

Revista do Ministério Público Militar

**Brasília – DF
2021**



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
Ministro Corregedor da Justiça Militar da
União

Romana de Castro
Secretária

Revista do Ministério Público Militar

Ano XLVI – Número 35 – Novembro de 2021
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: 1.000 exemplares

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

Revista do Ministério Público Militar – Ano I, n. 1 (1974) – Ano 46, n. 35 (nov. 2021) – 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

*Senhor! Um facho ao menos empresta ao
caminhante.*

*A treva me assoberba... O' Deus! Dá-me um
clarão.*

*E uma Voz respondeu nas sombras triunfante:
'Acende, ó Viajor! – o facho da Razão'
(CASTRO ALVES, Pelas sombras)*

Sinto-me mais uma vez honrado pela oportunidade de fazer a apresentação de uma nova edição da Revista do Ministério Público Militar. E o faço com o coração afetado pela dor de tantas perdas decorrentes da pandemia do Coronavírus, unindo-me a todos os que, nos diversos recantos do planeta, prantearam os entes queridos e amigos que se despediram deste plano de expiações e provas.

E em meio a todo esse processo que causou tanto desespero e temor, reclamando a adoção de medidas e protocolos sanitários, restringindo-se a atuação presencial nos diversos espaços públicos e privados, muitas e relevantes lições foram assimiladas, especialmente pelo impacto produzido nas relações sociais e nas próprias economias mundiais. Aprendeu-se, por exemplo, que o trabalho remoto, com as ferramentas tecnológicas contemporâneas, é plenamente viável e pode ser muito eficiente. Percebeu-se, ainda, mais do que nunca, que cada ser humano precisa do outro e que o distanciamento imposto pela pandemia ocasionou muita solidão e tristeza. Observou-se, ainda, um extraordinário movimento de solidariedade entre pessoas do mundo todo, que consolavam uns aos outros e procuravam, de algum modo, mitigar a dor de cada um, em demonstração ímpar de respeito e de fraternidade.

E o Ministério Público Militar, a despeito das inúmeras dificuldades a que todos foram submetidos nesta difícil etapa, permaneceu de pé, graças à fibra e determinação de todos que compõem essa agora secular Casa, prosseguindo na faina diária e inspirando-se no fio condutor da esperança e da fé na superação deste momento tão dramático para a humanidade terrena.

Assim, aplacando angústias e reunindo forças para manter o prumo e as perspectivas, lançou-se uma esmerada edição comemorativa da revista por ocasião do centenário da Instituição, transcorrido em 30 de outubro de 2020.

E agora, ainda reforçando as homenagens aos 100 anos de criação do *Parquet* das Armas, mais uma belíssima edição é ofertada às letras jurídicas, com artigos de fôlego, instigante conteúdo e reflexões assaz oportunas.

Neste sentido, louve-se a Resolução nº 118, de 14 de abril de 2021, emanada do Conselho Superior do Ministério Público Militar, que, em muito boa hora, conferiu diretrizes seguras e inadiáveis à política editorial desta festejada revista jurídica¹, remarcando, em seu art. 7º, que *“a Revista do Ministério Público Militar (Revista do MPM) é uma publicação do Ministério Público Militar e tem por objetivo divulgar artigos científicos inéditos atinentes às áreas do Direito Militar, do Direito Público e do Direito Internacional, assim como aos temas elencados no art. 1º desta Resolução, de autoria da comunidade jurídica nacional e internacional, a fim de promover a atualização profissional do público interno e externo e de contribuir para o desenvolvimento da ciência jurídica e do saber”*.

Com tal e fundamental foco, há de ser ressaltado o proficiente trabalho desenvolvido pelo novo Conselho Editorial da revista, composto pelos competentes membros do MPM, doutores **Antonio Carlos Gomes Facuri** (Coordenador), **Fernando Hugo Miranda Teles**, **Karollyne Dias Gondim Neo** e **Luciano Moreira Gorrilhas**, os quais se pautaram pelo inafastável compromisso de manter um norte científico para esta publicação anual, com a seleção de textos densos e aptos ao despertamento crítico dos estudiosos do ordenamento jurídico militar e áreas afins.

A revista passa também a contar com um Conselho de membros honorários, que certamente dignificará ainda mais seu escopo, proporcionando muito prestígio para nossa centenária Instituição. Assim, por aquiescerem em emprestar suas inteligências e incomparáveis currículos para enobrecer nossa tradicional publicação científica, dou as boas-vindas e registro os agradecimentos aos doutores **Maurizio Block** – Procurador-Geral da Justiça Militar italiana; **Marcelo José de Guimarães e Moraes** – Promotor de Justiça do Ministério Público do Amapá e Professor doutor de Direito Constitucional da Universidade Federal do mesmo estado; **José**

¹ São diretrizes da Revista do MPM, segundo a Resolução 118/CSMPM, de 14 de abril de 2021: I - Resgate da história do Ministério Público Militar e do Direito Militar Brasileiro; II - Promoção do conhecimento do Direito Militar Brasileiro, Direito Humanitário e de todas as matérias afetas às atribuições do Ministério Público Militar, entre os integrantes de outras instituições públicas nacionais e internacionais e entre os estudantes de Direito; III - Fomento do intercâmbio de conhecimentos entre o Ministério Público Militar e as Forças Armadas; e IV - Aproximação dos profissionais do Direito Penal Comum e Especial, através da colaboração daqueles que defendem ser o Direito Penal Militar um instrumento eficiente no combate à criminalidade.

Carlos Couto de Carvalho – Subprocurador-Geral da Justiça Militar aposentado e Professor de várias gerações de membros do MP, Juízes e Defensores Públicos; **Manoel Jorge e Silva Neto** – Subprocurador-Geral do Trabalho, Professor doutor da Universidade Federal da Bahia, autor de inúmeras obras jurídicas e atual Diretor-Adjunto da Escola Superior do Ministério Público da União; **Péricles Aurélio Lima de Queiroz** – Ministro do Superior Tribunal Militar, Vice-Presidente da Corte e atual Corregedor da Justiça Militar da União, além de palestrante em eventos nacionais e internacionais e autor de diversos textos jurídicos.

Com tais e notáveis contornos, a edição vem revestida de excelentes textos e inquietantes posicionamentos críticos, tornando-se mais uma forma de exaltar o primeiro centenário do MPM – Instituição republicana que constitui o ramo decano e mais especializado do Ministério Público da União.

Por isso mesmo, dirijo-me a todos os autores que contribuíram com a presente edição, para manifestar, em nome da Instituição, os mais elevados agradecimentos, estendendo a gratidão aos integrantes do conselho editorial e aos servidores que deram suporte para viabilizar mais um passo afirmativo da trajetória institucional deste *Parquet Milicien*, máxime por anteceder a **Entrega da Ordem do Mérito do Ministério Público Militar** e a realização do **9º Colégio de Membros do Ministério Público Militar**, eventos marcados, respectivamente, para os dias 24, 25 e 26 de novembro do ano em curso. A edição se torna, por assim dizer, mais um motivo de celebração para nosso *Parquet*.

Caminhando para o término desta ligeira apresentação, deve-se arrematar – ainda vivendo a emoção projetada pelos recém-completos 100 anos de História do Ministério Público Militar e já divisando um horizonte mais luminoso para todos que continuamos a jornada neste orbe, que constitui um dever para cada um de nós, ainda que como uma singular, silenciosa e respeitosa homenagem aos que partiram vitimados por essa inesperada e excruciante pandemia, continuar a luta renhida em prol do progresso da humanidade, perseverando para compor um verso na grande poesia da vida, tal como AGOSTINHO NETO – o poeta angolano da Sagrada Esperança, cujos versos de *Amanhecer* nos faz despertar para os desafios vindouros após as lides evolutivas:

Há um sussurro morno
Sobre a terra;
degladiam-se
luz e trevas
pela posse do Universo;

sente-se a existência
a penetrar-nos nas veias
vinda lá de fora
através da janela;

cresce a alegria na alma
a Vida murmura-nos doces fantasias.

Tangem sinos na madrugada
vai nascer o sol.

Antônio Pereira Duarte
Procurador-Geral de Justiça Militar

Sobre a seção Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário

Na condição de guardião do ordenamento jurídico no âmbito militar, o Ministério Público Militar (MPM) sempre esteve atento à defesa da prevalência dos Direitos Humanos (DH) e do Direito Internacional Humanitário (DIH) na sua esfera de atuação.

O MPM festeja seus 100 anos e, ao lado da sua conhecida atuação centenária de persecução penal de crimes militares que eventualmente possam caracterizar violações a estes ramos do Direito Internacional, historicamente também teve atuação importante na Segunda Guerra Mundial, precisamente na Itália, em 1944, no que tange à fiscalização ao respeito da primeira Convenção de Genebra sobre o tratamento de prisioneiros de guerra que data de 1929¹.

Contudo, nos últimos 20 anos, as temáticas de DH e DIH vêm ganhando mais relevo, sobretudo na dimensão de atuação ministerial preventiva e algumas considerações se fazem necessárias para o registro desta história.

A Fundação Instituto Brasileiro de Direito Militar e Humanitário (IBDHM), instituída em 2000 pela Associação Nacional do Ministério Público Militar (ANMPM), é um exemplo desse engajamento institucional com temas de Direito Internacional.

Entre 2003 e 2005 foram realizados cursos de pós-graduação *lato sensu* em DIH em uma iniciativa conjunta da Universidade de Brasília, da Universidade de Bochum, da Alemanha, do IBDMH e da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), com apoio do Comitê Internacional da Cruz Vermelha.

Entre 2003 e 2007, o MPM integrou a comissão de juristas que elaborou o projeto de lei² que define no direito interno os crimes internacionais previstos no Estatuto de Roma, além de instituir normas processuais específicas e dispor sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional.

¹ Atuação do Ministério Público Militar na Segunda Guerra Mundial. Disponível em: https://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2017/07/mpm-na-2gm_pdf.pdf. Acesso em: 15 out. 2021.

² Projeto de lei 4038/2008, disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2C7304AD626245E05719393DC7EE1C2D.proposicoesWebExterno2?codteor=600460&filename=PL+4038/2008. Acesso em: 15 out. 2021.

A inclusão do Direito Internacional dos Direitos Humanos, do Direito Internacional Humanitário e do Direito Internacional Penal nos concursos para promotor de Justiça Militar a partir de 2004/2005 e o aprofundamento dessas temáticas na formação inicial e na formação continuada dos integrantes da carreira consolidam a importância dessas disciplinas na atuação do MPM.

Em especial, no âmbito da Escola Superior do Ministério Público da União, foram implementadas, nos últimos anos, especificamente para o aperfeiçoamento de membros, membras, servidores e servidoras do MPM, atividades sobre a tutela de direitos difusos no âmbito do Direito Militar (2012), crimes de guerra (2013), tutela do patrimônio cultural militar (2014), missões de paz (2014), agenda mulheres, paz e segurança da Organização das Nações Unidas (2017), Direitos Humanos sob a perspectiva das vítimas de crimes (2017), Direito Internacional Humanitário (2019), desafios ministeriais da implementação de uma perspectiva de gênero e raça (2019) e afirmação, promoção e proteção dos Direitos Humanos nas Forças Armadas (2019).

Ademais, desde os anos 2000, o MPM proporciona a oportunidade de integrantes da carreira participarem de cursos no Instituto Internacional de Direito Internacional Humanitário de San Remo, na Itália. Da mesma forma, junto à Escola Superior de Guerra, há a possibilidade de participação regular do MPM no curso de Direito Internacional dos Conflitos Armados.

No tocante à difusão dessas disciplinas no segmento militar da sociedade, há quase uma década, o MPM tem ministrado palestras nas Escolas de Comando e Estado-Maior e nas Escolas de Aperfeiçoamento de Oficiais das Forças Armadas. Ademais, há publicação de alguns artigos sobre as matérias na nossa revista, além da cooperação do MPM com outras instituições para a realização de pesquisas jurídicas e eventos na promoção dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário.

Ainda no contexto de uma atuação preventiva, desde 2010, o MPM vem colaborando com o Centro Conjunto de Operações de Paz do Brasil (CCOPAB) na formação dos contingentes desdobrados em missões de paz, com palestras sobre o Direito Internacional aplicável aos *peacekeepers* e os desafios da investigação de crimes em missões de paz. Mais recentemente, desde 2019, vem contribuindo com o Estágio de Operações de Paz para Mulheres, organizado pelo Centro de Operações de Paz de Caráter Naval (CopPazNav).

O MPM igualmente articula, desde 2015, um “Diálogo sobre Missões de Paz” com o Ministério das Relações Exteriores, o Ministério da Defesa e a Justiça Militar da União para debater os desafios da investigação e

da condução de processos de crimes militares ocorridos em ambientes instáveis ou vulneráveis, o fortalecimento de uma cultura jurídica sobre a temática, as respostas às demandas do secretário-geral da ONU (SGONU) relativas à política de tolerância zero contra exploração e abuso sexuais em missões de paz, a necessidade de alterações legislativas no ordenamento pátrio e a relevância de cursos específicos para operadores do direito penal militar e para oficiais que desempenhem atividade de polícia judiciária nas missões.

A colaboração do MPM no projeto de elaboração do primeiro Código Penal Militar de Angola, entre 2014 e 2017, também resultou na afirmação dos Direitos Humanos e do Direito Humanitário com a proposta de um título específico sobre crimes internacionais.

Para consolidar e concentrar os esforços ministeriais nessas temáticas, em 2018, foi criada a Secretaria de Direitos Humanos e Direito Humanitário do MPM. Em 2020, houve uma ampliação e o órgão passou a ser denominado Secretaria de Direitos Humanos, Direito Humanitário e Relações Internacionais (SDHRI) para, dentre outras funções, auxiliar e assessorar o Procurador-Geral no cumprimento de obrigações internacionais do Estado Brasileiro e na formulação de políticas e diretrizes voltadas à promoção dos Direitos Humanos e do Direito Humanitário no âmbito de atuação do Ministério Público Militar, assisti-lo em assuntos de cooperação jurídica internacional e favorecer a promoção da igualdade de gênero e da igualdade étnico-racial no âmbito institucional.

A atenção preventiva com a temática de Direitos Humanos pelo MPM durante a Intervenção Federal na Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro em 2018 restou materializada na expedição de recomendações³ do Procurador-Geral de Justiça Militar, assessorado pela SDHRI, sobre o aprimoramento das “regras de engajamento” no que diz respeito às limitações do uso da força em defesa de patrimônio, sobre a necessidade de elaboração de um protocolo de abordagem da população, com uma preocupação maior com grupos mais vulneráveis e sobre o indispensável treinamento prático em Direitos Humanos na preparação de militares engajados em operações de garantia da lei e da ordem⁴.

³ Cf. Ofício nº 415/GAB-PGJM/MPM, de 10/04/2018 (<http://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2018/06/pgjm-regras-engajamento-10-4-18.pdf>) e Ofício 476/GAB-PGJM/MPM, de 23/04/2018 (<http://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2018/06/pgjm-protocolo-abordagem-23-4-18.pdf>)

⁴ Para saber mais sobre o trabalho do MPM durante a Intervenção Federal na Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro, conferir o Relatório de Visitas Prisionais no Rio de Janeiro/2018, em especial a partir de fls. 49, elaborado pelo Conselho Nacional do Ministério Público (http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Relatorio-de-Visitas_Rio-de-Janeiro.pdf).

Ainda com o enfoque na promoção dos Direitos Humanos durante a Intervenção Federal, a SDHRI manteve reuniões com o Interventor Federal e outras autoridades militares e com organizações não governamentais. A proteção das crianças e dos adolescentes foi tema de reunião com a representante do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) no Brasil. Palestras foram ministradas para o público militar e o diálogo com a sociedade civil aconteceu através da participação em audiência pública organizada pela Defensoria Pública da União. Também houve contribuição com a Advocacia-Geral da União na elaboração da resposta do Estado brasileiro aos questionamentos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre os mecanismos de fiscalização e responsabilização de agentes das Forças Armadas envolvidos nas operações durante a Intervenção Federal.

A SDHRI igualmente vem cooperando com a Divisão das Nações Unidas II e III do Ministério das Relações Exteriores, respectivamente nas temáticas de missões de paz e agenda mulheres, paz e segurança da ONU e em assuntos referentes à implementação do Direito Internacional Humanitário no Brasil.

Em 2019, a revista do MPM celebrou os 70 anos das Convenções de Genebra de 1949 convidando os articulistas a escreverem sobre o Direito Internacional Humanitário.

Recentemente, em 2021, foi criado, no âmbito da SDHRI, um grupo de trabalho que está elaborando a política institucional de igualdade de gênero e igualdade étnico-racial. Já no contexto das *lives* do centenário do MPM, a SDHRI organizou conversas sobre a atuação internacional do MPM, mulheres nas Forças Armadas, missões de paz e desafios da persecução penal de crimes internacionais.

Como registrado, os Direitos Humanos e o Direito Internacional Humanitário são de extrema relevância na pauta institucional. A inauguração dessa seção especializada proposta pela SDHRI e implementada pelo Conselho Editorial da Revista do MPM reafirma e fortalece o pleno compromisso ministerial com essas temáticas e concretiza mais uma ação dentro da iniciativa 7.2 do Plano Estratégico do MPM 2021 – 2026, que se refere à estruturação e instrumentalização da agenda de promoção dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário.

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 direto com populações locais, fora de um contexto bélico, não ocorrem sem

respaldo constitucional ou legal, mas configuram atuações para as quais a formação da carreira militar não foi essencialmente concebida.

Nesse contexto, as implicações e limitações do emprego das Forças Armadas no Brasil e a tendência irreversível de operações de coordenação e cooperação com agências têm demandado, cada vez mais, considerações sobre o aparato normativo internacional e seu reflexo no âmbito interno.

Com efeito, o Direito Internacional dos Direitos Humanos precisa ser considerado sob uma perspectiva interna, com a afirmação, promoção e proteção dos direitos fundamentais dentro da caserna, abrangendo todos os seus integrantes, e sob uma perspectiva externa, com a salvaguarda e o respeito dos direitos das populações locais que são impactadas pela ação das tropas em missões não tipicamente bélicas.

No seu âmbito orgânico, os militares devem ter os mesmos direitos fundamentais garantidos a qualquer pessoa, guardadas as especificidades da vida e do serviço na caserna. Trata-se da noção de “cidadão uniformizado”⁵.

Mesmo que a carreira militar possa importar em uma profissão de risco, ressalvadas as peculiaridades da vida castrense que podem impor algumas restrições, os direitos à vida, à integridade física, à liberdade, à dignidade, à liberdade de pensamento, à segurança no trabalho, à consciência e religião, às garantias judiciárias, dentre outros, devem ser respeitados.

Os compromissos internacionais advindos da agenda mulheres, paz e segurança da ONU, que demandam dos Estados uma maior participação, proteção e prevenção de mulheres nas Forças Armadas e a implementação de uma perspectiva de gênero, do mesmo modo, devem ser observados.

Questões relativas à discriminação racial⁶ e à população LGBTI⁷ igualmente devem ter a atenção das Forças Armadas, tanto dentro da

⁵ Conceito segundo o qual os membros das Forças Armadas mantêm seus direitos e liberdades fundamentais, os quais estão sujeitos a certas limitações e deveres impostos pelo serviço militar. A compreensão do conceito é suscetível de variações de Estado para Estado, dependendo da sua história, cultura militar, possível transição recente de um governo autoritário para uma democracia, bem como experiências com guerras e conflitos armados.

⁶ O Ministério Público Federal e as Forças Armadas firmaram Termo de Ajustamento de Conduta para que concursos passem a oferecer reserva de cotas raciais. Íntegra do TAC disponível em: <http://www.mpf.mp.br/df/sala-de-imprensa/docs/tac-forcas-armadas>. Acesso em: 15 out. 2021.

⁷ A sigla LGBTI significa lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais, transgêneros e intersexual. Para mais informações sobre conceitos, conferir a cartilha do Ministério Público Federal “O Ministério Público e a Igualdade de Direitos para LGBTI – Conceitos e Legislação” disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/pfdc/midiатеca/nossas-publicacoes/o-ministerio-publico-e-a-igualdade-de-direitos-para-lgbti-2017>. Acesso em 15 out. 2021.

instituição⁸ como nas atuações das tropas em contato com civis. Neste último cenário, também a abordagem de crianças, idosos e pessoas com algum tipo de deficiência exige um procedimento específico dadas as peculiaridades e respeitando a proteção jurídica peculiar de cada um destes grupos mais vulneráveis.

O paradigma de Direitos Humanos do uso da força em ações militares voltadas para a segurança pública similarmente caracteriza imprescindível temática a ser tratada, treinada e observada pelas Forças Armadas. Na dimensão penal, questões como desaparecimentos forçados, tortura, uso excessivo da força e violência sexual se revelam temas do debate “Direitos Humanos-Forças Armadas”.

Por outro lado, o uso indiscriminado da expressão guerra para situações que, de fato, não a caracterizam e que, portanto, não clamam pela aplicação do Direito Internacional Humanitário – conjunto de princípios e normas que protegem quem não participa das hostilidades e restringe meio e métodos de combate em conflitos armados – demanda uma maior difusão desse ramo do Direito Internacional. Expressões como “guerra contra o terrorismo”, “guerra contra a criminalidade” e até mesmo “guerra contra o coronavírus” e seus respectivos reflexos na atuação das Forças Armadas exigem reflexão e cautela dos operadores do Direito e daí a necessidade de maior pesquisa e produção científica sobre essa disciplina.

Além da divulgação do Direito Internacional Humanitário desde os tempos de paz, tanto no segmento civil como no segmento militar da sociedade, dos tratados internacionais emanam outros comandos a serem preventivamente cumpridos para respeitar e fazer respeitar esse ramo do Direito Internacional, mesmo que o Estado Brasileiro não esteja envolvido em um conflito armado, seja internacional ou interno.

A adaptação da legislação interna para contemplar os crimes de guerra e os demais crimes internacionais e para regular, conforme o DIH, a proteção do emblema da cruz vermelha, do crescente vermelho e do cristal vermelho precisa ser implementada. Embora haja projetos de lei nesse sentido⁹ ¹⁰, o Brasil ainda está inadimplente com essas obrigações internacionais.

⁸ O Ministério Público Federal expediu a Recomendação PRDC/RJ/Nº 04/2017 para que a transexualidade não seja considerada como motivo determinante para a reforma de militares. Íntegra da recomendação disponível em: <http://www.mpf.mp.br/rj/sala-de-imprensa/docs/pr-rj/recomendacao-transexuais-forcas-armadas>.

⁹ Conferir nota n. 2.

¹⁰ Projeto de lei 8754/2017 disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=29ADD283521CE0

A formação de assessores jurídicos específicos de DIH, a inserção da temática na doutrina do processo decisório militar, a revisão de regulamentos disciplinares no âmbito das Forças Armadas e o esforço de separação de instalações militares de áreas civis, de igual maneira, são exemplos de iniciativas a serem empreendidas desde os tempos de paz.

Da obrigação pró-ativa demandada aos Estados de também fazer respeitar o DIH podem advir medidas concretas como o acionamento de instâncias internacionais em caso de violações graves ao DIH, contra medidas legais, como embargos de armas, restrições de comércio e financiamento, proibição de voos e redução ou suspensão de acordos de ajuda e cooperação ou, até mesmo, o processo e julgamento de criminosos de guerra em nome da competência universal.

No que tange a persecução penal nacional de crimes internacionais, temas como anistia, prescrição, o princípio *ne bis in idem* e as imunidades podem representar obstáculos.

Em Estados que não vivenciam conflitos armados, o DIH pode ainda representar uma inspiração/diretriz normativa restritiva e protetiva, um verdadeiro referencial de humanidade. Como exemplo, podem ser citadas as robustas ações de natureza policial empregadas no enfrentamento da criminalidade em áreas populosas. Se nem em tempos de guerra algumas condutas são permitidas, por muito mais razão não poderão ser admitidas nas operações de repressão ao crime.

No contexto de uma situação de conflitos armados, a proteção ao meio ambiente, o surgimento de novos atores envolvidos nas hostilidades, o rápido desenvolvimento de novas tecnologias bélicas e as batalhas travadas em ambientes urbanos densamente povoados são alguns exemplos dos desafios contemporâneos do Direito Internacional Humanitário.

Como exemplificado, há um universo de aspectos a serem explorados e essa seção especializada da nossa revista é um convite à pesquisa e à produção de artigos científicos sobre esses ramos do Direito Internacional ainda pouco tratados no meio acadêmico e doutrinário no que se refere ao âmbito e a atuação das Forças Armadas.

O Conselho Editorial da Revista do MPM e a SDHRI aplaudem e agradecem o interesse dos articulistas que contribuíram para a primeira edição da nossa Seção Especializada de Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário.

Espera-se que o entusiasmo com as disciplinas se intensifique e que mais civis escrevam sobre Direito Internacional Humanitário e mais militares escrevam sobre Direitos Humanos para que a reflexão crítica e a divulgação desses ramos do Direito Internacional envolvam, cada vez mais, a comunidade científica.

Essa seção especializada pretende ser um espaço de divulgação de ideias para fomentar um debate científico produtivo que possa contribuir para o avanço na afirmação, promoção e proteção dos Direitos Humanos e na implementação do Direito Internacional Humanitário pelo Brasil.

Uma excelente leitura!

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

Editorial

O Conselho Editorial do MPM festeja mais uma edição da Revista do Ministério Público Militar, que já alcança o seu 46º ano, com muita dedicação à difusão do conhecimento referente a temas ligados ao Direito Militar, ao Direito Público, aos Direitos Humanos, ao Direito Internacional Humanitário e ao Direito Internacional Penal.

Adotamos uma metodologia de trabalho voltada ao alcance de cumprimento de propósitos que direcionem este periódico ao rumo da cientificidade requerida pela comunidade científica, pelos indexadores e indicadores métricos e pelos sistemas de classificação da produção científica, como o Qualis/CAPES, do Ministério da Educação.

Sem nos esquecermos da coragem e dedicação dos pioneiros editores e de todos os que os sucederam nessa empreitada, destinamos o texto impresso nas badanas (orelhas) da capa e contracapa a esses empreendedores, listando nominalmente todos que participaram do corpo editorial, desde a primeira edição (1974 – Revista de Direito Militar) até o Conselho Editorial atual, incluindo o Conselho Editorial Honorário, recém-criado.

Nesta edição, foi-nos ofertado um conjunto de artigos brilhantes e de diversificados temas, enviados por distintos autores a quem dispensamos o nosso profundo respeito e externamos a nossa gratidão, sempre atentos a que os colaboradores da Revista do MPM merecem, continuamente, toda a nossa homenagem, pois eles representam a fonte de conhecimento que é propagado por meio desta revista.

Nesse sentido, o leitor poderá observar que o Sumário foi elaborado em obediência à ordem alfabética dos últimos sobrenomes dos autores, para explicitar o nosso acolhimento equânime – sem elevação de um ou de outro articulista –, pois todos, de igual forma e com igual mérito, contribuem para o alcance do objetivo primordial da Revista do MPM, qual seja: divulgar, da maneira mais abrangente possível, o conhecimento nos temas que são afetos à nossa comunidade científica.

Boa leitura!

Conselho Editorial do MPM

Sumário

Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário

- ❖ BALBINO, Viviane Rios. *A contribuição do Brasil ao Sistema de Prontidão de Capacidades para a Manutenção da Paz da ONU – desafios e perspectivas*, pp. 25-44
- ❖ CAMPOS, Fernando Teófilo. *A responsabilidade dos militares pela inobservância das normas do direito internacional dos conflitos armados em intervenção federal*, pp. 45-78
- ❖ CASELATO JUNIOR, Dalbertom; GOMES, Ricardo Mendes Villafane. *Uma abordagem crítica a formulação e implementação de políticas públicas de prevenção ao terrorismo no Brasil*, pp. 79-112
- ❖ CAVALCANTI, Eduardo Bittencourt. *Reconhecer um conflito armado não confere legitimidade aos grupos armados organizados para confrontarem o Estado*, pp. 113-132
- ❖ FIGUEIRÔA, Hugo Rossi. *Prefácio da Declaração Universal dos Direitos Humanos: interpretação através de seu contexto histórico*, pp. 133-156
- ❖ OLIVEIRA, Maria Angélica Azevedo de. *Refúgio: uma questão de humanidade*, pp. 157-174
- ❖ PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. *ADPF 635. Entrelaçamento do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário na repressão às gangues de 3ª geração com domínio territorial no Rio de Janeiro*, pp. 175-208

- ❖ SANTOS, Lucas Henrique Lopes dos. *Os conflitos armados sob a ótica do Direito Internacional Humanitário*, pp. 209-244
- ❖ TEIXEIRA, Alexandre Peres. *Os “Sistemas de Combate Totalmente Autônomos” e as implicações do seu uso para o Direito Internacional Humanitário*, pp. 245-272

Direito Militar

- ❖ ASSIS, Jorge Cesar de. *A Lei 13.491/17 e a necessidade decorrente em saber quais são exatamente os crimes contra a ordem administrativa militar*, pp. 275-292
- ❖ BRITTO, Cláudia Aguiar S. *O Consenso e os modelos negociais na justiça comum e militar à luz da filosofia comunicativa*, pp. 293-318
- ❖ COSTA, Bruno Batista da. *Reflexão sobre a convencionalidade da tutela penal das mulheres militares federais perante a Justiça Militar da União no contexto de violência doméstica ou familiar ou decorrente de relação íntima de afeto*, pp. 319-352
- ❖ GUIMARÃES, André Osvaldo Brandão. *A importância de uma teoria da decisão para o Ministério Público Militar*, pp. 353-368
- ❖ RAMOS, Ataliba Dias. *Recurso em sentido estrito no processo penal militar: breve discussão acerca das alíneas “a”, “b” e “g” do artigo 516 do CPPM*, pp. 369-386

- ❖ ROCHA, João Carlos de Figueiredo. *A Responsabilidade Civil do Estado – e do Comandante – pela morte de preso custodiado em estabelecimentos prisionais militares: a importância das Inspeções Carcerárias*, pp. 387-404
- ❖ SILVA FILHO, Josimar Belarmino da. *Colaboração premiada em sede de investigação criminal militar*, pp. 405-420
- ❖ SOUZA, Paula Coutinho Bahia de. *O tratamento jurídico do militar temporário das forças armadas e as alterações trazidas pela Lei nº 13.954/2019: uma análise sobre a exclusão do serviço ativo*, pp. 421-442

Direito Público

- ❖ MATTOS, Luciana Bevilacqua Turra Aleixo. *O princípio da especialidade e sua limitação pela coerência sistêmica*, pp. 445-464

Língua estrangeira

- ❖ SULLIVAN, John P. *Non-International Armed Conflict: Mexico and Colombia*, pp. 467-478

Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário

A contribuição do Brasil ao Sistema de Prontidão de Capacidades para a Manutenção da Paz da ONU – desafios e perspectivas

Viviane Rios Balbino

Chefe da Divisão de Nações Unidas II,
Ministério das Relações Exteriores.

Data de recebimento: 15/09/2021

Data de aceitação: 21/09/2021

RESUMO: Em 23 de agosto de 2021, o Brasil recebeu confirmação da Organização das Nações Unidas (ONU) de que um batalhão de infantaria, uma companhia de engenharia, e duas companhias de ação rápida, inspecionadas em julho, foram cadastrados em seu Sistema de Prontidão de Capacidades para Manutenção da Paz. O presente artigo visa a apresentar o sistema que permite à ONU responder, com celeridade, a crises e conflitos internacionais, a analisar a decisão brasileira de somar-se a tal sistema, bem como as condicionantes à atuação das Nações Unidas no terreno e as iniciativas em curso para o aprimoramento do desempenho das missões de paz, tais como a incorporação de mulheres. Por fim, o artigo explora possibilidades de contribuição efetiva do Estado brasileiro às missões de paz para além de capacidades militares.

PALAVRAS-CHAVE: Nações Unidas. Missões de paz. Sistema de Prontidão das Capacidades de Manutenção da Paz das Nações Unidas (UNPCRS). Ação para manutenção da paz. Mulheres. Paz. Segurança. Servidores civis.

ENGLISH

TITLE: Brazil's Contribution to the United Nations Peacekeeping Capabilities Readiness System – Challenges and Perspectives.

ABSTRACT: On August 23, 2021, Brazil received confirmation that the United Nations (UN) registered a Brazilian infantry battalion, an engineering company, and two quick action forces, inspected in July, in the Peacekeeping Capabilities Readiness System. This article aims to present the system that allows the UN to respond quickly to international crises and conflicts, to analyze the Brazilian decision to join such a system, as well as the United Nations' performance in the field under current circumstances and ongoing initiatives to improve the performance of peacekeeping operations, such as increasing the participation of women. Finally, the article explores possibilities for Brazil's effective contribution to peacekeeping missions beyond military capabilities.

KEYWORDS: United Nations. Peacekeeping. Peacekeeping Capability Readiness System (UNPCRS). Action for Peacekeeping. Women. Peace. Security. Civil Servants.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 O UNPCRS – 3 Histórico da participação brasileira em operações de manutenção da paz – 4 Desafios atuais à manutenção da paz – 5 A agenda de mulheres, paz e segurança do CSNU – 6 Para além das capacidades militares: a contribuição de civis – 7 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

As operações de manutenção da paz, ou simplesmente missões de paz, tornaram-se uma das mais conhecidas e eficazes ferramentas à disposição da Organização das Nações Unidas (ONU) para cumprir seu mandato de preservar a paz e a segurança internacionais, a despeito de não

contarem com previsão expressa na Carta de São Francisco. Desde o fim da II Guerra Mundial, o Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU) e, em situações excepcionais, a Assembleia-Geral das Nações Unidas aprovaram 72 operações de manutenção da paz sob a bandeira da ONU.

Mesmo na pandemia de covid-19, as missões de paz seguiram em curso, mediante os devidos cuidados sanitários. Em setembro de 2020, o Departamento de Operações de Paz da ONU relatou ao Conselho de Segurança medidas levadas a cabo para melhorar a segurança e proteção das forças de paz no contexto da pandemia, incluindo a implementação de políticas de evacuação de vítimas e melhoria de padrões médicos, treinamento e cuidados. Em alguns casos, houve suspensão temporária de atividades no terreno, especialmente aquelas que exigem contato direto dos *peacekeepers* com a população local em ambientes fechados. Em outros, as medidas de restrição de circulação internacional de passageiros dificultaram a rotação periódica de tropas. Ainda assim, a ONU orgulha-se de haver rapidamente se adaptado e continuado a prestar assistência às populações atingidas por conflitos, em momento de enorme necessidade. Para tanto, é preciso que os países contribuintes de tropas e de policiais sigam de prontidão.

2 O UNPCRS

Em 29 de julho último, as cidades de Cascavel (PR) e Rio de Janeiro receberam visita de avaliação e assessoramento (na sigla em inglês, AAV) do Departamento de Operações de Paz (DPO) e do Departamento de Apoio Operacional da ONU. Na ocasião, foram avaliados um batalhão de infantaria, uma companhia de engenharia, e duas companhias de ação rápida, com o objetivo de cadastrar tais unidades no nível 2 do Sistema de Prontidão de Capacidades para Manutenção da Paz, conhecido pela sigla em inglês PCRS. Com o cadastramento do batalhão e das companhias, o Brasil se soma aos países que se comprometem a atender a essa demanda por ação rápida,

reiterando sua disposição concreta de contribuir com a manutenção da paz internacional, conforme vem fazendo ao longo dos últimos 70 anos.

O Sistema, criado em 2015, remete a ambição presente na Conferência de São Francisco, em 1945, quando se chegou a pensar em uma espécie de exército multinacional à disposição das Nações Unidas de maneira permanente. Esse intento acabou não se concretizando, mas o advento do PCRS possibilitou ao Conselho de Segurança responder com agilidade a emergências humanitárias por meio de ofertas (*pledges*) de meios militares que os países membros cadastram em portal eletrônico, estruturado em quatro níveis de prontidão, segundo critérios e verificações do DPO. No último deles (Desdobramento Rápido), os meios oferecidos devem estar disponíveis dentro de 60 dias a contar de uma solicitação do Secretário-Geral da ONU (SGNU). A recente AAV ao Brasil confirmou as quatro unidades brasileiras no segundo nível de prontidão do PCRS: certificadas e desdobráveis (*deployable*).

Após a observada demora de reação da ONU aos genocídios da década de 1990, o PCRS visa a habilitar as Nações Unidas a responder com celeridade a crises que muitas vezes não podem esperar os processos impostos pelo ordenamento jurídico de cada país prévios ao envio de tropas, sob risco de que essas crises escalem para conflitos deflagrados. No caso brasileiro, a presença de tropas no exterior depende de avaliação do Executivo (Ministério das Relações Exteriores, Ministério da Defesa e Ministério da Economia), submissão de recomendação à Presidência da República, e posterior autorização pelo Congresso Nacional. Fora do PCRS, apenas após essa anuência o Brasil passa a negociar memorando bilateral de entendimento com a ONU sobre o emprego de seus meios militares.

Ao cadastrar capacidades no PCRS, o Brasil se compromete a manter sucessivas equipes treinadas e prontas para desdobramento. Uma vez que o PCRS foi criado para atender com rapidez a emergências e a situações de crise na área de paz e segurança internacional, não é possível prever, de antemão, o contexto em que as unidades brasileiras poderão ser chamadas a

operar. Nesse caso, o cadastramento pressupõe avaliação favorável do Executivo – e, possivelmente, da Presidência –, a qualquer necessidade da ONU. A autorização pelo Congresso Nacional, contudo, permanece necessária. De acordo com relatório produzido pela ONU ao final da visita de julho, o governo brasileiro sinalizou haver suficiente consenso no governo e no parlamento para a autorização ao envio dessas unidades dentro de três meses a contar do recebimento de uma solicitação¹.

3 HISTÓRICO DA PARTICIPAÇÃO BRASILEIRA EM OPERAÇÕES DE MANUTENÇÃO DA PAZ

O Brasil atribui grande importância às operações de manutenção da paz das Nações Unidas e possui histórico consistente de participação em missões de paz: desde 1948, esteve representado em 41 das 72 operações realizadas, com cerca de 60 mil militares e policiais. Ao longo desse período, a preferência foi dada ao engajamento em missões em países com os quais o Brasil mantém laços históricos, geográficos, e culturais, tais como Angola, Moçambique e Timor-Leste, e, mais recentemente, Haiti e Líbano. O acumulado histórico brasileiro dá testemunho inequívoco de que o Brasil, para além de sua condição de país pacífico, é também nação provedora internacional de paz e segurança, em consonância com o art. 4º da Constituição Federal.

Ao longo de setenta anos como país contribuinte de tropas para a ONU, o engajamento do Brasil é balizado pelo elevado profissionalismo e disciplina de seus contingentes, e pelo respeito aos princípios básicos das operações de manutenção da paz – o consentimento das partes, a imparcialidade e o não uso da força, exceto para autodefesa ou defesa do

¹ “Report on the Assessment and Advisory Visit (AAV) to Brazil of one Mechanized Infantry Battalion (BRA-20/21-700), Quick Reaction Force (Army, BRA-20/21-760), Quick Reaction Force (Navy, BRA-20/21-761), Engineering Company (BRA-17/18-90)”, referência DPO-2021-03068, de 19 de agosto de 2021.

mandato da Missão. A existência prévia de uma paz a ser efetivamente mantida, com a adesão das partes em disputa a compromissos de reconciliação nacional e negociação, é pressuposto fundamental do envolvimento brasileiro em missões de paz.

Com o encerramento da MINUSTAH, em outubro de 2017, e, posteriormente, com a partida da embarcação e da tripulação brasileiras na UNIFIL, em dezembro de 2020, o Brasil deixou de contribuir com unidade militar formada (*contingent*) para missões de paz e voltou a ocupar, entre os países contribuintes de tropas para a ONU, patamar semelhante àquele observado antes do advento da MINUSTAH, em 2004.

Segundo os dados de agosto de 2021, o Brasil ocupa o 65º lugar na lista dos países contribuintes de tropas para missões de paz da ONU, mantendo 63 militares e 4 policiais militares em missões individuais em sete das doze operações de manutenção da paz das Nações Unidas, distribuídos da seguinte maneira: Missão da Organização das Nações Unidas para a Estabilização na República Democrática do Congo (MONUSCO) – 22 militares; Missão das Nações Unidas no Sudão do Sul (UNMISS) – 10 militares e 4 policiais militares; Missão das Nações Unidas para o Referendo no Saara Ocidental (MINURSO) – 10 militares; Força Interina das Nações Unidas no Líbano (UNIFIL) – 9 militares; Missão Multidimensional Integrada das Nações Unidas para a Estabilização na República Centro-Africana (MINUSCA) – 8 militares; Força Interina de Segurança das Nações Unidas para Abyei (UNISFA) – 2 militares; e Força das Nações Unidas para a Manutenção da Paz no Chipre (UNFICYP) – 2 militares.

A atual ausência de unidade militar brasileira de grande porte não impede que o Brasil, por meio de sua política externa, siga exercendo papel de destaque em matéria de paz e segurança internacional. Em sinal da permanência dessa ambição, a manutenção eficiente da paz foi escolhida como uma das prioridades do mandato a ser exercido pelo Brasil no CSNU em 2022 e 2023. Além disso, desde abril último, o Brasil preside, juntamente

com China, Indonésia e Ruanda, o Grupo de Amigos para a Proteção e Segurança dos Capacetes Azuis, que reúne mais de 50 membros.

Hoje, o Brasil destaca-se como importante multiplicador de capacidades na área de missões de paz. Nesse sentido, merece menção o fato de que o país conta com dois centros de treinamento para missões de paz, ambos certificados pelas Nações Unidas: o Centro Conjunto de Operações de Paz do Brasil (CCOPAB) e o Centro de Operações de Paz de Caráter Naval (CcoPazNav), que treinam militares de diversas nacionalidades. No âmbito do “Projeto de Parceria Triangular” promovido pelas Nações Unidas, o Brasil treina militares africanos com vistas à participação qualificada em operações de paz, em particular com na área de equipamentos de engenharia. Militares brasileiros também participam ativamente da atualização de diversos documentos operacionais referentes às operações de manutenção da paz.

Desde Suez, os capacetes azuis brasileiros são reconhecidos por seu profissionalismo e competência. Indício disso é o fato de que a MONUSCO, a Missão de Estabilização das Nações Unidas na República Democrática do Congo, tem seu componente militar comandado, pela terceira vez desde 2018, por general brasileiro. Na mesma missão, o Brasil mantém a primeira equipe de treinamento convidada pela ONU para treinar tropas de terceiros países no terreno.

Além disso, o Brasil orgulha-se do reconhecimento merecido por duas militares brasileiras que atuaram como conselheiras de gênero (*Gender Advisors*) na Missão Multidimensional Integrada das Nações Unidas para Estabilização da República Centro Africana (MINUSCA). Trata-se da capitã de fragata Marcia Andrade Braga e da capitã de corveta Carla Monteiro de Castro Araújo, que receberam em 2019 e 2020, respectivamente, o prêmio “Defensor Militar da Igualdade de Gênero” (*UN Military Gender Advocate of the Year Award*) pelo desenvolvimento de metodologia inovadora de patrulhas realizadas por equipes mistas (capacetes azuis do sexo feminino e masculino) – o que permitiu o levantamento de informações apuradas e levou

ao mapeamento fidedigno de áreas de vulnerabilidade a ataques e à redução significativa de episódios de violência sexual no perímetro da Missão.

O equilíbrio entre segurança, paz e desenvolvimento é um dos objetivos perseguidos pelo Brasil em sua atuação nas negociações relativas às operações de manutenção da paz. O país confere igual ênfase às atividades de manutenção da paz (que incluem a presença de tropas no terreno), de consolidação da paz (medidas de longo prazo, voltadas para o desenvolvimento socioeconômico e institucional) e de prevenção e resolução de conflitos. Além disso, defende que as Nações Unidas atribuam atenção ao enfrentamento das causas profundas de cada conflito armado.

Por ocasião de mandatos anteriores no Conselho de Segurança, o Brasil decidiu enviar tropas para Moçambique, em 1994; Angola, em 1995; Haiti, em 2004; e Líbano, em 2011. Não se trata de mera coincidência, mas de opção calculada de negociar os textos dos mandatos das missões de paz das quais os contingentes brasileiros participam. Como se sabe, fora do Conselho, a capacidade de qualquer país contribuinte de tropa de influenciar os mandatos das operações de manutenção da paz das quais participa reduz-se drasticamente.

4 DESAFIOS ATUAIS À MANUTENÇÃO DA PAZ

Em qualquer das doze missões de paz em curso que as capacidades brasileiras registradas no PCRS sejam solicitadas, as unidades pátrias estarão sujeitas a crescentes desafios securitários e humanitários. Os mandatos que deverão cumprir estão subordinados a interpretações por vezes flexíveis dos princípios básicos das operações de manutenção da paz, a saber: o consentimento das partes, a existência de acordo ou negociação de paz, a imparcialidade e o não uso da força, exceto nos casos de autodefesa ou na defesa do mandato da missão. A partir da primeira década do século, o CSNU autorizou missões que poderiam ser caracterizadas como imposição de

paz, em vista da precariedade, ou mesmo inexistência, do processo político no país anfitrião.

Além disso, quase todas as missões em curso atualmente possuem dispositivos ao abrigo do Capítulo VII da Carta da ONU, que rege o uso da força. Assim, torna-se cada vez mais difícil a percepção, de parte da população local, da imparcialidade das tropas sob a bandeira da ONU – com graves riscos à segurança dos *peacekeepers*. Segundo dados da ONU, apenas entre 2013 e 2020, mais de 250 capacetes azuis pereceram em razão de atos hostis. Em caso de eventual pedido, de parte da ONU, para desdobramento de contingentes brasileiros, caberá examinar, de maneira detida, a situação de segurança no terreno.

Após receber convite da ONU, em 5 de abril de 2018, o Brasil comunicou oficialmente às Nações Unidas a impossibilidade de enviar contingente militar à Missão de Estabilização das Nações Unidas na República Centro-Africana (MINUSCA) naquele momento, em decorrência de restrições orçamentárias. No contexto da recém-autorizada operação de Garantia da Lei e da Ordem (GLO) no Rio de Janeiro, o então Presidente da República, Michel Temer, avaliou que a União não poderia arcar adicionalmente com os custos decorrentes da participação de batalhão brasileiro naquela missão de paz.

Com efeito, na mesma semana em que o Brasil declinou do convite, dois militares brasileiros que participavam da MINUSCA em vagas individuais foram atingidos em ataque contra viatura da ONU em Bangui. Um coronel do Exército sofreu ferimentos graves, que levaram à sua repatriação. Cabe destacar que, em setenta anos de contribuição, nunca houve baixa de capacete azul brasileiro(a) em missão em decorrência de ato hostil.

Como elemento adicional de desafio à manutenção da paz pela ONU, registra-se redução no orçamento disponível às missões, resultando em cortes de pessoal e, em alguns casos, em encerramento precoce. Ao mesmo tempo, o Conselho de Segurança segue conferindo a essas missões mandatos ambiciosos, que incluem fortalecimento institucional, mediação política,

assistência eleitoral, reforma do setor de segurança local, proteção de civis e desarmamento, desmobilização e reintegração de ex-combatentes, que acabam não sendo levados a cabo a contento.

Tal crítica motivou o SGNU, António Guterres, a lançar, em 2018, a iniciativa *Action for Peacekeeping* (conhecida pelo acrônimo A4P), voltada ao aprimoramento do desempenho das missões de paz, por meio de oito pilares:

- a) promoção do diálogo político no terreno;
- b) implementação da agenda de mulheres, paz e segurança do CSNU;
- c) proteção de civis;
- d) segurança e proteção dos *peacekeepers*;
- e) avaliação de desempenho e prestação de contas;
- f) consolidação e sustentação da paz;
- g) promoção de parcerias com organizações regionais e organismos internacionais;
- h) fortalecimento da conduta dos *peacekeepers*.

Não por acaso, o Brasil listou, entre as sete prioridades do mandato a ser exercido no Conselho de Segurança em 2022 e 2023, a manutenção eficiente da paz. Em seu décimo-primeiro mandato como membro não permanente, o Brasil seguirá defendendo os princípios que, desde a criação da ONU, devem reger a presença de tropas no terreno: o consentimento do país anfitrião; a imparcialidade e o não uso da força, salvo para autodefesa ou defesa do mandato; e a existência de uma paz a ser efetivamente mantida, com a adesão das partes em conflito. Além disso, o Brasil procurará construir consensos em torno da aprovação de mandatos realistas, claros e condizentes com os meios e recursos, materiais e humanos, disponíveis a cada missão de paz.

Ainda em consonância com a iniciativa A4P, o Brasil também priorizará, em seu próximo mandato, o avanço da agenda de mulheres, paz e segurança. Em 2015, foi publicado Estudo Global sobre a incorporação de

mulheres em esforços de manutenção e consolidação da paz. Elaborado por grupo de peritos independentes coordenado pela ONU Mulheres, o Estudo demonstrou, por meio de dados empíricos, que a inclusão de mulheres em negociações de paz aumenta em até 35% a probabilidade de que os acordos celebrados permaneçam vigentes por 15 anos ou mais.

Depois disso, diversas outras pesquisas mostraram que a incorporação de mulheres em missões de paz impacta positivamente a obtenção de informação sensível perante a população feminina local – proibida, em muitos dos países onde a ONU atua, de ter contato com homens alheios ao círculo familiar. A inteligência coletada pelas capacetes azuis comprovadamente ajuda a prevenir ataques contra as missões de paz e a proteger a população local, de maneira mais eficiente, contra a violência sexual. Em reconhecimento a tal contribuição específica das mulheres ao desempenho das missões de paz, o SGNU decidiu incluí-la em sua A4P.

5 A AGENDA DE MULHERES, PAZ E SEGURANÇA DO CSNU

Neste ponto, vale esclarecer em que consiste a agenda de mulheres, paz e segurança, que completou 20 anos em 2020. A Resolução 1325, adotada pelo Conselho de Segurança da ONU em outubro de 2000, foi a primeira a tratar do impacto desproporcional dos conflitos armados sobre a população feminina, bem como a prever a participação plena e efetiva de mulheres nos processos de prevenção e resolução de conflitos e na promoção, manutenção e consolidação da paz. Desde então, o CSNU aprovou outras nove resoluções, além de declarações presidenciais, relatórios e demais documentos não vinculantes sobre o assunto. A esse conjunto de documentos convencionou-se chamar agenda de mulheres, paz e segurança.

Em paralelo ao lançamento da A4P, o SGNU lançou também a Estratégia de Paridade de Gênero de Pessoal Uniformizado 2018-28, em resposta a mandato emanado da Resolução 2242 (2015) por ações concretas de incorporação significativa de mulheres às missões de paz. Naquela

ocasião, a ONU havia já identificado o desafio compartilhado pela maior parte dos países contribuintes de tropas no incremento numérico de mulheres nessas missões.

A referida Estratégia estipula metas crescentes, válidas até 2028, de representação mínima feminina em todos os componentes das missões de paz – tanto em contingentes, quanto nas funções de Estado Maior e observador/a militar, além de policiais em missão individual e unidades policiais – ao menos 25% do total em missões individuais, 15% em contingentes formados, e 30% dos policiais em todas as missões de paz em 2028.

Embora vigente desde 2018, apenas muito recentemente a ONU passou a exigir dos países contribuintes de tropas o cumprimento da Estratégia. No corrente ano, pela primeira vez, a ONU endereçou comunicação aos Estados membros, inclusive o Brasil, recordando a expectativa de contar com a representação mínima de mulheres militares estipulada para 2021, sob pena de perda de vagas em missões de paz. Além disso, em junho de 2021 o DPO passou a publicar relatórios mensais de cumprimento por país, disponíveis na página eletrônica do Departamento.

Assim sendo, pela primeira vez em 70 anos de participação em missões de paz, o Estado brasileiro foi avaliado em função da incorporação de mulheres nas unidades recentemente avaliadas pela ONU. De acordo com o relatório exarado pela equipe que realizou a AAV de julho passado, duas unidades (a companhia de engenharia do Exército Brasileiro e a companhia de reação rápida da Marinha do Brasil) cumpriram a meta de 8% de participação feminina válida para 2021. Porém, o batalhão de infantaria e a companhia de reação rápida do Exército alcançaram somente 2% de representação de mulheres, o que levou a equipe de verificação a “(...) encorajar o país a avaliar opções e a desenvolver um plano para aumentar, de

maneira sustentada, o número de mulheres nessas unidades em todas as funções, inclusive em posições operacionais e de comando”².

Trata-se, como mencionado acima, de momento histórico da participação do Brasil em operações de manutenção de paz da ONU, em que as primeiras militares foram treinadas para integrar as unidades certificadas pela ONU especificamente em virtude de seu gênero. Em respeito à mesma Estratégia, em caso de eventual retorno de unidades militares formadas brasileiras a missões de paz, deverá ser garantida participação mínima de 8% de mulheres na tropa. À guisa de comparação, durante os treze anos de participação de tropas brasileiras na MINUSTAH (anteriores à Estratégia), apenas 0,5% do total de mais de 37.000 militares enviados pelo Brasil eram do sexo feminino.

Ainda a respeito da agenda, vale mencionar que o Ministério das Relações Exteriores e o Ministério da Defesa são parceiros no Plano Nacional de Ação sobre Mulheres, Paz e Segurança, lançado em 2017 e renovado, com o texto inalterado, em 2019, por quatro anos adicionais de vigência. O Plano brasileiro está vigente, portanto, até março de 2023.

Entretanto, o Plano brasileiro foi elaborado antes do lançamento da Estratégia de Paridade de Gênero de Pessoal Uniformizado 2018-2028. Diante desse novo cenário, por ocasião da revisão do Plano Nacional, a ter início no próximo ano, os ministérios parceiros poderão contemplar compromissos objetivos, mensuráveis de incremento e manutenção ao longo do tempo da designação de mulheres para vagas em missões de paz a fim de atender aos requisitos das Nações Unidas na matéria.

Aspecto vinculado à agenda que merece especial atenção do ponto de vista dos operadores de Direito, em particular da Justiça Militar, é o endurecimento das medidas tomadas pela ONU para coibir o abuso e a exploração sexual (SEA, na sigla em inglês) cometidos por civis, policiais ou

² IDEM, p. D-10 e D-15: “The AAV team encouraged the TCC to investigate options and develop a plan to sustainably increase the number of women in the unit in all functions, including in operational and command positions”. (Tradução nossa)

militares que atuam sob seu comando contra as populações que deveriam proteger.

Lançada em 2003, a política de tolerância zero das Nações Unidas articula-se em três eixos – prevenção, responsabilização e assistência às vítimas. Desde então, essa política tem sido progressivamente fortalecida mediante decisões do Secretariado, da Assembleia Geral e do Conselho de Segurança. Seu aperfeiçoamento é uma das prioridades do Secretário-Geral Antonio Guterres, que, em 2017, lançou pacto pela eliminação de SEA que resulta do trabalho de força-tarefa criada em seu primeiro dia de gestão.

