código Penal de 1940, em seu item 50, ao tratar da dosimetria da pena:

50. As diretrizes para a fixação da pena estão relacionadas no artigo 59, segundo o critério da legislação em vigor, tecnicamente aprimorado e necessariamente adaptado ao novo elenco de penas. Preferiu o Projeto a expressão "culpabilidade" em lugar de "intensidade do dolo ou grau de culpa", visto que graduável é a censura, cujo índice, maior ou menor, incide na quantidade da pena. fez-se referência expressa ao comportamento da vítima, erigido, muitas vezes, em fator criminógeno, por constituir-se em provação ou estímulo à conduta criminosa, como, entre outras modalidades, **o pouco recato da vítima nos crimes contra os costumes**. [grifou-se]

Nesse sentido, a revitimização tem forte repercussão nos crimes contra a liberdade sexual, o que pode ser verificado pela utilização do odioso termo “mulher honesta”, elemento normativo exigido para tipificação de certos delitos, que só foi retirado do Código Penal comum com a Lei 11.106/2005, permanecendo presente, talvez por esquecimento do legislador,

no delito de rapto, previsto no art. 407 do Código Penal Militar de 1969, em tempo de guerra.

O giro de compreensão do assunto é trazido com as novas perspectivas vitimológicas, as quais podem ser chamadas de modelo solidarista ou humanitário, momento em que se passa a tentar minimizar o processo de revitimização, solidarizando-se com o trauma causado pelo crime e reconhecendo-se os direitos e garantias fundamentais da vítima (VIANA, 2017, p. 158-159).

Nesse contexto, é importante diferenciar vitimização primária, secundária e terciária. Segundo as 100 Regras de Brasília, que tratam do acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade, elaboradas por um Grupo de Trabalho constituído na Conferência Judicial Ibero-americana e aprovadas pela XIV Conferência Judicial Ibero-americana, em Brasília, nos dias 4 a 6 de março de 2008, a vitimização primária se refere aos efeitos negativos do delito, ou seja, os efeitos diretos e imediatos sofridos pela vítima, enquanto que a vitimização secundária é o incremento do dano pelo contato com o sistema de justiça, ou seja, é a gerada pelos agentes estatais. Por fim, a vitimização terciária é a sofrida no meio social, gerada pelo preconceito em relação à vítima, como consequência das anteriores.

Assim, o grau de vitimização mais relacionado com o Direito Processual Penal é a vitimização secundária que deve ser objeto de combate no nosso sistema de justiça.

4 A VÍTIMA E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O Direito Internacional dos Direitos Humanos tem como foco a proteção da pessoa, elencando uma série de direitos e garantias a ela atribuídos, o que inclui tanto o sujeito submetido à persecução penal em razão da prática delitiva como a vítima do delito.

Há muito se afirma que os direitos humanos (estipulados na ordem internacional) e os direitos fundamentais (previstos no ordenamento jurídico interno) não são absolutos, devendo haver uma harmonização, ponderação, toda a vez que houver conflito entre eles.

Se existe um direito do acusado a um devido processo legal, com garantia de ampla defesa e contraditório, proibindo o excesso do poder de punir do Estado, em uma faceta negativa de atuação, de outro lado, há direitos tutelados pela vítima a obter uma prestação jurisdicional justa e efetiva, em prazo razoável, dentro dos parâmetros estabelecidos pelo ordenamento jurídico, apontando-se para um agir do Estado em face do dever de investigar, processar, julgar e punir aqueles que praticam crimes, sob pena de incorrer em uma proteção deficiente, diante do dever de proteger do Estado que demanda atuação positiva por parte deste, garantido que o processo seja apto a assegurar eventual punição ao autor do delito.

Com isso, não há dúvida da necessidade de haver um equilíbrio entre ambos os polos, não devendo a vítima ser vista como um perigo à inobservância dos direitos titulados pelo agente do delito, mas sim como um personagem importante na construção do processo, diante da inexistência de óbice na compatibilização de todos os direitos, aplicando-se o princípio da proporcionalidade.

Nessa trilha, a impunidade corresponde ao descumprimento do dever do Estado de garantir aos seus jurisdicionados o exercício livre e pleno de seus direitos e a participação da vítima no processo é um direito já reconhecido por diversas vezes pela Corte Interamericana de Direitos Humanos como presente no artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos, com o fim de evitar a impunidade e para confirmar seu direito de acesso à justiça e reparação, não necessariamente de cunho patrimonial (REZENDE, 2021, p. 75, 78 e 79).

No Brasil, verifica-se de forma latente a inobservância do dever do Estado de proteger diante das condenações impostas ao país pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sua maioria, por desacolhimento dos direitos das vítimas e não dos acusados. Nesse sentido, destaca Teles (2021, p. 99-100):

O Brasil já recebeu oito condenações na Corte Interamericana de Direitos Humanos por violações aos direitos das vítimas e não dos acusados! São oito condenações na CIDH porque o país não foi capaz de oferecer respostas adequadas e razoavelmente céleres à sociedade e às vítimas, bem como

não foi capaz de proteger essas pessoas da ação de criminosos: Caso Damião Ximenes Lopes, Caso Sétimo Garibaldi, Caso Escher, Caso Gomes Lund, Caso da Fazenda Brasil Verde, Caso Favela Nova Brasília, Caso do Povo Xucuru e Caso Herzog. Vale observar que os atos delituosos nem sempre foram perpetrados por agentes do Estado, mas a condenação decorreu da falha na prestação jurisdicional, inclusive pela morosidade ou inação estatal. Essa disfunção estatal, no caso da persecução penal, decorre de diversos fatores, entre eles um aparato recursal que supera o limite do razoável, a exigência do exaurimento de todos os graus de jurisdição para que haja execução da pena, a “explosão” dos índices de criminalidade e, em consequência, das ações penais, e medidas de política criminal que promovem a sensação de impunidade.

Recentemente, foi comunicada no sítio eletrônico da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) nova condenação do Brasil, no caso Márcia Barbosa dos Santos, em razão do uso indevido da imunidade parlamentar na investigação de um feminicídio, sendo o primeiro caso em que a Corte IDH analisou a imunidade parlamentar relacionada "*ao direito de acesso à justiça e a obrigação reforçada de investigar com devida diligência a morte violenta de uma mulher*", ressaltando a vedação de utilização do instituto como mecanismo de impunidade, bem como a forma discriminatória que foram conduzidos investigação e processo penal, em especial sob a perspectiva de gênero, relatando caso típico de vitimização secundária.

No plano interno, a Constituição Federal de 1988 trouxe previsão de proteção às vítimas em seu artigo 245 que estabelece: "A lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito." Ocorre que, apesar de existir o Projeto de Lei nº 3503, de 2004, em trâmite na Câmara de Deputados, o andamento do projeto possui uma única movimentação em 2015, o que evidencia certo desinteresse em regulamentar a matéria, mesmo após todas as condenações impostas ao Brasil.

Por outro lado, a recente divulgação na mídia de um trecho da audiência da "digital influencer" Mariana Ferrer, severamente constrangida na solenidade em que era ouvida na qualidade de vítima de suposto crime

contra a dignidade sexual, em que se verificou uma tentativa recorrente de atribuição de culpa à vítima do delito, em especial às mulheres vítimas de delitos sexuais, provocou um movimento do Poder Legislativo em aprovar a Lei nº 14.245, de 22 de novembro de 2021, batizada Lei Mariana Ferrer, que promove alterações no Código Penal comum e na Lei nº 9.099/05, para coibir a prática de atos atentatórios à dignidade da vítima e de testemunhas e para estabelecer a causa de aumento de pena no crime de coação no curso do processo. A referida alteração se mostra como importante resposta da sociedade a esse tipo de prática que deve ser combatida, mas também evidencia a necessidade de melhorias no sistema de justiça, que ainda nos tempos atuais, presencia, lamentavelmente, condutas de marginalização e desrespeito às vítimas.

Tais apontamentos demonstram a premente necessidade de uma mudança de postura do Brasil, em relação ao seu olhar sobre as vítimas dos delitos e uma reformulação do sistema de acesso à justiça, com uma postura mais ativa do Estado, a fim de implementar medidas com a profissionalização e orientação daqueles responsáveis por acolher as vítimas e investigar e julgar seus ofensores, bem com a efetivação de melhorias no sistema de justiça como um todo.

5 A PARTICIPAÇÃO E OS DIREITOS DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Em regra, a persecução penal tem início na fase pré-processual com a instauração do inquérito policial, que se trata de um procedimento administrativo que tem por escopo apurar a autoria e materialidade delitiva a fim de angariar elementos para formação da "opinio delicti" do titular da ação penal, tendo como principais características possuir caráter inquisitivo, ser sigiloso, oficioso, escrito e dispensável.