O pacto tem objetivo de enviar mensagem pública de comprometimento conjunto de prevenção e enfrentamento do abuso e exploração sexual, buscando proteger sem discriminação e com abordagem centrada na vítima. Inclui compromissos específicos para os Estados membros, que visam a garantir apoio e assistências às vítimas, manter esforços de prevenção e fortalecer medidas de responsabilização, entre os quais:

- a) designação de pontos focais nacionais responsáveis pelo acolhimento e processamento de reivindicações de paternidade;
- b) verificação do histórico de todo pessoal fornecido às Nações Unidas com relação a crimes de natureza sexual e violações de direito internacional humanitário;
- c) certificação de que o pessoal uniformizado não tenha sido anteriormente repatriado com base disciplinar ou por falhas graves de conduta;
- d) coleta pré-desdobramento de DNA, como medida auxiliar na responsabilização;
- e) indicação de oficial nacional de investigação, devidamente capacitado(a), a cada unidade com 150 militares;
- f) compromisso de que eventuais obstáculos existentes à persecução criminal de atos de abuso e exploração sexual

cometidos por seus nacionais sejam removidos, inclusive por meio de quaisquer reformas legislativas necessárias.

Desde que a ONU passou a registrar a nacionalidade de suspeitos de abuso e exploração sexual, em 2006, registra-se somente um caso envolvendo militar brasileiro, a despeito de o Brasil ter figurado entre os maiores países contribuintes de tropas e policiais a operações de manutenção da paz nesse período. Entre os fatores que concorrem para o bom histórico mantido pelo país, destacam-se: desdobramento voluntário; seleção e treinamento rigorosos; rotação semestral das tropas; apoio psicológico às tropas antes, durante e após o desdobramento; preocupação com condições adequadas de suas instalações no terreno, inclusive do ponto de vista da recreação e de facilidades de comunicação com as famílias; e adoção de medidas preventivas *in loco*, como a proibição de confraternização com a população local e o gozo de licenças fora do país de missão.

Desde 2017, o Brasil integra, na pessoa do Presidente da República, o “Círculo de Líderes” do SGNU, encarregado de promover apoio político de alto nível ao mencionado pacto contra o abuso e a exploração sexual. O convite para participar da iniciativa decorre do histórico positivo do país na matéria, o qual conta com reconhecimento internacional. Em 2018, o Brasil subscreveu a Declaração Conjunta do Círculo por ocasião da 73ª Assembleia Geral das Nações Unidas, em Nova York.

6 PARA ALÉM DAS CAPACIDADES MILITARES: A CONTRIBUIÇÃO DE CIVIS

Em contexto de recessão econômica, a contribuição do Estado brasileiro com servidores e profissionais liberais surge como opção que prescinde tanto do processo de autorização congressional quanto dos elevados custos envolvidos no emprego de meios militares³. Capacetes azuis civis são

³ A título de exemplo, o Brasil teve custos da ordem de R\$ 2,5 milhões ao longo de 13 anos de envio de tropa e equipamento militar ao Haiti, dos quais foi reembolsado pela ONU em cerca de

cada vez mais demandados pela ONU, em função do aprimoramento e crescimento dos componentes civis das missões de paz, responsáveis pela transição de manutenção da paz, no imediato pós-conflito, para a consolidação da paz, em longo prazo, mesmo depois da retirada das tropas.

Há duas modalidades principais por meio das quais civis tornam-se *peacekeepers*: a) especialistas contratados diretamente pela ONU para exercer funções nas áreas de comunicação, inteligência, logística e transporte, saúde, entre outras, nas missões de paz; e b) servidores públicos cedidos por governos de Estados membros para auxiliar os países anfitriões na construção e no fortalecimento de suas instituições. Neste último grupo, encontram-se especialistas judiciais, peritos eleitorais, agentes penitenciários e outros, que integram o componente de “justiça e correções” (*justice and corrections*) das missões de paz.

Nesse contexto, cumpre registrar que, apesar da maior notoriedade conquistada por militares e, em menor medida, policiais brasileiros por sua participação em missões de paz, especialmente após a MINUSTAH, a contribuição histórica de civis brasileiros à ONU merece ser lembrada. Durante o pós-conflito e em ações de longo prazo, brasileiros sem farda também deram importante contribuição ao longo de setenta anos. O próprio Ministério Público Militar, por meio do projeto “Intercâmbio Jurídico-Institucional Brasil e Angola”, levado a cabo entre 1997 e 2018, cooperou com a reestruturação de instituições de direito e com a reforma legal pós-conflito em Angola, no contexto da participação militar brasileira na Terceira Missão de Verificação das Nações Unidas em Angola (UNAVEM III).

Ao longo de mais de duas décadas, o projeto compreendeu visitas bilaterais de autoridades dos dois países, numerosos eventos de difusão de conhecimento, além de intercâmbio de estudantes. Em 2014, o Supremo Tribunal Militar de Angola solicitou aprofundar o conhecimento do sistema

R\$ 930 mil. Fonte: Empresa Brasil de Comunicação (EBC). Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/internacional/noticia/2017-05/apos-13-anos-missao-no-haiti-comandada-pelo-brasil-se-aproxima-do-fim>

de prestação jurisdicional militar brasileiro, modelo para a estruturação da Justiça Militar daquele país. A cooperação culminou, em dezembro de 2018, com a finalização de proposta de texto para o novo Código Penal Militar de Angola, com base no Código Penal comum e no Código Penal Militar brasileiro.

O Itamaraty também já cedeu diplomatas para coadjuvar esforços de consolidação de paz em países recém-egressos de conflitos. Segundo Paulo Tarrisse da Fontoura, 75 servidores brasileiros, inclusive quatro diplomatas, foram cedidos como peritos eleitorais a cinco missões de paz e uma missão política, entre 1992 e 1999. Esses servidores assinaram contratos temporários com a ONU, fazendo jus a passagens aéreas e diárias de manutenção, cabendo aos respectivos órgãos de origem o pagamento de salário, seguro saúde e demais encargos⁴.

De 2000 a 2002, uma diplomata brasileira, Luciana Rocha Mancini, atuou na Administração de Transição das Nações Unidas no Timor Leste (UNTAET), sob a direção do Representante Especial do SGNU para aquele país, o brasileiro Sérgio Vieira de Mello. Cedida para a ONU, retirada da folha de pagamentos do MRE e contratada pelo então Departamento de Operações de Manutenção da Paz (DPKO) da ONU, a diplomata ocupou o cargo de Secretária-Geral da Assembleia Constituinte do Timor Leste – posição em que facilitou discussões sobre o texto constitucional entre os recém-criados partidos políticos do país; estruturou o Secretariado da Assembleia, que viria a se transformar no parlamento timorense; coordenou campanha de informação pública sobre o processo constituinte; e auxiliou na realização das eleições nacionais de 2002.

A legislação nacional em vigor (Lei 8.112 de 1990; Lei 10.539, regulamentada pelo Decreto nº 4.501, ambos de 2002) restringe sobremaneira a capacidade do Estado brasileiro de ceder servidores de seus quadros públicos para missões da ONU. A modalidade de cessão sem ônus pelo órgão

⁴ Fontoura, P. T. da. *O Brasil e as Operações de Manutenção da Paz das Nações Unidas*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 1999, p. 224-227.

de origem, adotada no caso da diplomata citada, impossibilita o preenchimento das vagas oferecidas pela ONU nos componentes de justiça e correções de suas missões de paz – as quais estão condicionadas à manutenção do salário e demais encargos trabalhistas pelo país de origem, cabendo à ONU oferecimento apenas de ajuda de custo (*per diem*).

O mandato brasileiro no Conselho de Segurança, aliado à crescente demanda das Nações Unidas por agentes públicos cedidos às suas missões de paz, poderia ensejar processo amplo de discussão entre Executivo e Legislativo com vistas à revisão dessas normas e ao adensamento da presença brasileira na área de paz e segurança internacional – para além das capacidades militares.

7 CONCLUSÃO

O presente artigo procurou esclarecer o contexto do recente cadastramento de unidades militares brasileiras no Sistema de Prontidão de Capacidades para Manutenção da Paz, mediante visita de verificação da ONU realizada ao Brasil em julho, e confirmado em agosto último. Sublinhou que a decisão de oferecer meios ao PCRS sinaliza intenção brasileira de retornar com tropas a missões de paz, em consonância com o histórico de setenta anos de colaboração prestada às Nações Unidas, bem como com a recente eleição para mandato a ser exercido no Conselho de Segurança das Nações Unidas em 2022 e 2023.

O artigo destacou os desafios encontrados pelas Nações Unidas na manutenção da paz internacional no presente, bem como as estratégias em curso para fazer frente às limitações e melhorar o desempenho das missões de paz, em particular por meio do aumento do número de mulheres que integram esses esforços e do endurecimento de medidas contra o abuso e a exploração sexual. Buscou, por fim, contemplar a contribuição por meio da cessão de servidores públicos, atual necessidade premente das missões de paz –

disponível a custos mais baixos ao Estado brasileiro, em comparação com o envio de tropas, desde que aprimorada a legislação vigente.

A responsabilidade dos militares pela inobservância das normas do direito internacional dos conflitos armados em intervenção federal

Fernando Teófilo Campos

Capitão do Exército Brasileiro. Bacharel em Ciências Militares pela Academia Militar das Agulhas Negras (AMAN), em 2009. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), em 2017.

Pós-Graduado em Direito Militar pelo Instituto Venturo Educacional, em 2017. Pós-Graduado em Direito Público pelo Instituto Damásio Educacional, em 2018. Pós-Graduado em Teoria do Estado, Relações Privadas e Processo pela Escola Superior da Magistratura de Mato Grosso do Sul (ESMAGIS) e

Centro Universitário UNIGRAN, em 2019. Pós-graduado em Operações Militares, com ênfase em Gestão Operacional, pela Escola de Aperfeiçoamento de Oficiais (EsAO), em 2020. Pós-graduado em Direito Administrativo e Licitações, pela Universidade Cândido Mendes, em 2021.

Data de recebimento: 16/08/2021

Data de aceitação: 29/08/2021

RESUMO: Em decorrência do fenômeno da universalização da proteção dos direitos humanos em períodos de conflitos armados, as normas do Direito Internacional dos Conflitos Armados passaram a adquirir uma função fundamental. Nesse sentido, esse artigo, em linhas gerais, procura descrever a sistemática da responsabilidade do militar em face de uma conduta ofensiva às normas do Direito Internacional dos Conflitos Armados em um contexto de Intervenção Federal. Assim, primeiramente, será abordada a temática do Direito Internacional dos Conflitos Armados, sua evolução histórica, Convenções e os crimes de guerra. Após, será analisado o instituto da Intervenção Federal, seus fatos geradores e aplicação das normas do DICA nesse período. Por fim, será sistematizada a responsabilidade do militar que ofende norma do DICA, em especial, em um período de Intervenção Federal. Para ilustrar todo o debate teórico, será realizado o estudo de caso *Bámaca Velasquez versus Guatemala*, julgado pela Corte Interamericana de Direitos

Fernando Teófilo Campos

Humanos, no qual se procurará abordar, de maneira prática, a temática apresentada.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional dos Conflitos Armados. Intervenção Federal. Responsabilidade.

ENGLISH

TITLE: The Responsibility of The Military for Non-Compliance with the Rules of International Law on Armed Conflicts under Federal Intervention.

ABSTRACT: As a result of the phenomenon of the universalisation of the protection of human rights in times of armed conflict, the norms of the International Law of Armed Conflicts started to acquire a fundamental function. In this sense, this study describes the systematic responsibility of the military in the face of a conduct offensive to the norms of the International Law of Armed Conflicts in a context of Federal Intervention. Thus, the study will first address the theme of International Law of Armed Conflict, its historical evolution, Conventions and war crimes. After, will be analyzed the Federal Intervention Institute, its generating facts and application of DICA standards in this period. Finally, will be worked the responsibility of the military that offends a DICA standard, in particular, in a period of Federal Intervention. To illustrate the entire theoretical debate, the case study *Bámaca Velasquez versus Guatemala*, tried by the Inter-American Court of Human Rights in which we will try to approach, in a practical way, the theme presented.

KEYWORDS: International Armed Conflict Law. Federal Intervention. Responsibility.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Normas do DICA e sua Análise histórica – 3 Crimes de Guerra – 4 Possibilidade de Aplicação das normas do DICA nas Hipóteses Constitucionais de Intervenção Federal – 5 Inobservância das Normas do DICA e Tríplice Responsabilidade – 6 Estudo de Caso Hipotético:

Internalização do Caso Bámaca Velasquez Versus Guatemala – 6
Considerações Finais.

1 INTRODUÇÃO

Preliminarmente, ressalta-se que este tema foi apresentado por este autor em artigo científico publicado na Escola de Aperfeiçoamento de Oficiais do Exército Brasileiro¹, e esse texto publicado serviu de suporte teórico para o presente artigo.

Os preceitos do Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA) fazem-se cada vez mais atuais na realidade dos Estados e de seus membros, em especial, em relação aos agentes de segurança pública. Essa atualidade e relevância das normas do DICA revelam-se também presentes no Estado Democrático de Direito brasileiro.

Em linhas gerais, pode-se afirmar que o DICA se constitui em uma das vertentes do Direito Internacional Público que visa estabelecer balizas para a atuação dos meios e o emprego de métodos de combate em período de guerra. Conforme os professores Sassoli e Bouvier², as normas do DICA visam: “limitar a violência aos níveis estritamente necessários para que se atinja o objetivo da batalha, que não deve ser outro além do enfraquecimento do potencial militar inimigo”.

Além disso, tem como pretensão realizar a proteção daqueles que não participam – ou não participam mais – dos conflitos armados. De acordo com Bugnion³, divide-se em: “Direito de Haia (condução de hostilidades) e Direito de Genebra (proteção de pessoas que estão sob custódia do inimigo).”

¹ SILVA, Arthur e Nunes; CAMPOS, Fernando Teófilo. *A responsabilidade dos militares pela inobservância do Direito Internacional dos Conflitos Armados em intervenção federal*.

Disponível em:

<https://bdex.ex.mil.br/jspui/bitstream/123456789/8611/1/Artigo%20Cient%3%adfcio%20Cap%20Te%3%b3filo.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021.

² SASSOLI, M. e BOUVIER, A.A. *Un droit dans la guerre? Geneve*, CICR, 2003, V. I 3 II, p. 83.

³ BUGNION, François. *Droit de Genève et droit de La Haye. Revue Internationale de la Croix-*

Entretanto, essa proteção não se restringe em relação a um período de guerra entre dois países. Com efeito, como será demonstrado, o mero conflito interno de caráter prolongado envolvendo grupos organizados pode deflagrar a incidência das normas do DICA.

Desse modo, será ressaltada a importância do conhecimento dessas normas, haja vista que a inobservância das regras e princípios estabelecidos por esse ramo do Direito Público Internacional pode acarretar consequências nas esferas penal, civil e administrativo-disciplinar.

Nesse sentido, o artigo procurará descrever a forma em que se procederá a imputação de responsabilidade em face de militar que pratica conduta que ofende às normas do DICA, visando, desse modo, destacar a importância do conhecimento acerca das leis, convenções, princípios, que regem esse ramo do Direito.

Assim, procura-se, a partir de viés preventivo, realizar introdução acerca desse universo complexo do Direito Internacional, com diversas especificidades em relação ao Direito Interno brasileiro. Por meio do conhecimento das possíveis consequências de ato ofensivo ao DICA, procura-se difundir suas normas e servir de mecanismo de reflexão acerca de sua importância.

2 NORMAS DO DICA E SUA ANÁLISE HISTÓRICA

Preliminarmente, ressalta-se que o artigo utilizará os termos Direito Internacional Humanitário (DIH) e Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA) como sinônimos, haja vista que a diferenciação se mostra de pouca utilidade prática. No mesmo sentido, a expressão “*Ius in bello*” (direito na guerra, ou direito durante a guerra) também possui a mesma significação e também será usada.

rouge. 2001, n. 844, p. 35.

Além disso, em específico em relação ao Estado Democrático de Direito brasileiro, o artigo somente estará limitado aos militares federais. Com efeito, é cediço reconhecer que o tema se circundará em relação à hipótese de um contexto de um conflito armado prolongado que acarrete a imperiosa necessidade de se deflagrar uma Intervenção Federal.

Nessa hipótese, as Forças Armadas – constituídas por militares federais – que serão empregadas. Ou seja, em regra, serão os seus membros que poderão realizar condutas que vão de encontro às normas do DIH.

No tocante à análise evolutiva temporal acerca do DICA, pode-se verificar que possui uma primeira abordagem, de caráter preventivo, que se destina, especialmente, aos combatentes. Esse viés trata das normas relativas à restrição dos meios e métodos de combate. Suas origens remontam às duas Conferências Internacionais de Paz, ocorridas em 1899 e 1907, na cidade de Haia. Em decorrência desse fato, convencionou-se denominar essa vertente do DIH de “Direito de Haia”.

Por outro lado, há outra vertente que visa à tutela daqueles que não participam das hostilidades – civis, enfermos, prisioneiros de guerra – e tem como suporte normativo a primeira Convenção de Genebra, ocorrida em 1864, além de outras quatro convenções que se seguiram no ano de 1949, também na cidade de Genebra. Em virtude disso, esse ramo do DICA também é denominado “Direito de Genebra”.

Essas duas vertentes são muito bem delineadas pelo professor Kolb⁴, que explica que o Direito de Haia: “tem seu objeto voltado para os militares, os operadores da guerra, aqueles que tomam decisões em um combate”. Por outro lado, segundo o professor, o Direito de Genebra volta-se para: “os agentes passivos da guerra, civis, prisioneiros de guerra, enfermos, pois esses são vítimas do conflito e necessitam serem protegidos”. Ressalta-se que essa diferenciação é meramente acadêmica, haja vista que essas normas devem ser

⁴ KOLB. R. *Ius in Bello. Le Droit International des Conflits Armés*. Bruxelas, 2003, 2. ed., p. 05.

interpretadas sistematicamente, visando à máxima proteção do indivíduo durante um ambiente de conflito armado.

Mais uma vez, recorrendo-se aos ensinamentos do doutrinador Kolb⁵, verifica-se que o autor ensina que, desde as épocas mais remotas, já havia presunções de regras concernentes aos períodos de guerra. No mesmo sentido, a professora Palma⁶ leciona: “Numa investigação histórica, podem-se encontrar referências a leis de guerra no Extremo Oriente, no Oriente Médio, na América pré-colombiana, na África pré-colonial, no Mundo Greco-Romano e na Idade Média Cristã.”

Entretanto, o marco histórico – e simbólico – da criação do DICA ocorre em meados do século XIX, em virtude do esforço incansável do suíço Henri Dunant. Em seu livro – *Lembranças de Solferino* – Dunant relata as atrocidades ocorridas na Batalha de Solferino de 1859.

Esses relatos acabaram por sensibilizar Estados, órgãos e indivíduos. A criação do movimento da Cruz Vermelha, em 1863, e a adoção da Convenção Internacional para a melhoria da sorte dos militares feridos em campanha são consequências desse primeiro movimento de tutela dos participantes de um conflito armado.

Esse movimento foi reforçado, em 1899, como o desenvolvimento da Primeira Conferência Internacional da Paz, na cidade de Haia. Posteriormente, a Segunda Conferência Internacional da Paz, também ocorrida em Haia, acabou por consolidar esse primeiro ciclo normativo do DICA.

Juntas, essas conferências acabaram por desenvolver um total de treze convenções acerca de meios e métodos de combate desfeitos em período de guerra. Em que pese o transcurso de mais de cem anos, algumas de suas normas ainda estão vigentes até os dias atuais, denotando a sua relevância e perenidade.

⁵ KOLB. *op. cit.*, 2003, p. 05.

⁶ PALMA. Najla Nassif. *Direito Internacional Humanitário e Direito Penal Internacional*. Rio de Janeiro. Fundação Trompowsky, 2008. p. 20.

Infelizmente, essas primeiras normatizações não impediram algumas atrocidades ocorridas nos períodos da I e II Guerras Mundiais. Entretanto, as violações aos direitos humanos desenvolvidas nesses períodos acabaram por propiciar uma segunda onda renovatória de afirmação do DICA.

O marco normativo desse segundo período pode ser delimitado com a adoção de quatro convenções, ocorridas em Genebra, em 1949. Em linhas gerais, a I Convenção trata da proteção dos combatentes feridos e enfermos em campanha. A II Convenção visa à proteção dos náufragos, feridos, enfermos, em decorrência de combates marítimos. A III Convenção é relativa à tutela específica dos prisioneiros de guerra. Por fim, a IV Convenção tratou da proteção dos civis em períodos de guerra. Os bens culturais também foram objeto de proteção. A vedação da destruição desses bens foi normatizada por Convenção ocorrida em Haia, em 1954.

Esses diplomas convencionais citados possuíam nítido contexto de serem aplicados em decorrência de conflito internacional. Entretanto, os movimentos de libertação nacional, nas décadas de 60 e 70, do século XX, em consequência do fenômeno da descolonização, acabaram promovendo conflitos armados intraestatais.

Em vista disso, em 1977, foram desenvolvidos dois Protocolos Adicionais às Convenções de Genebra de 1949. O Protocolo Adicional I (PAI) tem como objetivo os conflitos armados de caráter internacional. Por outro lado, o Protocolo Adicional II (PAII) visa especificamente regulamentar os conflitos armados no interior de um determinado país. Os dois Protocolos Adicionais aliados às quatro Convenções de Genebra de 1949 formam o bloco normativo principal moderno do DICA.

Além desse bloco, historicamente, várias outras convenções que se destinavam aos mesmos fins protetivos do DICA também foram assinadas. Pode-se citar a Convenção sobre proibição de armas biológicas, em 1972; a Convenção sobre limitação no emprego de armas excessivamente lesivas ou que gerem efeitos indiscriminados, e seus protocolos adicionais sobre estilhaços não localizáveis, minas terrestres e armas incendiárias, todas

realizadas em 1980. Posteriormente, em 1995, assinou-se novo protocolo adicional acerca de armas cegantes a laser. Em 1993, tem-se a Convenção sobre armas químicas. Pode-se citar, ainda, a Convenção sobre a proibição de armas antipessoal, realizada em 1997.

Esses atos convencionais também fazem parte das normas do DICA. Ademais, possuem o mesmo *status* jurídico das supracitadas Convenções de Haia, de Genebra e de seus Protocolos Adicionais, somente trazendo especificidades que não foram abordadas por aquelas Convenções. Essa evolução histórica é bem delineada pela professora Santos⁷:

No ano de 1866 [...] fez nascer a convenção para proteção do militar náufrago que foi adotada em Haia em 1907. Posteriormente, a Primeira Guerra Mundial demonstrou a necessidade de proteger os prisioneiros de guerra, nascendo em 1929, a Convenção sobre a proteção dos prisioneiros de guerra. Já em 1949 [...] nasceu a quarta convenção, relativa à proteção dos civis em tempo de guerra.

O dinamismo do combate (com o uso de novas tecnologias nos meios e métodos de combate) explica, em parte, essa necessária especificação do tema, merecendo diplomas normativos diversos para questões complexas e inovadoras. Nesse sentido, atualmente, pode-se citar, em especial, os denominados conflitos assimétricos⁸, o terrorismo, as armas autônomas.

No tocante à internalização dessas normas no Brasil, o legislador constitucional derivador reformador (Emenda Constitucional nº 45/2004) acabou por conceder *status* constitucional caso a norma seja internalizada a partir do quórum qualificado exigido pelo Art. 5, §3º, da CF/88⁹: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em

⁷ VALLADARES, Talita dos Santos. *O Direito Internacional Humanitário e a Proteção dos Prisioneiros de Guerra*. Disponível em: https://periodicos.unifebe.edu.br/index.php/revistaelectronica_daunifebe/article/view/13/12. Acesso em: 09 ago. 2021.

⁸ PINHEIRO, Alvaro. *Israel, Hesbollah e o Conflito Assimétrico*. Disponível em: www.defesanet.com.br/wars/lebanon/assimetria/.htm. Acesso em: 10 ago. 2021.

⁹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

Por outro lado, decorrente de construção jurisprudencial (Recurso Extraordinário nº 466.343/SP)¹⁰, possuem *status* supralegal às normas de direitos humanos decorrentes de atos convencionais que não forem aprovadas pelo quórum qualificado estabelecido pelo Art. 5, §3º, da CF/88.

Ou seja, caso o Brasil seja signatário de convenção internacional com conteúdo de direitos humanos, essa norma – seja por possuir *status* constitucional ou supralegal –, após todo o trâmite procedimental de internalização, estará com dimensão superior em face das leis nacionais.

Nesse sentido, a partir da premissa de que os atos convencionais do DICA também são normas de Direitos Humanos – adotando-se a visão “integracionista” entre as normas do DICA e do DIDH – pode-se afirmar que as normas do DIH possuem *status* supralegal no ordenamento jurídico interno brasileiro. Porquanto não terem sido internalizadas pelo quórum qualificado do art. 5, §3º, da CF/88, não possuem *status* constitucional, porém, por outro lado, formam um bloco de supralegalidade, que serve de parâmetro para as demais normas legais internas acerca do tema.

Trazendo essa realidade para a temática do artigo, verifica-se que, conforme será detalhado nos próximos tópicos, se um militar das Forças Armadas, em contexto de conflito armado, realiza conduta ofensiva às normas do DICA, essas serão aplicadas no caso concreto e aquele deve responder pelo ato ilícito.

3 CRIMES DE GUERRA

Basicamente, no ordenamento jurídico brasileiro, os crimes de guerra estão tipificados no Código Penal Militar (CPM) que visa o *jus*

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: *REsp 466.343-1/SP*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Publicado em 22 de Novembro de 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2021.

puniendi interno. Por outro lado, tem-se, no âmbito internacional, o Tribunal Penal Internacional (TPI), criado pelo Estatuto de Roma (ER), com vigência interna desde a publicação do Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, após ter passado por todo o devido processo de internalização.

Com efeito, o Livro II, do CPM, trata especificamente de atos criminosos ocorridos em um período de guerra. Caso qualquer pessoa realize qualquer das condutas tipificadas, sujeita-se a um julgamento perante à Justiça Militar da União.

No mesmo sentido, o Art. 8º do Estatuto de Roma tipifica uma série de atos considerados como crimes de guerra. Assim, caso se realize alguma dessas condutas, haverá submissão a um julgamento no Tribunal Penal Internacional. Ressalta-se que esse julgamento por parte do TPI não é automático.

Desse modo, a jurisdição do TPI é subsidiária, consoante aplicação do princípio da complementariedade (Art. 17, ER)¹¹. Verifica-se que somente naqueles casos em que determinado país manifestamente não realize a investigação, julgamento e eventual condenação do autor da conduta, é que o TPI estará autorizado a atuar.

Ou seja, somente naqueles casos em que o país não quer ou não possui condições de realizar o processo judiciário, o TPI irá exercer sua jurisdição. Assim, por exemplo, nos casos de atipicidade da conduta, segundo o seu direito interno ou quando se percebe que há uma demora injustificada no processo judicial ou incapacidade de realizá-lo, o TPI poderá avocá-los para serem julgados no âmbito internacional.

No Brasil, em especial, nota-se que a possibilidade de atuação do TPI em face da falta de tipificação interna de alguns crimes de guerra é a mais provável situação de ocorrência. Isso se deve à constatação de que os

¹¹ BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. *Lex: Vade Mecum*, São Paulo: Saraiva, 2019.

crimes de guerra previstos no Livro II do CPM¹² em nada se assemelham aos crimes previstos no Art. 8º do ER¹³.

Percebe-se que o CPM visa essencialmente à proteção de bens jurídicos primordiais a regularidade das instituições militares e da soberania nacional. Assim, nota-se, em evidência, o resguardo da hierarquia e da disciplina, nas tipificações das condutas de traição (Art. 355), cobardia (Art. 363) motim (Art. 368), abandono do posto (Art. 390).

A soberania é evidenciada na tipificação dos crimes de tentativa contra a soberania (Art. 357), informação ou auxílio ao inimigo (Art. 359). Portanto, conforme explicam Steiner *et al.*¹⁴, ao citarem o professor Malarino, as normas do CPM têm: “uma vocação mais voltada para a proteção da eficácia das forças armadas e das operações militares do que a proteção das pessoas envolvidas, direta ou indiretamente nos conflitos”.

Por outro lado, os bens jurídicos que o ER procura proteger são relacionados à proteção imediata dos Direitos Humanos. Percebe-se que são tipificações essencialmente direcionadas para os indivíduos responsáveis pelo comando de uma determinada tropa.

Para exemplificar, têm-se as condutas de tortura (Art. 8º, 2, a, II), tomada de reféns (Art. 8º, 2, a, VIII), ataque intencional à população civil (Art. 8º, 2, b, I), atos de perfídia (Art. 8º, 2, b, VII), destruição de bens culturais (Art. 8º, 2, b, IX), denegação de quartel (Art. 8º, 2, b, XII), uso de armamentos que causem ferimentos supérfluos (Art. 8º, 2, b, XX), uso da população civil como escudos humanos (Art. 8º, 2, b, XXIII), inanição da população civil como método de guerra (Art. 8º, 2, b, XXV).

¹² BRASIL. *Código Penal Militar*. Decreto-Lei 1.001, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em: 10 ago. 2021.

¹³ BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. *Lex: Vade Mecum*, São Paulo: Saraiva, 2019.

¹⁴ STEINER, S. BADARÓ, G. MOURA, M-T, DAL MASO JARDIM, T. Relatório elaborado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), in: AMBOS, K., MALARINO, E., *Persecución Penal Nacional de Crimenes Internacionales em America Latina Y Españã*, Bonn, *Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung A.C.*, 2003, note 81, p. 131.

Portanto, conclui-se que, dependendo da conduta realizada pelo militar, pode-se configurar uma responsabilidade penal, no âmbito judicial interno ou, subsidiariamente, na seara jurisdicional internacional.

4 POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DAS NORMAS DO DICA NAS HIPÓTESES CONSTITUCIONAIS DE INTERVENÇÃO FEDERAL

A Intervenção Federal é instituto previsto nos artigos 34 a 36 da CF/88, que permite, em situações específicas, à União a legítima intervenção nos Estados ou no Distrito Federal. Conforme a norma constitucional¹⁵:

Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:
I – Manter a integridade nacional;
II – Repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra;
III – Pôr termo a grave comprometimento da ordem pública;
IV – Garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação;
V – Reorganizar as finanças da unidade da Federação que:
Suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior;
Deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei;
VI – Prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial;
VII – Assegurar a observância dos seguintes preceitos constitucionais:
Forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
Direitos da pessoa humana;
Autonomia municipal;
Prestação de contas da administração pública, direta e indireta; e
Aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais [...].

Percebe-se, pela análise desses fatos geradores, que o instituto tem natureza excepcional, somente sendo utilizado em casos de extrema

¹⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

necessidade, como guerra, falência estatal, caos descontrolado. Visa-se, em linhas gerais, a manutenção da própria existência do Estado Democrático brasileiro.

Corroborando esse entendimento, Bastos¹⁶ assevera que: “a intervenção é medida excepcional de defesa do Estado Federal e de proteção às unidades federadas que o integram. É instituto essencial do sistema federativo e é exercido em função da integridade nacional e da tranquilidade pública”.

Em que pese as várias possibilidades de imposição de uma Intervenção Federal, esse artigo se aprofundará nas três primeiras hipóteses do artigo 34, da Carta Magna. A manutenção da integridade nacional e a repulsa à invasão estrangeira (incisos I e II) impõem a existência de um litígio bélico entre o país e outro Estado. Nesses casos, mostra-se necessária a Intervenção Federal visando propiciar, às Forças Armadas, o comando operativo do local de litígio para combater a ameaça bélica do país inimigo.

O inciso III (pôr termo a grave comprometimento da ordem pública) pressupõe o esgotamento da capacidade de agir dos órgãos de segurança pública, previstos no Art. 144 da CF/88¹⁷, em virtude de um ambiente grave de instabilidade da ordem pública. Conforme leciona Mendes¹⁸:

Não é todo tumulto que justifica a medida extrema, mas apenas as situações em que a desordem assumia feição inusual e intenso. Não há necessidade de aguardar um quadro de guerra civil para que ocorra a intervenção. É bastante que um quadro de transtorno de vida social, violento e de proporções dilatadas, se instale duradouramente, e que o Estado-membro não queira ou não consiga enfrentá-lo de forma eficaz, para que se tenha o pressuposto da intervenção.

¹⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 318.

¹⁷ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

¹⁸ MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Editora Saraiva, 2012. p. 1126.

Esse quadro de instabilidade foi pressuposto para a edição do Decreto nº 9.228¹⁹, de 16 de fevereiro de 2018, que estabeleceu Intervenção Federal no Estado do Rio de Janeiro. Em que pese limitada à área da segurança pública (Art. 3, §4º), não se desnaturou a natureza de Intervenção Federal ocorrida no período.

No tocante à aplicação das normas do DICA, verifica-se que o *Ius in bello* está circunscrito aos conflitos armados. Por óbvio, deve-se compreender o âmbito de abrangência desse termo, visando delimitar o campo de aplicação das normas protetivas do DIH.

Em regra geral, percebe-se que os conflitos armados podem possuir duas naturezas distintas. Assim, há conflitos armados internacionais (CAI) e conflitos armados não internacionais (CANI). A importância dessa distinção reside no fato de que haverá um regime jurídico diferenciado para cada uma dessas naturezas.

O CAI possui seu âmbito de atuação balizado em face de um conflito armado entre, necessariamente, dois países. Entretanto, em virtude da dinâmica evolucionária histórica dos conflitos, esse conceito foi se alargando, abarcando outras hipóteses de ocorrência.

Desse modo, realizando-se interpretação sistemática das quatro Convenções de Genebra de 1949 e dos dois Protocolos Adicionais de 1977, é possível realizar a classificação de quatro espécies de CAI.

A primeira espécie é a guerra declarada. Nessa situação, o Estado, formalmente, por meio de um decreto de declaração de guerra ou de mobilização nacional que contenha a intenção de fazer a guerra (*animus belligerendi*), manifesta a sua vontade de resolver o litígio por meio do uso da força.

¹⁹ BRASIL. Decreto nº 9.288, de 16 de fevereiro de 2018, que dispõe sobre a Intervenção Federal no Rio de Janeiro. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9288.htm. Acesso em: 10 ago. 2021.

Outra espécie é o conflito armado de fato. Nesse, é dispensável o ato formal de declaração de guerra. Basta que exista uma situação fática de ato hostil armado para que se configure um conflito armado de fato entre dois países. Esse entendimento está fundamentado no art. 2º, comum a todas as quatro Convenções de Genebra de 1949.

Segundo o normativo²⁰, as normas protetivas se aplicam em: “caso de guerra declarada ou de qualquer outro conflito armado que possa surgir entre duas ou mais das Altas Partes contratantes, mesmo que o estado de guerra não seja reconhecido por uma delas.”

Esse mesmo artigo serve de suporte para a próxima espécie de CAI: a ocupação militar não resistida. Com efeito, o artigo 2º²¹, comum às Convenções de Genebra prescreve que essas também serão aplicadas: “em todos os casos de ocupação total ou parcial do território de uma Alta Parte contratante, mesmo que esta ocupação não encontre qualquer resistência militar.”

Verifica-se, nessa hipótese, que sequer há conflito armado. A despeito disso, será aplicado o DIH. A título de exemplificação, pode-se vislumbrar a hipótese de conflito assimétrico em que, em decorrência de elevada superioridade bélica de um dos Estados, a outra parte acaba por se manter inerte, sem que se ofereça nenhuma espécie de resistência.

Por fim, a última espécie de CAI são as guerras de libertação nacional. Essas encontram fundamento no Art. 1º, § 4º, do PAI de 1977. Segundo a norma²², na proteção do DICA: “estão incluídos os conflitos armados em que os povos lutam contra a dominação colonial e a ocupação

²⁰ BRASIL. *Decreto nº 42.121, de 21 de agosto de 1957*, que promulga as Convenções de Genebra de 1949 destinadas a proteger as vítimas da guerra. Disponível em: www.senado.gov.br. Acesso em 08 ago. 2021.

²¹ BRASIL. *Ibidem*.

²² BRASIL. *Decreto nº 849, de 25 de junho de 1993*, que promulga os Protocolos Adicionais I e II às Convenções de Genebra de 1949, adotado pela Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário aplicável aos Conflitos Armados. Disponível em: www.senado.gov.br. Acesso em: 11 ago. 2021.

estrangeira e contra os regimes racistas no exercício dos direitos dos povos à autodeterminação”.

Essas são as quatro espécies de CAI reconhecidas pelo Direito Internacional dos Conflitos Armados. Em complemento, ressalta-se que o CPM brasileiro só abrange as duas primeiras hipóteses de Conflito Armado Internacional: guerra declarada ou o reconhecimento do estado de guerra, em decorrência da realização de algum ato de agressão. Pode-se chegar nessa conclusão a partir de uma interpretação sistemática do Art. 15 desse diploma normativo. Com efeito, o artigo²³ prescreve que:

Art. 15. O tempo de guerra, para os efeitos da aplicação da lei penal militar, começa com a declaração do estado de guerra, ou o reconhecimento do estado de guerra, ou com o decreto de mobilização se nele estiver compreendido aquele reconhecimento; e termina com a cessação das hostilidades.

Nota-se que, em qualquer das hipóteses previstas no artigo, haverá, previamente, ato formal, de reconhecimento do estado de guerra. Entretanto, atualmente, verifica-se que essa necessidade caiu em desuso. Conforme doutrina e jurisprudência majoritárias, o princípio da declaração obrigatória do estado de guerra mostra-se ultrapassado.

Com efeito, em face dos princípios da humanidade e da máxima efetividade da aplicação dos direitos fundamentais, percebe-se que se deve aumentar o âmbito de aplicação do conceito de conflito armado, permitindo a efetiva proteção dessas outras hipóteses acima citadas, ainda que não haja uma efetiva declaração de guerra.

Voltando-se o objeto de estudo para o CANI, percebe-se que, diferentemente do CAI, não há suporte jurídico consolidado para essa natureza de conflito. Essa diferenciação é explicada, em termos, em virtude de outra norma também extremamente importante quando se trabalha a temática do Direito Internacional: princípio da soberania.

²³ BRASIL. *Código Penal Militar*. Decreto-Lei 1.001, de 21 de outubro de 1969. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em: 10 ago. 2021.

Percebe-se que há nítida resistência, por parte dos países, em reconhecerem a existência de conflito armado dentro de seu território. Em última análise, isso poderia configurar uma declaração de incapacidade do exercício legítimo do monopólio do uso da força em determinado Estado²⁴. Além disso, poderia ser uma forma de se legitimar uma revolução, insurreição. Acerca dessa noção de soberania, o art. 3º do PAII²⁵ prescreve que:

nenhuma disposição do presente protocolo será invocada para atentar contra a soberania de um Estado ou a responsabilidade do governo em manter ou restabelecer a ordem pública no Estado ou defender a unidade nacional e a integridade territorial do Estado por todos os meios legítimos.

Assim, sob a rubrica de “Não intervenção”, a norma determina que não há justificativa para que ocorra intervenção – independentemente do motivo – no conflito armado ou nos assuntos internos de um Estado.

Entretanto, a realidade fática provocou superação desse entendimento. Com efeito, a universalidade dos Direitos Humanos – reconhecida na Declaração de Viena 1993 (Art. 5º)²⁶ – gerou a relativização do conceito de soberania. Atualmente, entende-se que esse conceito pode sofrer mitigações em face de condutas de agentes estatais internos que possam se configurar como atentatórias aos Direitos Humanos inderrogáveis.

Desse modo, de acordo com a Organização das Nações Unidas, há responsabilidade coletiva internacional em face de violações aos direitos

²⁴ WEBER, Max. *Politics as Vocation*. Dunker & Humboldt, Munique. In: Adauto Novaes, org. *Ética*. São Paulo, Companhia das Letras, 1993, p. 191-204.

²⁵ BRASIL. *Decreto nº 849, de 25 de junho de 1993*, que promulga os Protocolos Adicionais I e II às Convenções de Genebra de 1949, adotado pela Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário aplicável aos Conflitos Armados. Disponível em: www.senado.gov.br. Acesso em: 09 ago. de 2021.

²⁶ BRASIL. *Declaração e Programa de Ação de Viena, adotada pela Conferência Mundial dos Direitos Humanos*, em 25 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.-Declara%C3%A7%C3%B5es-e-Tratados-Internacionais-deProte%C3%A7%C3%A3o/declaracao-e-programa-de-acao-de-viena.html>. Acesso em: 09 ago. 2021.

humanos. Segundo o juiz Trindade²⁷, da Corte Internacional de Justiça: “O direito internacional, a partir do século XX, passa a desenvolver-se em rumo universalista e comunitário, verificando a formação de novo *ius gentium* – o direito internacional da humanidade – guiados por interesses comuns superiores à própria vontade dos Estados”.

Essa nova abordagem humanista permitiu que se desenvolvesse também a possibilidade da existência de conflitos armados de âmbito intraestatal em que se pudesse aplicar as normas protetivas do DICA. A partir dessa construção, podem-se diferenciar três noções de CANI.

O primeiro entendimento, conforme depreende-se do Art. 3º, comum às quatro Convenções de Genebra, possui conceituação residual ou negativa. Segundo o artigo²⁸, todo conflito armado que não tenha caráter internacional é considerado um CANI. Verifica-se perigosa e muito abrangente conceituação do instituto, não se permitindo, portanto, definição objetiva.

O Protocolo Adicional II veio suprir essa lacuna ao definir, em seu Art. 1º, que, juntamente à concepção residual já estabelecida pelo Art. 3º, comum às quatro Convenções de Genebra²⁹, que, para o reconhecimento de um CANI, os conflitos armados devem cumprir determinados requisitos:

Em território de um Alta Parte Contratante, entre suas forças armadas e forças armadas dissidentes ou grupos armados organizados que, sob a chefia de um comando responsável, exerçam sobre uma parte do seu território um controle tal que lhes permita levar a cabo operações contínuas e organizadas.

²⁷ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do Século XXI*. Trabalho de pesquisa apresentado no XXXIII Curso de Direito Internacional, organizado pela Comissão Jurídica Interamericana da OEA, Rio de Janeiro, em 2006. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2021.

²⁸ BRASIL. *Decreto nº 42.121, de 21 de agosto de 1957*, que promulga as Convenções de Genebra de 1949 destinadas a proteger as vítimas da guerra. Disponível em: www.senado.gov.br. Acesso em 10 ago. 2021.

²⁹ BRASIL. *Decreto nº 849, de 25 de junho de 1993*, que promulga os Protocolos Adicionais I e II às Convenções de Genebra de 1949, adotado pela Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário aplicável aos Conflitos Armados. Disponível em: www.senado.gov.br. Acesso em: 06 ago. 2021.

Uma última noção convencional foi estabelecida pelo Art. 8º, letra f, do Estatuto de Roma. Segundo o artigo³⁰, serão aplicadas as normas de DICA: “a conflitos armados que tenham lugar no território de um Estado, quando existe um conflito armado prolongado entre autoridades governamentais e grupos armados organizados”.

Da junção desses conceitos, percebe-se que o CANI pode ser delimitado como o conflito armado não internacional, de caráter prolongado, com a existência de litígio entre as Forças Armadas e grupos armados organizados, sob a chefia de um comando, com poder de fato sobre uma parte do território do Estado.

Desse modo, percebe-se que as tensões internas podem levar a restrição das garantias judiciárias fundamentais em virtude da decretação de um estado de exceção, como, por exemplo, a Intervenção Federal. Nesse cenário, faz-se necessária a adoção das normas protetivas do DICA.

Pelo exposto, realizada a convergência entre as noções de CANI, pode-se verificar que tensões internas graves, caracterizadas por conflito armado, servem de campo de aplicação das normas do DICA.

Além disso, analisando em conjunto os pressupostos autorizadores para a deflagração da Intervenção Federal no território brasileiro e os requisitos para a configuração de um conflito armado de caráter não internacional, percebe-se que as normas do DICA estarão vigentes nesse período de exceção.

Nas três hipóteses de previsão constitucional de Intervenção Federal verificadas nesse artigo (manter a integridade nacional, repelir invasão estrangeira e pôr termo a grave comprometimento da ordem pública), há perfeita possibilidade de subsunção das normas do DICA.

Nesse sentido, as hipóteses contidas nos incisos I e II do artigo 34, da CF/88, são aplicáveis em face de uma interpretação sistemática das normas do DICA e da CF/88. Primeiramente, deve-se salientar o texto do Art.

³⁰ BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. *Lex: Vade Mecum*, São Paulo: Saraiva, 2019.

2º, comum às quatro Convenções de Genebra de 1949³¹: “A presente convenção se aplicará em caso de **guerra declarada ou de qualquer outro conflito armado** que surja entre duas ou várias das Altas Partes Contratantes, mesmo que o estado de guerra não seja reconhecido por uma delas” (grifo do autor).

Assim, a prévia declaração de guerra ou a realização de atos de agressão por parte de outra Potência acarretam na configuração das circunstâncias fáticas previstas nos incisos I e II do artigo 34, da CF/88. Desse modo, mostra-se inevitável a decretação de Intervenção Federal durante o lapso temporal de ocorrência da guerra (seja essa declarada ou decorrente de atos de agressão).

O uso das normas do DICA na hipótese de pôr termo a grave comprometimento da ordem pública merece construção mais minuciosa. Para que isso se configure, deve ocorrer a presença dos requisitos de conflito armado de caráter não internacional já expostos.

Primeiramente, deve haver conflito armado com lapso temporal prolongado. Além disso, de um lado desse conflito, tem-se como pressuposto a existência de grupo(s) armado(s) organizado(s), que detenha(m) o poder de fato sobre parte do território de um Estado. De outro lado, a presença das Forças Armadas, representantes do legítimo poder estatal.

Fazendo um paralelo com a Intervenção Federal no Rio de Janeiro, verifica-se que todos esses requisitos estavam presentes. Primeiramente, verifica-se que a intervenção perdurou por um lapso temporal prolongado (16 de fevereiro até 31 de dezembro de 2018).

A presença de grupo(s) armado(s) organizado(s) também se mostrou evidente. Conforme explica Miranda³², Procurador-Geral de Justiça Militar:

³¹ BRASIL. *Decreto nº 42.121, de 21 de agosto de 1957*, que promulga as Convenções de Genebra de 1949 destinadas a proteger as vítimas da guerra. Disponível em: www.senado.gov.br. Acesso em: 10 ago. 2021.

³² MIRANDA. Jaime de Cassio Miranda. *Seminário Intervenção Federal na Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro e Operações de Garantia da Lei e da Ordem* – GLO. 1. ed. Disponível em: <https://emarf.trf2.jus.br/site/documentos/livrointervencao2018.pdf>. Acesso em:

“os direitos fundamentais da população civil são restringidos pelos integrantes das organizações criminosas que exercem verdadeira autoridade em vários territórios da cidade do Rio de Janeiro.”

Pelo exposto, percebe-se que os requisitos constantes do arcabouço normativo do DICA que revestem a temática dos CANI se aplicaram integralmente na Intervenção Federal do Rio de Janeiro. Assim, intervenções futuras que detenham características semelhantes também estarão abrangidas pelas normas do DICA.

Ou seja, quando o Estado brasileiro usa suas Forças Armadas como medida para realizar a manutenção da lei e da ordem por um período de tempo prolongado em um contexto de Intervenção Federal, acarreta-se, automaticamente, na constatação de que as condutas realizadas pelos agentes do Estado, naquele período, estarão subsumidas às normas do DICA.

5 INOBSERVÂNCIA DAS NORMAS DO DICA E TRÍPLICE RESPONSABILIDADE

Em tempos passados, alegava-se que a falta de predisposição legislativa interna acerca da temática aprofundada dos crimes de guerra resultasse da ausência de envolvimento do país em conflitos armados. Isso em consonância com a regência, nas relações internacionais, dos princípios da não intervenção e da solução pacífica dos conflitos (art. 4, incisos IV e VII, CF/88)³³. Entretanto, essa realidade se modificou.

Conforme Fontoura³⁴, as inúmeras participações das tropas brasileiras em Operações de Manutenção da Paz das Nações Unidas demonstram a relevância do estudo das normas do DICA. Além disso, as

10 ago. 2021.

³³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

³⁴ FONTOURA, Paulo Roberto Campos Tarisse. *O Brasil e as Operações de Manutenção da Paz das Nações Unidas*. Brasília, 2005, p. 25.

hipóteses de emprego em Operações de Pacificação e de Apoio a Órgãos Governamentais reforçam essa nova realidade.

Desse modo, se militar brasileiro se engaja em conflito armado, seja em Operação de Paz de caráter internacional, seja em contexto de Intervenção Federal, no território brasileiro, esse deve conhecer, respeitar e fazer respeitar os princípios e regras do DICA.

Em consonância com esse entendimento, o Manual de Emprego do Direito Internacional dos Conflitos Armados nas Forças Armadas (MD34-M-03) prescreve em seu item 7.1.1³⁵: “É responsabilidade das Forças Armadas respeitar e garantir o respeito ao DICA. Portanto, tal arcabouço normativo de normas e regulamentos deve ser **do conhecimento de todos os integrantes das Forças Armadas**” (grifo do autor).

Nesse sentido, caso o militar venha a descumprir esse bloco jurídico protetivo dos Direitos Humanos em tempo de conflito armado, deverá se submeter ao processamento e julgamento nas esferas penal, civil e administrativa-disciplinar.

A repressão nessas esferas é uma eficiente maneira de sancionar as ofensas ao DICA. As condutas contrárias às Convenções de Haia, Genebra e seus Protocolos Adicionais são consideradas crimes de guerras, ilícitos civis e, eventualmente, transgressões disciplinares.

As Forças Armadas, ciente desses importantes mecanismos sancionatórios, realizaram essa previsão expressa, no item 6.1.3. do MD34-M-03³⁶:

A difusão e o estudo do DICA, que caracterizam o ensino, constituem-se em fatores primários para que as operações militares ocorram em consonância com esse ramo do Direito. [...] Contudo, só o ensino não será suficiente. Outras iniciativas serão igualmente importantes: [...] b) as sanções.

³⁵ BRASIL. *Portaria Normativa nº 1.069/MD*, de 05 de maio de 2011, que aprova o Manual de Emprego do Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA) nas Forças Armadas – MD34-M-03 – 1ª Edição/2011.

³⁶ BRASIL. *Ibidem*.

Em consonância com o mesmo objetivo preventivo objeto desse artigo, o manual também prevê, em seu item 6.5.1³⁷, que: “As sanções funcionam como elemento preventivo à ocorrência de violações do DICA. Quanto mais a sua existência for conhecida e previsível for a sua aplicação, maior será o efeito de dissuasão.”

Nesse sentido, são considerados instrumentos de direitos humanos a criminalização de violações, a estipulação de sanções administrativas e a determinação de pagamentos pecuniários, haja vista que reforçam a proteção das normas do DICA.

Essa tríplice responsabilidade deve ser abordada como uma relevante fonte de afirmação do DICA, conforme prescreve o item 6.5.2 do Manual de Emprego do Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA) nas Forças Armadas³⁸: “As sanções ocorrerão por meio de medidas penais ou disciplinares. Elas possibilitarão mostrar a toda a cadeia de comando que a Instituição Militar defende meios e métodos éticos e regulamentares.”

Como complemento, há no item 7.1.5, do MD34-M-03³⁹, atribuição expressa aos Comandantes de OM acerca de instauração de diligências disciplinares ou penais em face de infrações contra as normas e princípios do DICA.

6 ESTUDO DE CASO HIPOTÉTICO: INTERNALIZAÇÃO DO CASO BÁMACA VELASQUEZ VERSUS GUATEMALA

Durante o período da Intervenção Federal no Rio de Janeiro, não se constata condutas de militares das Forças Armadas que pudessem configurar crimes de guerra. Percebe-se, assim, que, em tese, houve o acatamento irrestrito às normas do DICA pelos militares durante o período de exceção.

³⁷ BRASIL. *Ibidem*.

³⁸ BRASIL. *Ibidem*.

³⁹ BRASIL. *Ibidem*.

Esse fato não é novidade, haja vista que, nos treze anos de realização da missão de Manutenção da Paz no Haiti, o resultado foi no mesmo sentido. Nesse ponto, Palma⁴⁰ assevera que: “os poucos registros de investigações de condutas em tese criminosas relativos a MINUSTAH reforçam a boa disciplina dos contingentes militares já reconhecida pela comunidade internacional.”

Dessa forma, haja vista a ausência de casos na Intervenção Federal do Rio de Janeiro que pudessem servir para elucidar esse artigo, decidiu-se utilizar caso ocorrido na Guatemala e julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), no ano de 2000.

O caso se trata da captura, em 1992, do guerrilheiro Bámaca Velasquez⁴¹ por parte do Exército guatemalteco. Efraim Bámaca Velásquez foi capturado após conflito ocorrido na região oeste da Guatemala, entre a guerrilha da qual fazia parte e o Exército daquele país.

Segundo os autos do processo, esse indivíduo foi dado como desaparecido, quando, em verdade, foi torturado e morto pelas Forças Armadas da Guatemala. Após o esgotamento dos recursos internos, o país foi denunciado e condenado na Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Esse caso é paradigma, haja vista que, durante o julgado, foram debatidos vários temas que representam violações graves de direitos humanos. Com efeito, verificou-se a questão do desaparecimento forçado, o direito à integridade pessoal, o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica.

Tendo como referencial esse caso emblemático, a mesma situação pode ocorrer em relação à conduta de militar federal brasileiro em período de Intervenção Federal. Essa possibilidade de ocorrência induz a necessidade de

⁴⁰ PALMA, Najila Nassif. Diagnóstico penal militar do *peacekeeper* brasileiro no Haiti. In: HAMANN, Eduarda P. (org.) *A participação do Brasil na MINUSTAH (2004-2017): percepções, lições e práticas relevantes para futuras missões*. Artigo Estratégico n.10. Rio de Janeiro: Instituto Igarapé. 2017. Disponível em: <https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2018/03/2018-03-06-AE-MINUSTAH-PT.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2021.

⁴¹ PAIVA, Caio Cezar. Heemann, Thimotie Aragon. *Jurisprudência*

estudo desse ato realizado por militares do Exército guatemalteco visando evitar que militar federal brasileiro não realize o mesmo fato.

Nesse sentido, pode-se vislumbrar a situação hipotética da determinação de Comandante de Pelotão que, durante o período da Intervenção Federal no Rio de Janeiro, ao executar a prisão de determinado indivíduo integrante de organização criminosa, determinasse que esse fosse detido em um local sigiloso e, nesse local, sob as ordens do oficial, acabasse sendo torturado e morto.

A partir da constatação da autoria e materialidade da conduta por parte do Comandante de Pelotão, quais seriam as possíveis consequências para o ato? Preliminarmente, com base no que foi apresentado no presente artigo, pode-se vislumbrar a aplicabilidade de sanções penais, civis e administrativas, em virtude dessa conduta.

Na esfera penal, o caso se amolda à figura típica do artigo 205, do CPM⁴² (homicídio) combinado com o artigo 9º, II, c, do mesmo diploma. Por outro lado, verificando-se o elemento subjetivo especial do injusto pode-se vislumbrar cometimento dos crimes militares extravagantes de abuso de autoridade (Lei nº 13.869/2019)⁴³ ou de tortura (Lei nº 9.455/1997)⁴⁴. Em todos esses casos, o oficial seria julgado pelo Conselho Especial de Justiça, no âmbito da JMU.

Na mesma seara, percebendo-se que há negativa de vontade do Estado Brasileiro em julgar o militar (art. 17, do ER)⁴⁵, o TPI poderá admitir o processamento do caso, haja vista que a conduta realizada pelo oficial também está tipificada como crime de guerra no ER (art. 8º, c)⁴⁶.

⁴² BRASIL. *Código Penal Militar. Decreto-Lei 1.001, de 21 de outubro de 1969*. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em: 10 ago. 2021.

⁴³ BRASIL. Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, que dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade. *Lex: Vade Mecum* 18. ed. Editora Rideel: São Paulo, 2020.

⁴⁴ BRASIL. Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, que define os crimes de tortura e dá outras providências. *Lex: Vade Mecum* 18. ed. Editora Rideel: São Paulo, 2020.

⁴⁵ BRASIL. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. *Lex: Vade Mecum*, São Paulo: Saraiva, 2019.

⁴⁶ BRASIL. *Ibidem*.

Nas duas hipóteses, o oficial não poderá ser punido também na esfera administrativa em virtude da conduta realizada, salvo se absolvido por insuficiência de provas (art. 42, §2º, Estatuto dos Militares)⁴⁷. Nessa situação, poderá o Comandante da Organização Militar determinar a punição do militar, em virtude de transgressão disciplinar que, no processo criminal, teria sido absorvida pelo crime militar, mas agora se revela autônoma em relação a esse. Outra situação é a hipótese de responsabilização disciplinar naqueles casos em que houver um resíduo administrativo, em consonância com a Súmula nº 18 do Supremo Tribunal Federal⁴⁸.

Além disso, porquanto tenha ocorrido ato ilícito civil (falecimento da vítima), a família desta poderia pleitear uma indenização pelos danos materiais (despesas com enterro, pensões) e morais (sofrimento infligido) em consonância com os artigos 186⁴⁹ e 927⁵⁰, do Código Civil de 2002⁵¹.

Nesse caso, poderá utilizar a própria sentença penal proferida pelo TPI ou pela JMU, como valor mínimo da indenização civil, ajuizando-se uma Ação Civil Executória *Ex-Delicto*⁵² (art. 387, IV, do CPP⁵³, que pode ser usado na Justiça Militar, por analogia), quando não se preferir uma ação de conhecimento autônoma para o mesmo fim.

⁴⁷ BRASIL. Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980, que dispõe sobre o Estatuto dos Militares. *Lex: Vade Mecum* 18. ed. Editora Rideel: São Paulo, 2020.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 18*. Súmula da Jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 03. Disponível: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?S1=70.NUME.%20NA%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 10 ago. 2021.

⁴⁹ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete, ato ilícito.

⁵⁰ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (Arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

⁵¹ BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Lex: Vade Mecum*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

⁵² Ação civil que deriva do dever de reparação do dano como efeito obrigatório de uma condenação criminal. NEVES. Cícero Robson Coimbra. *Manual de Direito Processual Penal Militar* – Volume único. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 513.

⁵³ BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Lex: Vade Mecum*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

Pelo exposto, conclui-se que o militar poderia sofrer, como sanção penal, pena privativa de liberdade. Poderá, ainda, ser, eventualmente, punido administrativamente. Além disso, arcaria também com a reparação indenizatória à família da vítima na esfera civil.

Por fim, ressalta-se que a pena privativa de liberdade superior a dois anos imposta em sentença transitada em julgado poderá ainda repercutir na perda do posto e da patente do oficial, conforme preconiza o art. 142, §3º, VI e VII, da CF/88⁵⁴.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo geral deste artigo foi difundir o conhecimento das normas protetivas desse ramo especializado do Direito, por meio do conhecimento das consequências advindas de sua inobservância.

Para isso, inicialmente, realizou-se uma ambientação acerca do Direito Internacional dos Conflitos Armados, fez-se uma análise histórica da evolução desse complexo ramo do direito. Além disso, estabeleceu-se o bloco normativo que o compõe. Tem-se, ainda, a delimitação dos crimes de guerra, no âmbito interno e internacional.

Nessa parte do artigo, concluiu-se que as normas do DICA originaram-se das atrocidades ocorridas em períodos de guerra vivenciados pela sociedade. Além disso, percebeu-se que o conjunto normativo que compõe o DIH está em constante evolução, tentando acompanhar as constantes inovações tecnológicas nos meios materiais e nas formas de realizar o combate.

Nesse sentido, o estudo delimitou quais são aquelas condutas definidas como crimes de guerra, seja no âmbito interno ou internacional. Assim, verificou-se que o militar pode responder internamente em face de

⁵⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

conduta prevista no Código Penal Militar ou, no âmbito internacional, por ato considerado crime de guerra pelo Estatuto de Roma.

Posteriormente, trabalhou-se o tema Intervenção Federal, com seus fatos geradores, dando ênfase para aqueles que interessavam ao estudo. Depois, realizou-se análise acerca dos conflitos armados de caráter não internacional.

Por meio desse estudo descritivo, percebeu-se que as normas que compõem o DICA podem ser aplicadas em conflitos armados, ainda que estes sejam de âmbito interno. Ademais, conclui-se que hipóteses de Intervenção Federal previstas na Constituição Federal se amoldam perfeitamente ao conceito de conflito armado, acarretando na aplicação do DICA, mesmo nesse período excepcional.

Para ilustrar todo o tema que foi desenvolvido, elaborou-se, no último tópico, um estudo de caso hipotético, a partir da internalização do caso *Bámaca Velasquez vs. Guatemala*, julgado pela Corte IDH. Esse caso poderia, potencialmente, ocorrer em operação comandada por militar das Forças Armadas e serviu para que se compreendesse, na prática, toda a construção teórica que foi realizada.

Por todo exposto, pode-se concluir que os militares devem ter prévio conhecimento acerca dos tipos penais previstos tanto no Código Penal Militar Brasileiro quanto no Estatuto de Roma. O cometimento desses tipos penais em períodos excepcionais de defesa do Estado e das instituições democráticas pode acarretar responsabilidade penal, civil e administrativo-disciplinar.

Com efeito, verificou-se que, na seara penal, o militar responderia perante a Justiça Militar da União ou, subsidiariamente, perante o Tribunal Penal Internacional. Além disso, haverá a responsabilização civil em decorrência do dever de reparar os danos materiais e morais cometidos. Por fim, haverá a responsabilização disciplinar naqueles casos em que houver um resíduo administrativo.

Verificou-se ainda que, atento em relação a essa perspectiva apresentada no artigo, o Ministério da Defesa elaborou a Portaria Normativa

nº 1.069/MD, de 05 de maio de 2011, que aprovou o Manual de Emprego do Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA) nas Forças Armadas (MD34-M-03).

Esse manual expõe a necessidade de difundir as normas do DIH, estabelecendo que o estudo acerca dos mecanismos sancionatórios é maneira eficaz de realizar essa difusão. O presente artigo pautou-se por meio desse entendimento, procurando detalhar as sanções imputáveis ao militar nas diversas esferas.

Portanto, conclui-se que o desconhecimento das normas do DICA é extremamente nocivo e pode acarretar em condutas incompatíveis com os Direitos Humanos. Essas condutas podem representar responsabilização individual para o militar e danos para a imagem da Instituição Militar e para o país.

Assim, o artigo pretendeu servir como uma diretriz para que os operadores de guerra e de direito possam se orientar e balizar suas condutas sobre o tema. A partir de um viés preventivo, pautem suas ações alinhadas com as diretrizes das normas do DICA.

Em especial, destaca-se, então, que a necessária compreensão do tema e de seus efeitos visa garantir a segurança jurídica para a atuação dos militares das Forças Armadas e a regularidade das instituições militares ao promover o legítimo emprego de seus membros.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 21. Ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Lex: Vade Mecum*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

Fernando Teófilo Campos

BRASIL. *Código Penal Militar. Decreto-Lei 1.001, de 21 de outubro de 1969*. Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao>. Acesso em: 10 ago. 2021.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Lex: Vade Mecum*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. Código de Processo Penal Militar. Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. *Lex: Vade Mecum*. 18. ed. Editora Rideel: São Paulo, 2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. *Decreto nº 849, de 25 de junho de 1993*, que promulga os Protocolos Adicionais I e II às Convenções de Genebra de 1949, adotado pela Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário aplicável aos Conflitos Armados. Disponível em: www.senado.gov.br. Acesso em: 11 ago. 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. *Lex: Vade Mecum* 18. ed. Editora Rideel: São Paulo, 2020.

BRASIL Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. *Lex: Vade Mecum*, São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. Decreto nº 42.121, de 21 de agosto de 1957, que promulga as Convenções de Genebra de 1949 destinadas a proteger as vítimas da guerra. Disponível em: www.senado.gov.br. Acesso em: 08 ago. 2021.

BRASIL. *Decreto nº 9.288, de 16 de fevereiro de 2018*, que decreta a Intervenção Federal no Estado do Rio de Janeiro. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9288.htm. Acesso em: 10 ago. 2021.

BRASIL. *Declaração e Programa de Ação de Viena, adotada pela Conferência Mundial dos Direitos Humanos*, em 25 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Sistema-Global.Declar%C3%A7%C3%B5es-e-Tratados-Internacionais->

deProte%C3%A7%C3%A3o/declaracao-eprograma-de-acao-de-viena.html. Acesso em: 09 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980, que dispõe sobre o Estatuto dos Militares. *Lex: Vade Mecum*. 18. ed. Editora Rideel: São Paulo, 2020.

BRASIL. Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, que define os crimes de tortura e dá outras providências. *Lex: Vade Mecum*. 18. ed. Editora Rideel: São Paulo, 2020.

BRASIL Lei nº 13.869, de 5 de setembro de 2019, que dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade. *Lex: Vade Mecum*. 18. ed. Editora Rideel: São Paulo, 2020.

BRASIL. *Portaria Normativa nº 1.069/MD*, de 05 de maio de 2011, que aprova o Manual de Emprego do Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA) nas Forças Armadas – MD34-M-03 – 1ª Edição/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: *REsp 466.343-1/SP*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Publicado em 22 de Novembro de 2006. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº 18*. Súmula da Jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 03. Disponível:<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?S1=70.NUME.%20NAO%20S.FLSV.&base=baseSumulas>. Acesso em: 10 ago. 2021.

BUGNION, François. *Droit de Genève et droit de La Haye. Revue Internationale de la Croix-rouge*. 2001, n. 844.

FONTOURA, Paulo Roberto Campos Tarrise. *O Brasil e as Operações de Manutenção da Paz das Nações Unidas*. Brasília, 2005.

KOLB. R. *Ius in Bello. Le Droit International des Conflits Armés*. Bruxelas, 2003, 2. ed.

MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. Editora Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jaime de Cassio Miranda. *Seminário Intervenção Federal na Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro e Operações de Garantia da Lei e da Ordem – GLO*. 1. ed. Disponível em: https://emarf.trf2.jus.br/site/documentos/livro_intervencao2018.pdf. Acesso em: 10 ago. 2021.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de Direito Processual Penal Militar – Volume único*. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

PAIVA, Caio Cezar. Heemann, Thimotie Aragon. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: CEI, 2017.

PALMA, Najla Nassif. *Direito Internacional Humanitário e Direito Penal Internacional*. Rio de Janeiro. Fundação Trompowsky, 2008.

PALMA. Diagnóstico penal militar do *peacekeeper* brasileiro no Haiti. In: HAMANN, Eduarda P. (org.) *A participação do Brasil na MINUSTAH (2004-2017): percepções, lições e práticas relevantes para futuras missões*. Artigo Estratégico n.10. Rio de Janeiro: Instituto Igarapé, 2017. Disponível em: <https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2018/03/2018-03-06-AE-MINUSTAH-PT.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2021.

PINHEIRO, Alvaro. *Israel, Hesbollah e o Conflito Assimétrico*. Disponível em: www.defesanet.com.br/wars/lebanon/assimetria/.htm. Acesso em: 10 ago. 2021.

SASSOLI, M. e BOUVIER, A.A. *Un droit dans la guerre? Geneve*, CICR, 2003, V. I 3 II.

STEINER, S. BADARÓ, G. MOURA, M-T, DAL MASO JARDIM, T. Relatório elaborado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), in: AMBOS, K., MALARINO, E., *Persecución Penal Nacional de Crimines Internacionales em America Latina Y Espanã*, Bonn, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stifung A.C., 2003, note 81.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do Século XXI. Trabalho de

pesquisa apresentado no *XXXIII Curso de Direito Internacional*, organizado pela Comissão Jurídica Interamericana da OEA, Rio de Janeiro, em 2006. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%2020.def.pdf>. Acesso em: 09 ago. 2021.

VALLADARES, Talita dos Santos. *O Direito Internacional Humanitário e a Proteção dos Prisioneiros de Guerra*. Disponível em: <https://periodicos.unifebe.edu.br/index.php/revistaeletronicadaunifebe/article/view/13/12>. Acesso em: 09 ago. 2021.

WEBER, Max. *Politics as Vocation*. Dunker & Humboldt, Munique. In: Adauto Novaes, org. *Ética*. São Paulo, Companhia das Letras, 1993.

Uma abordagem crítica a formulação e implementação de políticas públicas de prevenção ao terrorismo no Brasil

Dalbertom Caselato Junior

Agente de Polícia Civil do Distrito Federal. Professor-titular do programa de pós-graduação *latu sensu* em Ciências Policiais da Escola Superior de Polícia Civil do DF (ESPC-DF) e do programa de graduação em Direito do Unieuro-DF. Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – CEUB.

Ricardo Mendes Villafane Gomes

Delegado de Polícia Civil do Distrito Federal. Coordenador do programa de pós-graduação *latu sensu* em Ciências Policiais pela Escola Superior de Polícia Civil do DF (ESPC-DF). Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – CEUB.

Data de recebimento: 17/05/2021

Data de aceitação: 23/07/2021

RESUMO: Este artigo objetiva apresentar uma abordagem crítica à ausência de uma política pública brasileira promotora da segurança contra o Terrorismo. Nesse aspecto, o governo brasileiro – a par de ter promulgado a lei antiterrorismo – padece de um plano de ação envolvendo as estruturas nacionais em cooperação internacional com os demais Estados, visando coibir ações terroristas ou seu financiamento por meio de delitos precedentes como a lavagem de dinheiro. Assumem as Organizações Internacionais importante papel persuasivo aos governos acerca da implementação dessas ações. Diante da ausência desse modelo de política, sugere-se, como exemplo, a Estratégia Nacional de Combate ao Terrorismo de Portugal.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas públicas. Terrorismo. Lei antiterrorismo.

ENGLISH

TITLE: A Critical Approach to the Formulation and Implementation of Public Policies for the Prevention of Terrorism in Brazil.

ABSTRACT: This article aims to present a critical approach to the absence of a Brazilian public policy that promotes security against terrorism. In this regard, the Brazilian government, along with the enactment of the anti-terrorism law, has a plan of action involving national structures in international cooperation with other states, aimed at curbing terrorist actions or their financing through previous crimes such as money laundering. It assumes, the International Organizations, an important persuasive role to the governments on the implementation of these actions. Given the absence of this policy model, we suggest, as an example, the National Strategy to Combat Terrorism in Portugal.

KEYWORDS: Public Policies. Terrorism. Law Against Terrorism.

SUMÁRIO

1 Considerações iniciais – 2 Políticas públicas: abordagem conceitual jurídica e a influência nacional decorrente da política de relações internacionais – 3 Os compromissos internacionais firmados pelo governo brasileiro no combate a práticas terroristas: o especial caso da adesão ao grupo de ação financeira internacional (GAFI) – 4 A lei antiterrorismo (Lei n. 13.260/2016): críticas pela ausência de disposições normativas concernentes à existência de políticas públicas de combate aos delitos previstos na legislação – 5 Considerações finais.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O terrorismo constitui-se em uma séria ameaça à subsistência do espaço dos Estados, à liberdade, segurança e justiça do Estado de Direito Democrático. Há muito as atividades terroristas deixaram de ter por atuação

exclusiva a ação de organizações criminosas bem estruturadas e com divisão de tarefas, hierarquia e uma unidade de comando para se tornar uma ameaça difusa a qual, nos últimos anos, tem registrado um aumento preocupante em nível mundial, em especial em países europeus e nos Estados Unidos da América (EUA), encontrando-se nesses países um terreno fértil para eventuais ações extremistas, radicais e agressões violentas, seja de um grupo ou de um indivíduo particularmente individualizado (o caso dos lobos solitários, *lone wolves*).

Assume relevância particular a adoção pelos governos mundiais de ações governamentais em âmbito doméstico os quais formulem instrumentos de políticas públicas de segurança coletiva visando combater o fenômeno de extrema gravidade que ameaça os Estados democráticos; tais políticas devem, por conseguinte, ser pautadas em um esforço comum de cooperação, integração e mobilização de todas as estruturas nacionais dos países com responsabilidade direta e indireta no combate às ações terroristas, concretizando, em níveis interno e internacional, diretivas de combate e prevenção ao fenômeno terrorista e suas variações.¹

No caso brasileiro, diante da contemporaneidade e dinamismo do fenômeno terrorista, não é mais permissível que o Governo brasileiro trate com passividade os recentes episódios de ataques terroristas além de suas fronteiras; deve-se, preventivamente, buscar políticas públicas tendentes a evitar – desde ataques cibernéticos aptos a causarem caos no fornecimento de energia e abastecimento de água, com destruição de reservas energéticas estratégicas, de sítios arqueológicos e patrimônios histórico-culturais mundiais – a ataques diretos e indiscriminados, cometidos por organizações ou simpatizantes solitários, contra a sociedade civil organizada, atos dos

¹ A utilização iterativa da expressão “combate” ao terrorismo, tal como veiculada no presente trabalho, não desconsidera as certas críticas dirigidas à apropriação de expressões beligerantes para abordar o enfrentamento do crime, fenômeno socialmente construído. No entanto, em atenção ao uso propagado e corrente da expressão, em especial na revisão da literatura promovida na presente investigação, opta-se pelo uso da expressão consagrada, ainda que sujeita a críticas.

quais tem por preferência locais de grande aglomeração e eventos de grande porte e cobertura das mídias nacional e internacional como eventos desportivos, shows internacionais ou encontros de líderes mundiais que eventualmente tenham o Brasil como anfitrião.

Nesse aspecto, em que pese a louvável iniciativa parlamentar no sentido de aprovar em tempo recorde a lei antiterrorismo brasileira (Lei n. 13.260/2016) – a qual trouxe alguns avanços discutíveis no que concerne ao conceito do fenômeno do terrorismo, bem como a instituição de mecanismos de investigação criminal advindos da Lei de Organização Criminosa (Lei n. 12.850/2013) e a criminalização de atos preparatórios e financiamento ao terrorismo, dentre outros institutos – é importante frisar que, além da legislação em vigor, ao Estado brasileiro urge a necessidade de se elaborar planos de ação para viabilizar o combate e prevenção a tais atos, mesmo não sendo o Brasil, historicamente, alvo de atentados diretos contra a sociedade civil.

Destarte, busca o presente ensaio discutir, em um primeiro momento, a conceituação de política pública especialmente no que concerne às ações governamentais em sua formulação e implementação, sob influência de Estados soberanos ou Organismos Internacionais (OIGs); uma vez demonstrada que tal influência é real, passa a se exemplificar – no caso do terrorismo – a elaboração da Lei n. 13.260/2016, conhecida como lei antiterrorismo, criticando sua formulação apressada e as consequentes deficiências, em linhas gerais, decorrentes da aceitação, pelo governo brasileiro, da pressão exercida por tais Estados e OIGs, em razão da iminência de grandes eventos esportivos mundiais no Brasil. Neste caminho, estudar-se-á o especial caso do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) e a natureza jurídica de suas recomendações, como um exemplo de OIGs supranacional de combate aos delitos de lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo que pode exercer influência na implementação e formulação de políticas públicas domésticas. Por fim, realizar-se-á uma crítica à lei antiterrorismo brasileira, em decorrência da falta de uma política

pública associada à legislação; como exemplo viável, apresenta-se a Estratégia Nacional de Combate ao Terrorismo (ENCT) do modelo português, o qual poderia servir como exemplo para uma futura formulação dessa política pública no Brasil.

2 POLÍTICAS PÚBLICAS: ABORDAGEM CONCEITUAL JURÍDICA E A INFLUÊNCIA NACIONAL DECORRENTE DA POLÍTICA DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS

A política pública deve ser compreendida, conforme preceitua Pierre Muller, por intermédio de um estudo intrinsecamente ligado a ações de política, não havendo, por conseguinte, a possibilidade de separação entre a ação pública (*policies*) e o jogo político (*politics*). Desta forma, como ensina o citado professor, “*hacer política es hacer políticas*”, o que se consubstancia em formular e implementar políticas públicas (MULLER, 2002, p. 16).

Com efeito, toda política pública se presta a resolução de conflitos, percebendo-se sua atividade e campo de ação quando uma série de atores percebem que o “ser” da política pública está em dissonância com o “dever ser”; destarte, esses atores passam a exercer pressão, e o Estado responde ao buscar soluções, oferecendo propostas e alternativas, nem sempre fáceis, dado que a formulação da política pública se traduzir em um verdadeiro exercício de “invenção intelectual” (MULLER, 2002, p. 19).

No que concerne à ação estatal, Yves Mény e Jean-Claude Thoening formulam um conceito anglo-saxão de políticas públicas, na medida em que estas se prestam à formação de um programa de ação governamental em um setor da sociedade ou em um espaço geográfico. Muller, em consonância com estes autores, completa que um planejamento pragmático considera a formulação e implementação de uma política pública como um programa de ação governamental, em que se permite a identificação de um objeto concreto (por exemplo a política agrícola, política urbana ou a política de segurança

pública) como um conjunto dos programas governamentais nos respectivos campos setoriais. (MULLER, 2002, p. 48).

Desta forma, Muller considera que se está diante de uma política pública quando uma Autoridade nacional ou local responde a um programa de ação coordenada no sentido de modificar o âmbito cultural, social ou econômico de atores sociais, dentro de uma lógica setorial. A partir deste ponto, o autor decompõe uma política em três processos fundamentais:

1. Se trata, em primer lugar, de una tentativa (lo que significa a la vez que hay una acción voluntaria y que aquella no logra siempre el resultado esperado) para manejar la posición, el rol y la función del sector considerado, en relación con la sociedad global o con otros sectores. [...] 2. Esta relación global-sectorial no puede transformarse en objeto de intervención pública si no es en función de la imagen que se hacen de ella los actores implicados. Es esta representación del RGS (Regimen Sectorial Global) llamada referencial de una política pública, la que designa el conjunto de normas o imágenes de referencia en función de las cuales se definen los criterios de intervención del Estado y los objetivos de la política pública considerada. 3. En estas condiciones, una etapa fundamental de la investigación consistirá en determinar cuál es el actor (o grupo de actores) que se encarga(n) de esta operación de construcción o de transformación del referencial de una política pública. En efecto, este actor, que llamaremos mediador, ocupará una posición estratégica en todo el sistema de decisión examinado. (MULLER, 2002, p. 50-51).

No que concerne às Relações Internacionais, cabe esclarecer, preliminarmente, que sua trajetória de atuação acadêmica sofreu um isolamento no que concerne à interdisciplinaridade durante a década de 1950, quando capturadas pela Ciência Política, em especial a norte-americana. Neste corte com a interdisciplinaridade com outras disciplinas, tal isolamento durou cerca de três décadas, retornando sua articulação com outros ramos de ciências sociais apenas em 1980 (FARIA, 2013, p. 20). Ainda que a centralidade ao poder unisse as duas disciplinas – Relações Internacionais e Ciências Sociais – uma premissa relevante da primeira era sua especificidade ao âmbito externo, pela inexistência de uma autoridade central para arbitrar

as disputas entre as distintas soberanias nacionais. Essa particularidade conferia ao campo internacional uma identidade própria, na medida em que o distinguia da Ciência Política uma vez que a principal norma do sistema internacional é a soberania (LIMA, 2013, p. 128).

Uma aproximação entre os dois campos dessa disciplina era observada em particular no campo de análise das políticas públicas, em que Relações Internacionais se aproximavam da Ciência Política quando se observava a face externa do “Estado em ação”. A partir deste ponto, foi estabelecida uma distinção analítica entre política internacional, voltada a explicação do resultado interativo entre as atividades estatais e a política externa, com foco no comportamento dos Estados e o modo de explicar seus objetivos e maneiras de implementá-los no plano externo (LIMA, 2013, p. 128). Desta forma, o modelo de política burocrática na acepção de natureza política possui – no jogo de decisões de política externa – uma resultante da competição entre diferentes jogadores ocupando distintas posições na estrutura governamental. Assim, fatores domésticos impactam sobre as diferentes questões de política externa, e esta pode variar de acordo com as variações das instituições políticas domésticas, passando a deixar de existir diferenças ontológicas entre políticas domésticas e externas, ambas sendo políticas públicas resultantes de processos políticos comparáveis. Essa erosão da linha divisória entre o campo externo e o interno contribui para a consideração da política externa como política pública. Ao se enquadrar a política externa como política pública, elimina-se a crença acerca de sua especificidade e excepcionalidade diante das demais políticas governamentais, pontuando a política externa como uma política governamental sujeita aos mesmos controles e regulação próprios de contextos democráticos (LIMA, 2013, p. 133 e 144).

Alie-se ao fato de que a incorporação de novos temas na agenda externa tem como consequências a internalização da política externa na agenda doméstica ao se constatar a maior participação de entidades governamentais na formação da posição negociadora brasileira em âmbito

internacional e na implementação doméstica dos compromissos assumidos nesses fóruns. Por outro lado, um nítido processo de internacionalização das políticas públicas constata-se na ampliação da cooperação para o desenvolvimento em diversas políticas governamentais nas áreas, por exemplo, de saúde, transferência de renda, agricultura e educação (LIMA, 2013, p. 152).

Neste ponto, fica clara a influência direta das ações de política externa na internacionalização de políticas públicas dos Estados, não sendo diferente quando se inclui, neste contexto, a atuação de Organizações Internacionais. Destarte, indaga-se: quais são as relações entre as políticas das organizações internacionais e as políticas públicas dos Estados? Tal indagação encontra relevância na medida em que se constata a premente necessidade de compreensão do fenômeno da Globalização, o qual se desenvolve em grande escala e dilui as fronteiras entre o “interno” e o “externo”, em que a agenda internacional exerce relevante impacto nas agendas domésticas dos países, ocorrendo, ademais, o inverso (RODRIGUES, 2006, p.194).

Em especial caso, analisa-se a Organização das Nações Unidas (ONU), em razão de sua vocação universal e evolução recente nas relações internacionais, de modo a instigar a reflexão sobre a existência de políticas públicas internacionais geradas a partir e no âmbito das Nações Unidas. É fato que as políticas da ONU ganham cada vez mais poder de influência e ingerência na geração e execução de políticas públicas nacionais. Seu reconhecimento como pessoa jurídica de Direito Internacional é considerado um marco na atuação das Organizações Internacionais (OIGs) agindo como ator independente dos Estados-membros, pautada em quatro funções básicas:

- a) Oferecer aos Estados um marco preestabelecido e permanente para o diálogo; b) legitimar situações de fato; c) gerar informação, a qual serve de referência comum a todos os membros; d) atuar como redutor de tensão em escala internacional. No transcorrer da segunda metade do século XX, as OIGs firmaram-se como atores necessários para a boa

convivência internacional e o equacionamento de inúmeros desafios comuns (RODRIGUES, 2006, p.194).

Essa crescente evolução das OIGs desencadeou novos desafios, sobretudo, no que concerne à ingerência internacional acerca dos assuntos internos dos Estados, causando um claro processo de erosão da esfera de domínio privado dos Estados; segue-se, como exemplo, a discussão da ONU no início dos anos 90 a respeito do debate acerca dos limites da soberania estatal sobre assuntos relacionados a Direitos Humanos e ao direito humanitário. No Brasil, Ricardo Seitenfus afirma serem “tênuos os limites que circundam o relacionamento interestatal, seja de cooperação, integração ou comunhão de interesses, e imissão em assuntos internos”. Desta forma, constata-se que as relações entre as políticas das OIGs e os assuntos internos dos Estados, das quais se incluem as políticas públicas, manifesta-se de duas maneiras:

1) pela adesão progressiva de normas e políticas negociadas e consensuadas no âmbito das OIGs, respeitado o voluntarismo dos Estados; 2) pela aceitação de modalidades de ingerência em graus diversos, exercidas por algumas OIGs, em razão de sua natureza e de sua evolução *vis-à-vis* os novos cenários e os novos temas das relações internacionais (RODRIGUES, 2006, p.194).

Para aqueles problemas internacionais que extrapolam o caráter nacional, tais como aqueles relacionados à economia, ao social, à cultura e ao direito humanitário, a ONU deverá buscar soluções mediante o instrumento de cooperação internacional, em observância ao que prevê o item 3 do capítulo I da Carta das Nações Unidas, que trata dos propósitos e princípios, *in verbis*:

(...) 3. Realizar la cooperación internacional em la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitário, y em el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de

raza, sexo, idioma o religión; (...) (RODRIGUES, 2006, p. 200).

Assim, impõe-se claro que a Carta das Nações Unidas enseja a formulação e execução de políticas públicas internacionais, entre as quais encontram-se temas sensíveis de direito humanitário, tais como a segurança coletiva internacional ameaçada por atos terroristas de toda espécie. Tais problemas graves colocam desafios para o bem-estar humano que ultrapassam as fronteiras dos Estados individualmente considerados.

Nesse contexto, a ONU assume importante papel no debate, negociação e lançamento de diretrizes de ação amplas e determinadas visando influenciar de maneira definitiva a geração de políticas públicas em todo o mundo. A ONU possui diretrizes visando ao desenvolvimento dos seus países-membros, nos quais exerce influência a partir da aplicação de sua Carta constitutiva e dos diversos instrumentos políticos e jurídicos, sobretudo aqueles produzidos em Conferências globais que impactam na formulação das políticas nacionais dos países (RODRIGUES, 2006, p. 202).

3 OS COMPROMISSOS INTERNACIONAIS FIRMADOS PELO GOVERNO BRASILEIRO NO COMBATE A PRÁTICAS TERRORISTAS: O ESPECIAL CASO DA ADESÃO AO GRUPO DE AÇÃO FINANCEIRA INTERNACIONAL (GAFI)

No específico caso da segurança coletiva internacional, as Nações Unidas oferecem aos estados-membros uma série de instrumentos jurídicos tendentes a vincular a ação governamental doméstica dos seus signatários, merecendo destaque alguns destes, tais como tratados internacionais relacionados ao combate ao terrorismo, resoluções obrigatórias do Conselho de Segurança da ONU e outras organizações internacionais. No caso brasileiro, há a ratificação de pelo menos 15 convenções e protocolos internacionais de combate ao terrorismo. Conforme dados fornecidos pela

ONUBR (Nações Unidas no Brasil), são estes: Convenção Relativas às Infrações e Certos Outros Atos Cometidos a Bordo de Aeronaves; Convenção para Repressão ao Apoderamento Ilícito de Aeronaves; Convenção para Prevenir e Punir os Atos de Terrorismo Configurados em Delitos contra as Pessoas e a Extorsão Conexa Quando Tiverem Eles Transcendência Internacional; Convenção para a Repressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Aviação Civil; Convenção sobre a Prevenção e Punição de Infrações contra Pessoas que Gozam de Proteção Internacional, incluindo os Agentes Diplomáticos; Convenção contra a Tomada de Reféns; Convenção sobre a Proteção Física dos Materiais Nucleares; Protocolo para a Supressão de Atos Ilícitos de Violência nos Aeroportos a Serviço da Aviação Civil; Convenção sobre a Marcação dos Explosivos Plásticos para Fins de Detecção; Convenção Interamericana Contra a Fabricação e o Tráfico Ilícito de Armas de Fogo, Munições, Explosivos e Outros Materiais Correlatos; Convenção Internacional sobre a Supressão de Atentados Terroristas com Bombas (com reserva ao parágrafo 1 do artigo 20); Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo; Convenção Interamericana Contra o Terrorismo; Convenção para a Supressão de Atos Ilícitos contra a Segurança da Navegação Marítima; Protocolo para a Supressão de Atos Ilícitos contra a Segurança de Plataformas Fixas localizadas na Plataforma Continental; e a Convenção Internacional para a Supressão de Atos de Terrorismo Nuclear (ONUBR, 2018).

Com o objetivo primordial de combater o forte componente transnacional e dinâmico das atividades perpetradas por organizações criminosas, seja para práticas de lavagem de dinheiro ou financiamento a atos terroristas, com a adoção de medidas para inibir o trânsito dos ativos ilícitos entre sistemas financeiros de diversos países, foi criada em 1989 o FATF (*Financial Action Task Force*), conhecido em português como GAFI (Grupo de Ação Financeira Internacional). Em estrita observância às normas internacionais ratificadas nos tratados acima relacionados no âmbito das Nações Unidas, o GAFI constitui-se em uma organização internacional

governamental dedicada à troca de informações entre as unidades de inteligência financeira dos seus Estados-membros. Ademais, exerce um papel normativo-sancionador ao expedir Recomendações e avaliar o cumprimento destas pelos países, a chamada “40 Recomendações”. Como principal sanção pelo seu descumprimento, é a inclusão de Estados na lista de países ou territórios não cooperativos (*Non-cooperative Countries or Territories*) podendo chegar à sanção máxima de exclusão daquele país do Grupo. (DE ARAÚJO, 2012, p. 3).

O GAFI possui importante relevância no combate internacional a esses crimes em razão da dificuldade de sua investigação criminal; frise-se que os delitos em estudo possuem alta carga de transnacionalidade, o que traz grande desafio ao regimes nacionais para coibirem tais práticas, o que exige padronização em cooperação jurídica internacional entre países que, em muitos casos, possuem tradições jurídicas distintas, em especial no caso entre países que compõem a “guerra contra o terror” e países de pouca ou nenhuma tradição de combate a práticas terroristas como o Brasil.

Em termos operacionais, o GAFI funciona como um órgão central global da comunidade formada por diversas unidades de inteligência pelo mundo, os quais se utilizam da estrutura fornecida pelo GAFI como canal para a troca de informações. O GAFI possui, ademais, um caráter supranacional, na medida em que elabora as recomendações e avalia se os seus membros estão adimplentes ou não com tais obrigações que elas representam. Tais recomendações consistem em medidas que os Estados-membros devem adotar para adequar seu regime e políticas internas ao padrão internacional de proibição. Como sanção aos países não adimplentes, estes ingressam em uma lista (*non cooperative countries and territories – NCCT*) e podem perder a condição de membros do GAFI, aplicando-se, por conseguinte, a recomendação 21 dessa organização, pela qual, instituições financeiras como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial passam a adotar procedimentos de especial atenção às relações comerciais e transações financeiras com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas em

países incluídos na lista dos NCCT. Como consequência, esses procedimentos encarecem sobremaneira os custos de movimentações financeiras e causam prejuízos comerciais, além de constrangimento aos setores internacionalizados da economia (DE ARAÚJO, 2012, p. 4).

Em razão do caráter repressivo de suas recomendações, o GAFI, em que pese declarar serem tais recomendações um tipo de *soft law*, decorrente da não obrigatoriedade de sua observância pelos países-membros, há, em verdade, uma evidente contradição, na medida em que tais recomendações buscam, diante das sanções aplicadas em sua não observância – como a inscrição na lista negra de países e territórios não cooperativos (NCCT – *non cooperative countries and territories*) – verdadeiro caráter de normas obrigacionais internacionais, conforme se aduz:

Quando um país está sendo examinado para ser colocado em lista dos não-cooperantes, ele é notificado para responder ao questionário do GAFI. Esse país poderá marcar um encontro com um *expert* do Grupo para discutir qualquer questão não resolvida ou controvertida. Para satisfazer as exigências e sanar as deficiências identificadas pelo GAFI é necessário que o país em exame promulgue uma legislação específica e devidamente regulamentada, adotando medidas para ratificar e cumprir plenamente a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas. O GAFI observará se essa legislação possui, de forma específica, leis de jurisdição criminal, o modo de se operacionalizar a fiscalização financeira, a identificação de clientes, os relatórios de transações suspeitas e cooperação internacional. Mesmo após um país ter-se tornado cooperante, esses itens continuarão sendo avaliados para que o mesmo permaneça na lista dos cooperativos (MENDONÇA, 2007, p. 9).

Com efeito, percebe-se que a maioria das técnicas utilizadas no combate aos delitos de lavagem de dinheiro estendem-se à disciplina do delito de financiamento ao terrorismo. Utiliza-se a mesma lógica entre esses delitos, pela qual as organizações criminosas buscam brechas e fragilidades no sistema financeiro legítimo para realizar o transporte desses fundos criminosos. O sistema também é utilizado para realizar a transferência de

capitais por simpatizantes, sejam particulares ou governos, a organizações terroristas. No contexto da “guerra ao terror”, a união entre aspectos da lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo foi consolidada com a *USA PATRIOT Act (Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism act)*, consistente em uma lei para unir e proteger a América diante dos atentados contra o país em 11 de setembro de 2001, mediante o provimento de instrumentos necessários a interceptar e obstruir o terrorismo. Nesta mesma esteira, o Conselho de Segurança das Nações Unidas editou a resolução 1373 de 2001 que ampliou as hipóteses de bloqueio de fundos, obrigando os países-membros a criminalizar o terrorismo. Da mesma forma, o GAFI criou mais 9 diretivas de combate ao financiamento do terrorismo, as quais, somadas as anteriores que inibem a lavagem de dinheiro, formaram um conjunto normativo comum ao combate desses delitos transnacionais denominada “40+9 Recomendações” (ARAÚJO, 2012, p. 4).

No caso brasileiro, mesmo com a inclusão do inciso II do artigo 1.º na Lei n. 9.613/1998, promovida pela Lei n. 10.701/2003, estabelecendo o delito de financiamento ao terrorismo como crime antecedente à lavagem de dinheiro, o governo brasileiro permaneceu silente quando à normatização específica de uma lei antiterrorismo. Tal omissão custou ao Brasil o julgamento de “não observância” das 9 Recomendações sobre financiamento ao terrorismo (REPÚBLICA FRANCESA, 2010, p. 266-269). Somente com a finalidade urgente de coibir possíveis práticas terroristas em solo brasileiro em razão dos jogos da XXXI Olimpíada RIO 2016, foi aprovada às pressas pelo Congresso Nacional – com a premente necessidade de se atender a reclamos internacionais, provendo ao direito penal de emergência – a lei antiterrorismo brasileira (Lei n. 13.260/2016), forçando o governo brasileiro a não tratar mais com passividade tal fenômeno. Cabe ilustrar que, das 34 nações integrantes do GAFI, o Brasil era a única que, até a edição da Lei n. 13.260/2016, não dispunha de uma lei específica e atual de combate ao

terrorismo e seu financiamento, contrariando a recomendação “C”, número 5, assinada desde 2003 (REPÚBLICA FRANCESA, 2012, p. 3).

Uma vez que se consideram as recomendações do GAFI tendentes a estabelecer um sistema abrangente e consistente de medidas que os países devem adotar para combater a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo, bem como a proliferação de armas de destruição em massa, reconhecidas universalmente como padrão internacional no combate a esses delitos dinâmicos transnacionais, destarte, constata-se a importância da atuação de Organizações Internacionais supranacionais, como o caso do GAFI, na influência sobre a implementação e execução de políticas públicas governamentais domésticas de segurança pública, no sentido de se prover o combate aos crimes dessa natureza. Como exemplo dessa prática, cite-se a implementação da política criminal da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), a qual abarca delitos dessa ordem, o mesmo ainda não sendo estabelecido para os delitos de combate ao financiamento ao terrorismo, não havendo na lei antiterrorismo brasileira qualquer menção a normas programáticas para a implementação dessas políticas.

4 A LEI ANTITERRORISMO (LEI N. 13.260/2016): CRÍTICAS PELA AUSÊNCIA DE DISPOSIÇÕES NORMATIVAS CONCERNENTES À EXISTÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE AOS DELITOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO

Segundo Loic Wacquant, “a violência no Brasil encontra uma segunda raiz, uma cultura que permanece profundamente marcada pelo selo do autoritarismo”. Dissocia-se a política pública brasileira no combate à criminalidade da intrínseca ligação que deve existir com políticas sociais de respeito aos Direitos Humanos. Desse distanciamento, obriga-se aos órgãos de segurança pública, com o aumento crescente de índices de violência, a buscar uma postura mais repressora no trato da criminalidade, agravando-se

tensões sociais. É de suma importância que os órgãos de segurança pública revejam e repensem a sua forma de atuação, redirecionando suas atividades para uma eficiência precisa na prevenção criminal, o que significa menos atuação repressora – seja por intermédio da aprovação de leis com uma penalização exacerbada visando à repressão do cometimento do delito, ou na execução de políticas públicas mais adequadas às novas exigências sociais (MAGALHÃES, 2013, p. 15).

Neste aspecto, é possível identificar, no que tange ao terrorismo, a existência de dois modelos de resposta a tais delitos: o modelo de guerra e o modelo de justiça criminal. O primeiro encarando o terrorismo como um verdadeiro ato de guerra, utilizando-se de expressões como “guerra contra o crime” e “combate ao terrorismo”, respondendo, desta forma, com uma postura militar focada em *hard power*. O segundo modelo, por sua vez, trata o terrorismo como crime, colocando-o sob os princípios da lei e da democracia (RINEHEART, 2010), dentre os quais os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, taxatividade e legalidade no caso brasileiro. Para as Autoridades governamentais que tratam o terrorismo como uma espécie de conflito armado, uma “guerra contra o crime”, deve ater-se ao irrestrito respeito às normas de Direito Humanitário, inclusive atinentes ao tratamento de prisioneiros de guerra, consolidadas na Convenção de Genebra de 1949. O magistrado inglês Lord Bingham, em seu opúsculo intitulado *The Rule of Law*, demonstrou que – em que pese a retórica belicista comum aos governos norte-americano e inglês pós-atentados de 11 de setembro de 2001 – o governo britânico colheu mais êxito em realizar a apuração e punição dos atos de terrorismo, tratando-os não como uma questão de guerra, mas sim como uma emergência civil, identificando os seus autores como criminosos e não como combatentes. Tal visão dúplce decorre da forma de abordagem do fenômeno terrorista: um problema criminal que demanda políticas públicas preventivas de segurança coletiva, mas também uma questão de defesa nacional, devido a sua aptidão para desestabilizar o Estado Democrático de Direito (VASCONCELOS, 2018, p. 33).

No que concerne à excessiva penalização criminal como forma de atender ao controle da criminalidade, decorrência – dentre outros fatores – da retórica belicista do Estado, Mariângela Gama de Magalhães Filho, professora Doutora titular de Direito da USP, tece críticas ao ordenamento jurídico penal brasileiro em face da inobservância de critérios de proporcionalidade na elaboração legislativo-penal em consonância com os ditames constitucionais:

Como consequência, o direito penal brasileiro apresenta-se não como um conjunto harmônico de disposições coerentes com os ditames constitucionais, [...] mas como um emaranhado de leis em descompasso uma com as outras, servindo às aspirações sociais de momento, sem maiores preocupações quanto à edificação de um sistema punitivo alicerçado em garantias como o princípio da intervenção mínima, da ofensividade, da culpabilidade, da individualização da pena.

Uma política pública eficiente por parte do Estado no controle da criminalidade, além de buscar uma participação efetiva nas relações Estado-indivíduo e suas relações sociais, deve-se abster de formular políticas públicas com viés unicamente ideológico-partidário consubstanciadas em ações meramente pontuais; deve-se, sim, adotar uma política de Estado orientada para superar as graves iniquidades e harmonizar o econômico e o social (MAGALHÃES, 2013, p. 17). Deve-se dar lugar a políticas públicas inovadoras por parte do Estado e não as velhas políticas de direito penal emergencial com a elaboração de leis com o nítido propósito de elevar a reprimenda penal para atender a clamores sociais e pressões de Organismos Internacionais (OIGs) e Estados estrangeiros. Neste contexto, insere-se – como várias outras legislações penais – o caso especial da Lei antiterrorismo brasileira. Neste sentido, esclarece Ledrut:

[...] tomam-se medidas sociais contra a delinquência ou contra outros fenômenos patológicos que incomodam somente quando eles se tornam verdadeiramente insuportáveis e provocam desordem grande demais ou algum

movimento importante de opinião. Não se controla o fenômeno em sua fonte, não se procura criar meios de controle apropriado (LEDRUT, 1978, p. 44).

O fenômeno do terrorismo é uma ameaça crescente e dinâmica a ser enfrentada por organizações internacionais e governos de todo o mundo e o Brasil – como importante ator nas relações internacionais – não poderia se omitir diante a gravidade em que os atos terroristas se apresentam. Em pleno século XXI, a legislação brasileira sobre o tema² era vaga e praticamente resumida em mandados de criminalização constitucionais sem elaboração legislativa específica e detalhada, ferindo o princípio da taxatividade das normas penais. Em razão da crescente pressão internacional sobre o país por parte dos governos e OIGs – sobretudo pela iminência dos XXXI jogos olímpicos RIO 2016, culminou na elaboração da lei antiterrorismo brasileira (Lei n. 13.260/2016).

Desta forma, deve-se falar em implementação e formulação de políticas públicas de segurança pública e combate à violência com a participação indissociável da sociedade civil no papel concomitante de protagonista e vítima das ações violentas, sem a qual a política pública estatal seria mera imposição sem conscientização. Neste contexto, por parte da atuação parlamentar, é de suma importância a discussão sobre a elaboração das leis que atendam às exigências sociais e prevejam normas programáticas

² Importante frisar que, antes da mencionada lei antiterrorismo, a legislação sobre o tema era praticamente inexistente, não presente tal conceito em sua tipificação anteriormente prevista no artigo 20 da lei n. 7.170/1983; em razão desta imprecisão, abria-se a oportunidade de criminalização e punição de manifestações políticas ou organização política contrária ao poder político vigente à época, sabidamente autoritário e militarizado; neste aspecto, a lei antiterrorismo deixou de forma expressa a não aplicação de suas disposições contra grupos políticos, movimentos sociais, religiosos ou sindicais com o propósito de defender por meio de protesto ou crítica, direitos e garantias fundamentais do cidadão, conforme preceitua o artigo 2º, §2º da mencionada lei.

de ação estatal visando a implementação das políticas públicas sobre o determinado tema da criminalidade. Nota-se, neste particular, que a lei antiterrorismo não trouxe em seu corpo legal normas desta natureza, preocupando-se o legislador em somente elaborar um rol de condutas penais repressivas e com alto grau de penalização, tutelando a proteção estatal em prejuízo a um sistema coerente de penas que proteja o sistema penal e garanta a observância dos princípios constitucionalmente consagrados.

Ao invés, as disposições normativas referentes à lei antiterrorismo denotam nitidamente a aplicação do sistema protetivo do sistema de penas adotado pelo Estado, denominado teoria funcional sistêmica preconizado por Günter Jakobs. Traduz tal elaboração legislativa em âmbito penal fruto de uma política pública de cunho repressivo, pautado em uma diretriz de política dissuasória, tais como: aparelhamento da polícia, aperfeiçoamento da máquina judicial, maior rigor na aplicação da pena, incremento do encarceramento como cerne da atuação governamental. Jakobs argumenta que, quando se trata da punição a respeito, por exemplo, da formação de uma organização terrorista ou criminosa, ainda que seus atos possam permanecer mais ou menos vagos, pois a perturbação da segurança pública só pode ser reconhecida de forma difusa, eles exigem ameaças de uma penalização mais dura com vistas a evitar sua proliferação (JAKOBS, 2009, p. 28).

Como Jakobs abdica da ideia de bem jurídico, validando a norma como um fim do Direito penal, há uma nítida mudança de foco: passa-se do fato cometido para a atenção legislativa ao fato futuro, do qual decorre um adiantamento amplo da punibilidade, da qual a transgressão da norma justifica, por si só, a reação penal, vez que tal pena se traduz em uma reafirmação da confiança dos cidadãos ao sistema, demonstrando as consequências penais da sua violação. Desta forma, a pena passa a exercer uma função de prevenção geral positiva, haja vista evitar que os demais membros violem a norma; reafirma a norma violada e, por conseguinte, previne riscos de novos delitos. Por fim, e não menos preocupante, as penas

passam a ser desproporcionalmente altas, exatamente para coibir a transgressão da norma (MELLIÁ, 2008, p. 57).

Em que pese tais medidas serem relevantes para o combate ao crime organizado e a logística que envolve atentados terroristas, outras políticas de cunho preventivo devem guardar correspondência no trato das políticas públicas voltadas ao combate à criminalidade, tais como as medidas de inclusão social e humanitária: diminuição da desigualdade social e do desemprego, incremento da participação comunitária, valorização da educação, ênfase na ressocialização do criminoso, respeito à origem étnica e cultural do cidadão estrangeiro, estas sendo o foco de ação governamental (FREITAS e RAMIRES, 2011, p. 143).

Alie-se a tais críticas, o fato preocupante acerca do discurso nitidamente eficientista pelo qual se apresenta a ideologia de “guerra contra o crime”, que permeia as ações governamentais e a política criminal antilavagem de dinheiro e contrafinanciamento ao terrorismo. Nota a este respeito constata-se na expressão contida na sigla da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA), da qual a palavra “Combate” não se traduz em uma terminologia adequada para ações objetivando uma política pública da promoção da paz pela prevenção a tais delitos, inserindo-se no contexto bélico o atual modelo. Legislações tais como a Lei de Segurança Nacional, Lei dos Crimes Hediondos e a nova Lei Antidrogas fomentam a noção de “direito penal do inimigo³” (ZACKSESKI, 2002, p.123), não ficando atrás a nova lei antiterrorismo brasileira. Há que se rever a forma de abordagem penal de tais legislações no sentido de não se

³ Registre-se a ligação existente entre a premissa teórica do direito penal do inimigo de Jakobs e a noção de sistemas sociais de Luhmann, segundo a qual expectativas comportamentais normativas “têm de ser imunizadas contra um certo grau de contradições ao nível fático, e têm que poder ser vinculáveis a justificativas cognitivamente plausíveis para desapontamentos”. Ou seja, há transferência da expectativa da sociedade para o Direito penal, em que interações humanas criam tais expectativas e em seguida são normatizadas a fim de objetivar a estabilização social (LUHMANN, 1996, p. 94-95).

priorizar unicamente o cunho eminentemente eficientista da norma penal, atuando como uma forma de direito penal de emergência.

Para a criminologia crítica, o eficientismo penal seria uma nova forma de direito penal de emergência. A leitura dos conflitos sociais numa chave puramente criminal é um alibi para a compreensão de fenômenos extremamente complexos como a máfia e as grandes organizações criminosas, o terrorismo e a corrupção. É o paradoxo da ausência de custos para criminalizar primariamente e recursos escassos para promover a criminalização secundária. A criminalização dos conflitos acarreta, assim, a sua despenalização: ao aumentar os números de previsões de pena, o eficientismo aumenta também o nível de impunidade, elevando, em consequência, o nível de seletividade estrutural do sistema punitivo. [...] O fracasso da ideologia do tratamento ressocializador direcionou a resposta penal para uma forma retributiva simbólica e para a neutralização ou intimidação específica dos infratores – funções que ainda poderiam ser desempenhadas pelo direito penal e por uma justiça meramente atuarial, mas inadequadas aos fins preventivos e ao respeito à dignidade da pessoa humana. A ação seletiva do sistema penal geraria dificuldades no envolvimento dos maiores interessados na formulação e orientação das políticas de segurança, impedindo a comunicação entre grupos identificados como perigosos e as instâncias oficiais de controle. Dificulta-se, assim, o desenvolvimento de estratégias não essencialmente repressivas (ARAÚJO, 2012, p. 13; ZACKSESKI, 2002, p.126).

Ademais, merece uma nota crítica a respeito da omissão por parte do legislador ordinário no que concerne à existência, na lei antiterrorismo, de disposições legais programáticas com vistas a formulação e implementação de políticas públicas de combate ao terrorismo em todas as suas modalidades, em especial ao financiamento do terrorismo. Tal como ocorre no delito de Lavagem de Dinheiro, o qual possui microssistema penal próprio (Lei n. 9.613/1998), para viabilizar o combate a sua prática delituosa foi instituída uma instância geradora de política criminal, multiagencial e multidisciplinar, para atender a característica transnacional e dinâmica do delito de lavagem de dinheiro: a Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de

Dinheiro (ENCCLA), a qual atua permanentemente e de forma organizada para aprimorar e robustecer esse sistema (ARAÚJO, 2012, p. 18-19).

A ENCCLA foi instituída em 2003 e conta com mais de 70 órgãos dos três poderes da República, Ministérios Públicos e da sociedade civil que atuam, direta ou indiretamente, na prevenção e combate a corrupção e lavagem de dinheiro, somando-se conhecimentos de especialistas e cruzamento de dados e ciências interdisciplinares visando ao combate desses delitos dinâmicos. Os órgãos participantes da ENCCLA reúnem-se anualmente em plenário e consensualmente traçam ações que serão executadas no ano seguinte, dividindo-se esses órgãos em grupos de trabalho que coordenam, ao longo do ano, a execução de cada uma das ações eleitas. Dentre os resultados alcançados por esta política pública preventiva de segurança, a ENCCLA apresenta em destaque o Programa Nacional de Capacitação e Treinamento no Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (PNLD); a Rede Nacional de Laboratórios contra Lavagem de Dinheiro (Rede-LAB); o Sistema de Movimentação Bancária (SIMBA); a iniciativa de padronização do *layout* para quebra de sigilo bancário e a posterior criação do Cadastro Único de Correntistas do Sistema Financeiro Nacional (CCS); a proposição legislativa que resultou na promulgação de leis importantes para o país, tais como a Lei n. 12.683/2012, modernizando a Lei de Lavagem de Dinheiro (BRASIL, 2018).

Sem prejuízo da possibilidade de uso dos instrumentos da ENCCLA nos delitos de terrorismo, em especial ao combate ao financiamento de ativos ilícitos destinados às ações criminosas, a promulgação da lei antiterrorismo brasileira clama por uma política específica de combate a esse crime, tal qual estipulado pela ENCCLA, todavia hoje inexistente, o que reforça o caráter meramente simbólico da legislação penal antiterror no Brasil. Neste sentido, merece destaque o modelo português, denominado Estratégia Nacional de Combate ao Terrorismo (ENCT), considerado um “instrumento primordial da luta contra um fenômeno de extrema gravidade para o Estado de Direito democrático e cada vez mais deslocalizado e dotado de complexos meios

tecnológicos, potenciando as sinergias no seu combate e impondo permanente avaliação à natureza do fenómeno”. Destarte, representa a ENCT um verdadeiro compromisso que tem por vista a mobilização, coordenação e cooperação de todas as estruturas nacionais com responsabilidade direta e indireta no domínio do combate à ameaça terrorista e uma concretização, em nível nacional, dos imperativos de segurança doméstica, europeia e internacional de combate ao terrorismo (REPÚBLICA PORTUGUESA, 2015, p. 1022-(2)).