Tanto o artigo 5º, inciso II, do Código de Processo Penal comum (CPP), como o artigo 10, alínea "e", do Código de Processo Penal Militar (CPPM) preveem a possibilidade de o ofendido requerer a instauração do inquérito policial, além de sua oitiva ser uma das providências a serem

tomadas pela autoridade policial ou encarregado do inquérito (art. 6º, IV, do CPP e art. 13, alínea "e", do CPPM), ao lado da realização de exame de corpo de delito, se for o caso, e o reconhecimento de pessoas e coisas e acareações (art. 6º, VI e VII, CPP e art. 13, "e" e "f", CPPM). O CPPM, ainda, acrescenta na alínea "g" do art. 13 que o encarregado do inquérito policial militar deve tomar as medidas necessárias destinadas à proteção do ofendido, quando coacto ou ameaçado de coação que lhe tolha a liberdade de depor, ou a independência para a realização de perícias ou exames.

Nesse sentido, a Lei 9.807, de 1999, estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.

Em adição à Lei nº 13.344/2016, a qual dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas, acrescentou os artigos 13-A e 13-B ao CPP, trazendo importantes medidas investigativas que facilitem a localização das vítimas de tais delitos.

Nessa trilha, não se deve olvidar o atendimento diferenciado quanto se tratar de violência doméstica e familiar contra mulher trazidas pela Lei nº 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), bem como a previsão da escuta especializada (procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade) e depoimento especial (procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária) prevista na Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017, que estabeleceu um sistema de garantia de direitos de criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, além de ter alterado do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Da mesma forma, deve-se atentar para ampliação dos crimes militares trazida pela Lei nº 13.491/17, a qual possibilita que crimes previstos tanto no Código Penal comum como na lei penal extravagante possam ser

julgados na Justiça Militar, uma vez que preencham os requisitos do artigo 9º do Código Penal Militar (CPM), os chamados crimes militares por extensão ou crimes militares extravagantes. Ainda que se discuta a possibilidade de julgamento pela Justiça Militar da União dos casos envolvendo a Lei Maria da Penha, em razão de envolver relações restritas ao âmbito familiar, é plenamente possível que se verifique a prática de crime militar extravagante, em casos como tais, quando praticada a conduta por militar da ativa em face de outro militar da ativa do sexo feminino, diante da previsão do art. 9º, II, "a", CPM, o qual não trouxe qualquer outro requisito além do critério subjetivo.

Ademais, havendo medidas previstas na legislação processual penal comum e inexistente previsão no CPPM, o art. 3º, alínea "a", do Diploma Processual Castrense permite sua aplicação desde que não afronte a índole do processo penal militar, o que representa um importante instrumento diante do frequente esquecimento do legislador em atualizar a legislação castrense.

Ainda no âmbito pré-processual, o artigo 14 do CPP prevê a possibilidade de o ofendido, ou seu representante legal, requerer diligências, as quais não são obrigatórias, ficando a juízo da autoridade policial promovê-las ou não, além de poder formular quesitos e indicar assistente técnico, conforme art. 159, §3º, do CPP.

Quanto ao arquivamento do inquérito, a Lei nº 8.625/93, Lei Orgânica do Ministério Público, que dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências, em seu artigo 12, XI, prevê a possibilidade de o Colégio de Procuradores de Justiça rever a decisão de arquivamento de inquérito policial e peças de informação determinada pelo Procurador-Geral de Justiça, nos casos de sua atribuição, mediante requerimento de legítimo interessado (ofendido).

Já o artigo 28 do CPP, alterado pela Lei nº 13.964/2019, conhecida como Pacote Anticrime, previu a comunicação da vítima acerca do arquivamento e trouxe a possibilidade de esta, caso não concorde com o arquivamento do inquérito policial, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, contudo o dispositivo está com sua eficácia

suspensa pela Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.305 no Supremo Tribunal Federal, não possuindo correspondente no CPPM.

Nessa linha, o Pacote Anticrime também acrescentou o art. 28-A do CPP, o qual traz a figura do acordo de não persecução penal (ANPP), que pode ser oferecido até o recebimento da denúncia e traz como uma de suas condições a reparação do dano ou restituição de reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo, devendo ser comunicada sua homologação e descumprimento à vítima. Cabe registrar que o ANPP não é possível nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. O CPPM não trouxe tal previsão, havendo posição tanto a favor como contra sua aplicação na Justiça Militar, contudo o Superior Tribunal Militar (STM) já se manifestou pela não aplicação do instituto, em razão de se tratar de silêncio eloquente por parte do legislador, que acrescentou o art. 16-A ao CPPM, deixando de prever intencionalmente o benefício do ANPP para a Justiça Castrense, logo não há omissão e aplica-se o princípio da especialidade (Superior Tribunal Militar. Apelação nº 7000501-41.2020.7.00.0000. Relator: Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz. Data de julgamento: 15/10/2020, data de publicação: 17/12/2020).