Como compromissos estratégicos, a ENCT funda-se nos seguintes objetivos:

- a) Detectar: consiste na identificação preventiva de potenciais ameaças terroristas, monitorando focos de ação com o recolhimento e tratamento e análise de dados e informações e sua disponibilização recíproca entre entidades responsáveis neste domínio, no território nacional e estrangeiro;
- b) Prevenir: realização de estudos concernentes a conhecer e identificar as causas que determinam o surgimento de processos de radicalização, de recrutamento e de atos terroristas, visando à busca de medidas que obstem ao seu surgimento e desenvolvimento;
- c) Proteger: com foco na proteção de alvos prioritários e preferenciais de grupos terroristas com vistas à redução de sua vulnerabilidade, consistindo na proteção das pessoas, das fronteiras, da circulação de capitais, das mercadorias, dos transportes, da energia e das infraestruturas críticas, nacionais ou europeias;
- d) Perseguir: ações no sentido de dismantelar ou neutralizar as iniciativas terroristas, já projetadas ou ainda em execução, bem como suas redes de apoio; impedir o deslocamento dos seus integrantes e as comunicações e o acesso ao financiamento e

outros materiais utilizáveis em atos terroristas, submetendo-os ao crivo judicial;

e) Responder: gerir opcionalmente todos os meios a utilizar na reação a ocorrências terroristas, visando limitar as consequências do ato criminoso, tanto em nível humano quanto ao nível das infraestruturas afetadas. Inclui, ademais, a ação no campo da assistência, tendo em consideração as necessidades especiais das vítimas e das testemunhas (REPÚBLICA PORTUGUESA, 2015, p. 1022-(2) e 1022-(3)).

A par desses objetivos estratégicos, a ENCT realiza a formulação, baseada nos 5 objetivos primordiais (detectar, prevenir, proteger, perseguir e responder) das linhas de ação para cada objetivo, as quais englobam – dentre uma série de medidas de ação – o compartilhamento e partilha de informações sobre as ações da organização terrorista; reforço dos meios de produção e análise das informações; cooperação institucional entre o Sistema de Informações da República Portuguesa e de Segurança Interna; adoção de um plano de ação para a prevenção da radicalização e recrutamento para o terrorismo com monitoração de indivíduos sensíveis à causa; abordagem interdisciplinar daqueles indivíduos que desejem abandonar a organização terrorista, com cooperação intersetorial das autoridades envolvidas nesse processo; estratégias de inclusão dos cidadãos na sociedade, mediante estimulação dos sentimento de pertença que reduzam os ideais radicais e o aparecimento dos chamados lobos solitários (*lone wolves*), mediante o engajamento da sociedade civil na luta contra a radicalização. Intensificar a cooperação entre todos os setores da sociedade civil para buscar respostas aos desafios que o domínio da Internet coloca no domínio da radicalização e recrutamento para o terrorismo, desenvolvimento de senso crítico entre os jovens, envolvendo setores da educação sobre a formação ao dinamizar uma orientação pedagógica no sentido de educação para a cidadania; combater as situações de exclusão social, em especial aquelas manifestadas em zonas

mais problemáticas, como ocorre na periferia dos grandes centros urbanos portugueses; estimular o diálogo inter-religioso e intercultural entre as comunidades; intensificar a cooperação entre as entidades e forças e serviços de segurança com competências em matéria antiterrorista, incluindo a prevenção de crimes relacionados com a comercialização e posse de armas, munições e explosivos; defender a sociedade de conteúdos de apologia da violência e do terrorismo publicamente acessíveis pela Internet, promovendo sua remoção ou bloqueio; robustecer o controle de entrada, permanência e saída de pessoas em território nacional e europeu; reduzir vulnerabilidades nas fronteiras e aumentar a eficácia dos mecanismos de cooperação policial e aduaneira; promover e facilitar a cooperação e coordenação entre diferentes estruturas nacionais e europeias em matérias relacionadas com asilo, a imigração e a gestão integradas das fronteiras com a União Europeia; implementar o Plano Nacional para a Proteção contra as Ciberameaças, integrado numa estratégia nacional de cibersegurança; incrementar serviços de controle para a circulação de serviços postais, transportes e energia; intensificar a cooperação entre a Autoridade Tributária Aduaneira e as forças e serviços de segurança em um contexto de entrada e saída de mercadorias; reforçar a colaboração e cooperação entre os órgãos de polícia criminal e as autoridades judiciárias, áreas de cibersegurança, reforço dos procedimentos de recolhimentos de prova; robustecer o Sistema Integrado de Informação Criminal, execução de exercícios táticos-policiais envolvendo ações contraterrorismo; e realizar a cooperação internacional de polícia criminal e das autoridades judiciárias (REPÚBLICA PORTUGUESA, 2015, p.1022-3).

Note-se como todas essas medidas adotadas pela ENCT do modelo português demonstra a preocupação daquelas autoridades acerca da dinâmica a ser enfrentada pelas atividades terroristas, a qual há muito deixou de ser exclusiva de organizações centralizadas, hierarquizadas e organizadas. Segundo a ENCT, “é uma ameaça difusa que, nos últimos anos, tem registrado um aumento preocupante ao nível mundial e que encontra, na

Europa, um terreno fértil para eventuais manifestações extremistas, radicais e de agressões violentas”. Assume, por conseguinte, a ENCT, instrumento primordial da luta contra o fenômeno do terrorismo que afeta gravemente Estados de Direito democrático, assumindo preocupante sinergia ao se dotar de instrumentos tecnológicos complexos voltados à execução de sua prática, o que impõe aos Estados permanente avaliação das ações terroristas e suas variações (REPÚBLICA PORTUGUESA, 2015, p.1022-(2)).

Ao se realizar um esforço intelectualivo – aplicando-se um possível modelo português da ENCT ao panorama brasileiro – constata-se a gravidade da ausência de uma política pública adequada de prevenção e investigação aos atos terroristas; tais medidas constantes na ENCT são, inclusive, condizentes com a normatização apresentada pela lei antiterrorismo brasileira, especialmente no que concerne à aplicação do seu art. 16, que importa da Lei de Organização Criminosa (lei n. 12.850/2013) instrumentos de investigação criminal previstos em seu artigo 3º tais como: colaboração premiada; captação ambiental de sinais; ação controlada; acesso a registros de dados telemáticos ou telefônicos; interceptação telefônica; quebra de sigilos financeiro, bancário e fiscal; infiltração de policiais; cooperação doméstica entre instituições e órgãos federais, estaduais, distritais e municipais. Tais medidas que visam a obtenção do meio de prova estão em consonância com as ações governamentais previstas nos 5 objetivos primordiais da ENCT (detectar, prevenir, proteger, perseguir e responder), de modo a se concluir que – no caso brasileiro – a legislação antiterror está apta a se correlacionar com medidas de políticas públicas (tais como o exemplo português da ENCT), sendo urgente e imprescindível que tais medidas sejam adotadas com a brevidade possível e, a partir desse ponto, passem a ser objeto de reflexão e aplicação por parte das autoridades brasileiras: prevenir para não ser surpreendido é a palavra de ordem no combate a tais delitos que se traduzem em fenômenos mundiais de alta complexidade.

Assim, urge a necessidade de se implantar uma ENCT brasileira, a qual, integrada à importante Política Nacional de Segurança Pública e Defesa

Social (PNSPDS) e ao Sistema Único de Segurança Pública (SUSP) – criados recentemente pela lei n. 13.675 de 11 de junho de 2018 – realizar-se-á medidas de combate à criminalidade de forma coordenada e integrada entre os órgãos de segurança pública e defesa social dos entes estatais, dos órgãos persecutórios e da Justiça em todas as esferas de atuação. Tal medida coordenada e sistêmica é necessária na medida em que não se identifica, na PNSPDS e no SUSP, qualquer menção, seja em seus princípios (artigo 4º), diretrizes (artigo 5º) e objetivos⁴ (artigo 6º), ao combate ao terrorismo, tampouco inclui na composição e funcionamento⁵ do SUSP⁶ (artigo 9º e 10) qualquer secretaria ou estrutura governamental contraterrorismo, em razão da completa ausência desses órgãos (BRASIL, 2018).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não há dúvida a respeito da complexidade dos fundamentos que circundam e animam as ações terroristas, arraigadas no radicalismo político, econômico, social, cultural e religioso e que são perpetradas de forma errática quanto a local e tempo. Todavia, raízes antigas e imbricadas do fenômeno do terrorismo não devem ser capazes de intimidar os Estados democráticos e sociedade civil, tornando-os reféns das insanidades fundamentalistas dessas organizações criminosas.

⁴ Note-se que o inciso VIII do artigo 6º da PNSPDS (lei n. 13.675/2018) prevê o incentivo e ampliação das ações governamentais de prevenção, controle e fiscalização para a repressão aos crimes transfronteiriços, porém não especificando quais sejam; infere-se, portanto, que os atos terroristas poderiam, mesmo que timidamente como estabelece a legislação, serem incluídos em tais objetivos.

⁵ Registre-se que os incisos do artigo 10 da PNSPDS conferem um funcionamento integrado e coordenado do SUSP, inclusive com a adoção de intercâmbio de informações do Sistema Brasileiro de Inteligência (Sisbin), dos quais tais operações combinadas de investigação e inteligência são aplicáveis à coibição de atos de terrorismo.

⁶ Note-se que, na formulação dos planos do SUSP (artigo 22), seu inciso IV prioriza ações preventivas e fiscalizatórias de segurança interna nas divisas, fronteiras, portos e aeroportos, dos quais se interpreta aplicar a coibição de atividades terroristas.

Com efeito, urge por parte das estruturas estatais uma ação coordenada, cumprindo com as várias obrigações internacionais impostas no sentido da promoção, prevenção e repressão dos atos terroristas. A ação multilateral dos Estados em cooperação é de suma importância no combate aos atos terroristas, especialmente no que concerne ao enriquecimento do controle de fluxos de recursos e ativos de origem não identificada com vistas a dificultar o financiamento dos núcleos terroristas; neste aspecto, especial atuação se confere ao GAFI e sua política de cobrança aos estados-membros e não membros acerca do cumprimento das 40+9 recomendações preventivas de delitos de lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo.

Frise-se que – embora o Brasil tenha sido poupado até o presente – não há garantias de imunidade em nosso território, especialmente quando o país passa a ser palco de grandes eventos esportivos, como ocorreu na Copa do Mundo de 2014, nos Jogos Olímpicos de 2016 e nas edições de 2019 e 2021 da Copa América de futebol masculino.

Para evitar uma certa “histeria coletiva” que se segue aos atentados geradores de grande comoção social, deve-se aparelhar o Estado com medidas eficientes de monitoramento e prevenção desses atos criminosos e depositar um voto de confiança nos atores estatais responsáveis pela sua investigação, demonstrando que os instrumentos do Estado de Direito são suficientes e que soluções de exceção podem e devem ser descartadas, afastando a ideia de “guerra” contra o terror, e sim promovendo seu combate com técnicas de inteligência investigativa, afastando medidas de exceção, principalmente no que concerne ao recrudescimento da legislação como forma de resposta emergencial. É dever das estruturas estatais nacionais – como o Ministério Público e os demais órgãos de investigação criminal e de fiscalização – garantir que os crimes de terrorismo – não obstante o senso de horror com os quais evidenciam seus resultados – sejam tratados de acordo com o Estado de Direito e com o devido respeito aos Direitos Humanos; fazer o contrário, por conseguinte, consubstancia-se em medidas injustificáveis e contraproducentes (HOWE OBE, 2018, p.140).

Alerte-se que, com a nítida mudança de ideologia política pela qual se reconstrói o Governo Brasileiro, recentemente elegeo democraticamente o Presidente Jair Bolsonaro do PSL, e as consequentes declarações que alinham o Brasil à política externa norte-americana de “guerra contra o terror”, inclusive com a disposição real de mudança da embaixada brasileira da cidade de Telaviv para Jerusalém (mesmo diante do reclamo internacional por parte de países da Liga Árabe e o braço político do Hamas), há uma possibilidade real de o solo brasileiro – historicamente sem tradição de vivência de enfrentamento a atos terroristas – ser o próximo alvo dessa atividade criminosa (CORRÊA, 2018, p.1).

Daí, indaga-se: as autoridades brasileiras estão preparadas para prover a resposta penal e administrativa ao combate a tais práticas em solo brasileiro? É evidente que há muito que ser implantado pelo Governo para que as autoridades de segurança disponham de meios hábeis à prevenção desses atos delituosos, sendo a ENCT, baseada no modelo português, uma ideal linha de partida para a elaboração de uma política governamental brasileira de combate e prevenção dessa atividade delituosa.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Felipe Dantas de. Criminologia crítica e política criminal antilavagem de dinheiro e contrafinanciamento ao terrorismo: barreiras epistêmicas e agenda de diálogo. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 2, n. 2, p. 1–27, 31 de maio de 2012. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/1662/pdf>. Acesso em: 6 dez. 2018.

BRASIL. *Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro* (ENCCLA) — Ministério da Justiça e Segurança Pública. Brasília-DF, 2018. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/enccla>. Acesso em: 15 dez. 2018.

BRASIL. LEI Nº 13.675, DE 11 DE JUNHO DE 2018 - *Diário Oficial da União*. Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS). Publicada no DOU em 12/06/2018, edição 111, seção 1, p. 4-8. Brasília-DF, 2018. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/25212052/do1-2018-06-12-lei-n-13-675-de-11-de-junho-de-2018-25211917. Acesso em: 21 dez. 2018.

BRASIL. ONUBR. *Nações Unidas no Brasil*. A ONU e o Terrorismo, 2018, p. 1. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/terrorismo/>. Acesso em: 14 dez. 2018.

CORRÊA, Alessandra. Governo Bolsonaro: o que faz do plano de mudar a embaixada brasileira em Israel para Jerusalém algo tão polêmico. *BBC Brasil*. São Paulo, 8 nov. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-46083386>. Acesso em: 21 dez. 2018.

FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. A multidisciplinariedade no estudo das políticas públicas. MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (orgs.). *A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: Editora Unesp, 2013, p. 11-22.

FREITAS, Oracilda; RAMIRES, Julio Cesar. Políticas públicas de prevenção e combate à criminalidade envolvendo jovens. *Caminhos de Geografia*, revista online, v.12, n. 37, p.143, mar./2011. Disponível em: http://www.seer.ufu.br/index.php/caminhos_de_geografia/article/viewFile/16284/9140. Acesso em: 23 dez. 2018.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2003, 246 p.

HOWE OBE, Elizabeth. The changing role of the prosecutor in counter terrorism since September 11. VASCONCELOS, Carlos Eduardo de Oliveira (org.). *Terrorismo e outras situações de emergência*. Teoria e prática da prevenção e do combate. Brasília-DF: Escola Superior do Ministério Público (ESMPU), 2018, p. 139-146. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books/terrorismo-e-outras-situacoes-de-emergencia-teoria-e-pratica-da-prevencao-e-do-combate>. Acesso em: 02 jan. 2019.

JAKOBS, Günther. Terroristas como pessoas no direito? *Novos Estudos - CEBRAP*, n. 83, p. 27–36, mar. 2009.

LEDRUT, Raymund. *Sociologia urbana*. Traduzido por Maria Heloísa de Souza Reis. Rio de Janeiro. Companhia editora forense, 1978, 208 p.

LIMA, Maria Regina Soares de. *Relações Internacionais e Políticas Públicas: a contribuição da análise de política externa*.

MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (orgs.). *A política pública como campo multidisciplinar*. São Paulo: Editora Unesp, 2013, p. 127-154.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983, 252 p.

MAGALHÃES, Antônio Carlos Silva. Novas experiências de políticas públicas para controle da criminalidade e da violência no Brasil. *Revista Brasileira de Estudos de Segurança Pública (REBESP)*, Goiânia-GO, v.5, n.1, p.14-32, jan./jul. 2013. Disponível em: [http://revista.ssp.gov.br/index.php?journal=rebsp&page=article&op=view&path\[\]=143](http://revista.ssp.gov.br/index.php?journal=rebsp&page=article&op=view&path[]=143). Acesso em: 27 dez. 2018.

MELLIÁ, Manuel Cancio. *Direito penal do inimigo*. Noções e críticas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, 81 p.

MENDONÇA, Alberico. AS RECOMENDAÇÕES DA FATF/GAFI: SOFT OU HARD LAW? DOI: <http://dx.doi.org/10.18840/1980-8860/rvmd.v1n1p102-127>. *Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília*: Escola de Direito, v. 1, n. 1, 2007, p. 102-127. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/2618>. Acesso em: 28 dez. 2018.

MULLER, Pierre. *Las políticas públicas*. Tradução: Jean-François Jolly e Carlos Salazar Vargas. Universidad Externado de Colômbia, Bogotá, 2002, 200 p.

REPÚBLICA FRANCESA. Financial Action Task Force (FATF/OECD). *Documents and recommendations*. Sede: Paris, França, 2012, p. 3. Disponível em: <http://www.fatf->

gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Portuguese-Port.pdf. Acesso em: 13 dez. 2018.

REPÚBLICA FRANCESA. Financial Action Task Force (FATF/OECD) e Grupo de Ação Financeira Internacional na América do Sul (GAFISUD). *Mutual Evaluation Report: Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism in the Federative Republic of Brazil*. Sede: Paris, França, 2010, p. 266–269. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/13/50/45800700.pdf>. Acesso em: 07 dez. 2018.

REPÚBLICA PORTUGUESA. SGMAI. Secretaria Geral do Ministério da Administração Interna. *Estratégia Nacional de Combate ao Terrorismo* (ENCT). Lisboa, Portugal. Diário da República, 1ª série, n. 36 de 20-02-2015, p. 1022-(-2)-1022-(-4). Disponível em: <https://dre.pt/application/file/66567311>. Acesso em: 20 dez. 2018.

RINEHEART, Jason. Counterterrorism and Counterinsurgency. *Perspectives on Terrorism*, [S.I.], v. 4, n. 5, 5 dez. 2010, p.31–47. Disponível em: <http://www.terrorismanalysts.com/pt/index.php/pot/article/view/122>. Acesso em: 03 jan. 2019.

RODRIGUES, Gilberto Marcos Antônio. A Organização das Nações Unidas e as políticas públicas nacionais. BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas*. Reflexões sobre o conceito jurídico. Santos: Editora Saraiva e Universidade Católica de Santos (UniSantos), 2006, p. 193–216.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de Oliveira. Terrorismo e outras situações de emergência no Brasil: desafios para o Ministério Público Federal.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de Oliveira (org.). *Terrorismo e outras situações de emergência*. Teoria e prática da prevenção e do combate. Brasília-DF: Escola Superior do Ministério Público (ESMPU), 2018, p. 29–40. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/obras-avulsas/e-books/terrorismo-e-outras-situacoes-de-emergencia-teoria-e-pratica-da-prevencao-e-do-combate>. Acesso em: 03 jan. 2019.

ZACKSESKI, Cristina. A guerra contra o crime: permanência do autoritarismo na política criminal latino-americana. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. (Org.). *Verso e reverso do controle penal*:

(des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Florianópolis-SC:
Fundação Boiteux, 2002, v.2, p.123–130.

Reconhecer um conflito armado não confere legitimidade aos grupos armados organizados para confrontarem o Estado

Eduardo Bittencourt Cavalcanti

Coronel R/1 do Exército Brasileiro. Servidor do Ministério Público Militar. Instrutor do International Institute of Humanitarian Law (Sanremo, Itália). Professor convidado da Escola Superior de Guerra (Brasil). Consultor da Clínica de Direito Internacional Humanitário da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Data de recebimento: 12/09/2021

Data de aceitação: 21/09/2021

RESUMO: O objetivo do artigo é apresentar a hermenêutica do Artigo 3º Comum às quatro Convenções de Genebra de 1949, normas fundamentais do Direito Internacional Humanitário, com destaque para a inalterabilidade do estatuto jurídico das partes envolvidas, diante do reconhecimento da existência de conflito armado não internacional. A literalidade da norma permite assegurar com clareza que com sua vigência os integrantes dos grupos armados organizados (GAO) seguem sendo perpetradores, não têm legitimidade para confrontar as forças estatais, ainda que de fato o façam, e estão sujeitos aos rigores da lei penal pátria. É necessário classificar adequadamente a situação de violência para aplicar o adequado marco legal. O emprego cada vez mais complexo de Forças Armadas em operações urbanas apontam para uma zona cinzenta, com oscilações entre o que é segurança pública e o que é conflito armado de baixa intensidade, impondo a adequada conceituação da situação fática. A análise repulsada, ou mesmo equivocada, privilegia os grupos armados, pois acabam tendo a resposta desequilibrada do Estado, a seu favor. A eficácia da norma humanitária é corretamente aplicada e a segurança jurídica nas operações militares é assegurada quando há equilíbrio à atuação eficiente dos mecanismos de proteção do Estado. Essa equidade é obtida a partir do apropriado

reconhecimento do *status* jurídico do cenário de violência, sem medo de equivocadamente conferir legitimidade aos que confrontam o Estado.

PALAVRAS-CHAVES: Violência urbana. Direito Internacional Humanitário. Conflito armado não internacional de baixa intensidade. Artigo 3º Comum. Segurança jurídica.

ENGLISH

TITLE: Recognize an Armed Conflict Doesn't Confer Legitimacy to Organized Armed Groups to Confront the State.

ABSTRACT: The purpose of the article is to present the hermeneutics of Common Article 3 to the four Geneva Conventions of 1949, fundamental norms of International Humanitarian Law, with emphasis on the inalterability of the legal status of the parties involved, given the recognition of the existence of non-international armed conflict. The literalness of the norm makes it possible to clearly ensure that with its validity, members of organized armed groups continue to be perpetrators, haven't legitimacy to confront the state forces, even if in fact they do, and are subject to the rigors of national criminal law. It is necessary to properly classify the situation of violence in order to apply the appropriate legal framework. The increasingly complex use of the Armed Forces in urban operations points to a gray zone, with oscillations between what is public security and what is a low-intensity armed conflict, imposing an adequate conceptualization of the factual situation. The repulsed, or mistaken, privileges armed groups, because they end up having the unbalanced response of the State, in their favor. The effectiveness of the humanitarian norm is correctly applied and legal certainty in military operations is ensured when there is a balance with the efficient performance of the State's protection mechanisms. This equity is obtained from the proper recognition of the legal status of the scene of violence, without fear of mistakenly granting legitimacy to those who confront the State.

KEYWORDS: Urban Violence. International Humanitarian Law. Low intensity non-International Armed Conflict. Article 3 Common. Legal Certainty.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 A inalterabilidade do estatuto jurídico das partes – 3 Princípio da não intervenção em assuntos internos – 4 O adequado marco legal para assegurar segurança jurídica – 5 Conclusões.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, de acordo com o sítio internet *Rule of Law in Armed Conflicts*, mantido pela *Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights* (RULAC)¹, dos 80 conflitos armados, envolvendo ao menos 55 países, há 70 grupos armados organizados não estatais (GAO) em confronto.

A condução da interlocução com esses GAO implica um conjunto específico de desafios, especialmente para os Estados e para o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV).

O envolvimento de grupos armados não estatais nos confrontos **não lhes confere imunidade**.

Muitos GAO procuram ser reconhecidos pela comunidade internacional, bem como pelo seu próprio público interno, como atores credíveis e legítimos, como pode ser observado no cenário afegão.

É previsível, pois precisam do apoio em pessoal, material e financeiro da comunidade em nome da qual afirmam estar lutando.

Os Estados podem, portanto, temer que o protagonismo de atores não estatais associados à estrutura de um GAO irá inevitavelmente aumentar a sua visibilidade e incrementar o apoio a essas organizações, criando, assim, tensões com formadores de opinião, entidades garantistas e organismos internacionais.

¹ RULAC: Rule of Law in Armed Conflicts. Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights. <https://www.rulac.org/>.

Isso poderia importar na demanda de cansativos esforços decorrentes de uma prematura conclusão de que, com o reconhecimento da existência de um conflito armado, obrigatoriamente haveria ingerência internacional em assuntos domésticos.

Considerar que há de fato um conflito armado, e disparar a consequente aplicação do Artigo 3º Comum às quatro Convenções de Genebra de 1949, **não altera o estatuto jurídico das partes no conflito.**

Portanto, todas as pessoas, incluindo aquelas que desempenham uma função contínua de combate em um GAO, **podem ser processadas criminalmente pelo Estado detentor**, de acordo com sua legislação interna, pelo simples fato de ter pegado em armas².

2 A INALTERABILIDADE DO ESTATUTO JURÍDICO DAS PARTES

O Direito Internacional Humanitário (DIH) deixa claro que o envolvimento dos GAO em conflitos armados não confere nenhum reconhecimento legal.

Embora um GAO possa buscar a legitimidade de sua atuação e haja posicionamento de garantistas que se alinham com isso, é importante ressaltar que o reconhecimento "de fato" de um conflito armado, com a consequente aplicação do DIH, especificamente a norma contida no Artigo 3º Comum às quatro Convenções de Genebra de 1949, **não altera o estatuto jurídico das Partes no conflito.**

Significa assegurar que **os integrantes dos grupos armados seguem sendo perpetradores** – iniciando pela simples condição de estar

² Handbook on International Rules Governing Military Operations. 7.1.2.1. International Committee of Red Cross. 2016. " *There is no combatant or prisoner-of-war status in non-international armed conflicts. Therefore all persons, including persons performing a continuous combat function within an organized armed group, may be criminally prosecuted by the detaining State under its domestic law for the mere fact of having taken up arms, as well as for any war crimes committed.*"

lutando com armas – não têm legitimidade para confrontar as forças estatais, ainda que de fato o façam, e estão sujeitos aos rigores da lei penal pátria.

Os renovados Comentários do CICV (2016)³ às Convenções de Genebra de 1949 vão no mesmo sentido de atestar que o Artigo 3º Comum *in fine*, dispendo que "A aplicação das disposições anteriores não afeta o estatuto jurídico das Partes em conflito" é essencial.

Fazendo uma remissão histórica, já por ocasião da reunião de expertos governamentais da formulação do texto convencional, logo após a Segunda Guerra Mundial, havia o temor de que a aplicação da Convenção em casos de conflito armado não internacional pudesse interferir na supressão legal da atividade armada pelo governo *de iure*, mesmo que de forma muito limitada.

Essa previsão deixa absolutamente claro que o objeto da Convenção é puramente humanitário, que não está de forma alguma ligado com os assuntos internos dos Estados, que apenas garante o respeito às regras essenciais da humanidade, as quais todas as nações consideram válidas, em todos os lugares, em todas as circunstâncias.

Nada, desde a introdução do Artigo 3º Comum, em 1949, alterou o entendimento original de que a aplicabilidade do Direito Internacional Humanitário a situações de conflitos armados não internacionais **não afeta o status legal nem adjudica legitimidade aos grupos armados não estatais**.

Isto permanece tão evidente hoje, como era naquela época, pois qualquer outra interpretação, inevitavelmente, levará os Estados a negar a aplicabilidade do Artigo 3º Comum e, assim, minar o seu objetivo humanitário.⁴

A ausência de legitimidade e de qualquer imunidade acarreta que os perpetradores possam ser processados pelos tribunais do Estado em cujo

³ Geneva Conventions of 1949 and Additional Protocols, and their Commentaries. International Committee of Red Cross. 2016.

⁴ ICRC. **Geneva Conventions of 1949 and Additional Protocols, and their Commentaries**. International Committee of Red Cross, 2016.

território os crimes foram cometidos, ou pelo Estado de nacionalidade da vítima ou pelo Estado de sua própria nacionalidade. Em conflitos armados não internacionais, esses três possíveis Estados serão, em sua maioria, um e o mesmo, ou seja, o Estado territorial.

Os tribunais nacionais do Estado territorial, quando funcionam, parecem ser os mais recomendados para esses casos. Eles têm acesso direto a provas e pessoas, com conhecimento dos costumes e geografia locais. Seus julgamentos carregam um peso real e simbólico: as vítimas podem ver a justiça sendo feita, e isso pode ter um impacto positivo na reconciliação, ao mesmo tempo em que atua como uma inibição para futuras condutas criminosas.

Segundo Annyssa Bellal, *in States and Non-State Armed Groups: Time to Engage*⁵, o mesmo Artigo 3 Comum às quatro Convenções de Genebra de 1949 especifica que, quando uma organização humanitária imparcial oferece seus serviços a atores não estatais ou quando eles celebram acordos especiais para colocar em vigor todas as disposições do pacto, isso não afetará o *status* legal das Partes no conflito.

Na mesma linha, o Secretário-Geral da ONU, em seu Relatório S/2020/366, de 6 de maio de 2020, sobre a **Proteção de Civis em Conflitos Armados**⁶, destacou que o envolvimento de sociedades de socorro humanitário com tais grupos não lhe confere legitimidade, mas reflete a realidade de que o entendimento com grupos armados não estatais é condição *sine qua non* para alcançar o cumprimento da lei, negociar o acesso humanitário e realização de atividades humanitárias.

Os Estados relutam em reconhecer o certo grau de organização de atores não estatais e o certo grau de intensidade nos confrontos armados em

⁵ BELLAL, Annyssa. *States and Non-State Armed Groups: Time to Engage*. Disponível em: <https://peacelab.blog/2021/05/states-and-non-state-armed-groups-time-to-engage>. Acesso em: 4 set. 2021.

⁶ UNITED NATIONS. *Report of Secretary General S/2020/366*, Nr 53. Disponível em: https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s_2020_366.pdf. Acesso em: 4 set. 2021.

que estão envolvidos, por medo de conferir a equivocada impressão de que estão a legitimá-los.

Em vez de classificar adequadamente o conflito para aplicar o adequado marco legal, costumam rotulá-los de "Organizações Terroristas" ou "Organizações Criminosas Mais Perigosas". Foi o que aconteceu no México com Los Zetas, Cartel de Sinaloa, e que podem servir de analogia com os grupos faccionados na América do Sul e, mais especificamente, no Brasil.

Mesmo diante da repulsa em reconhecer o que de fato é cristalino, o governo do México acabou envolvido em um conflito armado não internacional contra pelo menos o Cartel Jalisco Nueva Generación (CJNG, Jalisco Cartel New Generation) e o Cartel de Sinaloa.⁷

Jornalistas têm sido massacrados pelos narcotraficantes desses cartéis e isso tem gerado questionamentos ao governo perante a opinião pública. Consta que o tráfico tem contribuído para salvar as finanças dos bancos do país e houve mais de 3 mil abandonos de policiais federais mexicanos cooptados para o tráfico.⁸

Observando um panorama mais próximo, na América do Sul, o emprego cada vez mais complexo de Forças Armadas em operações urbanas, como as levadas a efeito no Rio de Janeiro, apontam para uma zona cinzenta, com oscilações entre o que é segurança pública e o que é conflito armado de baixa intensidade.

Nessa análise, os grupos armados são privilegiados, pois acabam tendo a resposta desequilibrada do Estado, a seu favor. Nessa zona cinzenta, o poder de combate autorizado às Forças Armadas é exatamente nos mesmos limites da Polícia, ainda que os atores não estatais organizados

⁷ RULAC: **Rule of Law in Armed Conflicts**. Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights. Disponível em: <https://www.rulac.org/browse/conflicts/non-international-armed-conflict-in-mexico>. Acesso em: 4 set. 2021.

⁸ America's Third War: The U.S. Cut a Deal With the Sinaloa Cartel, Say Court Documents. Fox News. Disponível em: <https://www.foxnews.com/us/americas-third-war-the-u-s-cut-a-deal-with-the-sinaloa-cartel-say-court-documents>. Acesso em: 4 set. 2021.

hierarquicamente exibam seu poderio bélico, com odiosidade implacável na vitimização da força pública.

Ocorre que já há tempo em que os Órgãos de Segurança Pública no Rio de Janeiro⁹, o Ministério Público estadual¹⁰ e o Poder Judiciário local¹¹ reconhecem a existência de uma "guerra assimétrica" de fato e a dificuldade que a Polícia Militar tem de enfrentar uma criminalidade cada dia mais armada e violenta.

Esse grau de intensidade da violência exige dos Órgãos de Segurança Pública peculiar interpretação da modelagem da área urbana, com emprego de meios e métodos inerentes ao combate em localidade, com progressão sistemática, nos moldes de uma tropa de Infantaria.

Parece um paradoxo: perceber que as Forças Policiais atuam em combate urbano, com características de força armada, e que as Forças Armadas, quando convocadas por esgotamento desses Órgãos de Segurança Pública, estejam com emprego adstrito aos contornos legais da atuação policial.

Nessa situação, os atores não estatais se favorecem com a ambiguidade paradoxal.

Um exemplo é a mensuração da violência do narcotraficante e o uso da força pelo representante estatal: enquanto o integrante do GAO está com seu fuzil 7,62 mm vasculhando seu setor na busca por um alvo, o agente encarregado de fazer cumprir a lei somente poderá engajá-lo em legítima defesa.

Fuzis, no Brasil, são armas de circulação proibida à sociedade civil. Por isso já se deveria ter o seu porte como ameaça presumida, autorizadora

⁹ CAJUEIRO, Fábio. In: **SEMINÁRIO VIOLÊNCIA URBANA**. Ministério Público do Rio de Janeiro. 2018.

¹⁰ NAVEGA, Leandro. In: **SEMINÁRIO VIOLÊNCIA URBANA**. Ministério Público do Rio de Janeiro. 2018.

¹¹ TEIXEIRA, Alexandre A. In: **SEMINÁRIO VIOLÊNCIA URBANA**. Ministério Público do Rio de Janeiro. 2018.

da autodefesa, não obstante essa hermenêutica não avança para prover segurança jurídica ao operador da Força Pública.

O uso de fuzis na prática de crimes comuns é notório no Rio de Janeiro, capaz até de anular a suposta segurança com blindagens automotivas. O desarmamento é efetivo para o cidadão, contudo falta dar eficácia dessa lei em relação aos GAO, que insistem em portar esse armamento, colocando-os em patamar superior às polícias regulares.

Diante desses cenários mencionados, é fácil examinar que hoje a natureza dos conflitos armados está em mutação, e, atualmente, o DIH enfrenta os desafios de ser inserido no contexto dos conflitos assimétricos, na chamada guerra contra o terrorismo organizado e nas evidências da insurgência criminal urbana.

Os moradores que convivem com os narcotraficantes são vitimados pela coação brutal dos marginais, servindo a eles como seus **escudos humanos**, apesar da conduta ser grave violação ao Direito Internacional Humanitário¹², ou seus **alvos da negligência consciente**, em confrontos contra as forças estatais, quando a população é coagida a continuar transitando nas vielas, durante as operações de repressão.

Para ser considerada conduta típica, a prática de escudos humanos tem de estar no contexto de conflito armado, pois não há tipo semelhante na legislação penal comum¹³.

Em tempos atuais, o mundo experimenta **conflitos de baixa intensidade**, no contexto de guerras de quarta geração e até várias operações militares **aparentemente de não guerra**, com eleição de objetivos que

¹² IV CONVENÇÃO DE GENEBRA DE 12 DE AGOSTO DE 1949:

"Artigo 28: Nenhuma pessoa protegida poderá ser utilizada para colocar, com sua presença, determinados locais ou regiões ao abrigo de operações militares."

¹³ Nessa sintonia, cabe ressaltar o déficit legislativo brasileiro, enquanto se experimenta a inércia na tramitação do PL 301/2007, e seus apensos, que dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os **crimes de guerra** e os crimes contra a administração da justiça do Tribunal Penal Internacional, institui normas processuais específicas, dispõe sobre a cooperação com o Tribunal Penal Internacional e dá outras providências.

garantem vantagem, ou negam vantagem ao oponente, ou ainda protegem o atacante, mormente atores não estatais.

Revela-se, pois, uma conjuntura "cinza", nebulosa, imprecisa, intrincada de perceber.

Como observa Lanoszka (2016)¹⁴, os iniciadores de conflitos na zona cinzenta geralmente possuem domínio territorial, o que é crucial para impedir que o Estado-alvo responda a provocações ambíguas ao recorrer à força militar aberta.

O conflito na zona cinzenta é verificado como atividade de natureza persuasiva e agressiva, mas que é projetada para parecer que permanece abaixo do limiar do conflito armado convencional, seja quando um Estado não reconhece o conflito armado não internacional ou quando os grupos armados organizados assim insinuam por ser mais conveniente.

Quando a conduta infratora é caracterizada como de competência do DIH e quando não é? Um dos escopos aplicação do DIH é em razão da matéria (*ratione materiae*): conflito armado internacional (CAI) ou conflito armado não internacional (CANI).

Portanto, como é cediço e reafirma Sassòli (2019)¹⁵, para aplicar o DIH é mister que haja vinculação à existência de conflito armado de fato. Se inexistente a caracterização de CAI ou CANI, estará afastado o Princípio da Especialidade em relação ao DIH.

A questão é que a imprecisão e a ambiguidade geram comportamentos desafiadores, pois a resposta de atores afetados com a atuação na zona cinzenta pode ser desde a **inércia** até a instauração de um **grande conflito armado aberto**.

¹⁴ LANOSZKA, Alexander. **Russian Hybrid Warfare and Extended Deterrence in Eastern Europe**. The Royal Institute of International Affairs, 2016.

¹⁵ SASSÒLI, Marco. **International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019.

Agressões ambíguas são um recurso estrategicamente utilizado pelos que não têm forças suficientes para arcar com os custos, riscos e obrigações legais da guerra convencional.

3 PRINCÍPIO DA NÃO INTERVENÇÃO EM ASSUNTOS INTERNOS

Merece ser trazida a esta abordagem a preservação que o próprio Direito Internacional Humanitário imprime ao **Princípio da Não Intervenção**, no caso de existência de conflito armado.

Como se extrai da expressão contida no Protocolo Adicional II às Convenções de Genebra de 1949, nada nesse diploma deve ser invocado com o propósito de afetar a soberania de um Estado ou a responsabilidade do governo, por todos os meios legítimos, para manter ou restabelecer a lei e a ordem no Estado ou para defender a unidade nacional e sua integridade territorial.

O artigo contendo expressamente esse entendimento foi uma resposta ao medo de que o DIH possa ser usado como pretexto para violar a soberania dos Estados e intervir nos seus assuntos internos ou externos, ou seja, que possa servir de justificação para a suposta intervenção¹⁶.

Esta é uma cláusula de proteção que traz a lume dois princípios complementares do Direito Internacional Público consagrados na Carta das Nações Unidas: o **Princípio da Inviolabilidade da Soberania Nacional** e o **Princípio da Não Intervenção**¹⁷ em questões que são essencialmente de jurisdição interna de um Estado. Na verdade, observam-se uma vez mais as homenagens destacadas ao texto convencional que lembra que a situação

¹⁶ BRASIL. Decreto nº 849, de 25 de junho de 1993. Promulga os Protocolos I e II de 1977 adicionais às Convenções de Genebra de 1949, adotados em 10 de junho de 1977 pela Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário aplicável aos Conflitos Armados. **Diário Oficial** [da República Federativa do Brasil], Brasília, 1993.

¹⁷ BRASIL. Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945. Promulga a Carta das Nações Unidas. **Diário Oficial** [da República Federativa do Brasil]. Rio de Janeiro, 1945.

jurídica das partes em conflito não é afetada pelo reconhecimento do conflito armado nem a consequente aplicação do Artigo 3º Comum.

Por conseguinte, é perfeitamente claro que a aplicação do Direito Internacional Humanitário em situações de conflito armado não internacional não tem qualquer efeito sobre a qualificação das relações entre as partes.

O Comitê Internacional da Cruz Vermelha aponta que obrigação do Estado contratante de respeitar as regras contidas nas Convenções de Genebra de 1949 e seus Protocolos Adicionais não pode ser considerada posteriormente como uma ameaça de violação a sua soberania, uma vez que a liberdade de ação do governo é limitada pelas obrigações que ele próprio livremente aceitou. Isso não pode servir de pretexto ou justificativa para a intervenção direta ou indireta em um conflito armado ou nos assuntos internos ou externos da Alta Parte Contratante interessada¹⁸.

Aliás, também deve ser lembrado que o Artigo 3º Comum estabelece que "Um órgão humanitário imparcial, como o Comitê Internacional da Cruz Vermelha, pode oferecer seus serviços às Partes no conflito." Tal oferta de serviços, legítima ao abrigo do Artigo 3º Comum, não pode ser considerada uma ingerência.

Esta possibilidade está expressamente prevista no que diz respeito à assistência às pessoas privadas de liberdade e à organização de ações de socorro em benefício da população civil. As partes têm a liberdade de aceitar ou recusar a assistência que lhes é oferecida, precisamente para conservar a sua total liberdade de julgamento e não serem expostas a intervenções externas.

Outro argumento que se perde, ao afirmar que o reconhecimento de fato de um CANI trará, inevitavelmente, a interferência externa aos assuntos internos do País, está relacionado com o que inevitavelmente já ocorre com atos de supostas violações aos Direitos Humanos.

¹⁸ ICRC. **Geneva Conventions of 1949 and Additional Protocols, and their Commentaries.** International Committee of Red Cross, 2016.

Os observatórios internacionais de Direitos Humanos estão presentes com olhares voltados para o que se passa diuturnamente no País e não hesitam em produzir investigações e opinar conforme suas convicções.

Portanto, esse tipo de manifestação internacional existe e existirá independentemente da existência de conflito armado ou seu reconhecimento. As observações imparciais são interessantes para divulgação do cumprimento das normas legais.

Inobstante, deve-se preservar que cabe ao Ministério Público o papel de *Custos Legis*, guardião da lei, fiscal da correta aplicação da lei, de órgão de controle da atividade externa policial ou militar.

A legalidade é um dos centros de gravidade da atuação das Forças Armadas e o Ministério Público Militar exerce seu múnus com conhecimento especializado e celeridade que a atividade de natureza militar exige.

4 O ADEQUADO MARCO LEGAL PARA ASSEGURAR SEGURANÇA JURÍDICA

O agente estatal encarregado de fazer cumprir a lei ou de conduzir as hostilidades em defesa do Estado está com a espada de Dâmoçles na sua cabeça.

As operações militares exigem segurança jurídica aos militares envolvidos. O Comando tem o dever de protegê-los¹⁹.

Subjugar as ameaças contemporâneas do mundo real exige a adequação dos sistemas decisórios, tanto na parte operacional das forças públicas, quanto nas estruturas de suporte às operações, incluindo robustecimento de ações integradas de investigação e inteligência, bem como a conscientização do Ministério Público, Poder Judiciário e outras funções essenciais à Justiça, quanto à multiplicação de letalidade da insurgência

¹⁹ VILLAS BOAS, Eduardo. @Gen_VillasBoas. Texto do **Tweet**. 7 ago. 2017. 3:24 PM.

criminal dos grupos armados, que importam em **ajustamento do marco legal aplicável**.

Essa é conexão com a assertiva de que "os grupos armados são privilegiados, pois acabam tendo a resposta desequilibrada do Estado, a seu favor".

O desequilíbrio citado também tem sua vertente na vontade. A adaptação do Estado para uma resposta excepcional é crítica para o êxito militar, uma vez que a guerra, assimétrica ou não, trata com a incerteza. Fazer mudanças em técnicas e procedimentos, para que sejam eficazes em toda a força, exige experimentação, treinamento e disseminação. Essas ações são partes da natureza adaptável do conflito, que **têm de ser regido sob a norma adequada**, ultrapassando paradigmas.

Prover um ambiente de segurança jurídica para os decisores e operadores militares faz parte da missão e deve ser mantido, a par da vigilância dos Direitos Humanos, Direito dos Conflitos Armados e demais ramos do Direito Operacional aplicável.

Portanto, em situação de conflito armado de fato, o Estado se vincula a atuar de maneira concordante com diversas obrigações internacionais assumidas, observando as convergências entre as Convenções de Genebra e as disposições da Convenção Americana de Direitos Humanos, como o direito à vida das pessoas fora de combate e direito de não ser submetido a torturas, tratamentos desumanos, discriminatórios, cruéis ou degradantes²⁰.

O DIH não define rigorosamente, de modo sistemático, como disparar a aplicação das suas regras sobre conflitos armados não internacionais.

Por serem normas com incorporação legislativa originada de tratados internacionais, **competem ao Estado determinar a forma de cumprir essas obrigações assumidas**.

²⁰ BRASIL. EXÉRCITO BRASILEIRO. **Diretriz para Integração do Direito Internacional dos Conflitos Armados às Atividades do Exército Brasileiro** (EB20-D-05.005), de 10 de fevereiro de 2016.

É indispensável dar impulso à construção jurídica teleológica para sustentar o emprego das Forças Armadas na repressão à violência urbana, conforme o cenário da situação **de fato**.

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

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

Esse é o entendimento seguido no Sistema de Proteção Interamericano de Direitos Humanos, podendo ser confirmado pelas Normas de Interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos²¹.

Compete enfatizar que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos tem previsão que em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado Parte, este poderá adotar disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados, às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude da Convenção, observadas as condições contidas no seu Artigo 27.

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

²¹ BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

"Artigo 29 - Normas de interpretação. Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de: (...) d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza."

demonstrando **convergência e complementaridade** entre os ramos do direito internacional²².

Uma referência a ser estudada para incrementar a segurança jurídica nas operações militares é a solução adotada pelo Estado peruano com a edição de seu Decreto Legislativo 1095, que estabelece as regras de emprego e uso da força pelas Forças Armadas no território nacional²³.

É um conteúdo normativo aplicado quando as Forças Armadas assumirem o controle da ordem interna em áreas declaradas em Estado de Emergência, realizando operações militares contra grupo hostil (GAO), com aplicação das normas do DIH.

Qualquer operação militar deve ter por objetivo a destruição total ou parcial, a captura ou a neutralização das capacidades do grupo hostil, de acordo com os princípios orientadores de DIH de conhecimento obrigatório por todos os operadores.

5 CONCLUSÕES

No seu nível mais fundamental, o Estado de Direito se encarrega em restringir e ordenar o poder coercitivo e o uso da força. O monopólio do exercício dessa força tem de ser seletivo, ou seja, importa inferir que deve ser **equilibrado**.

O equilíbrio aproveita o estabelecimento de capacidades específicas para responder às ameaças que se configuram de forma intensa, imprecisa, ambígua e ou indeterminada.

²² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Excepciones Preliminares. Sentencia de 4 de febrero de 2000. Serie C No. 672 (...)* La Corte es asimismo competente para decidir si cualquier norma del derecho interno o internacional aplicada por un Estado, en tiempos de paz o de conflicto armado, es compatible o no con la Convención Americana (...)

²³ PERU. *Decreto Legislativo 1095 que establece reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional.*

Nos desafios modernos para atuar de forma equilibrada, o Estado é soberano e competente para reconhecer a ocorrência de um conflito armado não internacional ou outras situações de violência em seu território.

A situação excepcional de emprego da força pública contra grupos armados organizados, na escala de gravidade em que órgãos de segurança se mostram esgotados, ou que notoriamente atuam como se força armada fossem, precisa de normativa excepcional.

A natureza dos conflitos armados está em mutação, e o DIH enfrenta os desafios de ser inserido no contexto dos conflitos assimétricos, incluindo os confrontos contra a insurgência criminal urbana, em que propositadamente os GAO induzem os agentes estatais ao erro, fazendo parecer que atuam abaixo do limiar do conflito armado, ou aproveitam a hesitação estatal em não o reconhecer.

É um verdadeiro chamamento público a questão de dar visibilidade à imprescindível construção da segurança jurídica para sustentar o emprego das Forças Públicas na repressão à violência urbana, conforme o cenário da situação **de fato**, sua **classificação** e a determinação do **marco legal aplicável**.

Essa classificação está dissociada da legitimidade que, equivocadamente, poder-se-ia pensar em estar conferindo aos atores não estatais, em caso de conflito armado não internacional, pois assim veda o Artigo 3º Comum às Convenções de Genebra de 1949.

Afasta-se a ideia de que o reconhecimento de um CANI está vinculado à falência do Estado. Sob outro exame, isso significa que as ações do governo estão organizadas e que, com seus próprios meios, está combatendo com equilíbrio a violência contra a sua estabilidade.

Ao realizar esta nobre missão, os decisores devem tomar as medidas necessárias para garantir que os padrões de humanidade regidos pelo Direito Internacional Humanitário sejam incorporados ao conceito das operações.

Portanto, pelo que foi demonstrado, **reconhecer o conflito armado não confere legitimidade aos grupos armados organizados**, mas sim **equilíbrio** à atuação eficiente dos mecanismos de proteção do Estado.

REFERÊNCIAS

BELLAL, Annyssa. *States and Non-State Armed Groups: Time to Engage*. Disponível em: <https://peacelab.blog/2021/05/states-and-non-state-armed-groups-time-to-engage>. Acesso em: 4 set. 2021.

BRASIL. Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945. 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. *Diário Oficial* [da República Federativa do Brasil], Rio de Janeiro, RJ, 1945.

BRASIL. Decreto nº 42.121, de 21 de agosto de 1957. Promulga as convenções concluídas em Genebra a 12 de agosto de 1949, destinadas a proteger vítimas de defesa. *Diário Oficial* [da República Federativa do Brasil], Rio de Janeiro, RJ, 1957.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. *Diário Oficial* [da República Federativa do Brasil]. Brasília, 1992.

BRASIL. Decreto nº 849, de 25 de junho de 1993. Promulga os Protocolos I e II de 1977 adicionais às Convenções de Genebra de 1949, adotados em 10 de junho de 1977 pela Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e o Desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário aplicável aos Conflitos Armados. *Diário Oficial* [da República Federativa do Brasil]. Brasília, 1993.

BRASIL. Exército Brasileiro. *Diretriz para Integração do Direito Internacional dos Conflitos Armados às Atividades do Exército Brasileiro* (EB20-D-05.005), de 10 de fevereiro de 2016. Brasília, 2016.

CAJUEIRO, Fábio. In: *SEMINÁRIO VIOLÊNCIA URBANA*. Ministério Público do Rio de Janeiro. 2018.

ICRC. *Geneva Conventions of 1949 and Additional Protocols, and their Commentaries*. International Committee of Red Cross, 2016.

LANOSZKA, Alexander. *Russian Hybrid Warfare and Extended Deterrence in Eastern Europe*. The Royal Institute of International Affairs, 2016.

NAVEGA, Leandro. In: *SEMINÁRIO VIOLÊNCIA URBANA*. Ministério Público do Rio de Janeiro. 2018.

PERU. *Decreto Legislativo 1095*. Establece reglas de empleo y uso de la fuerza por parte de las Fuerzas Armadas en el territorio nacional. Lima, 2015.

RULAC: *Rule of Law in Armed Conflicts*. Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights. Disponível em: <https://www.rulac.org>. Acesso em: 4 set. 2021.

SASSÒLI, Marco. *International Humanitarian Law: Rules, Controversies, and Solutions to Problems Arising in Warfare*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2019.

TEIXEIRA, Alexandre A. In: *SEMINÁRIO VIOLÊNCIA URBANA*. Ministério Público do Rio de Janeiro. 2018.

UNITED NATIONS. *Report of Secretary General S/2020/366*, Para 53. Disponível em: https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/s_2020_366.pdf. Acesso em: 4 set. 2021.

VILLAS BOAS, Eduardo. @Gen_VillasBoas. Texto do *Tweet*. 7 ago. 2017. 3:24 PM.

Prefácio da Declaração Universal dos Direitos Humanos: interpretação através de seu contexto histórico

Hugo Rossi Figueirôa

Bacharelado em Direito da Universidade Federal da Bahia (UFBA).
Pesquisador do Núcleo de Competições Internacionais (NCI-UFBA).

Data de recebimento: 31/08/2021

Data de aceitação: 01/09/2021

RESUMO: O presente artigo é fruto de pesquisa acerca da relação entre o prefácio da Declaração Universal dos Direitos Humanos e o seu contexto histórico. O Direito é fruto da interação do ser humano com seu próximo, sendo vital para compreendê-lo que se dê a devida atenção a sua historicidade. Neste diapasão, é imperioso perceber que a Declaração Universal dos Direitos Humanos surge no turbulento século XX, quando a humanidade testemunhou graves tragédias humanitárias que tiveram seu ápice nas duas guerras mundiais. Assim, deve-se apontar que este documento é uma marca da consciência histórica de seu tempo, tal como cristalizado em seu prefácio. O prefácio tem uma importância fundamental na hermenêutica jurídica como indicativo do objeto e propósito dos instrumentos jurídicos de Direito Internacional. Sob este prisma, apesar de não se tratar de um documento vinculante, muitas disposições da Declaração Universal dos Direitos Humanos se consolidaram como fontes de Direito Internacional, até mesmo ao grau de fontes primárias. Por fim, concluiu a investigação que esse documento deve ser interpretado tendo em vista o desafio assumido pela comunidade internacional de garantir a plena proteção dos direitos humanos, a partir da organização e empenho dos Estados e do poder político da comunidade internacional. Nesta pesquisa, o método dedutivo foi utilizado, com revisão bibliográfica e interpretação da legislação e jurisprudência concernente.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional. Direitos Humanos. História. Hermenêutica.

ENGLISH

TITLE: Preface of the Universal Declaration of Human Rights: Interpretation through its Historical Context.

ABSTRACT: This article is the result of research on the relationship between the preface of the Universal Declaration of Human Rights and its historical context. Law is the result of the interaction of human beings with their neighbors, and it is vital to understand it that its historicity is given due attention. In this tuning fork, it is imperative to realize that the Universal Declaration of Human Rights emerges in the turbulent 20th century, when humanity witnessed serious humanitarian tragedies that reached their peak in the two world wars. Thus, it must be pointed out that this document is a mark of the historical consciousness of its time, as crystallized in its preface. The preface has a fundamental importance in legal hermeneutics as an indication of the object and purpose of the legal instruments of International Law. From this perspective, despite not being a binding document, many provisions of the Universal Declaration of Human Rights have been consolidated as sources of International Law, even to the degree of primary sources. Finally, the investigation concluded that this document must be interpreted in view of the challenge taken on by the international community to guarantee the full protection of human rights, based on the organization and commitment of States and the political power of the international community. In this research, the deductive method was used, with literature review and interpretation of the relevant legislation and jurisprudence.

KEYWORDS: International Law. Human Rights. History. Hermeneutics.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Da metodologia de interpretação histórica – 3 O período de entreguerras – 3.1 A ascensão de Benito Mussolini – 3.2 Os Estados Unidos e a crise de 1929 – 3.3 A ascensão de Hitler e a formação do eixo – 4 A Segunda Guerra Mundial e a formação de uma nova consciência humanitária – 5 O desfecho do conflito – 6 Da análise do prefácio – 6.1 Relevância do prefácio para a determinação do objeto e propósito da DUDH – 6.2 O prefácio como reflexo de seu contexto histórico – 6.3 A

promoção da dignidade da pessoa humana como caminho para a paz na DUDH – 7 Conclusões.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo averiguar como o contexto histórico em que foi confeccionada a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) impactou na positivação dos seus dispositivos.

Por intermédio desses estudos, busca-se aprofundar o entendimento desse documento de influência incontestável no direito moderno, elucidando qual o seu objeto e propósito.

Para tanto, analisar-se-á o prefácio da DUDH através das lentes de uma interpretação histórica. Essa tarefa será levada adiante por meio de uma contextualização do momento histórico de sua construção, desde a crise do pós-primeira guerra até o momento em que o documento em questão foi ratificado, e como este impactou a consciência jurídica da comunidade internacional. Por fim, será analisado o prefácio, extraindo os seus significados e interpretações possíveis.

Na pesquisa será utilizado o método dedutivo, com revisão de literatura e interpretação de textos jurídicos.

2 DA METODOLOGIA DE INTERPRETAÇÃO HISTÓRICA

Toda ação e toda escolha humana tem em mira um fim¹ que, qualquer que seja, é perseguido por um sujeito ativo que o valoriza mais do que qualquer outro que ele possa conhecer quando começa a agir². Neste

¹ ARISTÓTELES. *Metafísica, Ética a Nicômaco e Poética*. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 49.

² HOPPE, Hans Hermann. *A Ciência Econômica e o Método Austríaco*. São Paulo: Instituto Mises Brasil, p. 20.

sentido, entende Aristóteles que o homem é um animal cívico, ou seja, considerando que a natureza lhe deu um conhecimento do bem e do mal, do útil e do nocivo, do justo e do injusto³, é possível compreender que as diversas escolas jurídicas baseiam suas construções a partir de certo entendimento do que é o fim último que se deve alcançar.