O ofendido possui, ainda, a possibilidade de deflagração da persecução penal nos casos das ações penais privadas e autorização para a deflagração nas ações públicas condicionadas à representação, dentro do prazo de seis meses a contar do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, desde que a lei assim preveja tal possibilidade em relação ao delito, pois a regra é ser a ação penal pública incondicionada. Nesses casos, a vontade da vítima, de seu representante legal ou seu sucessor é determinante para a existência da persecução penal. Cabe consignar também a previsão da renúncia, do perdão e da perempção – esta última relacionada à negligência ou inércia da vítima –, os quais constituem causas extintivas da punibilidade do agente criminoso relacionadas ao ofendido.

Rezende (2021, p. 47) destaca que o exercício da ação é transferido à vítima quando for possível haver um constrangimento maior ao ofendido com a propositura da ação penal do que ver o autor do crime não ser punido.

Por outro lado, a ação penal militar é sempre pública, mas o Código Penal Militar (CPM) prevê no artigo 122 a necessidade de requisição do Ministro da Defesa, quando ao menos um dos agentes for militar; e do Ministro da Justiça, quando o agente for civil e não houver coautoria com militar para os delitos dos artigos 136 a 141 do CPM.

Ademais, diante da previsão constitucional no artigo 5º, inciso LIX, ainda que somente o CPP traga a possibilidade no seu artigo 29, torna-se possível, seja na Justiça Comum como na Militar, a ação penal privada subsidiária da pública, quando esgotados os prazos do Ministério Público para oferecimento da denúncia (art. 46 do CPP e art. 73 do CPPM), isso porque, ainda que o direito de punir pertença ao Estado, a sua efetivação interessa ao ofendido.

Com a deflagração da ação penal, surge a possibilidade de ingresso do ofendido como assistente do Ministério Público, consagrando o direito da vítima de participar do processo penal.

O assistente possui tanto o interesse penal de ver julgada procedente a pretensão punitiva como o interesse civil de obter um título executivo judicial, executável no juízo cível, para obter reparação mínima aos danos sofridos com o delito.

Podem se habilitar, como assistente do Ministério Público, o ofendido, seu representante legal e seu sucessor, sendo viável sua admissão em qualquer fase do processo enquanto não passar em julgado a sentença e recebendo a causa no estado em que se achar.

O artigo 273 do CPP estabelece que não cabe recurso do despacho que admite ou não o assistente. Por outro lado, o CPPM prevê a possibilidade de interposição de recurso inominado dirigido ao STM em seu artigo 65, §1º, mas se o despacho for proferido pelo Ministro-Relator, não caberá recurso, conforme o §3º do mesmo dispositivo processual penal castrense.

Figueirêdo (2020, p. 147) afirma ser cabível a impetração de mandado de segurança em face da decisão que indefere o pedido de habilitação na condição de assistente de acusação.

No CPPM, o art. 65 permite ao assistente, com aquiescência do juiz e ouvido o Ministério Público, propor meios de prova: requerer perguntas às

testemunhas, fazendo-o depois do Ministério Público; apresentar quesitos em perícia determinada pelo juiz ou requerida pelo Ministério Público; juntar documentos; arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público; participar do debate oral. De outra banda, não é permitido ao assistente arrolar testemunhas, exceto requerer o depoimento das que forem referidas, nem requerer a expedição de precatória ou rogatória, ou diligência que retarde o curso do processo, salvo, a critério do juiz e com audiência do Ministério Público, em se tratando de apuração de fato do qual dependa o esclarecimento do crime. Não poderá, igualmente, impetrar recursos, salvo de despacho que indeferir o pedido de assistência. Além disso, nos termos do art. 67 do CPPM, o juiz poderá cassar a admissão do assistente, desde que este tumultue o processo ou infrinja a disciplina judiciária e, conforme artigo 68 do mesmo Diploma Processual Castrense, da assistência não poderá decorrer impedimento do juiz, do membro do Ministério Público ou do escrivão, ainda que supervenientes na causa, pois, nesse caso, o juiz cassará a admissão do assistente, sem prejuízo da nomeação de outro, que não tenha impedimento.