Mas só se pode saber o que é este fim último se compreendermos o que propriamente é a verdade, afinal, todo fim é buscado em detrimento de todos os outros que também poderiam sê-lo, mas não o são, o que implica, naturalmente, em uma hierarquia axiológica das finalidades, que exige que uma delas seja a mais perfeita entre todas; e, para sabermos se ela é a mais perfeita, devemos nos perguntar se ela é verdadeiramente a mais perfeita, sendo assim, o estabelecimento do que é “verdade” é o axioma em que deve ser, e foi, desenvolvida a filosofia do Direito.

Sob este prisma, o filósofo Escocês David Hume, vivendo o período áureo do racionalismo cartesiano, resolveu elaborar uma filosofia em resposta a Descartes, um questionamento que seria quase que fatal.

Para Hume, todas as ideias abstratas são naturalmente fracas ou obscuras, enquanto que nossas impressões, isto é, nossas sensações externas ou internas, são fortes e vivas; nisso, ele conclui que todas as nossas ideias ou percepções mais fracas são cópias de nossas impressões ou percepções mais vivas⁴. Para justificar isso, Hume afirma que a mente humana só entende as coisas a partir de relações de causa e efeito, que, segundo ele, não são descobertas pela razão, mas sim captadas pela categoria usada pelo homem na experiência⁵. Trata-se de uma inversão do antigo preceito do dualismo Cartesiano que confiava mais na razão.

³ARISTÓTELES. *The politics*. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/Aristotle_Politics_01.pdf. Acesso em: 31 ago. 2021, p. 7.

⁴HUME, David. *Ensaio Sobre o Entendimento Humano*. Disponível em: <http://br.egroups.com/group/acropolis/>. Acesso em: 31 ago. 2021, p. 12.

⁵*Ibidem*, p. 22.

Neste sentido, Gianbattista Vico declara que o saber real se cifra no saber das causas (*Verum quia factum*): conhece-se uma coisa ao se conhecer a sua causa, uma novidade na definição da verdade. Esta pode ser entendida como uma constatação de que, para o saber factivo, requer-se o conhecimento das causas. Então, podemos saber, somente, aquilo que nós mesmos fizemos, pois só nós conhecemos a nós mesmos. A tarefa e possibilidade do espírito humano não é refletir sobre o ser, mas sobre o fato, o feito, que ele pode adquirir por meio das ficções matemáticas e, principalmente, da história que o próprio homem fez e que por isso é mais acessível a seu conhecimento⁶.

A interpretação da realidade passa a ser entendida como um processo, como história. A ciência da história foi escolhida como fundamento da realidade, porque, para ele, a história age como uma força maior que harmoniza as várias ações humanas, que usualmente são motivadas por razões subjetivas e diferentes de indivíduo a indivíduo ou mesmo de povo a povo, mas que, apesar disso, não se configuram em um caos, mas em um processo ordenado⁷.

Afunilando ao Direito, constata-se o surgimento de uma escola histórica cujo expoente foi Savigny, que defendia que o jurídico não deveria ser associado à regra genérica e abstrata, mas aos institutos de Direito que expressavam relações vitais típicas e concretas, sendo visualizados como um conjunto vivo de elementos em constante desenvolvimento.

O método da escola histórica é aquele de extrair a regra jurídica desses institutos de direito mediante processo abstrativo e artificial, como um sistema de construção conceitual de regras do direito que, por um lado, aposta na intuição como instrumento de captação da totalidade representada pelo instituto e a lógica como meio necessário para sua explicitação⁸.

⁶ RATZINGER, Josef. *Introdução ao Cristianismo*. São Paulo: Heder, 1970, p. 19-21.

⁷ CARVALHO, Olavo de. *Jardim das Aflições: De Epicuro a Ressureição de César: Ensaio Sobre a Religião Civil*. 2. ed. São Paulo: Topbooks, 1998, p. 106.

⁸ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A, 1980, p. 11.

Assim, por meio das pesquisas e possibilidades metodológicas abertas por essa escola, consolidou-se como indispensável dentro de uma hermenêutica mais profunda o estudo das fontes inspiradoras da emanção da lei para precisar as intenções do legislador. Afinal, o legislador age obedecendo as aspirações da sociedade⁹. Portanto, deve-se dar a devida atenção a estrutura de significações dos textos normativos durante o processo de interpretação jurídica¹⁰.

Consequentemente, torna-se fundada a presente abordagem que tem em vista interpretar, por meio da análise do impacto dos traumas históricos do início do século XX, a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

3 O PERÍODO DE ENTREGUERRAS

A Europa, com o fim da primeira guerra mundial, encontrava-se destruída. A participação do continente no total da população global e na economia caiu consideravelmente. Países como Alemanha, França, Itália, Áustria, Polônia, Rússia, entre outros, encontravam-se com inflação e dívida nacional estimadas em valores elevados para além do normal. As taxas de desemprego tiveram alta de até 30%, gerando miséria e desespero¹¹.

Era ambiente propício para ascensão de movimentos revolucionários.

3.1 A ascensão de Benito Mussolini

A Itália, uma democracia jovem (1912), viu-se abandonada por seus aliados após a Primeira Guerra Mundial, desiludindo todos aqueles que esperavam uma compensação pelo grande sacrifício que fizeram durante o

⁹ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A, 1980, p. 282.

¹⁰ *Ibidem*, p. 291.

¹¹ BLAYNEY, Geoffrey. *Uma Breve História do Século XX*. 2. ed. São Paulo: Fundamento, 2011, p. 118-121.

conflito. Nesse contexto, surgiu a figura de Benito Mussolini, editor de jornais socialistas como “*Avanti*” e “Luta de Classes”, veterano de guerra, prometendo auxiliar os trabalhadores e refrear o individualismo capitalista com o auxílio do poder do Estado. É assim que viria a nascer o fascismo.

Valendo-se de sua militância, os “camisas negras”, Mussolini foi capaz de pressionar o rei Victor Emmanuel III a nomeá-lo para comandar a nação, a despeito de seu partido ter menos cadeiras no congresso do que liberais, católicos, conservadores, socialistas e comunistas. Nas eleições de 1924, os fascistas aumentaram o número de vagas no parlamento, que foi então dissolvido, iniciando-se uma era de totalitarismo e repressão a dissidentes políticos¹².

3.2 Os Estados Unidos e a crise de 1929

Em 1921, os Estados Unidos, que emergiram como maior poderio econômico no pós-guerra, entraram em uma rápida crise econômica, na qual surgiu a figura do secretário de Comércio Hebert Hoover. Futuro presidente do país, Hoover era bastante crítico sobre a postura do presidente Harding acerca da crise, pois acreditava que ele não estava tomando ações contundentes para controlar a situação; e Hoover era um grande defensor do investimento em obras públicas como forma de combate à crise.

A partir do esforço de Hoover, os Estados Unidos duplicaram sua venda de títulos de obras públicas¹³ e, desde então, vinham-se organizando para enfrentar futuras crises, a partir do paradigma de uma “nova ciência econômica”¹⁴.

No governo Hoover, em 1929, a crise começou a tomar forma, e o dia 24 de outubro de 1929 foi marcado pelo *crash* da Bolsa de Nova Iorque,

¹² BLAYNEY, Geoffrey. *Uma Breve História do Século XX*. 2. ed. São Paulo: Fundamento, 2011, p. 111-116.

¹³ ROTHBARD, Murray N. *A Grande Depressão Americana*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2012, p. 213.

¹⁴ *Ibidem*, p. 226.

onde os preços das ações caíram de maneira súbita. Em resposta a isso, o Federal Reserve agiu, acrescentando 300 milhões às reservas dos bancos do país na última semana de outubro, fazendo com que os bancos expandissem seus depósitos em 10% em apenas uma semana. Essa ação teve por efeito uma rápida melhora no mercado de ações, seguida de uma queda de um terço no preço delas¹⁵.

Com isso, a renda real americana caiu em 36% em 4 anos¹⁶. O desemprego escalou de 3,2% para 26,7% em 1934. Mais de 34 mil americanos não tinham renda nenhuma, e a subnutrição subiu em 20%¹⁷. Em meados de 1933, mais de um milhão de hipotecas eram executadas diariamente. Configurou-se um enorme desastre social¹⁸.

Evidentemente que, devido ao fato dos Estados Unidos serem a grande potência econômica da época, o mundo inteiro acabou sendo levado pela crise, que atacou todo o globo, desde a Europa, até os países da América Latina¹⁹. Esse circunstancialismo se mostrou propício para à emergência de fatores ponerogênicos, explorados por indivíduos com maior capacidade de impor seu próprio mundo conceitual aos outros. Outros estes que, perante um padrão simplificado de ideias, assentes em dados facilmente acessíveis, foram levados a acreditar ter encontrado uma resposta fácil para a sua situação social decadente ou mesmo para a satisfação de sua personalidade igualmente deformada²⁰.

¹⁵ ROTHBARD, Murray N. *A Grande Depressão Americana*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2012, p. 231-232.

¹⁶ FRIEDMAN, Milton. *The Great Contraction*. Princeton: Princeton University Press, 2009, p. 15.

¹⁷ ROTHBARD, *Op. Cit.* p. 19.

¹⁸ FERGUSSON, Niall. *A Ascensão do Dinheiro: A história financeira do mundo*. São Paulo: Planeta, 2009, p. 226.

¹⁹ BLAYNEY, Geoffrey. *Uma Breve História do Século XX*. 2. ed. São Paulo: Fundamento, 2011, p. 120.

²⁰ LOBACZEWSKI, Andrew. *Ponerologia: Psicopatas no poder*. São Paulo: Vide, 2015, p. 126-127.

3.3 A ascensão de Hitler e a formação do eixo

E é assim que acontece na Alemanha no pós-primeira guerra. A sociedade alemã estava fragilizada devido à derrota militar. A dívida nacional era três vezes maior do que a renda. A hiperinflação, anualmente, chegava a 182 bilhões por cento²¹. O descontentamento imperava entre os militares e o povo alemão se via severamente abalado pela situação.

Nesse contexto, a sociedade alemã se radicalizou.

Houve primeiramente uma tentativa de revolução socialista, reprimida por grupos paramilitares (*Freikorps*)²². Neste momento, o ressentido veterano de guerra Adolf Hitler surge para a história, com cursos sobre história e economia na Universidade de Berlim, onde já se era possível constatar o contato com ideias antisemitas.

Em 1919, Hitler filiou-se ao Partido Trabalhista Alemão, ganhando espaço dentro do partido com seus discursos inflamáveis. Dois anos depois, tornou-se seu líder. Em 1923 os nazistas organizaram uma insurreição, o “*putsch*” (golpe) de Munique, que visava convencer o ditador da Bavária, Gustav Von Khar, a apoiar sua revolução. Esse plano fracassou, Khar enganou os nazistas para que fosse libertado e, uma vez solto, trabalhou para conter os planos de Hitler²³.

O fracasso do movimento fez com que Hitler fosse condenado a cinco anos de prisão, dos quais só cumpriu nove meses de pena. Durante esse período, foi escrita sua obra *Mein Kampf* (Minha Luta), um manifesto político que pregava a necessidade de a Alemanha se rearmar e exterminar a minoria judaica, além da supremacia da raça ariana, entre outros tópicos.

Já em liberdade, no ano de 1925, ele reconstruiu o partido e o preparou para a conquista do poder pela via eleitoral; e ganhou grande força

²¹ FERGUSSON. *Op. Cit.*, p. 99-101.

²² REES, Laurence. *O Carisma de Adolf Hitler: o homem que conduziu milhões ao abismo*. São Paulo: Leya, 2012, p. 11-14.

²³ *Ibidem*, p. 36.

graças ao fracasso da coalizão liberal e social-democrata em gerir a crise que surgiu em 29²⁴.

Apesar de não ser eleito, Hitler ganhou um grande número de adeptos. Em 1933, após sucessivos fracassos de chanceleres, Hindenburg o nomeou chanceler da Alemanha em um movimento que precederia uma série de outras manobras políticas, culminando na ascensão de Hitler como ditador do país. Assim foi instaurado o III Reich²⁵.

Os anos iniciais do governo de Hitler foram marcados por uma diminuição artificial do desemprego na sociedade alemã que, a despeito de não ter diminuído efetivamente, foi assim retratado pela propaganda nazista, consubstanciada pela maquiagem dos indicadores oficiais²⁶. Neste sentido, o próprio Hitler reconhecia que a luta contra o desemprego era algo secundário se colocado em comparação com a necessidade de restaurar o exército alemão²⁷, até então limitado pelo Tratado de Versalhes. Em 16 de março de 1935, Hitler anunciou que esse tratado não era mais válido, com a conivência das grandes potências²⁸.

À medida que figuras como Hitler e Mussolini assumiam papéis de grande relevância na vida pública, mais pessoas começavam a tomar consciência do que estava por vir. Em 4 de abril de 1933, o então secretário de Estado do Vaticano, Pacelli, ordenou que o núncio apostólico em Berlim advertisse Hitler quanto a perseguição de judeus²⁹, ato que marcou o primeiro ato do conflito entre o futuro Papa e o ditador.

²⁴ REES, Laurence. *O Carisma de Adolf Hitler*: o homem que conduziu milhões ao abismo. São Paulo: Leya, 2012, p. 52.

²⁵ HISTORY. *Adolf Hitler*: Biografia. Disponível em: <http://seuhistory.com/biografias/adolf-hitler>. Acesso em: 31 ago. 2021.

²⁶ EVANS, Richard J. *O Terceiro Reich no Poder*: O relato mais completo e fascinante do regime nazista entre 1933 e 1939. São Paulo: Planeta, 2011, p. 444.

²⁷ EVANS, Richard J. *O Terceiro Reich no Poder*: O relato mais completo e fascinante do regime nazista entre 1933 e 1939. São Paulo: Planeta, 2011, p. 446.

²⁸ BLAYNEY, Geoffrey. *Uma Breve História do Século XX*. 2. ed. São Paulo: Fundamento, 2011, p. 129-131.

²⁹ THOMAS, Gordon. *Os Judeus do Papa*. São Paulo: Geração Editorial, 2013, p. 77.

O alerta não era injustificado. Apenas em 1933, 37 mil membros da fé judaica deixaram a Alemanha³⁰, motivados pela crescente supressão de seus direitos políticos, que iam desde não ocupar cargos públicos até perda da cidadania alemã³¹.

Entretanto, os atos de Hitler não se limitariam apenas à Alemanha. Sua crença era de que uma política externa expansiva levaria o país a uma glória tamanha que redimiria todo sangue que intencionava derramar.

Aproveitando-se de um cenário internacional marcado tanto pelo medo das grandes potências de repetir o desastre da primeira guerra mundial, quanto pela crise que as fez refrear os gastos em armamento, a Alemanha se rearmou, sob a alegação de que apenas gostaria de reparar os erros do tratado de paz³², o que fizeram sob o beneplácito da comunidade internacional³³. Exceção deve ser feita novamente à figura de Pacelli, coroado Papa sob a alcunha de Pio XI, que emite um alerta por meio da encíclica *mit brennender sorge* (com profunda preocupação), onde condena o regime e a doutrina nazista, não apenas pelo seu atentado aos direitos humanos, como pela sua idolatria ao Estado³⁴.

4 A SEGUNDA GUERRA MUNDIAL E A FORMAÇÃO DE UMA NOVA CONSCIÊNCIA HUMANITÁRIA

Nesse mesmo período, Mussolini estava em uma situação geopoliticamente desfavorável. A inimizade que gerou com a Inglaterra por conta do seu imperialismo na África acabou por isolá-lo da comunidade internacional, e isso o obrigou a buscar o suporte da Alemanha. Essa união

³⁰ EVANS, Richard J. *Op. Cit.*, p. 722.

³¹ Enciclopédia do Holocausto. *Exemplos de Legislação Anti-Semita: 1933-1939*. Disponível em: <https://www.ushmm.org/wlc/ptbr/article.php?ModuleId=10007459>. Acesso em: 31 ago. 2021.

³² EVANS, Richard J. *Op. Cit.*, p. 798-802.

³³ *Ibidem*. p. 811-812.

³⁴ Pio XI. *MIT BRENNENDER SORGE*. Disponível em: MIT http://w2.vatican.va/content/pius-xi/en/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_14031937_mit-brennender-sorge.html. Acesso em: 31 ago. 2021.

foi extremamente bem-sucedida, capaz de passar por cima da pressão internacional e expor a fraqueza das grandes potências³⁵.

Consequência imediata disso foi a influência determinante que essa aliança exerceu na vitória de Franco durante a guerra civil Espanhola³⁶. Para além, a Alemanha resolveu aliar-se também ao Japão, sob o pretexto de proteção contra a União soviética³⁷.

Dessa aliança surgiu a ofensiva que gerou a segunda guerra mundial, um longo período em que as grandes potências se confrontaram, derramando uma quantidade imensa de sangue.

Esse foi um momento obscuro da história humana, cujo símbolo maior se tornou o campo de concentração de *Auschwitz*, onde as potências vitoriosas constataram que mais de um milhão de judeus foram cruelmente assassinados³⁸. Relatos da desumanidade de *Auschwitz* são excessivos. O mau tratamento, a tortura e a humilhação que sofriam os prisioneiros, que não costumavam durar nem três ou quatro semanas para morrer³⁹, são marcas indeléveis na história da humanidade que definiram o imaginário popular acerca desse período.

5 O DESFECHO DO CONFLITO

Com o término da segunda guerra, a Europa estava ainda mais desestabilizada economicamente que na primeira e com seus territórios destruídos. O mundo ainda sentia os efeitos das duas guerras. Diante dessa situação calamitosa, existia na comunidade internacional um sentimento

³⁵ EVANS, Richard J. *Op. Cit.*, p. 814-816.

³⁶ *Ibidem*, p. 829.

³⁷ *Ibidem*, p. 831.

³⁸ UOL. *Holocausto*: pelo menos 1,1 milhão de judeus foram mortos em Auschwitz. Disponível em: <http://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia/holocausto-pelo-menos-11-milhao-de-judeus-foram-mortos-em-auschwitz.htm>. Acesso em: 31 ago.2021.

³⁹ NYISZLY, Miklos. *Auschwitz*: O testemunho de um médico. Disponível em: <http://www.libertarianismo.org/livros/mnaotdum.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2021, p. 36.

generalizado de que era necessário encontrar uma forma de manter a paz entre os países.

Então, em 1945, com a Carta de São Francisco, foi criada a Organização das Nações Unidas (ONU). Com a manutenção da paz sendo o objetivo a ser perseguido, e suas ações coordenadas sob os pilares de harmonia, desenvolvimento e cooperação.

A partir da criação da ONU, que formalizou a existência do Direito Internacional Público, se fez necessário criar um documento jurídico que pudesse trazer mais segurança para as nações: a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴⁰.

Sendo assim, em 1946 foi apresentado na Assembleia Geral da ONU um esboço preliminar da Declaração, que foi repassado à Comissão de Direitos Humanos, reunida pela primeira vez em 1947. Presidida por Eleanor Roosevelt⁴¹, viúva do presidente americano Franklin D. Roosevelt, contou com a presença de mais de 50 países na redação e, em 1948, seu texto final foi apresentado⁴².

⁴⁰ RIGHTS, Youth For The Human (Comp.). *A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM*. Disponível em: <http://br.youthforhumanrights.org/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/introduction.html>. Acesso em: 31 ago. 2021.

⁴¹ SEARS, John F. (Org.). *ELEANOR ROOSEVELT AND THE UNIVERSAL DECLARATION OF HUMAN RIGHTS*. 2008. Franklin and Eleanor Roosevelt Institute (FERI). Disponível em: <https://fdrlibrary.org/documents/356632/390886/sears.pdf/c300e130-b6e6-4580-8bf1-07b72195b370>. Acesso em: 31 ago. 2021.

⁴² BRASIL, Portal. *Declaração Universal dos Direitos Humanos garante igualdade social*. 2014. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2009/11/declaracao-universal-dos-direitos-humanos-garante-igualdade-social>. Acesso em: 31 ago. 2021.

6 DA ANÁLISE DO PREFÁCIO

6.1 Relevância do prefácio para a determinação do objeto e propósito da DUDH

Apesar de não ter sido confeccionada como um tratado vinculante entre os Estados, a DUDH possui um papel fundamental que repercute em fontes primárias e vinculantes.

Já foi admitida por grandes autoridades jurídicas sua influência até mesmo na interpretação da Carta da ONU⁴³. Em fato, seu papel na consolidação do Costume Internacional, vinculante aos Estados, é bastante reconhecido, tanto porque serve de evidência de costumes que já existiam, como porque influenciou de maneira significativa na prática dos Estados que acabou gerando novos costumes⁴⁴. Somando-se a isso, a Corte Internacional de Justiça chegou a decidir utilizando a DUDH como fonte dos princípios gerais de Direito Internacional⁴⁵.

Tendo feita a devida ponderação acerca da relevância desse documento, segue-se a análise acerca de sua interpretação. Assim, deve-se apontar que, de acordo com o Costume internacional, tal como disposto no artigo 31, §1º, da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (VCLT), o hermeneuta do Direito Internacional deve proceder sua análise sob a luz do objeto e propósito do documento de que se está analisando⁴⁶. Neste sentido, o §2º deste mesmo artigo deixa claro que o preâmbulo é elemento essencial da atividade interpretativa⁴⁷.

⁴³ TANAKA, Kōtarō. *South West Africa*: Objeções preliminares. Opinião Separada. Corte Internacional de Justiça, 1962, p. 289- 293.

⁴⁴ AMMON, Fouad. *South West Africa*: Opinião consultiva. Opinião Separada. Corte Internacional de Justiça, 1962, p. 76.

⁴⁵ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (U.S. v. Iran)*. Julgamento. 1980. §91

⁴⁶ VIENNA Convention on the Law of Treaties. 22 maio 1969. Disponível em: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf. Acesso em: 31 ago. 2021. Art. 31, §1º.

⁴⁷ *Ibidem*, Art. 31, §2º

Sob este prisma, a Corte Internacional de Justiça se utilizou da interpretação do preâmbulo como método para aferição do objeto e propósito em diversas oportunidades. No caso *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco*, a Corte utilizou do preâmbulo da Convenção de Madrid para determinar seu objeto e propósito⁴⁸. Similar precedente pode ser visto no §56 de *Whaling in the Antarctic*, em que foi analisado o preâmbulo da Convenção Internacional para a Regulamentação da Pesca da Baleia para determinar que seu objeto e propósito era a conservação das baleias, permitindo sua exploração sustentável⁴⁹.

Em suma, a tarefa do hermeneuta que pretende inquirir sobre a DUDH não pode escusar uma detida análise de seu prefácio, de forma a elucidar seu objeto e propósito.

6.2 O prefácio como reflexo de seu contexto histórico

O prefácio da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU carrega em si uma condenação ao que chamou de atos de barbárie, que revoltam a consciência da humanidade. Trata-se uma referência clara aos desastres humanos que ocorreram durante o período das duas guerras mundiais. Tal como se reproduz, *ipsis literis*, abaixo:

Considerando que o desconhecimento e o desprezo dos direitos do Homem conduziram a atos de barbárie que revoltam a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os seres humanos sejam livres de falar e de crer, libertos do terror e da miséria, foi proclamado como a mais alta inspiração do Homem (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

⁴⁸ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. U.S.)*: Julgamento. 1952. P. 196

⁴⁹ CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Whaling In The Antarctic (Austlia v. Japan)*: Julgamento. 2014 . §56.

Com isso, cabe notar a ênfase da declaração em conceitos como dignidade da pessoa humana, direitos inalienáveis, liberdade de crença e expressão, tão desrespeitados pelos países totalitários que emergiram naquele período, tanto em sua faceta fascista, quanto em sua faceta nacional-socialista.

Também é possível notar um projeto de universalização dos direitos do homem, encorajando uma cooperação comum entre as nações para que se desenvolvessem relações amistosas entre elas, de forma que a tragédia da guerra não se repetisse.

Considerando que uma concepção comum destes direitos e liberdades é da mais alta importância para dar plena satisfação a tal compromisso: A Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como ideal comum a atingir por todos os povos e todas as nações, a fim de que todos os indivíduos e todos os órgãos da sociedade, tendo-a constantemente no espírito, se esforcem, pelo ensino e pela educação, por desenvolver o respeito desses direitos e liberdades e por promover, por medidas progressivas de ordem nacional e internacional, o seu reconhecimento e a sua aplicação universais e efetivos tanto entre as populações dos próprios Estados membros como entre as dos territórios colocados sob a sua jurisdição. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Neste diapasão, também há um convite para que os Estados trabalhem conjuntamente na direção da aplicação universal dos direitos constados na declaração, utilizando como meios o ensino e a educação, de forma que fosse reconhecida a sua aplicação universal e efetiva no mundo.

6.3 A promoção da dignidade da pessoa humana como caminho para a paz na DUDH

Em uma leitura reflexiva do documento, pode-se apontar que este consolida a dignidade e os direitos fundamentais como características intrínsecas a todos os seres humanos de maneira igual. Nessa direção, vale

ressaltar que, uma dignidade intrínseca não precisa de reconhecimento social para ser efetivada. Não é porque sociedade não entende uma pessoa como digna que ela assim não o é. Tal é o que pode ser lido:

Considerando que é essencial encorajar o desenvolvimento de relações amistosas entre as nações; Busca-se um consenso entre os Estados, de forma a manter a paz mundial. Considerando que, na Carta, os povos das Nações Unidas proclamam, de novo, a sua fé nos direitos fundamentais do Homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres e se declaram resolvidos a favorecer o progresso social e a instaurar melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Este “reconhecimento da dignidade” não é um título ao qual a pessoa é agraciada pelo direito positivo, mas sim uma proteção social que vem a resguardar um bem jurídico preexistente, através da garantia do bem-estar e de seus direitos inalienáveis. Na visão consolidada no texto, o efeito de seu reconhecimento pela sociedade é a fundamentação da liberdade, justiça e paz no mundo.

Neste sentido, é fácil concluir que essa dignidade sendo reconhecida pela sociedade vai servir de fundamento para a justiça, liberdade e paz, pois que a injustiça nada mais é que a desordem de uma situação intrinsecamente boa, sendo a proteção do bem intrínseco ao real nada mais que o zelo pela justiça, que, ao ser realizada, traz consigo a liberdade do homem e a sua concórdia com os seus iguais.

Neste diapasão, faz-se mister notar que, os atos de barbárie, particularmente na segunda guerra mundial, não se limitaram apenas aquilo que aconteceu no campo de batalha entre os beligerantes. Também é relevante atentar-se àqueles que ocorreram no âmbito interno dos países que disputaram a guerra. Ato estes que afligiram diversas liberdades e garantias, trazendo o horror para a vida de muitas pessoas.

Esses atos, ao contrário do que está presente no imaginário popular sobre o assunto, não se restringiram aos nazistas e fascistas, derrotados na guerra, mas também aos países que restaram vitoriosos.

Sob o comando do presidente Roosevelt, os Estados Unidos foram responsáveis por jogar mais de 127 mil pessoas em campos de concentração pelo simples fato de que descendiam de japoneses, inimigos nos campos de batalha⁵⁰. Também foi assim na União Soviética, onde ao menos 7 milhões de pessoas deram entrada nos campos de concentração e Gulags entre 1934 e 1941, além de mais de 680 mil execuções apenas nos anos de 1937-1938, entre outros alarmantes ataques aos direitos humanos, que atestavam a vigência de um verdadeiro estado de terror⁵¹.

Dito isso, é possível entender o porquê da declaração levar em seu texto a condenação ao horror e uma exaltação de um novo período de liberdade, afinal esse era o desejo daqueles que sentiram os efeitos de pô-la em risco.

Para tanto, o documento explicitamente faz uma defesa do Estado de Direito, que conjuga as gerações dos direitos humanos e uma postura positiva do Estado⁵². Tal como pode ser visto e fielmente se replica:

Considerando que é essencial a proteção dos direitos do Homem através de um regime de direito, para que o Homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

O Estado de Direito é a noção de que tanto o governo quanto os governados devem estar sujeitos e protegidos pela lei em seus elementos

⁵⁰ INDEPENDENCE HALL ASSOCIATION. *51e. Japanese-American Internment*. Disponível em: <http://www.ushistory.org/us/51e.asp>. Acesso em: 31 ago. 2021.

⁵¹ COURTOUIS, Stephane et al. *O Livro Negro da História do Comunismo: Crimes, terror e repressão*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999, p. 105.

⁵² SIQUEIRA, Alessandro Marques de. *Estado Democrático de Direito: Separação de poderes e súmula vinculante*. 2008. Artigo: JUS Navigandi. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12155/estado-democratico-de-direito>. Acesso em: 31 ago. 2021.

essenciais. A submissão à lei deve atingir a todas as pessoas. Essa lei deve ser promulgada e efetivada por um sistema de cortes e aplicadores da lei, por meio de um devido processo legal. Não se pode permitir a existência de privilégios legais. Neste sentido, nesse modelo de Estado, há uma ênfase no poder legislativo, que se deve conformar ao ordenamento jurídico como um todo⁵³.

Para o fim do prefácio, está destacado o ideal comum. A Assembleia Geral proclama a DUDH como uma espécie de guia ou parâmetro, pelo qual os países-membros devem concretizar os ideais comuns, pelos quais se busca sintetizar o objetivo principal: a manutenção da paz.

7 CONCLUSÕES

Sob o escrutínio de um método hermenêutico que pretende enxergar as regras jurídicas não através de seu caráter genérico e abstrato, mas em sua concreitude, foi possível enxergar um conjunto de elementos que se desenvolveram até a consolidação da DUDH.

Neste sentido, a pesquisa investigou o trágico início do século XX para precisar as intenções dos redatores da Declaração. Assim, é nítido que estes apenas reproduziram o que já pairava sobre o prisma da comunidade internacional no pós-guerra, sendo a estrutura de significação de seus textos marcados pelo trauma.

O sofrimento das crises econômicas, a perseguição de religiões minoritárias e a ascensão do totalitarismo que a comunidade internacional negligenciou no entreguerras recebeu uma atenção especial. O mundo passou a enxergar que era condição essencial para a paz mundial que fosse dada uma especial atenção pela comunidade internacional à preservação dos direitos humanos nas realidades internas de cada país.

⁵³ SPALDING, Matthew. *Rule of Law: The Great Foundation of Our Constitution*. Disponível em: <http://www.theimaginativeconservative.org/2014/09/rule-of-law-great-western-constitutional-thinking.html>. Acesso em: 31 ago. 2021.

A DUDH é um documento de suma importância para a preservação dos direitos humanos. Pela primeira vez na história, estes foram contemplados por um documento de aceitação quase universal. Foi elaborada por líderes de todas as regiões do mundo, diversas culturas e ordenamentos jurídicos, que, conjuntamente, se declaravam unidos em torno de valores comuns.

Sob este prisma, a interpretação sob uma perspectiva histórica do prefácio desse documento revela de maneira explícita e profunda um entendimento de que os líderes das diversas nações precisam cooperar para promover uma consciência universal da importância do respeito aos direitos humanos.

A crença de que existe uma dignidade intrínseca a todos os seres humanos irradia sobre os diversos elementos do texto. A constatação das atrocidades que foram cometidas dentro e fora do campo de batalha iluminou a inteligência jurídica das nações no sentido de entender que há direitos que não precisam sequer de reconhecimento para existir.

Sob a perspectiva da DUDH os pilares de liberdade, justiça e paz são vistos como apenas possíveis se estiverem de acordo com a dignidade da pessoa humana. Por conseguinte, esse documento mostra-se como um parâmetro mínimo que pretende estimular os países a adotar medidas internas que promovam a manutenção da paz e firmar os direitos humanos, tornando efetivo o ideal comum.

REFERÊNCIAS

AMMON, Fouad. *South West Africa*: Opinião consultiva. Opinião Separada. Corte Internacional de Justiça, 1962.

ARISTÓTELES. *Metafísica, Ética a Nicômaco e Poética*. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

ARISTÓTELES. *The politics*. Disponível em:
http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/Aristotle_Politics_01.pdf.
Acesso em: 31 ago. 2021.

BLAYNEY, Geoffrey. *Uma Breve História do Século XX*. 2. ed. São Paulo: Fundamento, 2011.

BRASIL. *Declaração Universal dos Direitos Humanos garante igualdade social*. 2014. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2009/11/declaracao-universal-dos-direitos-humanos-garante-igualdade-social>. Acesso em: 31 ago. 2021.

CARVALHO, Olavo de. *Jardim das Aflições: De Epicuro a Ressureição de César: Ensaio Sobre a Religião Civil*. 2. ed. São Paulo: Topbooks, 1998.

COURTOUIS, Stephane et al. *O Livro Negro da História do Comunismo: Crimes, terror e repressão*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (U.S. v. Iran)*. Julgamento.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Rights of Nationals of the United States of America in Morocco (France v. U.S.)*: Julgamento. 1952.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. *Whaling In The Antarctic (Austlia v. Japan)*: Julgamento.

EXEMPLOS de Legislação Anti-Semita: 1933-1939. *Enciclopédia do Holocausto*. Disponível em:
<https://www.ushmm.org/wlc/ptbr/article.php?ModuleId=10007459>. Acesso em: 31 ago. 2021.

EVANS, Richard J. *O Terceiro Reich no Poder: O relato mais completo e fascinante do regime nazista entre 1933 e 1939*. São Paulo: Planeta, 2011.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 1980.

FRIEDMAN, Milton. *The Great Contraction*. Princeton: Princeton University Press, 2009.

FERGUSSON, Niall. *A Ascensão do Dinheiro: A história financeira do mundo*. São Paulo: Planeta, 2009.

HISTORY. *Adolf Hitler*: Biografia. Disponível em: <http://seuhistory.com/biografias/adolf-hitler>. Acesso em: 31 ago. 2021.

HOPPE, Hans Hermann. *A Ciência Econômica e o Método Austríaco*. São Paulo: Instituto Mises Brasil.

HUME, David. *Ensaio Sobre o Entendimento Humano*. Disponível em: <http://br.egroups.com/group/acropolis/>. Acesso em: 31 ago. 2021.

INDEPENDENCE HALL ASSOCIATION. *51e. Japanese-American Internment*. Disponível em: <http://www.ushistory.org/us/51e.asp>. Acesso em: 31 ago. 2021.

NYISZLY, Miklos. *Auschwitz: O testemunho de um médico*. Disponível em: <http://www.libertarianismo.org/livros/mnaotdum.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2021.

LOBACZEWSKI, Andrew. *Ponerologia: Psicopatas no poder*. São Paulo: Vide, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 31 ago. 2021.

PIO XI. *Mit Brennender Sorge*. Disponível em: MIT http://w2.vatican.va/content/pius-xi/en/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_14031937_mit-brennender-sorge.html. Acesso em: 31 ago. 2021.

RATZINGER, Josef. *Introdução ao Cristianismo*. São Paulo: Heder, 1970.

REES, Laurence. *O Carisma de Adolf Hitler: o homem que conduziu milhões ao abismo*. São Paulo: Leya, 2012.

ROTHBARD, Murray N. *A Grande Depressão Americana*. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2012.

SEARS, John F. (Org.). *Eleanor Roosevelt And The Universal Declaration Of Human Rights*. 2008. Franklin and Eleanor Roosevelt Institute (FERI). Disponível em: <https://fdrlibrary.org/documents/356632/390886/sears.pdf/c300e130-b6e6-4580-8bf1-07b72195b370>. Acesso em: 31 ago. 2021.

SIQUEIRA, Alessandro Marques de. Estado Democrático de Direito: Separação de poderes e súmula vinculante. 2008. Artigo: *JUS Navigandi*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12155/estado-democratico-de-direito>. Acesso em: 31 ago. 2021.

SPALDING, Matthew. *Rule of Law: The Great Foundation of Our Constitution*. Disponível em: <http://www.theimaginativeconservative.org/2014/09/rule-of-law-great-western-constitutional-thinking.html>. Acesso em: 31 ago. 2021.

TANAKA, Kōtarō. *South West Africa: Objeções preliminares. Opinião Separada*. Corte Internacional de Justiça, 1962.

THOMAS, Gordon. *Os Judeus do Papa*. São Paulo: Geração Editorial, 2013

VIENNA Convention on the Law of Treaties. 22 maio 1969. Disponível em: https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf. Acesso em: 31 ago. 2021.

YOUTH FORUM FOR HUMAN RIGHTS. *A Declaração Universal dos Direitos do Homem*. Disponível em: <http://br.youthforhumanrights.org/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/introduction.html>. Acesso em: 31 ago. 2021.

Refúgio: uma questão de humanidade

Maria Angélica Azevedo de Oliveira
Técnica Judiciária da Justiça Federal em Pernambuco.

Data de recebimento: 15/09/2021

Data de aceitação: 15/09/2021

RESUMO: Os fluxos migratórios em massa causados pelo desrespeito a direitos humanos fundamentais estão hoje na pauta do debate político internacional. O refúgio é o instituto jurídico internacional vocacionado à proteção das vítimas de perseguição generalizada, por motivos religiosos, raciais e étnicos, de nacionalidade, de grupo social e de opiniões políticas. Busca-se, com o presente artigo, lançar luz sobre o tema, apresentando um breve histórico da evolução das normas internacionais relacionadas ao refúgio, assim como sua dinâmica no Brasil e em outros países, na última década. Reforça-se a necessidade de adoção de medidas eficazes e duradouras, bem como a obrigatoriedade do entendimento e da ajuda mútua entre os entes soberanos, sem os quais o enfrentamento da atual crise humanitária dos refugiados não será possível.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Internacional dos Direitos Humanos. Direito Internacional dos Refugiados. Deslocamentos Humanos Forçados. Graves violações a Direitos Humanos. Refúgio. Cooperação internacional.

ENGLISH

TITLE: Refuge: a Matter of Humanity.

ABSTRACT: Mass migration flows resulting from disrespect of fundamental human rights are today on the front burner of international political debate. Refugee protection is the international legal institute designed to protect victims of generalized persecution for religious, racial, and ethnic reasons, nationality, social group, and political opinions. This article aims to shed light on this issue, presenting a brief history of the evolution of international refugee legislation, as well as the dynamics of

refugee acceptance in Brazil and elsewhere in the last decade. The need to adopt effective and lasting measures is underscored, as well as the need of understanding and cooperation among sovereign entities, without which it will not be possible to address the current refugee crisis.

KEYWORDS: International Human Rights Law. International Refugee Law. Forced Human Displacement. Gross Human Rights Violations. Refugees. International Cooperation.

SUMÁRIO

1 – Introdução 2 – Sistema de proteção dos direitos humanos 3 – Breve histórico e panorama normativo 4 – Refúgio como direito humano 5 – Os refugiados e o Brasil 6 – Cooperação internacional e possíveis soluções 7 – Conclusões.

1 INTRODUÇÃO

A escrita do atual artigo foi suscitada pelo preocupante acontecimento, veiculado amplamente pela imprensa internacional, da retomada do poder político no Afeganistão pelo grupo extremista Talibã, depois de décadas de conflito. Esse fato tem grande potencial de intensificar a crise mundial de refugiados, cuja gravidade, não só na Ásia, mas também na África e América e Latina, é reconhecida pela comunidade internacional, especialmente em relação a mulheres, crianças e minorias étnicas. Este artigo pretende trazer o assunto a lume, como forma de difundir o importante instituto do refúgio, oferecendo ainda um panorama atual sobre o tratamento do tema no Brasil.

2 SISTEMA DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Em que pese o dissenso na doutrina quanto à unidade do sistema protetivo dos direitos humanos, pode-se afirmar que o Direito Internacional dos Refugiados (DIR), o Direito Internacional Humanitário (DIH) e o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), juntos, formam a tríade de proteção da pessoa humana no âmbito do Direito Internacional Público.

Tradicionalmente, estabelece-se que o DIDH possui espectro geral de aplicação, incumbindo-lhe a proteção do ser humano nas mais diversas e abrangentes situações, em todo tempo e lugar. Os outros dois braços do Direito Internacional atuam em situações bem delineadas: o DIH no contexto de conflitos armados (internacionais e não internacionais); o DIR na proteção de pessoas em situação de deslocamento forçado, vítimas de violência e de perseguição no seu estado de origem.

Por outro lado, André de Carvalho Ramos sustenta que o DIDH se subdivide em DIR e DIH (2017, p.159):

Com base nesse vetor de interação e não segregação, o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) é, sem dúvida, o mais abrangente, atuando o Direito Internacional Humanitário (DIH) e o Direito Internacional dos Refugiados (DIR) em áreas específicas. Defendo, inclusive, que o Direito Internacional dos Direitos Humanos é um único ramo com vertentes (refugiados e humanitário) para esses temas específicos.

Embora de importância doutrinária, essa distinção parece, no entanto, ser pouco relevante na prática, já que todos os ramos prestam-se a efetivar a proteção dos direitos humanos. Como afirma Liliana Jubilut (2007, p. 58):

[...] em essência, o objetivo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, do Direito Internacional dos Refugiados e do Direito Internacional Humanitário é o mesmo: a proteção do ser humano em seus aspectos mais fundamentais e vulneráveis e do modo mais efetivo possível.

Na realidade, as referidas vertentes de proteção estão interconectadas no escopo central de salvar o ser humano, não podendo ser analisadas de forma estanque e compartimentalizada. A relação entre elas é de convergência, de complementaridade e de influência recíproca (RAMOS, 2017, p.160). A convergência advém do objetivo comum de proteger o ser humano, garantindo-lhe existência com dignidade. A complementaridade decorre do fato de formarem sistema normativo coeso, sendo o DIDH utilizado para suprir eventuais deficiências dos demais ramos. Por fim, a influência recíproca à medida que o refúgio está plasmado no direito humano, garantido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (ASSEMBLEIA, 1948), de buscar, em países outros, proteção contra perseguições e graves violações dos direitos, muitas vezes, num contexto de desrespeito às normas do Direito Humanitário.

3 BREVE HISTÓRICO E PANORAMA NORMATIVO

Nas idades média e moderna, os movimentos migratórios eram provocados predominantemente por questões religiosas, a exemplo da Inquisição da Igreja Católica e da perseguição aos Huguenotes na França, além do perene tormento dos Judeus. Os migrantes costumavam não encontrar barreiras fronteiriças, dada a incipiência de leis sobre o assunto. Com o surgimento dos estados nacionais no século XIX, a situação mudou, passando a ser necessária a autorização do ente soberano para o trânsito de estrangeiros.

No início do século XX, a primeira guerra mundial (1914-1918) foi responsável pelo êxodo de franceses, italianos, belgas, romenos, russos, enquanto os otomanos realizavam o “genocídio armênio” (1915-1923), deixando, segundo estimativas conservadoras, mais de um milhão de mortos e centenas de milhares de refugiados (GENOCÍDIO, 2021). Foi no contexto dessas tragédias que o Direito Internacional dos Refugiados, braço mais

jovem do sistema de proteção dos direitos humanos, teve plantada sua semente.

O desenvolvimento e a internacionalização do Direito Internacional dos Refugiados intensificaram-se verdadeiramente após a segunda grande guerra (1939-1945), à vista da necessidade de amparar milhões de pessoas deslocadas de suas terras. Nesse cenário, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a fim de criar uma carta de intenções para vindouro pacto que vinculasse a comunidade internacional em suas obrigações. Todavia, a falta de consenso entre os Estados Partes, no contexto da Guerra Fria, postergou a elaboração do pretendido tratado. Tal acordo veio a ser estabelecido em 1966, com a adoção do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP) e do Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais (PIDESC) – os quais, somados aos seus Protocolos Adicionais e à Declaração Universal dos Direitos Humanos, formam a Carta Internacional de Direitos Humanos, compondo o sistema global (universal ou onusiano) de proteção dos direitos humanos (RAMOS, 2017, p. 162).

Ademais, a Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, concluída em 1951, e o Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados, adotado em 1967, estabeleceram o conceito de refugiado, seus direitos e deveres, além das obrigações das Partes Contratantes. Embora criticada por restringir o instituto do refúgio ao território europeu e a fatos ocorridos antes de sua vigência, a Convenção de 1951 inaugurou o sistema específico de proteção, constituindo, junto ao respectivo Protocolo, o coração normativo do Direito Internacional dos Refugiados.

Noutro giro, destaca-se a Convenção da Organização de Unidade Africana de 1969 (CONVENÇÃO, 1969), que rege as particularidades do refúgio no âmbito do sistema africano de proteção dos direitos humanos. No continente assolado por guerras de libertação nacional e conflitos internos pelo poder político, a Convenção representa valioso marco normativo

regional ao adotar o conceito extenso de refugiado e o princípio do *non-refoulement*.

Na América Latina, a Declaração de Cartagena sobre Refugiados, em 1984 (CARTAGENA, 1984) também balizou a evolução do tema ao admitir violações maciças de direitos humanos como fundamento para a concessão do refúgio, recomendando que:

[...] além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, considere também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública.

Acrescenta-se, ainda, no âmbito do sistema interamericano de proteção, a Declaração de San José sobre Refugiados e Pessoas Deslocadas, de 1994, além do Plano de Ação do México, de 2004, na busca de salvaguardar os direitos fundamentais da população migrante.

Em razão do aumento caótico dos fluxos migratórios e do impacto global deste fenômeno, foi adotada, em 2016, a Declaração de Nova York sobre Refugiados e Migrantes, no âmbito do sistema onusiano. Objetivou-se estabelecer diretrizes mínimas a serem observadas pelos Estados Partes na interpretação dos tratados relativos ao tema. Apesar de despida de força vinculante (*soft law*), a Declaração pretendeu traçar orientações gerais quanto à moderna e emergente política internacional sobre refugiados e migrantes.

A Declaração de Nova York deu origem a dois novos acordos internacionais: o Pacto Global para Migração Segura, Ordenada e Regular, e o Pacto Global para Refugiados – ambos assinados em dezembro de 2018. Buscou-se, assim, colmatar as lacunas existentes no ordenamento convencional vigente, com o fomento da cooperação internacional em larga escala, detalhando responsabilidades e encargos dos Estados, no enfrentamento da migração em massa.

Percebe-se, assim, que o refúgio como direito inerente à pessoa humana evoluiu paulatinamente a partir do reconhecimento do dever de solidariedade entre os povos. Apesar disso, sua efetivação não é tarefa simples e envolve esforços multissetoriais, razão pela qual ainda hoje se buscam maneiras de concretizá-lo.

4 REFÚGIO COMO DIREITO HUMANO

Antes de explorar os conceitos de refúgio, é importante introduzir a noção de asilo – instituto similar, porém mais antigo e menos abrangente que o primeiro. Segundo Jubilit (2007, p. 37), o asilo possui origens remotas:

O instituto do asilo tem a sua origem na Antiguidade clássica, mais precisamente na civilização grega, em que era frequentemente utilizado e do qual provém a sua denominação (a - não e sylao - arrebatar, extrair; ou seja, a não-expulsão). Refere-se a um sítio ou local, geralmente religioso, inviolável.

O direito ao asilo está disciplinado no artigo 14.1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: “Todo ser humano, vítima de perseguição, tem o direito de procurar e de gozar asilo em outros países”. Em breves linhas, pode-se defini-lo como a proteção, conferida por um Estado Soberano, a um indivíduo vítima de perseguição vivenciada em outro país.

O refúgio, por sua vez, foi previsto na Convenção de 1951 para Refugiados que, de forma restritiva, reconhecia a condição de refugiado somente às pessoas circunscritas à região da Europa e aos fatos anteriores a 1º de janeiro de 1951. Essa limitação foi corrigida com o Protocolo Adicional de 1967, o qual abandonou as restrições geográficas e temporais, ampliando significativamente a abrangência do instituto.

Assim, nos termos da Convenção de 1951 e do respectivo Protocolo, refugiada é a pessoa que deixa o seu país de origem ou de residência, em virtude de perseguição ou fundado temor de perseguição, por motivos de

raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas e que não pode ou não quer voltar a tal país em razão dessa perseguição ou temor.

Percebe-se, dessa forma, que refúgio e asilo guardam certa similitude, porquanto constituem instrumentos de proteção ao ser humano vítima da perseguição e da intolerância. Entretanto, parte dos internacionalistas, especialmente os latinoamericanos, enxerga características próprias num e noutra, conforme esclarece Liliana Jubilit (2007, p. 37):

[...] para alguns estudiosos do tema não há distinção entre asilo e refúgio, devendo-se sempre falar em asilo. Tal posicionamento é o encontrado na maioria dos Estados, em especial nos de cultura anglo-saxã, com exceção dos da América Latina, que mantêm a tradição da concessão do asilo combinada com o instituto mais moderno do refúgio, diferenciando, portanto, as duas práticas.

No Brasil, é evidente a distinção entre refúgio e asilo. Primeiro, a Constituição Federal de 1988 estabelece que a concessão de asilo político é princípio regente das relações internacionais da República (art. 4º, X), não fazendo menção explícita ao refúgio. Depois, a legislação interna bem diferencia essas categorias, como será visto a seguir.

A concessão de asilo político – gênero do qual são espécies o diplomático e o territorial – é uma decisão discricionária ligada à soberania estatal. Conforme o art. 27, caput, da Lei 13.445/2017: “O asilo político, que constitui ato discricionário do Estado, poderá ser diplomático ou territorial e será outorgado como instrumento de proteção à pessoa” (BRASIL, 2017).

Em palavras simples, o asilo caracteriza-se como instituto de caráter político-jurídico, geralmente empregado em situações de perseguição individualizada por crimes políticos. A proteção pode ser efetivada no território do país estrangeiro (asilo territorial) ou na embaixada do país de destino (asilo diplomático), constituindo sempre ato soberano do Estado, cuja decisão, de caráter político e efeitos constitutivos, não se sujeita a controle internacional (BRASIL, 2016).

O refúgio é, por sua vez, instituto jurídico internacional normalmente aplicado em casos de necessidade de proteção a grande número de pessoas, cuja perseguição possui aspecto generalizado, podendo estar fundada em motivos religiosos, raciais e étnicos, de nacionalidade, de grupo social e de opiniões políticas. O temor de perseguição é suficiente para o reconhecimento da condição de refugiado, cuja decisão possui efeito meramente declaratório, configurando-se como instituto universal de índole humanitária e caráter apolítico (BRASIL, 2016).

No Brasil, o tema é regido pela Lei 9.474, de 22 de julho de 1997 (BRASIL, 1997), que definiu mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, reconhecendo a grave e generalizada violação de direitos humanos como motivo justificante do reconhecimento da condição de refugiado.

Destaca-se, ainda, o princípio do *non-refoulement*, também chamado de não retorno ou não devolução, sobre o qual bem esclarece Liliana Jubilut (2007, p. 17):

O conceito do *non-refoulement* (ou não devolução), base de todo o direito de refugiados, significa simplesmente que o indivíduo perseguido não pode ser devolvido. Ao contrário, dá-se a essa pessoa proteção, acolhida, uma nova casa, um novo país, uma nova oportunidade de viver.

A cláusula de proibição do retorno, expressa no art. 33 da Convenção de 1951 e art. 37 da Lei 9.474/97 (CONVENÇÃO, 1951), assegura que a pessoa não será devolvida ao país de procedência, quando houver suspeita de que ali sofrerá perseguição ou graves violações de direitos humanos. Por ser norma de observância obrigatória (*jus cogens*) da comunidade internacional, constitui importante instrumento na garantia da dignidade da pessoa humana.

Por fim, cabe adicionar que o refúgio possui diretrizes globais definidas, as quais são fiscalizadas pelo Alto Comissariado das Nações

Unidas para os Refugiados (ACNUR), agência onusiana incumbida da proteção dos refugiados em âmbito global.

5 OS REFUGIADOS E O BRASIL

O Brasil é um país reconhecido internacionalmente por sua tradição acolhedora. Primeiro país da América Latina a tomar parte na Convenção de 1951 sobre refugiados (e respectivo protocolo adicional), o Brasil elaborou sua legislação inspirado pelo espírito da Declaração de Cartagena (1984).

A Lei 9.474/1997 (BRASIL, 1997) definiu o refugiado como aquele que: (a) tenha fundado temor de perseguição por questões de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas e, estando fora de seu país de origem, não possa ou não queira acolher-se à proteção desse país; (b) sendo apátrida e estando fora do país onde antes residia, não possa ou não queira a ele regressar, pelos motivos acima descritos; (c) é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país em virtude de grave e generalizada violação de direitos humanos.

A referida lei criou, ainda, o Comitê Nacional para Refugiados (CONARE), órgão deliberativo do qual participam o Poder Público, organizações da sociedade civil e o ACNUR. Como exemplos de atribuição, cabe ao CONARE analisar e processar os requerimentos de refúgio, declarar a condição de refugiado em primeira instância, bem como orientar e coordenar as ações necessárias à sua efetiva proteção.

A legislação regente detalhou a condição jurídica dos refugiados, seus direitos e deveres, bem como o regramento do processo decisório e respectivo recurso, além de mencionar expressamente as medidas de repatriação, integração local e reassentamento. Aplica-se também a Lei de Migrações ao refúgio concedido no país, sendo que suas disposições gerais não afastam os instrumentos legais e convencionais específicos sobre a matéria.

O panorama do refúgio no Brasil apresentou transformações significativas na última década (2011–2020), segundo a 6ª edição do relatório Refúgio em Números, elaborado pelo Observatório das Migrações Internacionais (OBMigra). A pesquisa apontou que foram recebidas 265.729 solicitações nesse período, das quais foi reconhecida a condição de refugiado a 53.835 pessoas (SILVA, 2021).

O Brasil demonstra, desse modo, seu protagonismo como lugar de trânsito e de destino de refugiados na região latino-americana, especialmente daqueles originários da Venezuela, Haiti e Cuba. Os venezuelanos foram recordistas em requerimento e concessão de refúgio, em virtude da crise político-econômica vivida naquele país. Por razões geográficas, a entrada no Brasil ocorreu principalmente pelos estados do Amazonas e Roraima, o que revelou a importância da região Norte na dinâmica do refúgio no Brasil (SILVA, 2021, pp. 36 e 43). Sírios e congoleses representaram 8,7% do total de refugiados que tiveram a condição reconhecida na série histórica, enquanto cidadãos venezuelanos compuseram 86,2% (SILVA, 2021, p. 44). Mesmo no contexto da pandemia da COVID-19, o país continuou sua política de acolhimento, reconhecendo a condição de refugiado a 26.577 pessoas em 2020 (SILVA, 2021, p. 42).

6 COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E POSSÍVEIS SOLUÇÕES

Na década 2011-2020, adversidades de ordem política, financeira, climática, étnica e humanitária fizeram-nos assistir a um aumento exponencial do número de deslocamentos humanos em massa. Esta, que foi a maior onda migratória desde a segunda guerra mundial, iniciou-se com a guerra civil na Síria (2011), no contexto da Primavera Árabe, quando milhões de pessoas vítimas de violência e perseguição foram obrigadas a deixar suas casas. Desde então, os fluxos migratórios desordenados estão na ordem do dia do debate internacional.

Essa situação foi excepcionalmente agravada pela pandemia da COVID-19, que atingiu refugiados e migrantes de forma ainda mais trágica. O fechamento de fronteiras nacionais, na tentativa de frear o alastramento do novo coronavírus, acabou por atingir essas pessoas em múltiplos espectros: saúde, socioeconômico, cultural e protetivo. Nas palavras do secretário-geral das Nações Unidas, António Guterres, refugiados e migrantes “enfrentam três crises de uma só vez” (REFUGIADOS, 2020).

Estima-se existirem cerca de 82 milhões de pessoas involuntariamente deslocadas de suas residências, dentre elas mais de 26 milhões de refugiados, segundo dados do relatório Tendências Globais do ACNUR publicado em 18 de junho de 2021 (ACNUR, 2021).

Tal problema grave e generalizado demanda respostas eficazes, aptas a garantir às pessoas em situação de extrema vulnerabilidade a reestruturação de suas vidas. Nesse particular, a Lei 9.474/1997 (BRASIL, 1997) aponta o reassentamento, a repatriação voluntária e a integração local como exemplo de medidas capazes de propiciar soluções duradouras.

Em linhas gerais, o reassentamento compreende a transferência do indivíduo para um terceiro Estado, diferente daqueles de acolhida ou de origem, que o receba definitivamente ou enquanto durar a condição de refugiado. Já a repatriação voluntária é o retorno do indivíduo ao país de origem por sua escolha livre e informada. Quando, porém, é impossível o retorno voluntário, a integração local no país acolhedor torna-se um caminho para reconstrução de uma nova vida com paz e dignidade.

Pode-se apontar, ainda, como mecanismo eficaz para o problema dos fluxos migratórios em massa, a atuação preventiva na proteção dos direitos humanos. O raciocínio é simples: se a grave violação de direitos humanos é uma das maiores causas dos deslocamentos, atuar na fonte do problema, efetivando esses direitos no âmbito interno dos Estados, acabaria por minar o principal motivo de evasão forçada. Nesse cenário, desponta a urgente necessidade de articulação e cooperação entre os Estados Soberanos, sem a

qual se torna impossível minimizar os impactos negativos causados pelo fluxo migratório forçado.

Na tentativa de articular ações conjuntas, a ONU estabeleceu a Declaração de Nova York sobre Refugiados e Migrantes (2016), a qual se desdobrou em dois novos tratados internacionais em 2018: o Pacto Global para Migração Segura, Ordenada e Regular e o Pacto Global para Refugiados. Inicialmente, o Brasil assinou os aludidos pactos, mas em 2019, noticiou sua retirada por considerá-los inadequados no enfrentamento do problema migratório (FELLETT, 2019).

Destaque-se que acolher refugiados constitui obrigação cogente dos Estados no âmbito internacional. De fato, as migrações em massa são um problema global, cujo enfrentamento requer, portanto, entendimento e auxílio mútuo entre as nações. Reconhece-se que migração desordenada pode implicar colapso político-econômico-social nos países receptores, especialmente os mais pobres, os quais não possuem estrutura para absorver o ingresso de tantas pessoas de uma só vez. As ações conjuntas são, desse modo, muito mais eficazes na garantia da efetiva proteção do migrante sem sobrecarregar os territórios de trânsito ou de destino.

7 CONCLUSÕES

Os movimentos migratórios são um fenômeno ancestral, cujas primeiras menções na História foram feitas em livros sagrados. Porém, a evolução do Direito Internacional dos Refugiados deu-se gradualmente e de forma tardia, passando a compor o sistema internacional de proteção da pessoa humana a partir do início do século XX. No contexto do flagelo deixado pela segunda guerra mundial, o refúgio como direito do ser humano e obrigação do Estado foi disciplinado na Convenção relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951, e pelo seu Protocolo Adicional, de 1967. Com o tempo, esse conceito foi ampliado, à medida que documentos regionais de proteção, por exemplo a Declaração de Cartagena, de 1984, adotaram o deslocamento

forçado por violação generalizada de direitos humanos na definição de refugiado.

Atualmente, o refúgio possui diretrizes globais claramente definidas, as quais são monitoradas em âmbito global pela agência onusiana ACNUR. O refúgio é, portanto, um instrumento – de índole humanitária e caráter apolítico – à disposição das vítimas de violações graves e generalizadas de direitos humanos ou de perseguições, cuja decisão concessiva possui efeito meramente declaratório. O princípio do *non-refoulement* é a pedra de toque desse instituto jurídico internacional.

O Brasil é reconhecido por ser um país protetor. Tendo aderido à Convenção de 1951 e a seu Protocolo, regulamentou a matéria por meio de lei, além de estabelecer o estatuto jurídico dos refugiados; criou o Comitê Nacional para Refugiados, órgão deliberativo responsável pelo processamento das solicitações de refúgio, entre outras atribuições igualmente relevantes. Na última década, o Brasil assumiu papel de destaque na América Latina como lugar de trânsito e destino de refugiados, sendo observadas importantes mudanças na dinâmica do refúgio no país. Mesmo diante das adversidades provocadas pela crise sanitária do novo coronavírus, o Brasil manteve firme o seu compromisso humanitário.

O aumento dos fluxos humanos forçados – estes causados por conflitos armados, escassez de recursos e desastres ambientais, que atingiram seu ápice na última década – foi reconhecido pelas agências internacionais como a maior crise migratória desde o holocausto da segunda guerra mundial. O ACNUR estima que, das 82 milhões de pessoas deslocadas forçadamente, mais de 26 milhões são refugiadas.

A solução para tamanho problema passa, necessariamente, pela cooperação internacional em larga escala, sendo certo que a proteção dos refugiados constitui obrigação cogente dos Estados. Para serem efetivas, as nações devem estar orquestradas em atitudes conjuntas envolvendo os múltiplos aspectos que permeiam a luta dos refugiados e a reconstrução de suas vidas fora de seu país natal.

O reassentamento, a repatriação voluntária e a integração local são apontados como soluções duradouras. A prevenção contra violações de direitos fundamentais também aparece como uma alternativa na contenção dos fluxos migratórios em massa, minimizando a principal razão das diásporas modernas.

Conclui-se, assim, que as migrações desordenadas são uma questão humanitária grave e generalizada, cujo enfrentamento demanda cooperação entre as nações, sob pena de acarretar ônus desproporcional aos Estados receptores. Como escreveu Zygmunt Bauman (2017, p. 24): “A humanidade está em crise – e não existe outra saída para ela senão a solidariedade dos seres humanos”.

REFERÊNCIAS

ACNUR, Dados sobre refúgio. *Relatório Tendências Globais*, 2020. ACNUR Brasil, 2021. Disponível em <https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/>. Acesso em: 2 set. 2021.

ASSEMBLEIA Geral das Nações Unidas, *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-niversal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 2 set. 2021.

BAUMAN, Zygmunt. *Estranhos à nossa porta*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor Ltda, 2017.

BRASIL. *Lei 9.474, de 22 de Julho de 1997*. Define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19474.htm. Acesso em: 5 set. 2021.

_____. *Lei 13.445, de 24 de maio de 2017*. Institui a Lei de Migração. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113445.htm. Acesso em: 13 set. 2021.

_____. *Entenda as diferenças entre refúgio e asilo*. Ministério da Justiça e da Segurança Pública, Governo Federal. 2016. Disponível em: <https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/entenda-as-diferencas-entre-refugio-e-asilo>. Acesso em: 20 ago. 2021.

CONVENÇÃO de Organização de Unidade Africana. Addis Ababa, Etiópia. 10 de setembro de 1969. Disponível em: https://www.fafich.ufmg.br/~luarnaut/convencao_oua.pdf. Acesso em: 2 set. 2021.

CONVENÇÃO Relativa ao Estatuto dos Refugiados. Conferência das Nações Unidas de Plenipotenciários sobre o Estatuto dos Refugiados e Apátridas. Genebra. 28 de julho de 1951. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugueses/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 1 set. 2021.

DECLARAÇÃO de Cartagena. Cartagena das Índias, Colômbia. Entre 19 e 22 de novembro de 1984. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugueses/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf. Acesso em: 4 set. 2021.

FELLET, João. *Em comunicado a diplomatas, governo Bolsonaro confirma saída de pacto de migração da ONU*. BBC News Brasil, São Paulo, 8 de janeiro de 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-46802258>. Acesso em: 30 ago. 2021.

GENOCÍDIO Armênio. In: *Wikipédia: a enciclopédia livre*. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Genoc%C3%ADio_arm%C3%AAnio#Perdas_humanas. Acesso em: 14 set. 2021.

JUBILUT, Liliana Lyra. *O Direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: Método, 2007.

PROTOCOLO de 1967 Relativo ao Estatuto dos Refugiados. Nova Iorque. 31 de janeiro de 1967. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugueses/BDL/Protocolo_de_1967_Relativo_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 2 set. 2021.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*, 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

REFUGIADOS e migrantes enfrentam ‘três crises de uma só vez’, alerta secretário-geral da ONU. ACNUR Brasil, 2020. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2020/06/03/refugiados-e-migrantes-enfrentam-tres-criises-de-uma-so-vez-alerta-secretario-geral-da-onu/>. Acesso em: 28 ago. 2021.

SILVA, G. J; CAVALCANTI, L; OLIVEIRA, T; COSTA, L. F. L; MACEDO, M. *Refúgio em Números*, 6. ed. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança Pública/Comitê Nacional para os Refugiados. Brasília, DF: OBMigra, 2021.

ADPF 635. Entrelaçamento do Direito Internacional dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário na repressão às gangues de 3ª geração com domínio territorial no Rio de Janeiro

Carlos Frederico de Oliveira Pereira
Subprocurador-Geral de Justiça Militar.

Data de recebimento: 11/10/2021
Data de aceitação: 11/10/2021

Colocação do Problema:

Em 4/12/2019, o PSB (Partido Socialista Brasileiro) propôs no STF (Supremo Tribunal Federal) a Ação Declaratória de Preceito Fundamental de n. 635, a fim de que fossem reconhecidas e sanadas o que entende serem graves lesões a preceitos fundamentais da Constituição praticadas pelo Estado do Rio de Janeiro na elaboração e implementação de sua política de segurança pública, no que se refere à letalidade da atuação policial, principalmente nas favelas, objetivando várias medidas a fim de reduzir o número de mortos nessas operações policiais. Afirma que a polícia do Rio de Janeiro, quando realiza essas operações, impede o socorro dos feridos, invade ilegalmente domicílios, pratica crimes patrimoniais, execuções extrajudiciais, dentre outras violações. A ADPF sustenta haver nessas operações violações à dignidade da pessoa humana, de modo que deve haver direito à igualdade e à prioridade na garantia de direitos fundamentais a crianças e adolescentes, população negra e jovens. Refere-se às chamadas "balas perdidas", situações em que civis, que não participam das hostilidades, acabam sendo atingidos, e

entende que devem ser tomadas medidas como a vedação do uso de helicópteros como plataformas de tiro ou instrumentos de terror, elaboração de relatórios policiais, proibição de mandados de busca e apreensão coletivos, dentre outras medidas, que, uma vez adotadas, tendem a alcançar o objetivo de diminuição da letalidade, segundo sustentam. Também se refere a métodos de combate com utilização de carros blindados e helicópteros, que seguiriam a lógica da guerra.

Resumidamente, a ação objetiva, primordialmente, garantir uma maior proteção da população civil nos locais onde existem confrontos armados de grande intensidade entre criminosos e policiais. Embora não se refira expressamente, esses tiroteios acontecem em áreas dominadas pelo crime organizado com domínio territorial, ou seja, narcotráfico e milícia, fortemente armados com armas de guerra, cujos confrontos com os policiais superam em muito a intensidade do que se observa nos demais bairros do Rio de Janeiro e em outros lugares do país. Um outro detalhe importante que não consta da ação é que os confrontos armados nesses locais acontecem também entre os próprios criminosos, pois, não raro, um grupo tenta tomar o ponto de venda de drogas do outro. Nesse caso, são confrontos com intensidade igual ou pior do que os observados entre policiais e o crime organizado.

A PGR (Procuradoria-Geral da República) opinou pelo indeferimento de quase todos os pedidos, à exceção do que se refere à utilização de helicópteros e à inconstitucionalidade do Decreto Estadual n. 46.775/2019, que trata de remuneração de policiais.

Sem dúvida que medidas tendentes à maior fiscalização sobre a atuação da polícia, como também objetivando a diminuição da letalidade em operações para aplicação da lei penal, sempre são bem-vindas. Chamam a atenção, contudo, algumas medidas tomadas nesta ação, como a proibição ao uso de helicópteros, as limitações impostas às operações durante a pandemia e a quebra do sigilo das operações.

Essas medidas judiciais foram tomadas dentro do contexto de enfrentamento a perigosas gangues territoriais, as chamadas Gangues de

Terceira Geração. Objetiva-se aqui analisar a natureza dos enfrentamentos armados nesses locais dominados pelo crime organizado e as possíveis consequências positivas e negativas das decisões sobre regulamentação do uso da força pela polícia até agora tomadas neste processo.

O que são gangues de terceira geração:

Muito resumidamente, podemos assim classificar as gangues: (1) Gangues de primeira geração – gangues tradicionais de rua, do cotidiano da criminalidade, com orientação territorial, porque o crime quando inicia a sua organização tende a dominar territórios espaciais; (2) Gangues de segunda geração – engajadas em negócios, são empreendedoras e centradas nas drogas, mas podem também se dedicar a outras atividades, acrescentamos, como o tráfico de armas; e (3) Gangues de terceira Geração, que, por terem aprofundado seu nível de organização, operam até internacionalmente. A sua atuação envolve objetivos políticos, pois tendem a substituir o Estado nos locais dominados e defendem a zona territorial de influência à maneira de grupos políticos insurgentes¹.

É quando se constituem as gangues de terceira geração que aparece a *insurgência criminal*, à maneira da *insurgência política*.² Na essência, na repressão a esses grupos tem-se combate próprio de guerrilha urbana e com emprego de terrorismo. Nesta fase, os confrontos podem assumir características de conflito armado não internacional, tal como acontece hoje na cidade do Rio de Janeiro, em nossa opinião. Já se fala também em conflitos de *zona cinzenta*, que parece ser a forma como o STF está entendendo o problema, para cuja situação não existe ainda um regramento internacional, pior ainda no âmbito interno, que se situe entre as regras de uso

¹ Cfr Sullivan, John P. ; Bunker, Robert J. https://scholarship.claremont.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1137&context=cgu_fac_pub.

² Sullivan, John. Cfr: <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00694083/document>.

progressivo da força na aplicação da lei penal, que orientaram a decisão da Suprema Corte, e a do direito internacional dos conflitos armado. No entanto, no nosso entendimento, através de tratamento legal, os limites ao uso da força do direito de guerra podem ser utilizados para a atividade policial, seja nos confrontos corriqueiros ou em situação de zona cinzenta³.

O enfrentamento às gangues territoriais demanda regras próprias. Colocar no mesmo nível operações de aplicação da lei penal em Copacabana e no Jacarezinho é um erro de interpretação que pode conduzir a sérias consequências sociais, principalmente considerando que os tratados que regulam o uso da força nas atividades policiais são insuficientes para conferir adequada proteção à população civil nos locais dominados.

Alcance e objeto das decisões cautelares tomadas na ADPF 635. A regulamentação do uso progressivo da força contra o crime organizado com domínio territorial no Rio de Janeiro.

A matéria foi a julgamento em 27/4/2020, porém não foi finalizado diante do pedido de vista do Min. Alexandre de Moraes. Em 5/6/2020, *ad referendum* do Tribunal, o Ministro Edson Fachin, relator do processo, manteve o voto do que seria decidido em 26/4/2020, concedendo liminar para determinar várias providências, tais como: restrição de uso de helicópteros, relatório das ações policiais, expedição individualizada de mandados de busca e apreensão, preservação dos locais de vestígios de crime, documentação fotográfica, absoluta excepcionalidade de operações em perímetros de escolas, creches, hospitais ou postos de saúde. Nesta oportunidade, no item 9, assim decidiu:

³ Nota do Autor: Pessoalmente defendemos que aquilo que for proibido em conflito armado não pode ser empregado pelas polícias nas operações de aplicação da lei penal. Mas tratando-se de zona cinzenta, quando o conflito oscila para cima e abaixo do limite mínimo para se considerar o conflito como alcançado pelo conceito de conflito armado não internacional, o inevitável uso letal da força deve vir regulado através de lei.

Indeferir, ante possível perda de objeto, o pedido de suspensão do sigilo de todos os protocolos de atuação policial, inclusive do Manual Operacional das Aeronaves pertencentes à frota da Secretaria de Estado de Polícia Civil.

Decidiu, ainda:

(i) que, sob pena de responsabilização civil e criminal, não se realizem operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro durante a epidemia do COVID-19, salvo em hipóteses absolutamente excepcionais, que devem ser devidamente justificadas por escrito pela autoridade competente, com a comunicação imediata ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro – responsável pelo controle externo da atividade policial; e (ii) que, nos casos extraordinários de realização dessas operações durante a pandemia, sejam adotados cuidados excepcionais, devidamente identificados por escrito pela autoridade competente, para não colocar em risco ainda maior população, a prestação de serviços públicos sanitários e o desempenho de atividades de ajuda humanitária.

No dia 18/8/2020, o Plenário, por maioria, vencidos os Ministros Alexandre de Moraes e Luiz Fux, referendou a liminar cujo julgamento iniciara-se em 5/8/2020, para que as operações policiais fossem suspensas em comunidades do Rio de Janeiro durante a epidemia de Covid-19, salvo hipóteses excepcionais e justificadas perante o MPRJ. Durante a tramitação da ADPF, houve a realização de algumas operações, com registro de mortos, inclusive de criança. Essas operações aconteceram na Favela do Alemão, em São Gonçalo e Acari.

Ementa: REFERENDO EM MEDIDA INCIDENTAL EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES POLICIAIS NAS COMUNIDADES DO RIO DE JANEIRO DURANTE A PANDEMIA MUNDIAL. MORA DO ESTADO NO CUMPRIMENTO DE DECISÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA. CONTEXTO FÁTICO EM QUE OS MORADORES PERMANECEM MAIS TEMPO EM CASA. RELATOS DE OPERAÇÕES QUE REPETEM O PADRÃO DE VIOLAÇÃO JÁ RECONHECIDO PELA CORTE INTERAMERICANA. PERICULUM IN MORA. CONCESSÃO DA MEDIDA. 1. A mora no cumprimento de determinação exarada pela Corte Interamericana de Direitos

Humanos é fundamento que empresa plausibilidade à tese segundo a qual o Estado do Rio de Janeiro falha em promover políticas públicas de redução da letalidade policial. 2. A permanência em casa dos moradores das comunidades do Rio de Janeiro em decorrência da pandemia internacional, assim como os relatos de novas operações que, aparentemente, repetem os padrões de violações anteriores, fundamentam o receio de que a medida, caso concedida apenas ao fim do processo, seja ineficaz. 3. Medida cautelar deferida para determinar: (i) que, sob pena de responsabilização civil e criminal, não se realizem operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro durante a epidemia do COVID-19, salvo em hipóteses absolutamente excepcionais, que devem ser devidamente justificadas por escrito pela autoridade competente, com a comunicação imediata ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro responsável pelo controle externo da atividade policial; e (ii) que, nos casos extraordinários de realização dessas operações durante a pandemia, sejam adotados cuidados excepcionais, devidamente identificados por escrito pela autoridade competente, para não colocar em risco ainda maior população, a prestação de serviços públicos sanitários e o desempenho de atividades de ajuda humanitária.

Ainda em face dessas operações policiais, assim decidiu o Ministro Relator, em 26/11/2020, determinando expedição de ofício ao Estado do Rio de Janeiro, analisando recurso de Embargos de Declaração em que se afirmava existir continuidade das operações em outros pontos da cidade, em que pese as decisões acima citadas:

a. cumprimento da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos relativamente ao estabelecimento de metas e políticas de redução da letalidade e da violência policial, nos termos dos parágrafos 321 e 322 da Sentença de 16 de fevereiro de 2017; b. caso ainda não tenha sido cumprida a determinação, as razões que justificam a mora, indicando, ainda, o nome das autoridades que tinham e que têm responsabilidade para dar execução à medida; c. a justificativa apresentada para a manutenção de eventual sigilo relativo aos protocolos de atuação policial, com cópia da decisão de classificação (art. 28 da Lei 12.527, de 2011); d. as justificativas apresentadas para a realização das operações narradas pela petição (eDOC 261), com cópia dos ofícios que as encaminharam para o Ministério Público do Estado, assim como da descrição dos cuidados tomados quando da realização dos atos. Ademais, tendo em vista que, quando do julgamento da medida cautelar, o Tribunal reconheceu a

competência investigatória do Ministério Público, não como possibilidade, mas como imposição nos casos em que houver uso de violência estatal, oficie-se ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, para que, no prazo de cinco dias, informe os dados dos autos de investigação abertos (número ou protocolo de autuação, nomes dos investigados e síntese dos fatos a serem apurados) para a apuração das mortes que ocorreram em decorrência da atuação de agentes do Estado desde a concessão da medida cautelar. Solicitem-se, ainda, cópia das justificativas apresentadas pelo Estado, assim como dos relatórios produzidos ao final de cada operação. Oficie-se, por fim, ao Conselho Nacional do Ministério Público, a fim de que acompanhe o cumprimento da ordem exarada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Cópia do presente despacho servirá de ofício. Publique-se. Intime-se.

Em 17/12/2020, o ministro-relator determinou que fossem expedidos ofícios aos órgãos das Polícias Civil e Militar do Estado do Rio de Janeiro, ao Tribunal de Justiça, ao Ministério Público do Estado, e, ainda, às Secretarias de Justiça e Segurança Pública, à Polícia Federal e ao Ministério da Justiça e Segurança Pública. Sem dúvida, trata-se de providência importantíssima para se ter ideia mais completa do problema.

Em 12/4/2021, o ministro-relator decidiu novamente de forma monocrática, nos seguintes termos:

Por isso, em vista da proximidade da audiência pública a ser realizada neste Tribunal, considerando a imprescindibilidade dessas informações e reconhecendo a ação construtiva e transparente exercida pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, defiro o pedido de compartilhamento do conteúdo de todos os anexos acostados pelo Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro quando da juntada da sua manifestação de prestação de informações (Petição nº 102685/2020, cf. certidão edoc 276), ressalvando-se o sigilo de eventuais informações de inteligência que não digam respeito ao cumprimento, pelo governo fluminense e pelo MPERJ, das decisões cautelares proferidas no âmbito desta ADPF. Intime-se, com urgência, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Em 31/5/2021, o Tribunal reiterou a necessidade de que as operações policiais seguissem os tratados internacionais sobre o uso da força pelas polícias. Houve novo pedido de vista do Ministro Alexandre de

Moraes, daí se seguindo nova decisão monocrática um mês depois, nos seguintes termos:

Ante o exposto, acolho, em parte, o pedido formulado pelos requerentes a fim de (i) conceder o acesso às comunicações das operações policiais, assim como aos relatórios produzidos ao final das operações, ressalvado apenas as hipóteses em que haja informações de inteligência que não digam respeito ao cumprimento, pelo governo fluminense e pelo MPERJ, das decisões cautelares proferidas no âmbito desta ADFP; e (ii) determinar cautelarmente que o Ministério Público Federal instaure, perante a Justiça Federal do Rio de Janeiro, procedimento investigatório a fim de apurar possível descumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito desta arguição de descumprimento de preceito fundamental. Publique-se. Intime-se. Brasília, 30 de junho de 2021.

Observa-se do pedido principal e dos pedidos cautelares a preocupação quanto ao controle das operações policiais em aglomerados urbanos. Busca-se, assim, a necessidade de elaboração de relatórios das operações policiais realizadas, considerando o poder investigatório do Ministério Público, bem como a observância de distanciamento das operações em relação a unidades de ensino e de saúde, além da restrição ao uso de helicópteros em operações policiais, preservação de vestígios de materialidade delitiva, restrições a expedição de mandados de busca e apreensão, notadamente no que diz respeito aos mandados genéricos, dentre outras medidas. Sem dúvida, são medidas muito importantes para garantir a segurança das operações policiais, evitar efeitos colaterais e, assim, melhor garantir o direito à vida e à dignidade humana, como é da vontade do legislador constituinte.

Regulamentação internacional e interna sobre o uso progressivo da força na atividade policial.

O uso progressivo da força pelas polícias vem regulado internacionalmente por três tratados oriundos da ONU: o Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei (ONU, 1979); os Princípios Orientadores para a Aplicação efetiva do Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei (ONU, 1989); e os Princípios Básicos sobre o Uso da Força e Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei (ONU, 1990). Tais normas foram internalizadas no país por meio da Lei 13.060/2014 e da Portaria Interministerial n. 4.2226/2010⁴. Essas regras internacionais são pouco detalhadas para o que se pretende na ADPF.

De fato, essas regras são pouco funcionais em vista dos efeitos reflexos da atuação da polícia sobre a população civil, pois se voltam primordialmente para a ação policial sobre a pessoa a ser detida. Não fornecem um detalhamento sobre métodos de combate para o que foi decidido na ADPF. A internalização tomou o mesmo caminho aqui e em outros países, até porque foram pensadas para situações de gravidade muito menor do que a relativa ao confronto armado contra o crime organizado com domínio territorial⁵. As decisões estão a demonstrar um esforço muito grande

⁴ Segue detalhado estudo sobre essas normas na atividade diária da polícia elaborado pelo Instituto Sou da Paz para as PMs de São Paulo e Pernambuco, notadamente no que diz respeito ao uso de instrumentos não letais e uso progressivo da força. Cfr. <https://www.novo.justica.gov.br/sua-seguranca-2/seguranca-publica/analise-e-pesquisa/download/estudos/pspvolume2/4-regulacoes-sobre-o-uso-da-forca-pelas-policias-militares-do-estados-de-sp-e-pe-2.pdf> .

⁵ Cite-se, como exemplo, o Decreto que regula o uso da força por parte da Polícia Nacional do Peru. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/aprueban-reglamento-del-decreto-legislativo-n-1186-decreto-decreto-supremo-n-012-2016-in-1409580-3/>. Outro exemplo pode ser visto na Colômbia: <https://www.policia.gov.co/sites/default/files/resolucion-02903-uso-fuerza-empleo-armas.pdf>. No México: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/278820/Manual_para_el_uso_de_la_fuerza_2017.pdf. Para melhor entendimento sobre o tema, conferir o quadro comparativo sobre a regulação

para minimizar efeitos reflexos das operações policiais sobre a população civil, e o regramento do direito internacional dos direitos humanos é insuficiente para isso.

A ADPF refere-se a conflitos urbanos no Rio de Janeiro, com intensidade além do que se observa na rotina da atividade de aplicação da lei penal. Fica o questionamento se esse tipo de problema pode ser resolvido dentro dos limites postos em uma ADPF ou qualquer outro questionamento judicial.

Como se trata de enfrentamento em conflitos crônicos de intensidade muito maior do que se observa no trabalho rotineiro das polícias, já poderia existir um corpo de normas jurídicas mais adequado a essa realidade, tanto em normas gerais editadas pela União, como em regulamentos dos Executivos Federal e dos Estados, a quem cabe implementar a política de segurança pública nos limites da sua jurisdição territorial. Diante dessa lacuna, não se justifica, mas se explica, o ativismo judicial nesse caso, mas que, como sempre, invadiu a competência do Legislativo e do Executivo, avançando sobre tema para o qual não existe solução adequada em nenhum lugar do mundo que possa servir de inspiração. Uma solução nesse tema demanda um debate profundo, que deve ser conduzido pelos parlamentares eleitos e não por juízes.

Se observarmos a normativa do Peru, Colômbia e México sobre a regulamentação do uso da força pela polícia, comparando-se com o que existe no direito brasileiro, é inequívoco que, obedecidas essas normas, a tendência só pode ser no sentido da diminuição da letalidade nos enfrentamentos com a polícia, porém dentro de um quadro de violência que normalmente se espera na aplicação da lei penal.

do uso da força pelas polícias do Peru, Colômbia e México feito pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha:

file:///C:/Users/FRED/Downloads/documento_de_trabajo_del_cicr_sobre_consideraciones_minimas_y_ejemplos_de_normativa_comparada_proceso_ley_uof.pdf.

No nosso entendimento, trata-se de conflito que há muito tempo deixou de ser problema exclusivo de repressão ao crime.

Amplitude do problema que não se restringe à atuação policial. Entrelaçamento dos dois sistemas protetivos de direitos humanos: direito internacional dos direitos humanos e direito internacional humanitário.

Para além do que se observa da violência comumente vista nas operações policiais porque se considerou que o conflito ultrapassou o limite mínimo dos *distúrbios internos*⁶, essas normas sobre o uso progressivo da força são insuficientes ou pouco adequadas para proteger a população civil, pois foram criadas para evitar excessos *em relação ao indivíduo a ser detido*, e não ao mundo ao seu redor. O problema é que o STF foi adiante e ampliou as restrições à atividade policial justamente em áreas dominadas pelo crime organizado com domínio territorial, suprimindo a normatização sobre uma

⁶ O Protocolo II às Convenções de Genebra exclui os meros distúrbios internos do conceito de conflito armado não internacional.

TÍTULO I

Âmbito do presente Protocolo

Artigo 1.º

Âmbito de aplicação material

1 - O presente Protocolo, que desenvolve e completa o artigo 3.º, comum às Convenções de 12 de Agosto de 1949, sem modificar as suas condições de aplicação atuais, aplica-se a todos os conflitos armados que não estão cobertos pelo artigo 1.º do Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949, Relativo à proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais (Protocolo 1), e que se desenrolem em território de uma Alta Parte Contratante, entre as suas forças armadas e forças armadas dissidentes ou grupos armados organizados que, sob a chefia de um comando responsável, exerçam sobre uma parte do seu território um controlo tal que lhes permita levar a cabo operações militares contínuas e organizadas e aplicar o presente Protocolo.

2 - O presente Protocolo não se aplica às situações de tensão e de perturbação internas, tais como motins, atos de violência isolados e esporádicos e outros atos análogos, que não são considerados como conflitos armados.

Nota do autor: Muito resumidamente, posto que impossível de detalhar nos limites desse trabalho, para se saber se foi ultrapassado esse limite mínimo de distúrbios internos, a jurisprudência internacional analisa no caso dado os critérios de intensidade do conflito e organização dos atores não estatais. Para tanto se observa a duração do conflito, o armamento utilizado, o número de mortos e feridos, extensão da destruição, quantidade e tipo de tropas empregadas para o enfrentamento, domínio territorial, entre outros critérios. Cfr <https://guide-humanitarian-law.org/content/article/3/non-international-armed-conflict-niac/>.

matéria extremamente sensível, cuja regulamentação merecia um debate profundo para esse tipo de intensidade, para a qual ainda ninguém se atreveu a legislar, pois envolve inevitavelmente o entrelaçamento de dois sistemas: direito internacional dos direitos humanos e direito internacional dos conflitos armados, este sim com regras detalhadas sobre limites ao uso da força e em vista dos reflexos do enfrentamento sobre os que não participam do conflito, principalmente a população civil.

Observa-se das decisões aqui referidas a preocupação com *efeitos colaterais* sobre quem não participa do conflito armado, ao se referir a ambulâncias, socorro de vítimas, proibição de uso de bens da propriedade civil, escolas e hospitais, notadamente para não serem utilizados como base de operações. Trata-se de preocupação típica do direito internacional humanitário, ou dos conflitos armados. O STF está analisando temas que vão muito além das preocupações próprias do uso progressivo da força pelas polícias. E isso é inevitável diante do tipo de conflito objeto da ADPF.

As decisões aqui comentadas entrelaçam, portanto, os dois sistemas protetivos, porém dando prevalência às normas do direito internacional dos direitos humanos, em que se situam os tratados que regulam o uso progressivo da força. As decisões cautelares realmente inovam, porque quando normalmente se fala na observância simultânea dos dois sistemas é para dizer que o direito internacional dos direitos humanos permanece vigente mesmo com a aplicação prevalente do direito internacional humanitário (*lex specialis*), diante de uma situação caracterizada como conflito armado internacional ou não internacional. Entendemos perfeitamente possível a combinação dos dois sistemas da forma como foi feita nas decisões cautelares, mas seria para situações de conflito de zona cinzenta⁷, de enorme gravidade, mas sem domínio territorial, que tangenciam

⁷ <https://revista.mpm.mp.br/artigo/zonas-cinzentas-e-repressao-penal-entre-o-direito-internacional-dos-direitos-humanos-e-o-direito-internacional-dos-conflitos-armados/> : "... Um conflito em zona cinzenta, na abordagem que nos interessa, em primeiro lugar, tem características de CANI, para os quais são necessários dois ingredientes à luz do Padrão Tadic: conflito prolongado, portanto intenso e certo nível de organização dos atores não estatais. No

o limite mínimo para se considerar o conflito como regido pelo direito internacional humanitário, como, por exemplo, o mega-assalto ocorrido em Araçatuba⁸. Mas o lugar adequado para discutir esse tipo de regulamentação da atividade policial só pode ser o Congresso Nacional, até porque deveria vir na forma de lei⁹, ou alterando a legislação sobre o uso progressivo da força pelas polícias, Lei 13.060/2014. Ademais, necessariamente, no Congresso Nacional o debate seria mais amplo e com maior profundidade.

O lado ruim da inovação é que a regulamentação do problema por meio das decisões cautelares na ADPF, notadamente no que diz respeito à criação de regras extraordinárias para realizar operações nos locais dominados pelo crime organizado durante a pandemia, limitação de uso de helicópteros e quebra do sigilo das operações, restringiu o problema apenas da ótica da atuação policial, a nosso sentir, esquecendo-se da violência desencadeada pelos atores não estatais. São decisões que podem piorar a situação de quem vive nesses locais e não participa dos confrontos armados. É que as medidas determinadas dificultam a atuação da polícia, beneficiando muito mais a organização criminosa fortemente armada e com domínio territorial do que propriamente a população civil que vive nesses locais dominados. É perfeitamente possível regulamentar melhor a atuação policial sem criar impedimentos à sua atuação, tampouco tratar como possível ilícito a atuação de quem está arriscando a própria vida para cumprir a lei, em um cenário de confronto absolutamente desproporcional ao nível de violência

entanto, oscila constantemente a intensidade do conflito para além de distúrbios internos e para abaixo desse limite. Dessa forma, pode muito bem ser mais um caso, ainda que grave, de repressão penal. Incluímos na zona cinzenta casos graves de insurgência criminal, quando falte domínio territorial, mas que inequivocamente a repressão penal deva ocorrer com emprego de métodos de combate militar, muito além do que normalmente se espera dos confrontos na atividade de repressão ao crime, de modo que o tratamento legal do direito interno não é adequado a essa hipótese (p. 9).

⁸ <https://g1.globo.com/sp/sao-jose-do-rio-preto-aracatuba/noticia/2021/09/06/assalto-em-aracatuba-novas-imagens-mostram-abordagem-a-refens-usados-como-escudos-humanos.ghtml>.

⁹ Cfr da minha autoria, *Gangues Territoriais e Direito Internacional dos Conflitos Armados*. Juruá, Curitiba, p. 168 e 204.

esperado para a atividade policial, porém diretamente proporcional aos conflitos armados, para os quais são treinados militares das Forças Armadas, e não policiais. É absolutamente incompreensível criar-se um controle prévio para atuação da polícia, cuja consequência é a possível interrupção de sua atividade de fazer cumprir as leis, sob pena de, ao optarem os seus agentes por se lançarem no combate ao crime, tarefa que não lhes é facultada, mas é uma obrigação legal, incorrerem em prática de crime. Nos termos do que decidido provisoriamente nas medidas cautelares, corre-se o risco de criminalizar a própria atividade policial.

Acrescente-se uma outra consequência. Na prática, pode-se estar legitimando, mesmo sem isso se desejar, o domínio territorial pelas gangues, passando a população civil local a ser regida formalmente pela lei dos narcotraficantes e milicianos, sem qualquer incidência da Lei do Estado brasileiro¹⁰. É o melhor dos mundos para os agentes do tráfico e das milícias.

A regulamentação judicial parte do pressuposto absolutamente equivocado de que o sofrimento da população civil que vive em locais dominados pelo crime organizado decorre exclusivamente da violência desencadeada na repressão ao crime pelos agentes de segurança pública. Não se referiu a ADPF sobre o que fazem os criminosos contra essa mesma população civil. É como se partisse da premissa de que a polícia sai de suas unidades para sacrificar a vida da população civil, à guisa de repressão ao crime. O equívoco prossegue ao colocar no mesmo plano operações policiais

¹⁰ As decisões proferidas na ADPF 635 atingem também as milícias, que são também criminosos organizados territorialmente e atuam como segurança privada de bairros, em atividade absolutamente ilícita. A receita de suas atividades criminosas advém da extorsão das populações dominadas, método de obtenção de receitas das quais o narcotráfico começou a fazer uso também. Quando são realizadas operações em que morrem muitos milicianos, curiosamente, a imprensa parece não se interessar muito pela forma como a polícia atua nessas situações. Mas na essência em nada se diferencia dos enfrentamentos contra o narcotráfico. Os confrontos com a polícia são igualmente violentos. Registre-se que, durante a tramitação da ADPF, em 16 de outubro de 2.020, houve uma operação em que morreram 12 milicianos. Cfr: https://www.google.com/search?q=opera%C3%A7%C3%A3o+contra+a+milicia+v%C3%A1rios+mortos&rlz=1C1SQJL_enBR879BR879&oq=opera%C3%A7%C3%A3o+contra+a+milicia+v%C3%A1rios+mortos&aqs=chrome..69i57j0i333l2.20067j0j15&sourceid=chrome&ie=UTF-8.

normais de rua e operações em locais dominados territorialmente pelo crime organizado, este último palco de conflitos armados que pouco diferenciam dos combates de infantaria em áreas urbanas. Um terceiro equívoco se observa, pois se ignora que existam conflitos entre criminosos, e não apenas deles contra a polícia. Pela descrição da situação fática constante da ADPF, da ação dos corriqueiros tiroteios entre os criminosos disputando “bocas de fumo”, por exemplo, então não resultaria nenhum sofrimento à população civil. A tal “bala perdida” nunca sai das armas dos criminosos, tampouco eles constroem a população civil a cederem as suas residências para base de operações, por exemplo. Isso sem falar de outros constrangimentos diários que impõem à população civil nos locais dominados, mas que vamos nos referir à frente.

Por derradeiro, passa despercebida a magnitude do problema. Em cada comunidade dominada por gangue territorial, praticamente existe um batalhão de criminosos armados com armas de infantaria militar.¹¹ Não surpreende que as decisões na ADPF 635 ignorem essa diferença enorme de gravidade entre as situações de confrontos armados nos locais dominados pelo crime organizado e do que acontece na rotina do policiamento em locais onde não há esse domínio, pois a própria ação proposta no STF não faz essa distinção. Já em relação aos locais onde não existe a dominação territorial pelo crime organizado, o alcance da liminar é bem-vindo, embora inócuo, pois, na prática, pouco altera o cotidiano das pessoas e da própria polícia.

¹¹ Estima-se 3.500 fuzis nas mãos dos criminosos. São inúmeras as apreensões de armas de guerras em poder do crime organizado. <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/09/23/rio-e-a-cidade-com-mais-fuzis-no-brasil.ghhtml>.

Decisões liminares na ADPF 635 que podem piorar o problema colocado no processo:

a) Restrições das operações na pandemia de Covid-19

A preocupação primeira cinge-se aos reflexos que podem acontecer em face da restrição de operações policiais durante a pandemia de Covid-19. A decisão de 28/5/2021, proferida dentro de um recurso de Embargos de Declaração, fez lembrar a necessária observância do tratado relativo aos Princípios Básicos sobre a Utilização da Força e de Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, que só justifica o uso da força letal por agentes de Estado em casos extremos quando, *(i) exauridos todos os demais meios, inclusive os de armas não-letais, ele for (ii) necessário para proteger a vida ou prevenir um dano sério, (iii) decorrente de uma ameaça concreta e iminente.*

De fato, é justa a preocupação do STF em um primeiro momento, pois reforça a necessidade de submissão da atividade policial a regras de enfrentamento que sigam o princípio da proporcionalidade e do uso progressivo da força, que devem ser observadas não apenas no Estado Rio de Janeiro, mas em todo o país. Muitas medidas adotadas em sede de decisão cautelar nesse processo realmente são importantes, pois visam à identificação dos agentes da polícia em operação, propiciam maior controle da atividade externa da polícia pelo Ministério Público e impedem buscas domiciliares irregulares, por exemplo.

Do ponto de vista jurídico-constitucional entendemos que o STF invadiu a competência exclusiva do Estado-Membro em gerenciar a atividade de policiamento justamente em locais que concentram os mais perigosos marginais, que dominam áreas urbanas inteiras e submetem a população desses locais às ordens do crime organizado. Em hipótese alguma a Constituição autoriza paralisar operações policiais, mesmo tendo havido a

análise prévia pelo Ministério Público, conforme se decidiu. Tampouco os tratados internacionais citados na decisão permitem tal conclusão.

Do ponto de vista fenomênico, olvidou o STF que, nos locais dominados pelo crime organizado com domínio territorial, tem-se um tipo de violência que não pode ter o mesmo tratamento que se vê no cotidiano, para o qual as regras citadas pelas decisões da Suprema Corte na ADPF são de pouca ou nenhuma eficiência se o objetivo for preservar vidas, dada a forma como os confrontos acontecem.

Definitivamente, não se trata de uma simples operação de repressão ao crime para o qual foram pensados esses tratados internacionais. Como é que se dará voz de prisão a um indivíduo fortemente armado com fuzil automático? É uma situação típica de conflito armado não internacional – ou no mínimo de zona cinzenta – que ultrapassa e muito o nível de violência nos confrontos armados com criminosos, dentro da atividade de aplicação da lei penal. Nesse aspecto, a restrição de operações durante a pandemia do novo coronavírus seria o equivalente ao STF mandar o governo federal interromper operações militares em um conflito armado externo. As chamadas gangues de terceira geração demandam, ao contrário, persecução penal constante, considerando o enorme poder de destruição do tecido social, de inviabilizar setores inteiros da economia, de se substituir ao poder do estado e de estabelecer nos locais dominados uma lei própria. A criminalidade organizada com domínio territorial condena a população dominada à miséria e ao sofrimento sob o jugo de narcoditadores de bairro.

Releva notar que, na prática, a decisão cautelar impede operações policiais em locais com encravamento do crime, pois a justificativa para realizar a operação policial, se não for aceita, pode implicar em os policiais cometerem crimes de desobediência à ordem judicial. A decisão, nesse aspecto, trouxe outra consequência ainda mais grave, que é a possível formalização da zona de exclusão da soberania do Estado nos locais dominados pelos narcotraficantes e milicianos, com sérias consequências para a sociedade. Se os confrontos nesses locais dominados, a nosso sentir,

tinham característica de conflito armado não internacional, agora com muito mais razão, pois a decisão do STF, no pertinente, equivaleu à decisão da Colômbia em reconhecer o domínio territorial das FARC's no seu território, quando estabeleceu com eles acordos de paz¹². No mínimo, reforça a ideia de que a criminalidade organizada criou uma zona de exclusão da soberania nacional, o que é próprio da insurgência.

b) Uso de helicópteros:

A proibição de uso de helicópteros, de fato, se justifica como impedimento em relação à sua utilização como plataforma de tiro (ataque vertical), o que só é possível em conflitos armados, tal como definido pelas normas do direito internacional dos conflitos armados, e, assim mesmo, observadas as inúmeras regras que limitam o uso da força nessas situações. Afora isso, o helicóptero propicia a individualização dos alvos da atividade policial e, quando corretamente utilizado, tende a diminuir os efeitos colaterais dos confrontos entre policiais e criminosos sobre a mesma população civil que se visa proteger. Ademais, o helicóptero também é instrumento importante para resguardar a vida dos policiais nesses confrontos.

No entanto, o fato de não poder o helicóptero ser usado para ataque vertical, nada obsta poder ser utilizado como plataforma de tiro defensivo.¹³

¹² https://www.gov.br/defesa/pt-br/arquivos/ensino_e_pesquisa/defesa_academia/cedn/XIII_cedn/oa_acordoa_dea_paza_entrea_oa_governoa_colombianoa_ea_asa_farca_ea_seusa_reflexosa_paraa_aa_estabilidadae_sula_ame_ricana.pdf.

¹³ Quando da intervenção na Secretaria de Segurança Pública do Rio de Janeiro em 2.018, o Ministério Público Militar fez uma recomendação, que implicava em as Forças Armadas seguirem os limites do uso da força do direito internacional dos conflitos armados, em que pese, erradamente a nosso sentir, se entender que se tratava apenas de operação para aplicação da lei penal. O uso de helicópteros não sofreu impedimento, mas apenas se observou que não poderia se prestar para ataque vertical. Os disparos só poderiam acontecer para defender os ocupantes da aeronave e a vida de terceiros em terra.

Dessa forma, a restrição de sua utilização não pode ser total, pois é uma importante ferramenta na atividade policial em qualquer lugar do mundo, para qualquer tipo de operação policial, inclusive a referida na ADPF.

c) A quebra do sigilo das operações:

Essa é outra decisão tomada na ADPF que vai impactar negativamente a repressão ao crime organizado. Assim decidiu liminarmente o ministro Fachin, em 30/6/2021:

Ante o exposto, acolho, em parte, o pedido formulado pelos requerentes a fim de (i) conceder o acesso às comunicações das operações policiais, assim como aos relatórios produzidos ao final das operações, ressalvado apenas as hipóteses em que haja informações de inteligência que não digam respeito ao

RECOMENDAÇÃO N° 002, de 25 de junho de 2018

O Ministério Público Militar, com fundamento nos arts. 60, XX, da Lei Complementar n° 75, de 20 de maio de 1993 e art. 88, da Lei no 7.210/84, por seus membros abaixo assinados e considerando que os meios e métodos proibidos em conflitos armados não devem ser utilizados em ações de repressão ao crime, RECOMENDA ao Exmo. Sr. Comandante do Comando Militar do Leste e Interventor Federal no Estado do Rio de Janeiro, que nas hipóteses em que as operações policiais contem com a participação das FFAA, mesmo que em simples apoio logístico, seja observado o que se segue: 1. As forças policiais em ação deverão ser esclarecidas sobre a distinção entre uso letal da força e uso progressivo da força. Vale dizer, a morte decorrente de confrontos nas operações de repressão ao crime decorrem exclusivamente dos regramentos que compõem a legítima defesa própria ou de terceiro. 2. As Forças de Segurança devem ser instruídas sobre o conteúdo dos arts. 51 e 57 do Protocolo Adicional 1 de 1977, evitando-se ataques indiscriminados e minimizando os efeitos colaterais, de modo a jamais direcionar os ataques a quem não seja objeto da ação policial. Havendo proximidade física entre criminosos e pessoas não envolvidas diretamente nas hostilidades deve-se suspender o ataque. 3. O objetivo da operação policial é prender criminosos, apreender armas ou objetos do crime. 4. As operações aéreas realizadas pela Polícia visam exclusivamente recolher informações que serão repassadas às ações em terra para prender criminosos e, na conformidade do referido dispositivo, deve-se evitar ao máximo os efeitos colaterais sobre a população. Nesse contexto: .a. As operações aéreas, sendo operações policiais, não podem ter a iniciativa de realizar ataques verticais, salvo a hipótese em que a aeronave esta sendo objeto de ataque ou nas hipóteses de legítima defesa de terceiros. 6. A população deve ser orientada sobre a possibilidade de absorção dos efeitos colaterais em caso de confronto nos locais utilizados pelos criminosos.

cumprimento, pelo governo fluminense e pelo MPERJ, das decisões cautelares proferidas no âmbito desta ADPF; e (ii) determinar cautelarmente que o Ministério Público Federal instaure, perante a Justiça Federal do Rio de Janeiro, procedimento investigatório a fim de apurar possível descumprimento da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito desta arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Certamente, o evento de 6 de maio de 2021, quando da realização da operação na Favela Jacarezinho, deve, também, ter motivado a decisão. Nessa decisão, determinou-se a instauração de investigação para saber se a Polícia Civil do Rio de Janeiro descumpriu a decisão da Corte que restringiu a realização de operações durante a pandemia da Covid-19.

As operações policiais nas favelas dominadas, como temos insistido, não têm natureza de simples operação de aplicação da lei penal. São operações típicas de enfrentamento em conflito armado, tal como definido pelo direito internacional humanitário, ou dos conflitos armados.

No caso, os agentes do crime organizado, ao se depararem com a aproximação da polícia, não disparam os seus potentes fuzis para evitar a prisão, mas, ao contrário, assim o fazem mortalmente para evitar a perda do domínio sobre aquele determinado território. Quebrar o sigilo dessas operações significa, além de romper com o elemento surpresa, causar ainda mais violência, pois mais fortemente os criminosos vão se preparar para o embate. O elemento surpresa facilita a prisão dos criminosos, reduzindo as possibilidades de enfrentamento e, por via de consequência, os efeitos colaterais sobre a população civil, visto que a geografia urbana desses locais, com ruas estreitas e alta concentração demográfica, por si só, já é fator que incrementa o risco à população civil.

Com a decisão referida, as operações tendem a ser muito mais violentas, pois agora o confronto tem data marcada. O que aconteceu na favela Jacarezinho, decorrente de operação realizada em 6 de maio de 2021, é um bom exemplo. Os criminosos tiveram acesso prévio à informação de que os mandados de prisão seriam cumpridos, e prepararam-se para o confronto

contra a polícia, em vez de empreenderem fuga. Ora, este exemplo é fundamento suficiente para que esta parte da decisão seja revogada. A decisão de tornar públicas essas operações não vai impedir os confrontos, pelo contrário, serão certos e de muito maior intensidade.

A Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, acertadamente, ingressou com recurso de Agravo contra essa decisão e ressaltou o seguinte:

7. Em outras palavras, a divulgação de tais dados, de maneira generalizada, subtrairia a tais operações o efeito surpresa, permitindo aos criminosos se antecipar a tais operações, e, mediante a análise de operações já realizadas, a compreender o modus operandi da polícia, colocando em risco o resultado de tais ações e a vida de policiais e de indivíduos em geral. 8. Veja-se que se a r. decisão agravada tornou obrigatoriamente públicos todos os dados que digam respeito às operações policiais realizadas em comunidades durante o período da pandemia da COVID-19, tal como aquela realizada no Jacarezinho, nada impede que se peça o fornecimento dos dados atinentes aos policiais que participaram de tais eventos, o que implica em colocar tais agentes da lei sob risco de execução sumária.

Chama a atenção, repita-se, a contemporaneidade do acontecimento em relação à decisão recorrida. É óbvio que a quebra do sigilo nessa operação¹⁴ em específico não rendeu nenhum ganho de redução de letalidade, pelo contrário. O caso em si já demonstra o equívoco da decisão, cujos resultados nefastos vão se repetir em outras situações futuras.

Em 2016, quando escrevemos um livro sobre gangues territoriais, alertávamos que já naquela época se observava que a repressão a esse tipo de criminalidade há muito tempo adquiriu **caráter de conflito armado não internacional**¹⁵. Não obstante isso, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha

¹⁴ <https://diariodorio.com/ministerio-publico-do-rio-esclarece-suposto-vazamento-de-informacoes-de-operacao-no-jacarezinho/>.

¹⁵ Um ano após a publicação do livro "Gangues territoriais e Direito Internacional dos Conflitos Armados", a academia de Direito Internacional Humanitário e dos Direitos Humanos, no ano de 2017, considerou a violência decorrente das ações do crime organizado no México e Colômbia como alcançadas pelo conceito de conflito armado não internacional, ou seja, por se situar além do limite mínimo de distúrbios internos do artigo 3º comum às Convenções de Genebra. Cfr

não vê dessa forma¹⁶, como também a Academia de Direito Internacional Humanitário e dos Direitos Humanos, em Genebra¹⁷.

Hoje aumentaram as evidências de que esses confrontos assumiram características de conflito armado não internacional, principalmente com o reforço do possível reconhecimento da territorialidade da ação do crime, no plano formal, através das decisões judiciais na presente ADPF 635 aqui comentadas, que restringiram operações em locais dominados pelos criminosos e determinou a quebra do sigilo das operações. Restringir as operações em determinadas localidades, por si só, não têm esse efeito de reconhecer o preenchimento dos requisitos do direito internacional para caracterizar a situação como conflito armado não internacional, mas, quando são agregados outros fatores, como o nível de organização dos atores não estatais, a natureza prolongada dos conflitos, o número de vítimas colaterais às operações, os tipos de armas e táticas de guerrilha empregadas, essa conclusão é inevitável.

Desafios à regulamentação da repressão às gangues de terceira geração com domínio territorial.

As operações policiais são regidas pelo uso progressivo da força. O objetivo final é a efetiva aplicação da lei penal, de modo que seja realizada em observância às regras nacionais e internacionais de proteção aos direitos humanos. Essas normas, se observadas de perto, voltam-se, precipuamente, à preservação dos direitos humanos diretamente em relação ao indivíduo em

<https://www.geneva-academy.ch/joomlatools-files/docman-files/Gang%20violence%20in%20Colombia,%20Mexico%20and%20El%20Salvador.pdf>;
<https://www.geneva-academy.ch/joomlatools-files/docman-files/The%20War%20Report%20Armed%20Conflicts%20in%202017.pdf>.

¹⁶ <https://www.icrc.org/en/document/brazil-armed-violence-cities-and-safer-access-methodology>.

¹⁷ <https://www.geneva-academy.ch/joomlatools-files/docman-files/The%20War%20Report%202018.pdf>.

conflito com a ordem jurídica. Apenas indiretamente, ou reflexamente, protegem a população civil. Quando, em vista de uma diligência para prender um criminoso, o policial precisa se preocupar mais com o mundo ao redor do que com o indivíduo objeto do mandado de prisão, tem-se um bom indício de que é possível se estar em uma situação de conflito, cuja intensidade não é própria do que se espera em uma simples operação de aplicação da lei penal.

Diante desse contexto, questiona-se: a situação do Rio de Janeiro, considerando as operações policiais nas comunidades que vivem em muitos locais no Rio de Janeiro, seria própria de operações policiais rotineiras? Não, de forma alguma, e as decisões na ADPF 635 dizem isso, porém, de maneira subliminar quando incorporam regras de regulamentação do uso da força em conflitos armados, como a não utilização de instituições civis, como residências, escolas e hospitais para base de operações, preocupação com socorro de feridos, dentre outras. Reparem, no Rio de Janeiro convivem dois tipos de atuação da polícia: uma que ocorre nas áreas urbanas da cidade não dominadas pelo crime organizado, para cuja modalidade de enfrentamento as normas que regulam o uso progressivo da força são suficientes e para as quais se ajustam muito bem as decisões cautelares na ADPF 635; e a outra, a que ocorre em grande parte das mil favelas da metrópole, como também na Zona Oeste e Zona Norte, onde o narcotráfico e as milícias dominam áreas inteiras e aplicam a lei do crime organizado. Pessoas são executadas e seus corpos enterrados em cemitérios clandestinos, mortes que nunca serão contabilizadas¹⁸. Sequer disso tratou a referida ADPF, apesar da grave violação a preceito fundamental à promoção da dignidade da pessoa humana.

¹⁸ Pouco tempo antes da propositura da ADPF de que se cuida, a polícia encontrou cemitérios clandestinos, apesar de que é fato notório e noticiado desde muito tempo a existência de cemitérios clandestinos onde muitos dos enterrados são vítimas do crime organizado.