Já o CPP, além de trazer previsão semelhante quanto às possibilidades de atuação do assistente, acrescenta hipótese não prevista no CPPM, ao permitir que o assistente apresente recurso por ele próprio, em caráter supletivo (subsidiário), quando o Ministério Público não recorrer, da impronúncia, da absolvição e da decisão que extingue a punibilidade, conforme artigos 271, 581, 584, §1º e 598, todos do CPP. Nesse sentido, o Enunciado nº 448 da Súmula do Supremo Tribunal Federal estabelece que: "O prazo para o assistente recorrer, supletivamente, começa a correr imediatamente após o transcurso do prazo do Ministério Público".

Assim, no processo penal militar, a atuação do assistente de acusação é um pouco mais limitada do que no processo penal comum.

Em relação à oitiva do ofendido, a vítima é uma fonte de prova, que contribui para o esclarecimento dos fatos e identificação do autor do delito, ganhando maior relevância no caso de crimes contra a liberdade sexual, os quais, muitas vezes, não possuem testemunhas, por serem praticados às escondidas, longe dos olhos de terceiros que possam confirmar os fatos.

Rezende (2021, p. 60) registra que:

A validade desta fonte de prova é reconhecida notadamente nos crimes praticados à clandestinidade, quando inexistem indicativos de que vítima e autor do fato sejam desafetos e quando a versão por ela apresentada encontra-se roborada por outros elementos de convicção.

E, mais, ainda que a vítima esteja psicologicamente envolvida com o evento delituoso, tal fato não afasta o valor do seu depoimento. Segundo Figueirêdo (2020, p. 100), há uma presunção de que as declarações do ofendido são idôneas, pois não há motivos aparentes para alguém imputar um delito a um desconhecido inocente, sendo a jurisprudência firme, nessa linha, em crimes sexuais, patrimoniais e previstos na Lei Maria da Penha. Claro que a prova não deve se limitar à palavra da vítima, devendo ser corroborada por outros elementos de prova, mesmo nos crimes sexuais, em que o relato da vítima possui valor probatório diferenciado.

Com isso, a oitiva do ofendido é prevista no CPP, artigo 201, e CPPM, artigo 311, além da possibilidade de sua condução coercitiva, diante da relevância da sua oitiva como meio de prova.

O artigo 217 do CPP, incluído em 2008 pela Lei nº 11.690, prevê que, se o juiz verificar que a presença do réu pode causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. No CPPM, art. 358, há previsão semelhante em relação à testemunha, contudo nada impede que isso seja observado em relação à vítima.

A Lei nº 11.690 de 2008 também incluiu no art. 201 do CPP, sem alterar o CPPM, direitos ao ofendido como o encaminhamento para atendimento multidisciplinar; comunicação dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem; a reserva de espaço separado para o ofendido antes do início da audiência e durante a sua realização; determinação de segredo de justiça em relação aos dados,

depoimentos e outras informações constantes dos autos do ofendido para evitar sua exposição aos meios de comunicação, a fim de preservar sua intimidade, vida privada, honra e imagem.

Outro aspecto importante é a reparação do dano à vítima, que levou o legislador a editar a Lei nº 11.719, de 2008, a qual incluiu no CPP o art. 387, IV, o qual prevê em caso de condenação a fixação pelo juiz do valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido. O CPPM não possui tal previsão, mas é perfeitamente possível sua aplicação na Justiça Militar com fundamento no artigo 3º, "a", do CPPM.

O ofendido também pode requerer medidas assecuratórias (artigo 127, CPP), a fim de garantir a reparação do dano, bem como pode pedir a decretação da prisão preventiva do autor do delito (artigo 311, CPP, alterado pela Lei nº 13.964 de 2019, art. 217, CPP), sem correspondente no CPPM.

Como se verifica, houve um avanço recente na legislação comum com o intuito de ampliar os direitos das vítimas no processo penal, sem ter a legislação militar acompanhado tais mudanças. Contudo, como afirmado antes, em certos casos, será possível sua aplicação por meio do artigo 3º, "a" do CPPM, desde que não ataque a índole do processo penal militar.

6 CONCLUSÃO

A vítima, após ocupar uma posição de destaque, no período da vingança privada, passou pelo esquecimento e marginalização, buscando retomar, atualmente, uma posição no processo penal.