<https://www.metropoles.com/brasil/policia-br/policia-acha-cemiterio-clandestino-usado-por-trafficantes-no-rio>; <https://veja.abril.com.br/brasil/o-cemiterio-clandestino-onde-o-escritorio-do-crime-enterrava-as-vitimas/>; <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-08/policia-encontra-cemiterio-clandestino-em-queimados-no-rio>; <https://www.bandnewsfmrio.com.br/editorias-detalhes/policia-investiga-ossadas-encontradas-em-cemi>; <http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2010/07/policia-encontra-duas-ossadas-em->

O crime organizado territorialmente aplica um direito penal alternativo muito rigoroso e desconhecido do Poder Judiciário e do Ministério Público. E isso mesmo fora do contexto dos tiroteios entre os criminosos e deles com a polícia. Sem dúvida, a morte do menino João Pedro em São Gonçalo é um fator a demonstrar os efeitos colaterais indesejados dessas operações sobre a população civil. Mas, se a ação tivesse se referido à trágica morte dos “meninos-passarinhos”, covardemente assassinados por narcotraficantes, por simples suspeita de furto de uma gaiola de pássaro de propriedade de um narcoditador de bairro, talvez as decisões cautelares não tivessem tido tanta amplitude¹⁹. É muito pouco comentado esse direito penal alternativo, até porque nesses locais dominados pelo crime organizado vige a lei do silêncio. Ao contrário do que reza a Constituição, para quem só haverá pena de morte nos casos de guerra declarada (Art. 5º, XLVII, *a*)²⁰, nesses espaços territoriais dominados pelo crime organizado, a pena de morte é, infelizmente, muito comum. O sofrimento da população civil não se limita aos confrontos armados, mas, também, do estado de subordinação aos criminosos na vida diária.

A regulação das operações policiais contra as gangues de terceira geração com domínio territorial, com base exclusivamente nos tratados que abordam o uso progressivo da força pelas polícias, é mais ou menos como se o governo dos EUA determinasse aos seus soldados a obrigação de seguir esses tratados nos confrontos contra o Estado Islâmico. As decisões na ADPF, que restringiram a atuação da polícia nesses locais e determinaram a

[cemiterio-clandestino-no-andaraí.html](#); a milícia, outra gangue territorial também tem os seus cemitérios clandestinos: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2019/08/05/milicia-rio-de-janeiro-cemiterios-clandestinos-homicidios.htm>; <https://noticias.r7.com/jr-na-tv/videos/levantamento-aponta-21-cemiterios-clandestinos-usados-pelo-crime-organizado-na-baixada-fluminense-24082021>

¹⁹ <https://brasilsemmedo.com/a-tragica-morte-dos-meninos-passarinhos/>.

²⁰ Art. 5º, XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX.

quebra do sigilo das operações, desconsideraram a extrema gravidade desse tipo de criminalidade e do aumento da exposição das populações nesses locais ao recrudescimento do risco à vida da parte dos criminosos.

Antes de se restringirem as operações policiais e determinar-se a quebra do sigilo das operações policiais, impunha-se que o problema posto na ADPF tivesse sido analisado de maneira mais abrangente, pois tais medidas podem representar decretar pena de morte para muitas pessoas e agravar, ainda mais, o conflito territorial ali existente. Por outro lado, tratando-se de criminalidade com domínio territorial, qualquer diminuição na atividade de repressão penal é imediatamente percebida como "empoderamento" do crime organizado, piorando, assim, a situação da população carente que vive nesses lugares.

Em suma, nos locais referidos pela ADPF 635, onde sequer em tese existe a possibilidade de a polícia dar voz de prisão a criminosos fortemente armados com armas de infantaria militar, e que estão ali para defender o território dominado, as decisões acima citadas podem até piorar e muito a vida de quem está nesses lugares e é obrigado a viver sob a lei do crime, que agora viu aumentar o seu poder de opressão sobre a população civil. Uma coisa também é certa, a decisão de limitar a entrada da polícia nos locais dominados, restringir helicópteros e quebrar o sigilo das operações aumenta o risco de vida para os policiais e fortalece o crime organizado que exerce domínio territorial. Nesse sentido, as decisões cautelares terminaram por aprofundar a assimetria do conflito e, conseqüentemente, a polícia tende a diminuir as operações policiais nesses locais, logo os criminosos podem aumentar o seu faturamento, e isso acontece com o cometimento de mais crimes. Quanto mais lucram as organizações criminosas, mais miserável se torna o lugar dominado e mais inviável fica abrir postos de trabalho e gerar riquezas.

Considerando que o uso progressivo da força é impraticável dentro dos confrontos tratados na ADPF 635, caso se entenda, ainda assim, que o problema é de aplicação de lei penal e não de conflito armado não

internacional, a assimetria do conflito só pode ser corrigida através de lei que amplie a definição de legítima defesa do policial contra quem resista utilizando armas de guerra, com táticas de guerrilha, à maneira de grupos insurgentes. Ao mesmo tempo, esta mesma lei pode fazer os detalhamentos objetivados nas decisões proferidas na ADPF 635 e, assim, mais facilmente evitar os efeitos colaterais sobre a população civil, tendo como inspiração o direito de guerra, nas limitações ao uso da força em conflitos armados.

A natureza das operações policiais nos locais dominados:

Pensamos diferentemente. A repressão ao crime organizado territorialmente no Rio de Janeiro, inequivocamente, tem característica de autêntico conflito armado não internacional. Todos os componentes do conceito estão presentes, a nosso sentir: *conflito prolongado envolvendo atores não estatais organizados, com estrutura de comando bem definida, emprego de táticas militares, armas de infantaria e perda da soberania do estado nos locais dominados*. O enfrentamento a esses criminosos não é atividade típica de polícia. Os confrontos armados em nada diferem da disputa territorial para a qual são treinados os exércitos em áreas urbanas. É simplesmente inimaginável que se vá utilizar o uso progressivo da força para criminosos armados de fuzis automáticos, que farão uso de suas potentes armas não apenas para impedir a repressão penal, mas, sobretudo, para garantir o encravamento do domínio do crime organizado nesses locais.

Assim sendo, se o objetivo é impedir ao máximo que a população sofra as consequências dos enfrentamentos, então o correto seria lançar mão das normas que limitam o uso da força nos conflitos armados. Estas, sim, regulam detalhadamente o uso da força, como também a proporcionalidade, a qual existe não em função do agressor armado, mas, primordialmente, em favor da população civil inocente. Uma vez observadas essas normas que regulam os meios e métodos de combate, melhoram as possibilidades de diminuição de efeitos colaterais sobre a população civil. Ademais, muitas das

violações dessas normas podem constituir crimes de guerra. Mas, realmente, não é fácil reconhecer a situação como sendo de conflito armado não internacional. Ninguém quer pagar o preço dessa decisão, que, de fato, é politicamente desconfortável. Em outras palavras, trata-se de reconhecer que existe, pelo menos dentro dos locais dominados, falência do Estado em manter a sua soberania.

Consequências da regulamentação inadequada do uso da força na ADPF 635:

Em primeiro lugar, como visto acima, as decisões tomadas na ADPF 635 seguem a tendência natural de não se reconhecer a natureza real dos conflitos nesses locais, que está além do esperado para os confrontos armados decorrentes de simples operações de aplicação da lei penal. Consequentemente, a regulação oferecida na decisão do STF é insuficiente para a aplicação da lei penal nesses locais, observadas as regras internacionais e nacionais de uso da força pelas polícias e com potencial para piorar a situação da população civil.

A regulação das operações contra o crime organizado, por força das decisões cautelares, desconsidera a elevada intensidade do conflito, sobretudo porque se trata de conflito prolongado, envolvendo atores não estatais com suficiente organização, aliado ao fato de que o domínio territorial é permanente. Bem, as decisões cautelares caminham no sentido de se concluir tratar-se de conflito de zona cinzenta, em que a intensidade poderia variar para cima e abaixo do limite mínimo de distúrbios internos do artigo 3º comum das Convenções de Genebra. Como dito, sequer existe regra internacional a esse respeito que possa ser fonte de inspiração para a sua regulação, mas é uma realidade em que se deve pensar internamente. Sem dúvida, existem situações em que o conflito pode ultrapassar o limite mínimo de gravidade para ser considerado como alcançado pelo conceito de conflito armado não internacional, mas, em seguida, voltar ao que se espera do uso da

força em operações policiais. Não é essa a hipótese da ADPF, não temos dúvida alguma, pois o encravamento do crime organizado só tem se aprofundado na cidade do Rio de Janeiro.

Mas se o objetivo é produzir um regramento específico para as situações tratadas na ADPF, que parecem tratar o problema como zona cinzenta, o lugar para se discutir isso não é no Judiciário, mas sim no Congresso Nacional²¹. É perfeitamente possível a produção de um conjunto de regras legais que possam limitar o uso da força para as chamadas zonas cinzentas, se assim se considerar a hipótese do Rio de Janeiro e, ao mesmo tempo, oferecer maiores garantias jurídicas às forças de segurança.

Tratando-se de uma decisão judicial, como tal, partida de um organismo que não recebeu um único voto de eleitor, é natural o seu descompasso com a complexa realidade que envolve a análise de utilização da correta norma de regência para o caso, sem contar os aspectos sociológicos. Sequer existe tempo hábil para semelhante debate dentro de autos de um processo. A solução nunca terá suficiente abstração, nunca se poderá analisar o problema de forma integral, pois o processo judicial em si já limita a análise do problema ao que foi colocado no pedido da ação proposta, ainda mais no caso da ADPF, que visa declarar inconstitucional determinado ato estatal violador de preceito fundamental.

A decisão, portanto, na prática, acarretou a restrição apenas do ponto de vista das forças de segurança em relação aos criminosos, mas, como olvidou da integralidade do problema, notadamente a população civil, acabou “empoderando” o crime organizado, visto que tendem a diminuir as operações policiais nos locais com domínio territorial pelos criminosos, como também o fato de que os criminosos podem delas tomar conhecimento com antecedência.

²¹ De acordo com a Constituição, compete privativamente à União legislar sobre direito penal, competência das polícias, organização e funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, artigo 22, I e XXII, e o artigo 144, § 7º.

Do ponto de vista da atividade policial, o primeiro problema é que não se pode admitir que serviço público algum seja interrompido. Os serviços públicos são contínuos²². O resultado de se restringir as operações policiais durante a pandemia de Covid-19 foi desastroso. Primeiro porque não apenas aprofundou o domínio territorial do crime organizado, mas, ao mesmo tempo, submeteu a população civil nos locais dominados à ampliação do direito penal alternativo do crime organizado, a lei do crime. Olvidou o Excelso Pretório, como dito, dos cemitérios clandestinos na região, da extorsão praticada pelo crime organizado diariamente sobre a população nesses locais que, com o encravamento, jamais conseguirá sequer sonhar com serviços públicos essenciais. Tudo passa pelo crime organizado. O descumprimento de suas regras impõe penas severas. São locais dominados por narcoditadores de bairro. Diminuiu o número de mortes? É verdade, estão morrendo menos policiais e criminosos. Mas quantos civis estão morrendo nas mãos do crime organizado?

Insistimos que, concretamente, os agentes do crime organizado mais se favoreceram com as decisões cautelares do STF (as quais, além de discutíveis, não encontram apoio de outros Ministros do STF, como Alexandre de Moraes e Luiz Fux) do que propriamente a população civil nos locais dominados. Imediatamente ampliaram os seus negócios, já que a polícia tem sérias restrições para incomodá-los. Registrou-se, logo após o deferimento da liminar (5/6/2020) para que não se realizassem operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro durante a pandemia, salvo em hipóteses absolutamente excepcionais, sob as quais ninguém deseja assumir a responsabilidade, o avanço do crime organizado sobre áreas onde não existia domínio, como a criação do complexo de Israel²³. O crime organizado logo

²² Art. 22. Os órgãos **públicos**, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, **são** obrigados a fornecer **serviços** adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, **contínuos**.

²³ <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/07/24/traficantes-usam-pandemia-para-criar-novo-complexo-de-favelas-no-rio-deixam-rastro-de-desaparecidos-e-tentam-impor-religiao.ghtml>.

entendeu o alcance da decisão como favorável à expansão das suas atividades. Pessoas foram assassinadas com a chegada dos criminosos. Claro, nunca haverá contabilidade desses mortos.

O crime organizado absorve rapidamente as oportunidades que se apresentam. A restrição da atividade policial fez piorar uma tendência de ação do crime organizado sobre os locais dominados, atividade que até pouco tempo era típica das milícias: a cobrança de taxas dos moradores da comunidade. Não é à toa que se notou a ampliação da extorsão sobre as comunidades dominadas, inclusive sobre serviços públicos já oferecidos e outros básicos, como o fornecimento de gás de cozinha, passando o narcotráfico a copiar os métodos de extorsão das milícias sobre o local dominado²⁴.

Na verdade, extorquir as populações dominadas está se tornando negócio mais rentável do que o próprio tráfico de entorpecente, o que envolve internet, TV a cabo, telefonia, gás de cozinha, transporte no interior da favela, etc. O narcotráfico tem sofrido pesadas derrotas ultimamente, com seguidas apreensões de entorpecentes²⁵, prisões, apreensão de armas, etc. Aparentemente, pode ter surgido uma outra possível consequência das restrições acima citadas derivadas das decisões cautelares. Os criminosos começaram a atuar fora dos limites da área dominada. Já estão extorquindo as empresas de telecomunicações e internet.²⁶ Em breve, esses serviços e

²⁴ <https://orebate.com.br/cidades/metade-do-faturamento-dos-trafficantes-da-rocinha-nao-sai-mais-da-venda-de-drogas>; <https://recordtv.r7.com/balanco-geral-manha-rj/videos/trafficantes-cobram-taxa-de-moradores-de-comunidade-de-sao-goncalo-rj-15062020>.

²⁵ <https://jovempan.com.br/noticias/brasil/policia-federal-faz-maior-apreensao-de-cocaina-da-historia-do-rio-de-janeiro.html>.

²⁶

https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2020/07/20/internas_economia.873780/operadoras-de-telefonia-revelam-crimes-de-extorsao-ao-secretario-da-ju.shtml.

<https://smallwarsjournal.com/jml/art/third-generation-gangs-strategic-note-no-37-rio-de-janeiro-gang-and-militia-extortion-and>; <https://extra.globo.com/casos-de-policia/trafico-milicia-sequestram-antenas-de-telefonia-torres-de-celular-instaladas-em-105-comunidades-tem-acesso-impedido-25222572.html>.

atividades correm o risco de ficarem inviabilizados mesmo para os locais não dominados.

Criar restrições à atuação da polícia não soluciona o problema, antes piora a vida de quem reside nesses locais. Ao assim decidir, o STF viu o problema apenas sob a ótica da atuação policial, olvidando por completo os efeitos nefastos do crime não apenas sobre as populações dominadas, mas para fora dos locais dominados e até para o país como um todo. Observou-se, após as decisões proferidas na ADPF, que as favelas dominadas pelo crime organizado se tornaram lugar seguro para a bandidagem de outros pontos do território nacional. Criminosos de todos os estados estão se transferindo para os locais dominados pelos narcotraficantes no Rio de Janeiro, na certeza de que agora encontraram um verdadeiro feudo, uma zona de total afastamento da soberania do estado²⁷. Ou seja, é nítido que o conjunto de medidas tomadas na ADPF 635 piorou a situação de segurança no Rio de Janeiro, como também ameaça os demais estados da federação, nem tanto pelas medidas visando à adequação dos tratados sobre o uso da força pelas polícias, mas pela restrição às operações policiais nesses locais, que têm o efeito indesejado de criar uma verdadeira zona de exclusão da lei penal.

O aprofundamento do domínio territorial das gangues de terceira geração pode ser visto também com a constatação recente de que no ano de 2020, entre os meses de fevereiro e outubro, grandes quantidades de cocaína que seriam embarcadas a partir do Rio de Janeiro foram apreendidas. Isso estaria acontecendo em razão da facilidade oferecida pelo crime organizado para armazenar drogas nas favelas, onde exercem o domínio territorial²⁸.

A análise da questão posta pelas decisões cautelares olvidou outros pontos importantes da ação dos criminosos sobre a população dos locais dominados. Na verdadeira contraofensiva típica de guerrilha, os criminosos

²⁷ <https://odia.ig.com.br/rio-de-janeiro/2021/06/6169420-lideres-do-traffic-de-oito-estados-migram-para-o-rio-diz-policia.html>.

²⁸ <https://extra.globo.com/casos-de-policia/favelas-do-rio-sao-usadas-por-trafficantes-internacionais-para-armazenagem-de-drogas>.

utilizam os locais privados da população civil para realizar os seus ataques. Obrigam a população a esconder armas e munições em suas casas, invadem as residências para se abrigarem e fugir das ações policiais, usam as residências dos civis como ponto de observação, coagindo, para tanto, os seus moradores, usam as escolas para esse fim, invadem hospitais, coagem comerciantes a registrar criminosos para aparecerem como trabalhadores caso caiam em combate, obrigam comerciantes a abrir e fechar o comércio, praticam extorsão contra os comerciantes locais, etc²⁹. Não raro, expulsam pessoas de seus locais, enfim, usam a população civil como escudo, como também atiram a esmo contra esta mesma população civil quando em fuga, imputando a morte aos policiais.

Ou seja, caso se considerasse a situação como alcançada pelo conceito de conflito armado não internacional, estariam a cometer crimes de guerra, como estabelece o artigo 8º do Estatuto de Roma, notadamente pela utilização da população civil como escudo, pela utilização de menores nas ações armadas, pela perseguição da população civil, deslocamentos, homicídios, etc. A análise parcial do problema, apenas tendo como foco a atividade policial, conduz, necessariamente, ao fortalecimento do crime também por esse foco, porque retira a gravidade, até mesmo no plano internacional, dos crimes por eles cometidos. Trata-se de mais uma consequência, obviamente não desejada, mas que é inevitável.

A sede da discussão desses temas, repita-se, deve ser o Congresso Nacional, que deve criar um conjunto de leis que amplie o conceito de terrorismo; que puna a utilização de civis como escudo; que puna a lei do tráfico que impõem à população civil, que propicie maiores garantias jurídicas à atuação dos policiais. Necessitamos menos de ativismo judicial e mais de produção legislativa que aborde o problema na sua integralidade, e

²⁹ Sobre o direito penal alternativo dos criminosos segue importante reportagem: <https://especiais.gazetaonline.com.br/trafico/>; <https://veja.abril.com.br/blog/cacador-de-mitos/os-trafficantes-e-o-imperio-da-lei-nas-favelas/>.

não apenas da ótica da polícia, como se bala perdida só saísse da arma do policial.

Não se duvida da importância das medidas tomadas, excetuadas a quebra de sigilo das operações, as restrições de sua realização no período da pandemia e o uso do helicóptero. Mas é que a abordagem correta do problema impõe uma análise muito mais ampla para diminuir os sofrimentos pelos quais padece a população dos locais dominados pelos narcotraficantes, bem como os seus métodos de combate que são considerados crimes de guerra, o que é impossível de ser feito dentro de um processo judicial. Claro, também, deve-se pensar na segurança dos policiais, p. ex, o helicóptero garante a eficiência da operação e livra o policial de ser vítima do ataque inesperado. Só uma discussão ampla, feita por quem tem a responsabilidade advinda do voto do eleitor, tem condição de transformar essas decisões em leis que sirvam para o presente e futuro, enfim, auxiliem definitivamente na solução do problema. Não se duvida que existe omissão legislativa em municiar a ordem jurídica de normas adequadas a esse tipo de enfrentamento³⁰. Isso não justifica, mas explica os equívocos aqui apontados.

Por fim, a jurisprudência brasileira, neste e em outros temas, deve refletir sobre o excessivo individualismo na interpretação do direito penal e do processo penal. A interpretação em direitos humanos não pode olvidar o interesse coletivo na punição. É preciso interpretar os direitos humanos partindo do interesse coletivo para o individual, e não o contrário.

Conclusão.

Não se desconhece a preocupação colocada nesse processo quanto à tentativa de se minimizar os efeitos lamentáveis sobre perda de vidas humanas, resultante dos confrontos nas inúmeras favelas do Rio de Janeiro.

³⁰ Só este autor, desde 2.019, já enviou 4 anteprojetos de lei sobre esses temas, ainda sob análise do Ministério da Justiça.

Mas, no nosso entendimento, a busca de normas para regulamentar a atuação policial é uma decisão que não poderia partir do Judiciário. O problema tem amplitude muito maior do que foi colocado na ação, a começar porque restringe as mortes à atuação policial, desconsiderando totalmente a ação do crime organizado sobre os locais dominados. Inúmeros componentes desse conflito devem ser analisados e a correta regulação só pode acontecer dentro de um amplo e profundo debate que enfrente a natureza desse conflito. Esta é uma tarefa que deve vir através de lei e o local adequado para o debate é o Congresso Nacional.

Os conflitos armados sob a ótica do Direito Internacional Humanitário

Lucas Henrique Lopes dos Santos

Mestrando no Programa de Pós-graduação stricto sensu em Ciências Jurídicas na UNICESUMAR (Maringá/PR). Graduado em Direito pela UEL (Londrina/PR). Advogado.

Data de recebimento: 17/08/2021

Data de aceitação: 30/08/2021

RESUMO: O presente estudo objetiva discutir os conflitos armados sob a ótica do Direito Internacional Humanitário (DIH). Como metodologia emprega a revisão de literatura em doutrinas, legislações, tratados e convenções que disciplinam o tema em análise, buscando-se demonstrar que a perspectiva universalista do Direito Internacional contemporâneo deve prevalecer sobre o absurdo jurídico positivista de apenas enxergar o consentimento individual dos Estados, os tratados e a visão de Direito Internacional interestatal, tendo em vista que a lógica internacional, que privilegia o poder em detrimento da consciência jurídica internacional, é incapaz de vislumbrar as necessidades e aspirações da comunidade internacional como um todo. Para tanto, foram enfrentadas as seguintes temáticas: a evolução histórica da guerra e do direito humanitário, diferenciando guerra de conflito armado, discutindo os princípios do Direito Humanitário e apresentando algumas acepções da guerra, a saber: guerra justa ou legal; e guerra defensiva; a classificação e as principais causas dos conflitos armados caracterizando estes conflitos à luz do DIH; e, por fim, a ética do Estado-Maior na condução de uma guerra. Concluiu-se ao final que, não obstante as normas de Direito Internacional que visam frear os abusos em guerras e conflitos armados, o direito não prescinde do uso da força e se funda no direito do mais forte, o qual, apenas às vezes coincide com o direito do mais justo, o que fragiliza o pacifismo jurídico e a estabilidade social.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional Humanitário. Conflitos armados. Estado-maior. Ética.

ENGLISH

TITLE: Armed Conflicts from the Perspective of International Humanitarian Law.

ABSTRACT: This study aims to discuss armed conflicts from the perspective of International Humanitarian Law (IHL). As a methodology it employs a literature review on doctrines, laws, treaties and conventions that govern the subject under analysis, seeking to demonstrate that the universalist perspective of contemporary International Law should prevail over the positivist legal absurdity of only seeing the individual consent of States, the treaties and the vision of interstate International Law, considering that the international logic, which privileges power over international legal awareness, is incapable of envisioning the needs and aspirations of the international community as a whole. To this end, the following themes were addressed: the historical evolution of war and humanitarian law, differentiating war from armed conflict, discussing the principles of humanitarian law and presenting some meanings of war, namely: just or legal war; and defensive warfare; the classification and main causes of armed conflicts characterizing these conflicts in light of IHL; and, finally, the staff's ethics in conducting a war. In the end, it was concluded that despite the norms of International Law aims to curb abuses in wars and armed conflicts, the law does not dispense with the use of force, and is based on the law of the strongest, which only sometimes coincides with the right of the fairest, which undermines legal pacifism and social stability.

KEYWORDS: International Humanitarian Law. Armed conflicts. Staff. Ethic.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Guerra e direito humanitário – 2.1 Guerra versus Conflito Armado – 2.2 Guerra Justa ou legal – 2.3 Guerra defensiva – 2.4 Princípios do Direito Humanitário – 3 Conflitos armados – 3.1 Caracterização do conflito armado à luz do Direito Internacional Humanitário – 3.2 Classificação dos conflitos armados – 4 Ética do Estado-Maior na condução de uma guerra – 4.1 O problema dos conflitos armados na atualidade –

4.1.1 Quantidade e qualidade dos conflitos – 4.1.2 Necessidade de aperfeiçoar os critérios de diferenciar os partícipes em conflitos armados – 4.1.3 Reforma do conselho de segurança – 4.1.4 Implementação de agenda da paz – 4.1.5 Globalização e avanço tecnológico – 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O Direito Internacional Humanitário (*jus in bello*) é um conjunto de normas emanadas de Tratados, costumes e princípios gerais do Direito Internacional, que, reconhecendo a – suposta – inevitabilidade da Guerra, buscam minimizar as suas consequências para os homens, determinando claramente a premissa de que Estados partes de um conflito armado não podem escolher e utilizar meios e métodos de guerra ilimitadamente.

O presente estudo objetiva discutir os conflitos armados sob a ótica do DIH.

Busca-se demonstrar que, na perspectiva universalista do Direito Internacional contemporâneo – inspirada no pensamento dos seus *founding fathers* dos Séculos XVI e XVII –, devem, sempre, prevalecer sobre o absurdo jurídico positivista de apenas enxergar o consentimento individual dos Estados (voluntarismo estatal) a lei dos tratados e a visão de Direito Internacional interestatal. Essa lógica internacional, que privilegia o poder em detrimento da consciência jurídica internacional, é incapaz de vislumbrar as necessidades e aspirações da comunidade internacional como um todo (CANÇADO TRINDADE, 2015).

A discussão da temática é tortuosa, mas deve ser enfrentada. Portanto, diante da contínua existência – e, inclusive, do aumento – dos arsenais nucleares no Mundo, da conseqüente ameaça que referidos arsenais representam a toda a humanidade e da insistência de diversos estudiosos em defender a legalidade da posse, da ameaça e do uso das armas nucleares para o Direito Internacional, o debate aqui levantado demonstra-se não somente importante e relevante, mas estritamente necessário. Conforme ressaltado por

Cançado Trindade (2015), é tempo de resgatar a concepção jusnaturalista e universalista do *jus gentium* e impulsionar o processo de humanização do Direito Internacional contemporâneo.

Em linhas gerais, optou-se por um estudo de cunho descritivo-analítico de análise crítica-constructiva, o qual será desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica, por meio da qual serão analisados títulos especializados nacionais e estrangeiros, publicados na forma de livros, revistas, artigos, publicações da imprensa escrita e outras informações e dados publicados na internet, que abordem de forma direta ou indireta o tema em análise; bem como serão examinadas as disposições legais pertinentes, notadamente os tratados internacionais e Resoluções de organismos internacionais pertinentes ao presente estudo.

2 GUERRA E DIREITO HUMANITÁRIO

Ao longo dos tempos, a guerra acompanha a humanidade, porém, entre as grandes civilizações da antiguidade, a guerra era travada entre civis e não havia exércitos profissionais. Somente no século XVIII, a guerra passou a ser travada por exércitos profissionais, sem que civis dela tomassem parte. Os métodos de combate cruéis também foram abolidos e as leis da guerra continuaram a evoluir sob a forma de direito consuetudinário. A codificação e o desenvolvimento da lei escrita não se iniciariam antes do século XIX. Já sob as influências iluministas, sobretudo de Rousseau, as violações graves normalmente constituíam exceção. Do ponto de vista penal, entretanto, o direito ainda não cumpria adequadamente o seu papel de inibidor de comportamentos ilícitos (ACCIOLY, 2017).

A invasão da Prússia por Napoleão, em 1806, abolindo o Sacro Império violaria os princípios westfalianos e levaria a uma fragmentação da Alemanha, cuja unificação somente seria obtida na segunda metade do século XIX. Napoleão revolucionaria a guerra e seus alcances. A participação do

povo, por meio do *levée en masse* (a conscrição) permitiria a adoção de estratégias móveis e agressivas, em muito, diferentes dos estáticos modos de sítar, utilizados na Idade Média. Nesse sentido, as Guerras Napoleônicas representaram uma “guerra de transição”, a última guerra do “velho mundo” e a primeira guerra do “novo mundo” (CANÇADO TRINDADE, 2015, p.189).

Mas o verdadeiro trabalho da guerra ainda era realmente de matadouro, graças ao treinamento europeu de levantar e manipular suas armas todos ao mesmo tempo. Honrosamente dispostos em linhas sucessivas, os soldados ficavam em silêncio e inertes em fileiras para serem abatidos, a infantaria ficando diante do fogo à queima-roupa da artilharia por horas. Os cirurgiões de Napoleão realizavam até duas centenas de amputações por dia e esses pacientes eram felizardos (KEEGAN, 2006).

A indústria armamentista, porém, não teve o mesmo desenvolvimento que a expansão quantitativa de recursos humanos e, para compensar a lenta recarga dos canhões, o uso de armas brancas ainda continuava intenso, com o combate corpo-a-corpo sendo a *ultima ratio*. Em 1794, o “exército do povo” já era composto de 1.169.000 franceses mobilizados e motivados (RAMINA; FRIEDERIH, 2014). O esperado resultado dessa combinação de enormes efetivos humanos em armas e combate aproximado em larga escala não poderia ser outro que não um grande número de feridos e mortos. Se houve uma redução dos níveis de crueldade por parte dos combatentes, por um lado, foi maior a quantidade de pessoas vitimadas, cujo atendimento e auxílio recebidos eram insuficientes ou mesmo inexistentes.

Mas outra consequência indireta das Guerras Napoleônicas representaria, ironicamente, uma das maiores contribuições para o entendimento da natureza dos conflitos: a captura de Carl Phillip Gottlieb von Clausewitz, oficial prussiano feito prisioneiro na batalha de Jena-Auerstadt, e cuja experiência advinda desse infortúnio resultaria no maior clássico sobre

teoria da guerra de todos os tempos, a obra-prima “Da Guerra” (CINELLI, 2016, p. 43).

O século XIX assistiu às ideias que haviam sido aceitas e incorporadas no século XVIII adquirirem efeito prático. Um grande número de tratados internacionais foram adotados, codificando diversas das regras consuetudinárias da guerra e desenvolvendo essas regras de várias maneiras (BORGES, 2014).

No ano de 1859, Henry Dunant, um homem de negócios, suíço natural de Genebra, foi o responsável por criar o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV). Teve início, então, o DIH (BYERS, 2014).

A criação do CICV deu-se em 1863, e a primeira Convenção de Genebra foi assinada em 1864. A partir de então, vários tratados foram pactuados sob a égide do CICV, cuja existência é inextricavelmente vinculada à contínua evolução do DIH (BYERS, 2014).

Apesar disso, as experiências oriundas das duas grandes guerras mostraram que era necessário superar a antiga sistematização de Hugo Grotius¹. De um lado, tornar o recurso à guerra um ato ilícito para sempre, proscrevendo-o como um meio para a solução de controvérsias. Do outro, estabelecer um sistema mundial de respeito dos direitos humanos.

Ao contrário do CICV, a Organização das Nações Unidas (ONU) tinha se mantido, até meados do século XX, à margem das costuras diplomáticas internacionais sobre normas humanitárias. Sua opção por não interferir nesse ramo do direito era baseada na justificativa de que isso poderia indicar uma falta de confiança na própria Organização enquanto garantidora da paz. Apenas em 1968, com a Resolução 2444, iniciou-se a era

¹ Grotius defendeu a noção de que a segurança, interna e externa, constitui uma necessidade vital para o indivíduo. O que Grotius estava descrevendo em sua obra era o fracasso do *jus ad bellum* da Idade Média (a doutrina da guerra justa) e do *jus in bello*. Se na Idade Média as leis da guerra eram derivadas da autoridade papal, sob o estado moderno era preciso evoluir para um novo conjunto de regras seculares. Sua premissa era a de que os países em conflito não conseguiriam garantir aos seus cidadãos alguns direitos inerentes à pessoa humana e, desse modo, esses direitos teriam que ser assegurados por uma comunidade internacional. Nascia assim o moderno direito das gentes (CINELLI, 2016).

do chamado Direito de Nova Iorque, um conjunto de sucessivas resoluções e orientações sobre normas humanitárias editadas pela ONU (MAZZUOLI, 2013).

Apesar de ligado à noção de *jus ad bellum*, ou seja, ao direito de recorrer à guerra – e, portanto, fora do escopo deste trabalho – esse conceito é importante porque estabelece uma distinção entre segurança coletiva e direito de fazer a guerra e celebrar a paz. Também demonstra que, mesmo atrasada em esforços objetivos visando ao cumprimento das leis humanitárias, a ONU evidenciou, desde a sua criação, uma legítima preocupação para com as rupturas da paz ou situações de injustas agressões entre os Estados, o que configura uma grande contribuição ao espectro de atuação do DIH (RANGEL, 2012).

Grande parte da evolução das normas humanitárias vistas até aqui foi extraída das concepções de alguns grandes pensadores, cujas ideias, em maior ou menor grau, influenciaram essa trajetória até os dias atuais. Muitas dessas visões de mundo representaram verdadeiros saltos na percepção do modo como o ser humano e as instituições que o cercam interagem entre si, modificando e, muitas vezes, redesenhando o mapa da ética e do direito.

2.1 Guerra versus Conflito Armado

A violência armada moderna possui algumas características diferenciadas, quando colocadas ao lado das guerras convencionais.

O fenômeno do conflito é inquieto e dinâmico. Não se define mais a guerra pelas partes participantes, pela qualidade dos combatentes, ou pela dimensão das forças.

A violência armada pode decorrer tanto da oposição que se faça em relação às pressões externas, como às pressões internas. Tem-se em jogo tanto a soberania externa – centrifugação; como a soberania interna – centripetação (ACCIOLY, 2017).

Talvez uma das mais perigosas incógnitas do séc. XXI seja exatamente em relação ao futuro dos seus conflitos armados. Como serão? Com que armas? Onde? Quais serão os motivos? O medo, assim, não é uma consequência direta do conflito, mas das suas qualidades/projeções/perspectivas.

Dentro dessa órbita confusa, destacam-se os chamados conflitos assimétricos. A principal característica ‘assimétrica’ das novas guerras, nas últimas décadas, é baseada na variação das velocidades com que as partes estão lutando. Essa variação pode se manifestar tanto na forma de aceleração, como no aproveitamento do êxito em uma operação, como pode também se manifestar na desaceleração dos combates, visando retardar o andamento da guerra, desgastando o inimigo de outras formas – por exemplo, no campo psicológico. Assim, têm-se a assimetria da velocidade e a assimetria da lassidão (FACCIOLLI, 2015).

Isto tudo integra um processo que se desenvolve de uma forma mais ou menos ordenada e crescente. Tentar-se-á resumi-los, com fundamento em Facciolli (2015, p.54-55) buscando ligar o fenômeno do conflito armado com algumas causas ou fatores que interagem entre si, dentro de uma visão de conjunto: a) na nova ordem mundial que foi estabelecida pela Carta da ONU, a guerra apenas pode ser utilizada pelo Estado para defender-se de um eventual ataque inimigo, portanto, deixa de ser uma ação, para se transformar numa reação; b) as estruturas políticas dos Estados passaram a adotar a estratégia defensiva; c) a influência da mídia, opinião pública internacional, ONGs e da própria postura política-internacional enfraqueceram o instituto das guerras convencionais; d) vertiginosa expansão dos miniconflitos, em detrimento dos grandes movimentos bélicos; e) mutação da guerra, como instrumento – manifestação – de violência armada. A guerra moderna se assemelha aos vírus da gripe – passa por mudanças permanentes e, em cada região do Planeta, apresenta sintomas diferenciados; f) os efeitos às vezes invisíveis da globalização junto aos conflitos desencadearam reflexos visíveis e indesejáveis: reduziram-se os espaços físicos entre as nações, porém,

acirraram-se as diferenças entre as culturas, mormente no campo religioso e étnico; e g) a desmilitarização da guerra. As guerras do séc. XXI seriam travadas somente em parte por soldados e, na maioria das vezes, não serão mais voltadas para alvos militares. Objetivos militares estão sendo substituídos por alvos civis, econômicos e/ou políticos.

Essa nova projeção trouxe, em termos práticos, a seguinte constatação: as guerras acabaram, mas cederam espaços aos conflitos. Essa tendência de declínio do enfrentamento armado, direto, entre soberanos, tem continuidade na primeira década do séc. XXI. Por outro lado, o número de conflitos *interna corporis*, denominados de guerras civis, movimentos revolucionários e de guerrilhas, aumentou (CINELLI, 2016). A violência foi ganhando novas formas e passou a atingir combatentes, não combatentes, civis, crianças, entre outros.

2.2 Guerra Justa ou legal

A chamada “Teoria da Guerra Justa” é um tema complexo e controverso. Parcela considerável das discussões que a cercam tem derivado, de certa forma, do comportamento norte-americano no tocante ao início e à condução de operações militares nas últimas décadas.

Quando Santo Agostinho conceituou “guerra justa”, tendo posteriormente sido endossado pelas ideias de São Tomás de Aquino, estava tentando encontrar respostas para os seguintes questionamentos: Quando é permitido dar início a uma guerra (*jus ad bellum* ou o direito de recorrer à guerra)? Quais as restrições na forma de beligerar (*jus in bello* ou o direito na condução das hostilidades)? Segundo esses filósofos, conforme Cinelli (2016, p.47), as três principais condições que podem servir de justificativa para uma guerra justa seriam:

- a) a presença de justa causa: a presença de justa causa seria o principal fundamento de uma guerra justa. Por esta razão, a legítima defesa em reação a uma agressão é atualmente

compreendida pela comunidade internacional como a principal norma fundamentadora da causa justa;

b) a existência de uma autoridade legal (*potestas legitima*): vem do conceito de soberania aliado à representatividade popular, não considerando como guerra justa aquela de iniciativa de organizações de indivíduos sem prévia aprovação da sociedade;

c) a existência de uma intenção legítima (*intentio recta*): relacionada à submissão do evento bélico ao interesse nacional e à necessidade de estabelecer uma paz justa, atingir o bem ou afugentar o mal. Refere-se mais ao *jus in bello*, que rejeita os atos muito violentos.

Keegan (2006) explica que nos séculos XVIII e XIX as distinções entre guerras justas e injustas foram abandonadas, pois o predomínio da concepção amoral de Maquiavel, defendida no século XVI, tornou a discussão etérea. Somente com a fabricação de armas de amplo poder de destruição no final do século XIX, as primeiras tentativas de evitar a eclosão de guerras ao bel prazer retomaram as discussões sobre a Teoria da Guerra Justa. Essas deliberações foram conduzidas às primeiras convenções da Haia (1899 e 1907) e Genebra (1864), desembocando no Pacto Briand – Kellog (1928) e em um artigo da Carta das Nações Unidas (1945).

O advento da Guerra Fria e da ameaça nuclear, sustentando um tipo de psicose de guerra permanente, baseada – nos dizeres de Ramina e Friedrich (2014) – na teoria da dissuasão, fizeram com que essas ideias restringissem-se aos meios acadêmicos. Em 1990, já após o desmantelamento comunista, a invasão do Iraque pelos aliados ocidentais trouxe novamente o assunto à baila, materializando-o.

Segundo Faccioli (2015), a Teoria da Guerra Justa é equivocada porque na prática não há guerras justas. Para ele, nada se pode extrair dela porque a separação entre o que se preconiza e o que se pratica na guerra a desqualifica. De todo modo, a decisão de recorrer ou não à guerra é política, não constituindo prerrogativa exclusiva do comandante militar.

2.3 Guerra defensiva

A segunda hipótese de aplicação legal da força, na Carta da ONU de 1945, encontra-se listada no seu art. 51. Trata-se da guerra defensiva, que se legitima perante o Direito Internacional, quando o atacado oferece resistência armada às ações do agressor.

Por mais que determinada nação considere a existência de motivos “justos” ou “justificáveis”, o direito ao uso da força somente pode exercido por decisão colegiada, homologada pela ONU – arts. 41 e 42. A guerra como manifestação primária e inaugural da força, no modelo *fazere*, é prerrogativa do seu Conselho de Segurança. Como manifestação secundária – ou seja: uma reação diante de uma agressão armada –, tem-se a legítima defesa.

Como meio de defesa – melhor dizendo – o direito à legítima defesa é reconhecido como prerrogativa inalienável dos Estados Partes da ONU. Imaginando-se que a Carta de 1945 possua cláusulas pétreas, por certo, o direito à guerra defensiva encontrar-se-á incluso nessas normas. Trata-se de direito fundamental, essencial, inalienável, *ad aeternum*, dos Estados soberanos (FACCIOLLI, 2015).

Mas a própria ONU limita o exercício desse direito, pois, embora o considere fundamental, estará sujeito ao controle do Conselho de Segurança, após a resposta armada inicial. Dessa forma, em síntese, podem-se reunir os requisitos necessários para o exercício justo de uma reação armada, da seguinte forma: a) Seja uma reação a um ataque individual ou coletivo, visando detê-lo; b) Concomitante à resposta armada, seja providenciada imediata comunicação ao Conselho de Segurança da ONU; e c) Decisão do Conselho acerca das medidas que caberão ser incrementadas *a posteriore*.

A guerra provocada – causada –, decorrente da adoção de uma postura defensiva, configura o exercício de legítima defesa instantânea.

2.4 Princípios do Direito Humanitário

Os princípios do DIH já fazem parte, há tempos, dos conceitos embutidos no corpus do Direito Internacional. O DIH revela diversas regras que, individualmente ou de maneira cumulativa, levam ao desfecho de que a ameaça e/ou o uso das armas nucleares é ilegal. Ademais, as regras do DIH pertinentes aos conflitos armados já adquiriram o status de *jus cogens*, não havendo possibilidade, portanto, de derrogação (CASEY-MASLEN, 2004).

Os princípios do DIH são: princípio da humanidade, princípio da necessidade militar, princípio da proporcionalidade, princípio da limitação e princípio da distinção.

A Declaração de São Petesburgo de 1868, o primeiro instrumento multilateral sobre a guerra, ao proscrever o emprego de projéteis explosivos, assim expôs em seu preâmbulo:

Havendo-se, sob proposta do gabinete imperial da Rússia, reunido uma comissão militar internacional em São Petesburgo, a fim de examinar a conveniência de se excluir o uso de certos projéteis em tempo de guerra entre as nações civilizadas, e tendo esta comissão fixado de comum acordo os limites técnicos, nos quais as necessidades da guerra devem cessar ante as exigências da humanidade [...] (CINELLI, 2016, p. 67).

Parte da noção ambígua que se tem do Direito Humanitário – fundamento jurídico ou simples atitude ética – decorre da ambiguidade da palavra humanidade, que contém o sentido de “piedade ativa, compaixão, filantropia” e de “gênero humano” (SWINARSKI, 1991, p. 17-18). Na primeira acepção reside a ideia de atitude ética, enquanto, da segunda, é possível extrair o fundamento legal para o DIH, referente à tutela de um interesse comum a todos, especialmente em tempos de guerra: o desaparecimento da humanidade. Diferentemente do alemão, língua na qual existem duas palavras diferentes para expressar as duas noções (*Menschlichkeit* e *Menscheit*), nas línguas derivadas do latim há somente um

vocábulo, cujo significado, cumulativo, dificulta a compreensão exata do que representa (CINELLI, 2016).

A finalidade do princípio da humanidade é evitar e aliviar, a todo custo, em qualquer situação, o sofrimento humano. Para isso, nem mesmo o princípio do *nullum crimen sine lege* (não há crime sem lei anterior que o defina como tal) pode ser invocado por alguém que tenha cometido delitos contra o âmage da dignidade humana (VASCONCELOS, 2007). Até mesmo Lênin o manteve em vigência após a Revolução Bolchevique de 1917, por considerá-lo “parte do patrimônio comum da humanidade” (SWINARSKI, 1991, p. 14).

Nas Conferências de Paz da Haia de 1899, foi proposta pelo professor Von Martens a redação de uma cláusula que, em razão do sintético e relevante teor humanitário, foi inserida no preâmbulo da IV Convenção da Haia de 1907 e, posteriormente, reafirmada no Protocolo Adicional I (1977) em seu art. 1º.

Consagrada à categoria de Cláusula de Martens, ela é, segundo Cinelli (2016), apontada como a ligação entre as normas escritas e as consuetudinárias. Trata-se de um dispositivo que por si só já teria o *status* de um tratado de máxima relevância, ao recomendar que, se observadas lacunas no DIH, há que se buscar a solução no princípio da humanidade. Assim, aquilo que o DIH não proíbe expressamente, não necessariamente é permitido, e, mesmo se as legislações escritas forem omissas sobre um determinado aspecto, a aplicação das consuetudinárias permanece.

Segundo Marques (2004) foi Rousseau quem pela primeira vez externou com clareza o princípio da humanidade, este que deriva diretamente do fundamento da dignidade humana. É por intermédio desse princípio que o DIH procura retirar sua eficácia, e a primazia de seu significado não pode ser atravancada nem mesmo pela necessidade militar imperiosa.

A necessidade militar autoriza o uso da força, mesmo que desproporcional, durante um evento bélico armado visando coagir o inimigo a se render ou para fragilizar suas forças armadas. Porém, existem restrições

tanto aos métodos como aos meios empregados e as demandas militares não se consubstanciam em uma escusa a uma conduta impiedosa nem a alguma atividade interdita. Portanto, o princípio da necessidade militar não é um princípio absoluto. Neste sentido, o art. 54² do Protocolo Adicional I de 1977.

O princípio da necessidade militar só se faz presente no DIH em casos extraordinários e seu emprego só pode ocorrer em casos cujas previsões encontram-se nos tratados internacionais. A definição de necessidade militar pode facilmente cair no vazio da hermenêutica oportunista, servindo a qualquer fim.

Um primeiro conceito de necessidade militar foi formulado no Código Lieber (1863), no decorrer da Guerra Civil Americana: “a necessidade de medidas indispensáveis para alcançar os objetivos de guerra e que sejam lícitas segundo as leis e costumes da guerra” (CHEREM, 2003, p. 61).

Alguns internacionalistas, a exemplo de Arendt (1999) e Marques (2004) acreditam que, em nome da necessidade militar, pode ocorrer uma exclusão de antijuridicidade de qualquer ação que vise assegurar os interesses soberanos do Estado. Segundo esses autores, a razão de estado apelaria para a necessidade, e os crimes de Estado cometidos em seu nome seriam considerados medidas de emergência, concessões feitas às severidades da Real politik, com vistas a preservar o poder e assim garantir a continuação da ordem legal como um todo, tal como têm feito os Estados Unidos em muitas questões internacionais. Mas o caráter imperativo das normas de direitos humanos frontalmente opõe-se a essa ideia. O princípio da necessidade militar proíbe um determinado Estado de empregar força além da que é

² Art. 54 - É proibido utilizar a fome dos civis como método de guerra. É proibido atacar, destruir, retirar ou pôr fora de uso bens indispensáveis à sobrevivência da população civil, tais como os gêneros alimentícios e as zonas agrícolas que os produzem, colheitas, gado, instalações e reservas de água potável e obras de irrigação, com o objetivo específico de privar a população civil ou a Parte adversa de seu valor de subsistência, qualquer que seja o motivo que inspire aqueles atos. [...] São permitidas a uma Parte em conflito, em território sob seu controle, derrogações das proibições [...] se necessidades militares imperiosas assim o exigirem.

necessária para alcançar seus objetivos, em qualquer nível de decisão, quer político, estratégico, operacional ou tático.

Contrabalançar a necessidade militar com a proteção de civis é bastante difícil, seja na escolha das armas, seja na escolha dos alvos (BYERS, 2007). A diferença entre alvos aceitáveis e inaceitáveis dependerá da situação específica. Exemplificando, a torre de uma igreja é geralmente considerada inviolável – pois os locais de culto e os bens culturais desfrutam de proteção especial –, mas pode tornar-se um alvo legítimo se for utilizada por um atirador (*sniper*). Na maioria dos casos, a pergunta a ser feita é: esta ação é mesmo necessária para auferir uma contribuição significativa ao esforço de guerra?

Por outro lado, embora o equilíbrio entre a necessidade militar e os riscos para os civis seja uma exigência constante, o DIH reconhece que as guerras são empreendidas em busca de uma vitória, mesmo tentando manter os beligerantes numa esfera de comportamento relativamente civilizada.

Já a proporcionalidade, segundo Cinelli (2016) é observada quando uma ação militar não causa vítimas nem danos civis excessivos no que tange ao resultado global esperado. Também, o emprego de meios e métodos bélicos não deve ser excessivo quando sopesada a vantagem militar concreta e direta. Assim, o princípio da proporcionalidade desdobra-se em duas dimensões de influência: sobre o uso de certas armas e métodos de combate.

Referente ao princípio da limitação tem-se que os meios e métodos de combate que podem ser adotados em um conflito não têm limites, evitando-se danos supérfluos, sofrimento e agressão ao meio ambiente. Nesse sentido, o art. 22 do Regulamento da IV Convenção da Haia (1907) já citava que os beligerantes não têm um direito ilimitado quanto à eleição dos meios de prejudicar o inimigo, regulamento este que foi posteriormente reiterado pelo Protocolo Adicional I (1977), no seu art. 35. O próprio conceito de DIH atribuído por Swinarski (1991, p.23) – “conjunto de normas internacionais [...] que limita, por razões humanitárias, o direito das Partes em conflito de escolher livremente os métodos e os meios utilizados na guerra” – contempla

o princípio da limitação em seu bojo. Na verdade, nunca houvera um direito ilimitado aos meios e métodos de combate (MELLO, 1997). A título de exemplificação, cita-se a proibição do uso da besta na Idade Média.

A caracterização do princípio da limitação, segundo Cherem (2003) não se mostra precisa, mas seu objetivo é o de restringir o uso de alguns meios de combate capazes de causar danos excessivos, que extrapolem o objetivo definido na guerra, que é o de vencer as forças armadas inimigas. Nessa direção vai o Protocolo Adicional I, que em seu art. 52,2, dispõe que os ataques têm que se pautar exclusivamente nos objetivos militares.

Por fim é sobre o princípio da distinção que se assenta toda a construção do DIH como corpo normativo que se destina à proteção de pessoas e de bens. Assim, de acordo com esse princípio, as partes de um conflito armado devem dirigir seus ataques exclusivamente contra objetivos militares legítimos, protegendo-se, assim, a população civil e os objetos não militares (FACCIOLLI, 2015). Com efeito, os Estados não devem, nunca, fazer de civis o alvo de um ataque e, conseqüentemente, não devem, nunca, fazer uso de armas que não têm a capacidade de distinguir alvos civis e militares.

3 CONFLITOS ARMADOS

Os conflitos armados têm causas diversas. As principais delas podem ser divididas em oito categorias. Importante destacar que a presente abordagem não é exaustiva, pois essas causas estão ligadas a aspectos culturais, religiosos, étnicos, políticos etc. São elas: disputa territorial; separatista; busca de autonomia; ideológica; influenciar o poder nacional; influenciar o poder regional; disputa pela supremacia internacional e a disputa de recursos (FACCIOLLI, 2015).

A disputa territorial sempre foi um problema, que serve (e serviu) de argumento elementar para o início dos conflitos armados, entre nações ou entre estas e os grupos armados. Muitas disputas territoriais decorrem de

questões normalmente fronteiriças que não se resolveram ao longo do tempo. A diplomacia, como meio pacífico de solução de controvérsias internacionais, por vezes, é ineficaz, pouco ou mal utilizada.

Quanto à busca pela autonomia, ou a busca da soberania material, este é um dos problemas atuais mais comuns – autêntica fonte inspiradora dos conflitos armados. Talvez as disputas das nações não sejam por um conceito às vezes vago e sem grande relevância: o da soberania. Os países entram nos ringues para disputar tecnologia pelos bens de consumo de valor agregado, pelo acesso ao comércio, informações e serviços. Assim como as pessoas/cidadãos, os países têm desejos e necessidades de autoafirmação (FACCIOLLI, 2015).

Também o poder regional sempre foi objeto de reafirmação por partes dos Estados no âmbito das divisões distritais do mundo. Essa vontade de reafirmação ou autoafirmação tem o escopo de projetar o país/Estado para a nova estrutura coletiva que representa os interesses de seus integrantes: os blocos regionais. Segundo Borges (2014), a interdependência que existe entre os países nos dias atuais, é tão intensa, que desperta a criação dessas organizações.

O poder mundial se fragmentou e concentrou-se em regiões do Hemisfério Norte, que acumulam riqueza e a capacidade de inovação tecnológica. A economia mundial, segundo Mazzuoli (2013), ao mesmo tempo em que se globalizava dentro de um contexto unitário de relações interestatais, fomentou o aparecimento de novos atores, em defesa de interesses ultranacionais, na forma de conglomerados regionais.

A nova arquitetura do poder mundial passou a ser dominada por blocos econômicos regionais, como a União Europeia, o Nafta e a Bacia do Pacífico. Esse movimento de integração e abertura de mercados repercutiu sobre áreas de nações subdesenvolvidas, assumindo expressões variadas. Os países que não conseguiram se aglutinar em blocos, por não terem importância política, econômica e cultural dentro das respectivas regionalidades, automaticamente, sentiram-se excluídos (RANGEL, 2012).

Esta exclusão – ou seja: a negação ou incapacidade de participar de blocos regionais – gerou a frustração (política), que pôde ser evidenciada das mais variadas formas possíveis, inclusive traduzidas em conflitos regionalizados.

Referente à causa ideológica, analisando-se as relações interestatais, ao longo do tempo, verifica-se que o campo ideológico sempre esteve presente nas deflagrações de lutas armadas. Contudo, durante muito tempo, permaneceu encoberto ora pelas distâncias ora pela incomunicabilidade entre as partes. Mas o mundo mudou.

A globalização, como fenômeno contemporâneo e irreversível, aproximou as ideologias, independentemente da vontade das nações e, com isso, trouxe duas consequências práticas, em termos de relações internacionais. Segundo Faccioli (2015), o lado bom dessa vertente é que “obrigou” as nações a desenvolverem mais a tolerância, o diálogo construtivo e o bom senso. Por outro lado – olhando para o verso negro da mesma moeda – acirrou as diferenças entre as partes que guardavam qualquer tipo de rancor, ódio ou intolerância.

Segundo Accioly (2017), as guerras sistêmicas assemelham-se às guerras de secessão, pois podem ter como motivo comum a divisão do Estado. Todavia, nem sempre isso poderá estar presente. A luta ou o conflito desenvolver-se-á movido apenas pela vontade em destruir ou dissolver determinada facção religiosa, cultural ou étnica. É a guerra pela soberania de uma ideologia, não de uma política.

A disputa por recursos naturais constitui-se em outra fonte primária capaz de desencadear os conflitos armados, desde a antiguidade. No entanto, a natureza do recurso pode não ser tão importante quanto é a sua utilidade para o ator internacional. Muitas vezes, constitui condição *sine qua non* para a própria sobrevivência de determinado povo/Estado.

A disputa por combustíveis energéticos sempre existiu. Mas a tendência atual é pela procura de outras fontes, até então esquecidas, como a própria água doce e a terra. As mudanças e instabilidades climáticas estão a

indicar que o Homem abusou da natureza pela exploração descontrolada ou pela agressão propriamente dita aos seus redutos mais sagrados. Minerais, recursos vegetais, metais preciosos, fazem parte do grupo de bens naturais de alto valor agregado, dentro do cenário econômico global.

Vendo a questão sob esse ângulo, segundo Faccioli (2015) é possível vislumbrar que medidas de apossamento de recursos naturais podem ser levadas a cabo, nas próximas décadas, pela própria ONU, caso a comunidade internacional se sinta ameaçada ou coagida.