Após a Segunda Guerra Mundial, em virtude da macrovitimização ocorrida e a evolução do estudo da vitimologia, dados atuais apontam para um período de redescobrimto da vítima, que passa a buscar seu espaço no processo penal, deixando de ser mera "testemunha" dos fatos para colaborar para o alcance de uma pretensão punitiva justa e efetiva, fazendo valer seus direitos tanto em relação à persecução penal, como relativos à reparação do dano e de ser tratada de forma digna e acolhedora.

Verificou-se que o Brasil possui um histórico de violações aos direitos das vítimas que se evidencia pelo fato de as condenações sofridas pelo país no sistema interamericano de direitos humanos estarem relacionadas em sua maioria à falta de proteção das vítimas e não dos acusados.

Por outro lado, a legislação processual penal comum avançou nos últimos tempos a fim de reconhecer maiores direitos às vítimas dos delitos, ainda que a legislação militar não tenha acompanhado tais mudanças, diante do frequente esquecimento do legislador em relação a essa área do Direito, sendo possível sua aplicação, em certos casos, pela abertura do art. 3º do CPPM.

O avanço na legislação se mostra um importante instrumento de valorização da vítima, mas deve ser acompanhado de uma conscientização dos aplicadores do Direito, em observar tais avanços, reconhecendo que o ofendido também possui direitos a serem respeitados e que a relação processual penal não se limita ao Estado e autor do crime.

Registre-se que não se trata de uma proposta de retorno à vingança privada, mas de se buscar um equilíbrio entre direitos aparentemente opostos, assegurando tanto os direitos do autor do crime de ter a possibilidade de exercer o contraditório e 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.

Assim, é perfeitamente possível harmonizar e equilibrar os dois polos, respeitando-se tanto a vedação ao excesso como à proteção eficiente, concretizando valores que devem fazer parte de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara de Deputados. *Projeto de Lei nº 3503 de 2004*. Define os direitos das vítimas de ações criminosas e regulamenta o art. 245 da

Constituição Federal, para criar o Fundo Nacional de Assistência às Vítimas de Crimes Violentos (Funav), além de outras providências. Brasília: Câmara de Deputados, 2004. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=252323>. Acesso em: 20 jan. 2022.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 1.002*, de 21 de outubro de 1969 (Código de Processo Penal Militar). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm. Acesso em: 20 jan. 2022.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689* de 03 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 20 jan. 2022.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 jan. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Exposição de Motivos nº 211*, de 9 de maio de 1983. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decllei/1940-1949/decreto-lei-2848-7-dezembro-1940-412868-exposicaodemotivos-148972-pe.html>. Acesso em: 19 jan. 2022.

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. *O Brasil é responsável pelo uso indevido da imunidade parlamentar na investigação de um feminicídio*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/comunicados/cp_90_2021_port.pdf. Acesso em: 20 jan. 2022.

CORDEIRO, Euller Xavier. *A participação da vítima no processo penal*. 2014. 196 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2014. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/131852/000850668.pdf?ssequence=1>. Acesso em: 19 jan. 2022.

DECLARAÇÃO dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder. *MPF Notícias*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pfdc/temas/legislacao/internacional/declaracao-dos->

princípios-básicos-de-justiça-relativos-as-vítimas-da-criminalidade-e-de-abuso-de-poder. Acesso em: 19 jan 2022.

FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos Oliveira de. *A vítima no processo penal brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2020.

REGRAS de Brasília sobre acesso à Justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade. *ANADEP*. Disponível em: https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/40002/100_regras_atualiza_das.pdf. Acesso em: 20 jan. 2022.

REZENDE, Guilherme Carneiro de. *O Direito Penal da Vítima a um Processo Penal Eficiente*. Curitiba: Juruá, 2021.

RIBEIRO, LÚCIO RONALDO PEREIRA. *A Vitimologia*. RDP nº 7, - Abr-Maio/2001, p. 30-39. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDP_07_30.pdf. Acesso em: 19 jan. 2022.

TELES, Fernando Hugo Miranda. Um século de Ministério Público Militar: passado, realidade e desafios. *Revista do Ministério Público Militar*, Brasília, Ano 46, n. 34, p. 27-108, abr. 2021. Disponível em: <https://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2020/12/1-um-seculo-de-ministerio-publico-militar-passado-realidade-e-desafios-autor-fernando-hugo-miranda-teles-1.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2022.

VIANA, Eduardo. *Criminologia*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

Este periódico foi impresso em Presidente Prudente/SP, em
fevereiro de 2022, pela Gráfica CS.

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/>