Já as guerras de secessão são movimentos internos, que podem ocorrer dentro de uma nação, que buscam promover a separação, divisão ou tornar possível a dissidência. São modalidades de conflitos armados internos, guardando muita semelhança com a chamada guerra civil, pois seu fim é redefinir o traçado político de um país ou nação (CANÇADO TRINDADE, 2015). Envolvem, desta forma, um ente independente e um movimento separatista (secessionista), que pretende criar um ou mais Estados, em partes do território daquele país.

As teorias que tentam justificar a secessão como uma questão fundamental da filosofia política têm como ponto de convergência a base da autoridade do Estado. Na secessão não há disputa pelo poder político, mas sim vontade determinada pela desagregação do organismo – fracionar o todo em partes (FACCIOLLI, 2015).

Por fim, tem-se o desejo de influenciar o Poder Nacional. Esta causa indica que a guerra poderá estar presente dentro daquilo que, em estratégia, denomina-se “expressões do poder nacional” (FACCIOLLI, 2015, p.66). Jomini (2006) informa que ao estadista cabe formular, por meio da política, o objetivo da guerra. Aponta seis espécies de guerra, nas quais o Estado pode ser envolvido: guerra para reivindicar ou defender direitos; guerra para proteger ou manter grandes interesses; guerra para preservar o equilíbrio do poder; guerra para propagar ou destruir teorias políticas ou religiosas; guerra para aumentar a influência ou o poder do Estado por aquisição de território; e guerra para satisfazer mania de conquista.

Interessa a este trabalho discutir a penúltima classificação descrita, visando majorar a influência ou o poder do Estado. Nessa modalidade, surge uma espécie de “parceria” por parte da população em levar adiante a campanha bélica, sendo muito comum, nos conflitos internacionais. Como elucidada Borges (2014), o Estado, por meio de maciças campanhas publicitárias e intenso bombardeio psicológico, traz para seu lado o povo – a opinião pública.

3.1 Caracterização do conflito armado à luz do Direito Internacional Humanitário

O DIH classifica um conflito como sendo armado, após avaliação de dois critérios – na verdade ambos constituem-se em verdadeiras condições para a configuração do fenômeno.

O primeiro, diz respeito à capacidade de organização das forças em choque – esse nível de organização deve ser mínimo, capaz de garantir autonomia e liberdade de ação. O nível de organização é aquilatado, de acordo com critérios objetivos, relacionados com o menor ou maior grau de militarização do grupo (CINELLI, 2016). Para facilitar a compreensão, pode-se citar, a título de ilustração: cadeia de comando; sistemas de comando e controle; capacidade de planejamento; grau de dificuldade de execução das ações; treinamentos individuais e coletivos da força; sistemas logísticos e de apoio ao movimento.

Na sequência, deverá ser demonstrada a intensidade do conflito sendo este outro critério objetivo. Para Cinelli (2016), a intensidade da violência armada pode ser mensurada, segundo alguns indicadores: tipo e quantidade de forças legais em ação; tipos de armamentos utilizados; tempo de duração; abrangência; número de vítimas; e danos causados.

Atos esporádicos de violência, como motins, revoltas isoladas e distúrbios, não caracterizam conflitos armados. Esses atos não são suficientes para mobilizar o Estado, visando acioná-lo a participar de um conflito

armado propriamente dito. Todo Estado tem um sistema de defesa interno, chamado, em regra, de segurança pública, e um sistema de defesa externo, chamado de segurança (ou defesa) externa. O emprego, tão somente em âmbito interno, de forças de segurança pública é um forte indício de que tal evento não caracteriza um conflito armado (interno). Pode-se, ainda, acrescentar um terceiro fator capaz de singularizá-lo – a eficácia, este último, de ordem subjetiva (FACCIOLLI, 2015).

3.2 Classificação dos conflitos armados

O DIH qualifica os conflitos armados de acordo com a abrangência física dos litígios, podendo ser: internos (não internacionais), externos (internacionais) ou internacionalizados. Trata-se de critério geográfico – *ratione loci* (ACCIOLY, 2017).

As codificações de Genebra, ao tratarem dos conflitos externos, são mais amplas, sendo segmentadas pelos diversos sujeitos de direitos protetivos – combatentes, feridos, prisioneiros de guerra etc. Já nos conflitos internos, essas mesmas codificações são específicas, mais compactas, falando-se, pois, em uma mínima proteção humanitária.

Ao tratar a questão, além de ratificar o seu conceito, o DIH se dedica à escolha adequada de normas a serem aplicadas, em cada caso. A guerra ou o conflito é, principalmente, situação de fato, seja qual for o entendimento das partes envolvidas acerca de sua natureza ou mesmo da vontade em reconhecê-lo.

Como já debatido, o conceito puro de guerra parou no tempo. A expressão “conflito armado” traz a ideia mais ampla, não apenas em seu aspecto jurídico, mas também em relação às suas diversas órbitas. A classificação de conflito armado, portanto, no DIH é instrumental.

No DIH, a classificação positiva (“clássica”) dos conflitos armados é dicotômica, ou, como preferem alguns, bipolarizada. Têm-se, então, os conflitos armados internacionais e os conflitos armados não internacionais.

Segundo Rangel (2012), o conflito armado internacional é aquele que ocorre quando há projeção da “guerra”, ou outra forma do conflito, entre dois ou mais autores de Direito Internacional, podendo ocorrer entre Estados, ou entre Estados e grupos. São partes que atuam violando as fronteiras físicas, umas em relação às outras. Em qualquer dos casos, necessária se faz a intervenção das forças representativas do Estado (Forças Armadas regulares) ou das forças representativas do Grupo/Organização (forças irregulares organizadas).

Caberá a ONU o reconhecimento jurídico do estado de beligerância, podendo, se for o caso, desencadear as ações previstas no art. 42 da Carta das Nações Unidas.

Em segundo lugar, mencionam-se os conflitos armados não internacionais ou internos. Neste caso, não existem atores ou partes alienígenas, pois o conflito desenvolve-se dentro do próprio território – fronteira física considerada. A oposição de forças ocorre em âmbito nacional, entre o Estado (Forças Armadas regulares) e grupos armados organizados. Mas, ainda, pode ser decorrente da luta entre forças regulares – entre a força soberana e a força dissidente; ou, mesmo, entre grupos organizados, independentemente da intervenção das forças federais. De qualquer forma, cabe lembrar que esses conflitos devem estar circunscritos aos limites físicos (geográficos) do Estado (RANGEL, 2012).

Para Christophe Swinarski (1996), são cinco os elementos constitutivos da situação de conflito armado não internacional:

- a) Seja realizado no território de um Estado;
- b) As Forças Armadas (FFAA) deste Estado opõem-se às forças ou grupos armados que não reconhecem a sua autoridade;
- c) Tanto as FFAA como os grupos armados devem estar sob o comando – sob ordens – de uma autoridade responsável;
- d) Devem exercer o domínio sobre uma parte do território desse Estado, permitindo-lhe realizar operações típicas militares, de forma contínua e acordada;
- e) Que possam ser aplicadas as disposições do DIH, em seu Protocolo Adicional II de Genebra de 1977 (SWINARSKI, 1996, p.49).

A Câmara de Apelação do Tribunal Criminal Internacional para a Ex-Iugoslávia (TCII)³ superou o enfoque de patamares de aplicação ao considerar que a distinção entre conflitos internacionais e não internacionais está perdendo seu valor. Não há razão lógica para que um determinado Estado possa adotar determinadas providências, passando por um estado de emergência, que são proscrias em situações mais graves, como numa guerra. Assim, o tribunal decidiu que há conflito interno sempre que ocorra “violência armada prolongada entre autoridades governamentais e grupos armados organizados ou entre esses grupos, dentro de um Estado” (FACCIOLLI, 2015, p.83).

Existem, ainda, aqueles que defendem uma terceira classificação doutrinária – esta mais atual de que poderá o conflito também ser qualificado como conflito internacionalizado quando guardar características comuns às duas classificações anteriores. Essas características manifestam-se em suas duas fases conforme será descrito a seguir.

O conflito internacionalizado manifesta-se, inicialmente, como um conflito interno, mas que adquire, progressivamente com o tempo, uma feição de um conflito internacional, decorrente de apoio ou ajuda econômica, *know-how*, logística etc., de outros Estados que não estejam envolvidos diretamente (MAZZUOLI, 2015).

Como exemplo de conflito internacionalizado, cita-se o caso da Síria⁴. A eficácia das normas de DIH é diretamente proporcional ao momento – cada momento ou fase – do conflito em trato.

³ TCII, Caso Tadic, § 70. Essa é a mesma definição utilizada pelo Estatuto do Tribunal Penal Internacional (TPI) (Estatuto de Roma), em seu art. 8. (2) (f), adotado em julho de 1998 e em vigor desde 01.07.2002.

⁴ A participação de forças sob o comando do movimento extremista islâmico Hezbollah, ao lado das tropas do regime do Partido Socialista Bahas, de Bashar Al Assad, está a despertar o temor do mundo para a internacionalização do conflito e a transformação da atual guerra civil num conflito aberto entre sunitas e xiitas (FACCIOLLI, 2015).

4 ÉTICA DO ESTADO-MAIOR NA CONDUÇÃO DE UMA GUERRA

O processo de treinamento militar é baseado na imitação do combate. A noção de que uma obediência rotineira a ordens, mesmo as mais simples, conduzirá à disciplina sólida e indispensável aos momentos de crise extrema (a guerra, por exemplo) faz com que o processo de ensino assuma a forma de um exercício interminável, com o objetivo de aniquilar no militar sua capacidade de pensar, sua resistência e obstinação (WALZER, 2003).

Momentos de hesitação em combate estarão frequente e inequivocamente associados a decisões que precisem ser tomadas.

Etimologicamente, decidir significa “deixar de cortar” ou “deixar de interromper”. Simbolicamente, portanto, nada mais é do que preencher um hiato existente na linha que une o ponto de partida ao ponto de chegada do processo estabelecido para a solução de um problema. Ou seja, é ligar duas extremidades de um fluxo que transcorreria naturalmente, não fosse um obstáculo qualquer interposto. Assim, a noção de que uma decisão surge somente quando se atinge a extremidade oposta de um processo é verdadeira somente em parte, uma vez que, no senso moral comum, a priori, a decisão propriamente dita já está tomada: caso nada intervenha, obstaculizando essa tendência inerente, ela naturalmente se consuma. Decidir, então, não é optar por uma conduta adequada, mas interligar as duas extremidades – o início e o estado final visualizado, ou seja, a própria conduta adequada (ACCIOLY, 2017).

A Teoria Tridimensional de Miguel Reale (1994) mostra como o direito constitui-se e transforma-se historicamente, sem limitar o seu estudo à norma do direito positivo. O direito é, ao mesmo tempo, fato, valor e norma; ele não é só valor (ética), como no direito natural; não é apenas fato, como para os marxistas; e não é apenas norma, como para Hans Kelsen. A ética está presente na sua concepção e o positivismo mais rigoroso não se opõe, no fundo, à possibilidade de existência de fundamentos morais extrajurídicos de uma normativa, mas eles apenas se encontram além do objeto da ciência do

direito. Em outras palavras, apesar de o processo que conduz à decisão militar revestir-se de um cartesianismo clássico, ela – a decisão – não pode ser despida da ética.

Compreender que uma abordagem moral da guerra é relevante significa admitir que o direito internacional positivo seja incompleto, o que deixa espaço para a interpretação à luz de princípios morais e para uma referência aos resultados dessa interpretação como direito positivo. Talvez seja isso que precise ser feito para tornar o sistema jurídico mais eficiente.

4.1 O problema dos conflitos armados na atualidade

Indicar a tendência dos conflitos armados, diante do quadro constante de instabilidade, insegurança e indefinição, no mundo atual, não é uma tarefa simples.

Segundo Faccioli (2015), o fator que traz as mais profundas e abrangentes mudanças nas formas em que a guerra se apresenta é a interdependência entre a violência elementar, a criatividade estratégica e a racionalidade política.

Traçar uma trajetória lógica, com base nas variáveis presentes e passadas, pode redundar em fracasso, pois não há indexador com capacidade para prever o futuro da violência armada, dentro do ambiente operacional dos cinco continentes.

À luz da doutrina de Mao Tse-Tung, líder comunista que se destacou como um respeitável teórico da arte da guerra, prosseguir retardando o curso dos acontecimentos, oferece uma oportunidade para se opor uma resistência armada bem-sucedida a um inimigo que é superior em recursos técnicos ou em sua organização militar (ACCIOLY, 2017).

O mapa do mundo encontra-se estabilizado desde o início dos anos de 1990, com a desmembração da URSS, contando hoje com cerca de 190 nações independentes. As transformações comuns, como os

desmembramentos e independências de regiões não ocorreram de forma significativa, nesse período (BORGES, 2014).

As nações passaram por grandes modificações, impulsionadas pelos vetores da globalização, avanços nas tecnologias da informação e da comunicação (TICs), diferenças culturais, políticas e econômicas e seus agravamentos.

4.1.1 Quantidade e qualidade dos conflitos

A primeira constatação perceptível refere-se à quantidade de conflitos que ocorreram nos últimos anos. Há mais conflitos armados no mundo atual, do que nos anos anteriores. Esse aumento diz respeito não apenas à quantidade, mas também à qualidade dos confrontos.

O término da Guerra Fria marcou o início de uma “nova era”, em termos de avaliação dos conflitos armados. De lá para cá, os conflitos aumentaram, mas deixaram de ser externos – internacionais. Hoje se observa isso ocorrer dentro dos limites territoriais dos Estados, podendo ser chamados de intraestatais. Em relação aos conflitos entre Estados ou interestatais, têm-se mantida a mesma frequência de antes de 1990 – não se alteraram.

Em todo o mundo, a lógica dos conflitos armados sofreu variações quali-quantitativas. Observam-se hoje um número maior de conflitos armados comparando-se a outros períodos históricos, porém com menor número de mortes. Também, os mecanismos de negociação têm conseguido solucionar muitas crises antes que estas desembocuem em situações de violência.

4.1.2 Necessidade de aperfeiçoar os critérios de diferenciar os partícipes em conflitos armados

Novos desafios se colocam para a questão dos conflitos armados. A preocupação de criar um novo sinal distintivo para as instituições

humanitárias, diferentemente da tradicional cruz vermelha, e do Crescente Vermelho, no caso dos países muçulmanos, além do Leão de Judá, possibilitou em 2006, com o Protocolo III às Convenções de Genebra, a aprovação de um distintivo em forma de diamante, para ser utilizado pelos países que não reconhecem os sinais protetores aqui assinalados (BORGES, 2014).

A questão cultural, como se percebe, sempre deve ser levada a efeito ao se pensar em quaisquer tipos de normas relacionadas como Direito Internacional público e seus braços de execução. Além disso, a preocupação da comunidade internacional em discutir o *status* do terrorista é uma tendência da atualidade, já que o mesmo não é reconhecido formalmente pelas Convenções de Haia e Genebra.

O terrorismo é uma situação de fato, não somente diante do DIH, mas também para a maioria das legislações dos países civilizados que ainda não se aperceberam da importância desse tema. Segundo Borges (2014), o terrorismo não é tratado como deveria. As pessoas veem o terrorista como uma espécie *sui generis* de insurgente. Ora é um combatente político, ora um combatente religioso, ora um combatente étnico. Em comum, erguem a bandeira que prega o radicalismo, por intermédio do uso da violência associada ao terror psicológico.

Para que seja possível enfrentar o terrorismo, é necessário resolver as diversas pendências e diferenças que o mundo conhece, desde sua criação, nos campos: religioso, da ética e da cultura. Assim, errou a sociedade internacional em menosprezar o problema, ou o fenômeno, do terrorismo internacional, antes do atentado às Torres Gêmeas, nos EUA, no ano de 2001. O terrorismo sempre foi uma ameaça à paz mundial, ganhando espaço, com a globalização. Infelizmente, vive-se nos dias de hoje em um ambiente reacional, em que as decisões mais importantes são tomadas somente após desastres, catástrofes e crises.

Rangel (2012) afirma que a distinção das garantias do universo das pessoas que merecem proteção especial, também deve ser aperfeiçoada.

Crianças, mulheres, idosos, religiosos precisam de dispositivos legais que atuem tanto em razão da situação – conflitos, como em razão da própria essência humana – em razão da natureza humana. A pressão – força protetiva – deve ser exercida em todas as direções e com igual intensidade.

Ainda segundo Rangel (2012), a guerra sempre foi vista como um monopólio. Entre os séculos XIV e XVII, na Europa, houve uma estreita aliança entre mercenários e bandidos. Parece que, no século XXI, o camaleão de guerra continuará em mutação, mas dessa vez olhando para o tempo passado, tentando se assemelhar, em muitos aspectos às guerras travadas entre os séculos XIV e XVII.

4.1.3 Reforma do conselho de segurança

Independentemente da representatividade dos países, do princípio da soberania horizontal pregada pela própria ONU, nem todos os Estados estão aptos a exercer o poder de decidir. Neste ponto, as Nações Unidas separaram bem as funções de “votar” e “decidir” – todos votam; poucos decidem.

A reforma do Conselho de Segurança deve ser abordada de duas formas: quantitativa e qualitativa. Em termos quantitativos, segundo Borges (2014), é possível constatar, facilmente, a disparidade do próprio Conselho de Segurança, como órgão que, apesar de o número de Estados-Membros ter sofridos acréscimos, desde a sua criação, de 52 para 191, continua restrito a poucos. Isto não deve mudar em curto prazo.

Existem argumentos que possam justificar esse fato. Com o término da II Guerra Mundial, as decisões mais importantes e o próprio destino das Nações Unidas foram traçados por um reduzido “Conselho”, que não era de “Segurança”, mas exercia seus poderes alinhados utilizando-se das mesmas premissas que são usadas hoje, formado pelos EUA, França, URSS, Inglaterra. Essa tradição continuou vigente, com poucas alterações (ACCIOLY, 2017).

Apesar da forte influência dos movimentos ocorridos nas décadas de 80 e 90, foi em 1963 que ocorreu a primeira mudança no Conselho, motivada pelo processo de descolonização e pela entrada de novos países integrando a ONU (ACCIOLY, 2017).

Foi ampliado o número de cadeiras no órgão em razão da aprovação pela Assembleia Geral, na qual, foram incorporadas mais quatro cadeiras não permanentes, passando de onze para quinze os assentos. Na prática – ou seja, na definição dos critérios para a tomada das decisões mais importantes –, muito pouco se mudou (FACCIOLI, 2015).

Alguns fatos marcantes ocorridos de 2003-2005 impulsionaram as discussões políticas e própria opinião mundial, acerca da necessidade de serem ampliados os números dos países que integram o Conselho de Segurança.

Em 2003, a crise provocada pela invasão do Iraque acabou por afastar os Estados Unidos em relação aos seus aliados europeus, principalmente, a França, a Itália e a Alemanha. O movimento de 2004, em que Brasil, Índia, Alemanha e Japão, o chamado G4, uniram esforços na promoção de uma reforma que contemplasse a ampliação das categorias de permanentes e não permanentes, com a inclusão de países em desenvolvimento em ambas, também surtiu efeitos positivos. Ainda, a Conferência dos países membros da União Africana, realizada na Suazilândia, em 2005, em que foi proposta a ampliação do Conselho para 26 membros, sendo que seis novos permanentes (dois para África, dois para Ásia, um para América Latina e um para a Europa Ocidental), também foi um marco importante (ACCIOLY, 2017).

Em termos qualitativos, o Conselho de Segurança da ONU está sendo criticado pela imparcialidade e impessoalidade nas suas principais decisões. O cenário internacional está exigindo uma nova estrutura institucional, não centralizada, mas sim, organizada, igualitária e, principalmente, consensual. O mundo hoje está carente de bom senso e de muito consenso.

Conforme elucida Accioly (2017), pode-se falar em três direções que materializam o desejo de modificação qualitativa no Conselho de Segurança da ONU. A primeira é a necessidade de dar, dentro do possível, maior representatividade igualitária aos seus membros; a segunda refere-se ao processo de decisão, que deve ser instruído com maior transparência, objetividade, legalidade e divulgação; o terceiro, e ao que tudo indica o mais importante, refere-se à necessidade de revigorar os demais órgãos, a Assembleia Geral e o Conselho Econômico e Social.

Do trabalho desses órgãos dependerá a maior estabilização socioeconômica das Nações Unidas. Onde há estabilidade, não há agressão, ameaças ou rupturas da paz.

4.1.4 Implementação de agenda da paz

O surgimento das medidas que constam na Agenda de Paz pode ser considerado como um dos mais importantes avanços do DIH, no final do séc. XX. A consciência de que o DIH não pode atuar isoladamente, em meio ao complexo quadro de desorganização, destruição e desestabilização dos Estados, causados pelos conflitos armados, demorou em amadurecer.

Segundo Mazzuoli (2013), a vertente humanitária apenas pode ser limitada pelo próprio direito, uma vez que sua projeção é ampla e indistinta. Os conflitos armados são tumores – doenças que merecem tratamento a curto e médio prazos. O recurso jurídico – DIH – é importante, mas insuficiente.

Além dele, outros segmentos e setores devem atuar, nos seus respectivos campos de competência, dentro de um planejamento conjunto e coordenado de recuperação política, econômica, diplomática, entre outros.

Por fim, há que se falar na globalização, avanço tecnológico e seu impacto no DIH. É o que será abordado a seguir.

4.1.5 Globalização e avanço tecnológico

A incapacidade de dialogar e reduzir diferenças, quer sejam nos campos políticos, econômico ou social, tem sido um dos motivos por meio dos quais é possível explicar o grande número de conflitos duradouros.

Nos dizeres de Borges (2014), outra razão pela qual a guerra contemporânea dura muitos anos é a forma como as forças ou grupos armados desenvolvem suas operações. A iniciativa, em regra, é do guerrilheiro ou do rebelde. Eles podem controlar o ritmo e a intensidade dos combates, mesmo sendo inferiores em quantidade e não possuírem os melhores equipamentos, armas e munições.

Os combates, segundo acrescenta Accioly (2017) são planejados e conduzidos não para conquistar terreno ou posições geográficas, mas voltados para desgastar a força adversária, intimidar a população, causar pânico, entre outros objetivos.

Os mesmos autores acrescentam que a superioridade numérica representa para os grupos armados uma possibilidade de se organizarem melhor, preferencialmente, longe dos centros importantes do Estado, ditando regras, escolhendo o melhor momento e lugar para atuar (ACCIOLY, 2017). Tornam-se atores principais das guerras.

A forma como os EUA alcançaram notória superioridade em termos de poderio bélico, nas últimas décadas, se deve, em grande parte, à sua capacidade de tirar vantagem de várias oportunidades apresentadas para acelerar o ritmo de eventos em diferentes níveis de combate.

Parafraseando Virilio (1995), Faccioli (2015) explica que o desenvolvimento constante da guerra segue os imperativos de aceleração e que, em qualquer conflito, será vencedor aquele que tem o maior potencial de gerar velocidade nas operações e a capacidade de usá-la de forma eficaz. No entanto, a metáfora de Clausewitz, ligando o camaleão à guerra, é um aviso de que a história da guerra não segue um modelo padronizado de

desenvolvimento unidirecional, geralmente com base em avanços técnicos. A guerra hoje está sujeita a interações muito mais complexas de fatores.

A aceleração tem o seu preço: envolve aumento dos custos de logística, reduzindo-se, proporcionalmente, o número de forças de combate; aumento crescente dos custos para equiparar a força com armas e equipamentos modernos; e, por fim, a vulnerabilidade e a exposição desnecessária de tropas (ACCIOLY, 2017).

A globalização e o desenvolvimento tecnológico como um todo serviram e ainda servem à guerra. Mas o processo de globalização também atingiu outras esferas dentro do quadro beligerante: “a guerra deixou de ser um filme reservado, secreto para tornar-se um noticiário ou série permanente, acompanhado em tempo real, por todas as culturas do Planeta” (FACCIOLLI, 2015, p. 234).

O ato de praticar a guerra sem uma justificativa realmente válida vai se tornar mais difícil ao longo do século XXI, porque os avanços nos meios de comunicações permitem que a informação chegue mais rapidamente até a sociedade. O interessante é que, mesmo com esforço dos serviços de inteligência na tentativa de impedir que os aspectos negativos da guerra venham a aparecer, tais serviços não conseguem o sucesso total, de forma que acaba chegando uma ou outra informação que possa vir a comprometer os líderes políticos em relação ao fato de estarem em guerra.

Segundo Borges (2014), o século XXI nos mostra uma importante lição, em que se percebe que uma coisa era se praticar a guerra nos padrões antigos em que as decisões políticas prevaleciam e se podia maquiagem de certa forma o que realmente acontecia no *front*; outra coisa é se praticar a guerra na qual imagens de crianças correndo nuas estão correndo sob o efeito de armas químicas. Principalmente depois da segunda metade do século passado, a globalização praticamente habilitou a guerra a entrar no cotidiano das pessoas. Mesmo que estas estivessem a centenas de milhares de quilômetros dos conflitos, elas podiam acompanhar o dia a dia da guerra pelo uso dos meios de comunicação.

Um bom exemplo seria a guerra do Iraque. Nesse conflito, a guerra mais do que nunca entrou no cotidiano das pessoas, que podiam acompanhar ao vivo pela TV o que acontecia no conflito disputado entre EUA e Iraque.

O mundo depara-se hoje com dois vírus perigosos: o terrorismo e a ganância e não se duvida que coisa pior venha por aí.

5 CONCLUSÃO

A guerra sempre acompanhou a sociedade. Desde os mais remotos tempos se tem notícia de conflitos, disputas territoriais, religiosas, étnicas, enfim, diversos motivos levaram e levam o homem a combater. Ainda que, por um momento passado, esse combate tenha ocorrido em caráter particular, quando aconteciam as guerras privadas, o representado na luta sempre foi o Estado, e embora as condutas de seus agentes fossem questionadas, raramente esses agentes eram punidos, eis que a máxima de que “na guerra vale tudo” era o imperativo.

Com a evolução dos tempos, das ideias, da sociedade de maneira geral, a guerra é apenas o último recurso. Se antes qualquer coisa era resolvida à força, hoje em dia, pelo menos sob a égide do Direito Internacional Público, a guerra é a última opção dos Estados, o último modo de se resolver alguma polêmica entre as nações.

A se pensar por essa teoria, a guerra seria quase inexistente, mas infelizmente não é essa a realidade que se apresenta. Um sem-número de conflitos acontece ao redor do mundo, sejam estes entre Estados, entre facções dentro de um mesmo Estado, entre grupos étnicos diferentes quanto à origem, enfim, qualquer diferença de pensamento é motivo para que um conflito se inicie. Muitos presumem que nesse tipo de situação, nenhuma norma de Direito seria eficaz; afinal, é do conhecimento comum que a guerra é desumana, e como tal, a ela não se podem limitar condutas ou se imporem limites. Ainda que os mais céticos defendam essa ideia, se realmente nada

conduzisse às ações de guerra, a humanidade estaria condenada ou já teria sido levada ao extermínio.

Em razão da necessidade óbvia de se estabelecer que regras devem conduzir as ações dos combatentes, surge o DIH. Antes de qualquer discussão sobre a definição desse ramo do Direito, se serve somente para limitar as condutas dos Estados ou se efetivamente é o indicador de como devem ser conduzidos os ataques, há que se lembrar, acima de tudo, de que o DIH é o direito que regulamenta o direito de proteção reservado à vítima de guerra.

Duvidar que a vítima de guerra teria direito a essa proteção é ignorar que há um sistema de normas internacionais positivadas que lhe garante proteção ante às ações dos Estados envolvidos em conflitos armados. Não se pode, portanto, retirar das vítimas de guerra o direito à assistência humanitária.

Apresentando-se de forma lateral ao Direito de Guerra, ao contrário deste, que se dirige somente às relações entre os Estados combatentes e seus efetivos, o Direito Humanitário relaciona a conduta dos Estados não somente quanto a disposições específicas de combate, como à exigibilidade (hoje discutida) da declaração de guerra.

Como apresentado ao longo desta pesquisa, o Direito de Guerra é mais amplo que o Direito Humanitário, e ambos não se confundem, sendo esta uma das primeiras conclusões a que se deve chegar.

Os Estados internamente devem estar comprometidos com a aplicação do DIH, o que significa dizer que as legislações internas podem e devem ser adaptadas a fim de que sejam cumpridos os compromissos internacionais assumidos pelos Estados em matéria humanitária.

Por fim, conclui-se que, não obstante as normas de Direito Internacional que visam frear os abusos em guerras e conflitos armados, o direito não dispensa uso da força, e se funda no direito do mais forte, o qual nem sempre coincide com o direito do mais justo. No caso dos conflitos armados, a busca do direito do mais forte não ocorre por meio de leis, mas de

armas, e não há busca pelo direito do mais justo. Com isso o próprio estabelecimento do pacifismo jurídico entra em xeque, bem como a estabilidade da sociedade civil já que o raio de alcance dos conflitos pode trespassar o pacto de associação e reescrever o pacto de submissão. Tendo em vista o cenário do século XXI, esta discussão está apenas começando.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, H. *Manual de direito internacional público*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

ARENDDT, H. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

BORGES, L.E. *O Direito Internacional Humanitário*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BYERS, M. *A lei da guerra: direito internacional e conflito armado*. Rio de Janeiro: Record, 2007.

CANÇADO TRINDADE, A.A. *A humanização do Direito Internacional*. 2 ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2015.

CASEY-MASLEN, S. The use of nuclear weapons under rules governing the conduct of hostilities. In: NYSTUEN, G; CASEY-MASLEN, S; BERSAGEL, A.G. (Org.). *Nuclear weapons under international law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 91-127.

CHEREM, M.T.C.S. *Direito Internacional Humanitário*. Curitiba: Juruá, 2003.

CINELLI, C.F. *Direito Internacional Humanitário*. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2016.

- FACCIOLLI, A.F. *Direito Internacional Humanitário*. Curitiba: Juruá Editora, 2015. v. 1.
- JOMINI, A.H. *Evolução da Arte da Guerra e do Pensamento Militar*. Rio de Janeiro: ECEME, 2006.
- KEEGAN, J. *Uma história da guerra*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- MARQUES, H.S. *Direito internacional humanitário: limites às operações militares*. 2004. 142 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Militares). Rio de Janeiro, Escola de Comando e Estado-Maior do Exército.
- MAZZUOLI, V.O. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: RT, 2013.
- MELLO, C.D.A. *Direitos humanos e conflitos armados*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
- RAMINA, L; FRIEDRICH, T.S. *Direitos humanos, guerra e paz*. Curitiba: Juruá Editora, 2014. v. 3. Coleção Direito Internacional Multifacetado.
- RANGEL, V.M. *Direito e Relações Internacionais*. São Paulo: RT, 2012.
- REALE, M. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5. ed. São Paulo: 1994.
- SWINARSKI, C. *A norma e a guerra*. Buenos Aires: CICR, 1991.
- SWINARSKI, C. *Introdução ao Direito Internacional Humanitário*. Brasília: Comitê Internacional da Cruz Vermelha, 1996.
- VASCONCELOS JR., W.B.V. *A influência do direito internacional dos conflitos armados nas operações militares da atualidade*. 2007. Dissertação (Mestrado em Ciências Militares) – Escola de Comando e Estado-Maior do Exército, Rio de Janeiro, 2007.
- WALZER, M. *Guerras justas e injustas: uma argumentação moral com exemplos históricos*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Os “Sistemas de Combate Totalmente Autônomos” e as implicações do seu uso para o Direito Internacional Humanitário

Alexandre Peres Teixeira

Capitão-de-Mar-e-Guerra (FN-RM1).

Professor de Direito Internacional Humanitário.

Mestre em Ciências Navais pela Escola de Guerra Naval. Doutorando do Programa de Pós-graduação em Direito do UniCEUB.

Data de recebimento: 12/08/2021

Data de aceitação: 12/08/2021

RESUMO: Com o desenvolvimento da Inteligência Artificial (IA) e sua utilização em sistemas de combate, surgiram questionamentos de ordem ético-jurídica, que aquecem os debates na Academia. Neste caminho, existe a real possibilidade de que tais sistemas sejam dotados, por meio do emprego da IA, com a capacidade de controle total do ciclo de decisão sobre o uso da força letal contra seres humanos. Tal possibilidade levanta sérias dúvidas sobre a capacidade de tais sistemas respeitarem os princípios do Direito Internacional Humanitário (DIH), principalmente naquilo que concerne à Distinção, Proporcionalidade, Necessidade Militar, Limitação e Responsabilização do Comando. Desta forma, o presente artigo propõe uma discussão sobre as consequências jurídicas do emprego de IA em Sistemas de Combate Totalmente Autônomos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional Humanitário. Ciberespaço. Inteligência Artificial. Conflitos Armados.

ENGLISH

TITLE: “Fully Autonomous Combat Systems” and the Implications of their Use for international Humanitarian Law.

ABSTRACT: With the development of Artificial Intelligence (AI) and its use in combat systems, ethical-juridical questions arose that populate the debates in the Academy. In this way, there is a real possibility that such systems are endowed, using AI, with the full capacity of full control of the decision cycle on the use of lethal force against human beings. Such conduct raises serious doubts about the ability of such systems to respect the principles of International Humanitarian Law (IHL), especially about Distinction, Proportionality, Military Necessity, Limitation and Accountability of Command. Thus, this article proposes a discussion on the legal consequences of using AI in Fully Autonomous Combat Systems (FAWS).

KEYWORDS: International Humanitarian Law. Cyberspace. Artificial Intelligence. Modern Warfare.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 O conflito armado moderno – 2.1 Tecnologia: a última fronteira do combate – 2.2 O homem versus a máquina – 3 Os Sistemas Totalmente Autônomos de Armas (FAWS) e a adesão ao direito internacional humanitário – 3.1 A implementação dos FAWS e os conflitos com o DIH – 3.2 O Princípio da Responsabilização do Comando por ações cometidas por meio do uso de FAWS – 4 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Para Draper (1979. p. 10), “a dicotomia entre os propósitos do direito da guerra e a natureza da guerra é, provavelmente, o mais agudo ponto de tensão entre o direito e a vida”. Apesar da natureza paradoxal de ambos os

conceitos, no século XXI, tendo em vista a evolução do poder letal dos meios de combate, o direito atua como elemento de moderação e limitação, possuindo um valor inestimável para a história dos conflitos armados. Sem ele, a raça humana certamente já estaria extinta.

Muito se fala em Inteligência Artificial (IA), entretanto, para efeito deste artigo¹, a IA se refere a uma tecnologia transversal, que tem como propósito dotar computadores, por meio da utilização de uma grande quantidade de dados (denominada na literatura como *big data*), com capacidades computacionais apropriadas e processos específicos de análise e decisão, para que possam alcançar realizações que se aproximam da capacidade humana, ou até mesmo a supere.

Com a chegada da IA e seu uso na condução dos conflitos armados², mais um fator complexo foi adicionado ao binômio “guerra e direito”. Nos conflitos do presente e do futuro existe um trinômio causando preocupação nos juristas, militares e tomadores de decisão, em todo o planeta. Este trinômio é formado pelas estruturas de conhecimento que englobam a guerra, o direito e a tecnologia da informação e comunicação (TIC).

O foco deste artigo será o de abordar as questões controversas relacionadas ao Direito Internacional Humanitário (DIH) que poderão surgir com o emprego de sistemas autônomos baseados em IA, no curso dos conflitos armados. Neste sentido, o artigo tem como propósito discorrer sobre a utilização da IA nos Sistemas Totalmente Autônomos de Armas (doravante

¹ Ver; HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. *Inteligência Artificial como oportunidade para a regulação jurídica*. Direito Público, [S.l.], v. 16, n. 90, dez. 2019. p. 2.

² O conceito de uma arria de titânio e alumínio dotada de câmeras de vigilância e repleta de explosivos foi desenvolvido na Turquia. Um drone tipo morcego foi projetado por cientistas norte-americanos. Enxames de nanodrones, não maiores que insetos e capazes de atacar em grupos e independentemente, são testados pelo Exército dos EUA. No lado chinês, há grupos de robôs, semelhantes a cardumes de peixes, que são liberados em mar aberto. “Doggo”, a pequena máquina israelense montada em lagartas e armada com uma pistola 9mm; Spot, o “cão robô” que acompanha os marines norte-americanos; ou Uran-9, um tanque russo armado pilotado à distância e já posicionado na Síria. Sem esquecer o soldado SGR-A1, um robô militar sentinela desenvolvido pela Samsung que vigia a fronteira entre as Coreias do Sul e do Norte. Ele é capaz de detectar alvos e disparar automaticamente (SIMPERE, 2018, p. 2).

denominado FAWS - *Fully Autonomous Weapons Systems*) e as consequências jurídicas do emprego de tais sistemas, durante os conflitos armados, focando na capacidade de tais sistemas respeitarem os princípios do DIH, principalmente naquilo que concerne aos princípios jurídicos da Distinção, Proporcionalidade, Necessidade Militar, Limitação e Responsabilização do Comando.

Para atingir seu propósito, o autor seguirá o seguinte caminho: na primeira Seção serão abordadas as peculiaridades do conflito armado moderno, por meio de uma reflexão sobre as nuances do emprego da tecnologia na condução de tais conflitos e o consequente dualismo entre o homem e a máquina; na segunda Seção serão tratadas as questões do emprego dos FAWS e os prováveis reflexos deste emprego na aderência de tais sistemas aos princípios do DIH supramencionados; e, por derradeiro, seguirá uma síntese em forma de conclusão.

2 O CONFLITO ARMADO MODERNO

2.1 Tecnologia: a última fronteira do combate

Desde as “Falanges Gregas”³ até a mais recente concepção de aplicação de poder de combate dos Estados Unidos da América (EUA), a temível *Shock and Awe*⁴, implementada na segunda guerra do Golfo⁵, a

³ A formação de combate das “Falanges Gregas” é um dos primeiros exemplos, na história da guerra, de uma formação de combate organizada.

⁴ A doutrina do “choque e pavor” se constitui na aplicação total do poder na área de operações, com uma forte intensidade e de uma maneira extremamente rápida e inequívoca, seria o objetivo fundamental desta doutrina, sempre buscando causar um colapso total no sistema de defesa do inimigo, paralisando-o e impedindo-o de interferir proibitivamente na manobra (KAGAN, 2003, p. 8).

⁵ A Guerra do Golfo impulsionou e popularizou o emprego das chamadas armas inteligentes, notadamente bombas guiadas a laser e mísseis de cruzeiro, especialmente o *Tomahawk*. Além do investimento em armas inteligentes, alguns blindados *M-60* foram convertidos em sistemas não tripulados, para remoção de minas, e um pequeno número de aeronaves *Pioneer* foi utilizado pela Marinha americana. (FERREIRA, 2017, p. 71).

guerra acompanha a história do homem. Mello (2001) a define como “uma luta armada entre Estados, desejada ao menos por um deles e empreendida tendo em vista um interesse nacional” (MELLO, 2001, p. 1412). Esta prática se incorporou ao cotidiano do planeta e com o passar do tempo foi se tornando progressivamente mais violenta.

Para Ferreira (2017), a tecnologia governa a guerra e, desta forma, todo o universo que permeia o conflito militar está sujeito a transformações geradas pela tecnologia: “causas e objetivos; planejamento, execução e avaliação; estratégia e operações; logística; cadeias de comando e controle; etc.” (FERREIRA, 2017, p. 35).

O uso da tecnologia⁶ para a condução dos conflitos armados tem como principal finalidade reduzir a participação⁷ do ser humano nas ações de combate, diminuindo assim o número de baixas e a possibilidade de danos colaterais; aumentar a eficiência e precisão dos meios de combate; empregar o poder de combate de forma seletiva e aderente ao DIH; e diminuir o tempo de reação dos comandantes militares empenhados nas tarefas de campo.

A cada surgimento de uma nova forma ou meio de combate que possa atribuir vantagem tática e estratégica a um determinado Estado, surge aquilo que os estudiosos militares denominam de “Revolução nos Assuntos Militares” (RAM). Segundo Duarte (2012), o surgimento de uma RAM, para a era contemporânea, pode ser observado em dois momentos⁸ distintos. O primeiro momento, o autor afirma que ocorreu com o processo de

⁶ Poucos anos depois da estreia do *Tomahawk*, na Guerra do Golfo, os primeiros *Predators* e *Global Hawks* entraram em operação no Kosovo. Desde então, os investimentos militares em *Unmanned Aerial Systems-UAS* e a centralidade e importância de TIC na conduta da guerra não pararam de crescer. Além disso, os programas para o desenvolvimento de tecnologias robóticas foram aos poucos ganhando maior aceitação entre os militares (FERREIRA, 2017, p. 76).

⁷ Entre 1950 e 1995, o número de baixas, civis e militares, na guerra, diminuiu cerca de 82%. Levando-se em consideração que a prática da guerra tem sido historicamente determinada por avanços tecnológicos, uma possível conclusão é que no futuro, com um maior uso da tecnologia em combate, este número tende a diminuir ainda mais (FERREIRA, 2017, p. 46).

⁸ Ver DUARTE, Érico. *Conduta da Guerra na Era Digital e Suas Implicações para o Brasil: Uma Análise de Conceitos, Políticas e Práticas de Defesa*. Rio de Janeiro: Ipea, 2012.

transformação da doutrina militar, decorrente do advento das armas nucleares e do consequente processo dissuasório, que perdurou durante o período da guerra fria. O segundo momento estaria relacionado à primeira guerra do Golfo Pérsico, que apresentou para o mundo ações de combate cinematográficas, transmitidas em tempo real, com uma dinâmica que ficou conhecida como “Efeito CNN”⁹.

Não se consegue falar sobre tecnologia aplicada ao combate, sem abordar o portfólio militar da grande potência militar dos séculos XX e XXI. A superioridade tecnológica demonstrada pelos EUA, durante a campanha da *Desert Storm*, simbolizou a entrada, inequívoca, da tecnologia em apoio ao emprego de força militar. Da mesma forma, a guerra centrada em redes¹⁰ e a doutrina da força sobrepujante¹¹, colocadas em prática na segunda campanha do golfo pérsico, com o nome de doutrina do “choque e pavor”, foram demonstrações claras do que viria a ser a guerra no século XXI.

Para que a nova doutrina de emprego de força dos EUA pudesse ter sucesso, com a realização de ataques precisos, por meio do largo emprego de mísseis, “o foco do processo estaria, pela primeira vez, no componente lógico – o *software* – do processo de transmissão de dados” (FERREIRA, 2017, p. 51). Em continuação, a transição para o aparato de guerra pautado, basicamente, em suporte tecnológico, ficou nítida com o emprego dos

⁹ A possibilidade de transmissão, por parte da mídia televisiva, das ações militares da primeira guerra do Golfo, em tempo real, ficou popularmente conhecida como Efeito CNN.

¹⁰ A *Network Centric Warfare* (NCW) trata-se de mais uma sofisticação da guerra moderna, criada pelos EUA. Tal estrutura de rede é capaz de integrar o elemento mais básico de um Teatro de Operações Militares, por exemplo, o soldado, ao nível mais elevado do processo decisório daquele teatro. Utilizando-se de um ultramoderno aparato tecnológico que, em nada, faz lembrar os dardos, pedras e flechas empregadas como armas de guerra na antiguidade, tal capacidade aumenta a rapidez do fluxo de decisões através dos campos de batalhas (TEIXEIRA, 2006, p.21).

¹¹ Doutrina da Força Sobrepujante ou Doutrina Powell preconiza que se deve privilegiar o emprego de armas de precisão, de Forças Especiais, de operações psicológicas e de integração operacional da força, proporcionando velocidade e poder de manobra (TEIXEIRA, 2006, p.24).

drones¹² na caçada aos componentes das grandes redes de terrorismo, no Oriente Médio.

Constata-se que a estratégia de imposição de superioridade tecnológica, aplicada ao emprego de força militar, inaugurou uma nova era para os conflitos armados. Não apenas a possibilidade de redução das baixas humanas, mas a real diminuição dos danos colaterais indiscriminados elevaram a realidade da guerra a outro patamar. Com a entrada definitiva da TIC, principalmente aquela que sustenta o paradigma da IA, foi aberto o caminho para transformação da ficção em realidade: a robotização da guerra, com a consequente substituição do homem nos campos de batalha.

2.2 O homem versus a máquina

A principal preocupação dos especialistas céticos, que não acreditam nas vantagens trazidas pela 4ª Revolução Industrial, diz respeito à possibilidade de os robôs, dotados de IA, desenvolverem sua própria capacidade cognitiva sobre o mundo e adquirirem consciência sobre suas condições existenciais. Outros especialistas se preocupam com o poder que as grandes corporações e o setor militar terão sobre os robôs superinteligentes e que, desta forma, poderão vir a escravizar grande parte da população pobre e hipossuficiente, incapaz de enfrentar tal ameaça, além disto, esse poder concentrado teria o potencial para gerar formas pós-modernas de colonialismo. (ALVES, 2017, p.4).

¹² Sistemas robóticos aéreos (UAS) são notadamente os robôs militares mais populares no mundo inteiro. Atualmente, cerca de setenta países empregam cinquenta e seis tipos diferentes de UAS em operações militares, sobretudo de reconhecimento de inteligência, segundo relatório do *Government Accountability Office (GAO)* estadunidense e dados do *International Institute for Strategic Studies*. Naturalmente, nem todos os países possuem sistemas armados. Contudo, não é novidade que drones já têm sido usados como vetores de emprego da força. A legalidade e moralidade de assassinatos seletivos perpetrados pelos Estados Unidos em lugares como o Afeganistão, o Iêmen e a Somália como parte da Guerra ao Terror, por exemplo, têm ganhado destaque recorrente na mídia e, recentemente, em organizações internacionais. (FERREIRA, 2017, p. 91).

Entretanto, ao se considerar a capacidade tecnológica disponível atualmente, surge um alívio provisório para os céticos, pois a criação de uma IA semelhante à dos seres humanos ainda está muito distante de ser realidade e só poderia ser atingível com o uso de um “computador de tamanho de uma sala ou por meio de processadores quânticos, em temperaturas abaixo de zero” (HURST, 2018, p. 42), o que seria inviável para ser instalada em um robô com dimensões similares a de um humano. Apesar disto, a entrada¹³ da IA no mercado milionário da morte já se tornou um fato consumado. Sob a justificativa respaldada na necessidade de diminuição, ou até mesmo a eliminação total da perda de vidas nas ações de combate, a robotização do campo de batalha já é uma realidade.

Mas antes que isso ocorra de forma efetiva e indiscriminada, os países que advogam pela utilização de tais meios de combate terão que convencer os organismos internacionais, que fiscalizam a aderência de novos armamentos ao DIH, de que tal empreitada é possível de ser realizada com segurança.

Porém, independentemente de quando, acredita-se que haverá um período de transição, antes da IA ser exatamente equivalente à inteligência do ser humano. Até esse dia chegar, as nações farão uso de sistemas autônomos ou semiautônomos de armas, no curso dos conflitos armados, em decorrência das vantagens táticas advindas do emprego de tais sistemas (HURST, 2018, p. 43).

Uma evidência de que a aplicação da tecnologia em proveito da guerra¹⁴ já se trata de um caminho sem volta é o notável crescimento do

¹³ As estimativas periciais variam muito sobre quando aparecerá a inteligência artificial semelhante à dos seres humanos. Em 2012, analistas do *Machine Intelligence Research Institute* examinaram 257 previsões literárias, feitas por especialistas e não especialistas, sobre quando as máquinas atingiriam o desempenho cognitivo comparável aos seres humanos. As previsões variam entre 1980 e além de 2100. A maioria ficou entre 2020 e 2060. Nenhum consenso de peritos existe sobre a data da chegada da IA comparável aos seres humanos, tampouco há uma definição precisa do termo (HURST, 2018, p. 42).

¹⁴ Este tipo de emprego para as máquinas tem gerado ceticismo na comunidade internacional. A ONU já possui um grupo de especialistas exclusivamente dedicado ao tema. Existe uma real

mercado de robótica¹⁵ militar que está estimado a passar de 16,8 bilhões de dólares, em 2017, para mais de 30 bilhões, em 2022. Tendo um incremento de quase 13%. O impacto direto no mercado internacional de defesa, atualmente liderado por grandes fabricantes, como as americanas *Lockheed Martin* e *Northrop Grumman*, deverá ser notado com o surgimento de novos concorrentes de peso. Estima-se que até o início da próxima década, as empresas com faturamento abaixo de 100 milhões de dólares poderão representar 25% desse mercado (KATO, 2018, p. 3).

Na contramão de toda euforia, Noel Sharkey, professor de robótica na Universidade de Sheffield e presidente da ONG “Comitê Internacional para o Controle de Armas Robóticas”, acredita que existe a necessidade urgente de atualização dos tratados internacionais, principalmente no direito de Genebra, que não foi construído para um mundo com conflitos armados sendo travados com a utilização de robôs militares (KATO, 2018, p. 4).

Para aqueles que defendem o emprego dos sistemas autônomos de armas, com base na crítica ao comportamento ético de alguns soldados americanos durante os combates em diversos conflitos armados, Sharkey (2012) afirma que seria um grave erro tentar substituir seres humanos, dotados de qualidades morais moldáveis, por máquinas insensíveis, dotadas de IA. Ao contrário, o autor advoga pela possibilidade de investimento no treinamento dos soldados humanos, de forma que suas qualidades éticas e morais possam ser preservadas, mesmo diante das difíceis situações do combate cerrado.

O foco da crítica é a crença na ideia de a máquina não será capaz de agregar valores morais que contribuam para que este soldado-robô tenha

preocupação com uma grande corrida armamentista, voltada para a produção de robôs de guerra (KATO, 2018, p. 4).

¹⁵ Segundo Stuart Russell, professor de ciência da computação e inteligência artificial na Universidade da Califórnia, em Berkeley, robôs são uma ótima opção para o cumprimento de missões militares, mesmo que para isso seja necessário transpor barreiras éticas e físicas. Para o especialista, a principal discussão, em relação ao desenvolvimento da tecnologia, seria fazer com que as máquinas assimilassem valores humanos e isto seria uma tarefa muito desafiadora para os projetistas (KATO, 2018, p. 3).

iniciativa para melhor cumprir as intenções do comandante. Para essa parte da crítica, o fator humano, em situação de combate cerrado, se trata de algo insubstituível. A capacidade de decisão de um ser humano influencia o ciclo da decisão, devido à percepção da situação enfrentada e à análise dos fatores que possam levar ao cumprimento da missão do comandante. Acredita-se que as máquinas não terão tal capacidade (CORN, 2014, p. 27).

Ademais, a construção da relação de confiança entre comandante e subordinado é um dos principais desafios da missão de comando. A edificação da coesão das equipes é um fator de sucesso para o cumprimento de missões em campo. A capacidade de adaptação do ser humano é algo único. A versatilidade da sincronia das ações executadas por soldados, no sentido de harmonizar o emprego da força juntamente com seus pares, tendo como guia a coordenação do comandante, é algo de extrema importância para o sucesso de um combate (CORN, 2014, p. 28).

É fato que existem teóricos, como Arkin (2009), que acreditam que robôs possam vir a ter emoções, o que poderá causar um desempenho ético superior ao dos soldados humanos, em combate (ARKIN, 2009, p. 47). Devido a este tipo de inferência, muitas pessoas acreditam que as máquinas possam vir a ter raciocínio moral e ético durante um conflito armado. Para essas pessoas, além das máquinas serem melhores que os soldados, em combate, também poderiam ser mais “humanas” (SHARKEY, 2012, p. 793).

Mas certamente a sugestão de que os robôs possam ser mais humanos do que os próprios seres humanos, em uma situação de combate, é uma atribuição estranha a ser feita sobre as máquinas. Os seres humanos podem aplicar a tecnologia humanamente, mas não faz sentido falar que um objeto inanimado é humano. Essa é uma propriedade exclusiva de ser humano. Caso fosse factível, tal fato implicaria que “um robô pudesse mostrar bondade, misericórdia ou compaixão ou que possua valores humanísticos” (SHARKEY, 2012, p. 793).

O intenso processo de preparação de um soldado profissional o condiciona a empreender respostas baseadas em seus instintos. Uma vez

expostos a situações de combate cerrado, o tempo de reação exigível, na maioria dos casos, não permite que a resposta empreendida seja puramente racional. Porém, mesmo em suas respostas instintivas, o treinamento minucioso o prepara para estar sempre em consonância com a ideia de manobra de seus comandantes e, além disto, em perfeita harmonia com as exigências do DIH.

Além da equalização técnica, física e emocional, o treinamento militar tem o objetivo de dar autoconfiança ao soldado e fazer com que ele tenha confiança também na cadeia de comando a qual pertence. A relação superior / subordinado é a essência da atividade militar e seu foco é fazer com que cada soldado, em cada nível hierárquico, possa, com lucidez, obedecer a ordens e utilizar a força letal, sempre voltado para o cumprimento de uma missão que esteja em consonância com o emprego do DIH (CORN, 2014, p. 11).

Em relação aos sistemas autônomos de armas, a relação de subordinação entre superior e subordinado deverá funcionar de forma diferente. O processo de influência no quadro de decisão de um FAWS não guarda semelhança com aquele utilizado para influenciar o comportamento de um soldado. Neste mesmo caminho, a dinâmica de construção de raciocínio cognitivo é totalmente diferente, tanto em relação ao soldado, como em relação ao FAWS (CORN, 2014, p. 12).

Deve-se observar que, muito além da construção do temor senhorial e do desenvolvimento de uma agressividade latente, os comandantes, responsáveis pela formação de um soldado, solidificam uma cultura de obediência aos ditames do DIH. Tudo isto faz parte de um processo minucioso de preparação, ao qual o soldado é exaustivamente submetido, inclusive com o treinamento árduo de reflexos instintivos. Tal cuidado é devido, pois pelo resultado de um mau treinamento, os comandantes podem responder criminalmente por desrespeito ao DIH, em decorrência de atos de seus subordinados.

Exatamente em relação à construção de aspectos intangíveis do comportamento humano, reside a grande diferença entre a preparação de um sistema autônomo de armas e um soldado profissional. Não existe, ainda, um algoritmo que seja capaz de internalizar aspectos como ética no combate, liderança, temor senhorial, medo da incerteza, sono, fome, cansaço e outros mais, que são inerentes e exclusivos dos seres humanos.

Ao contrário do que fazem com os soldados, os comandantes provavelmente não conseguirão desenvolver a capacidade de raciocínio cognitivo nas armas autônomas, apenas as utilizarão para um efeito desejado previamente estabelecido em seu *software*. No caso dos FAWS, a IA vai ditar o raciocínio cognitivo da máquina autônoma, deixando os comandantes fora desse processo (CORN, 2014, p. 13). Neste caminho de tecnologia, só restará ao comandante crer na capacidade de a IA imprimir um raciocínio cognitivo que seja capaz de respeitar o DIH, caso contrário, ele será responsabilizado, solidariamente, pelas violações ao DIH, cometidas pelo FAWS.

3 OS SISTEMAS TOTALMENTE AUTÔNOMOS DE ARMAS (FAWS) E A ADESÃO AO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO

3.1 A implementação dos FAWS e os conflitos com o DIH

O ser humano tem a característica de estar sempre procurando quebrar seus próprios limites. Desta forma, a inovação tecnológica é exatamente o fruto mais útil dessa incansável busca. Ao tentar esclarecer sobre a gênese das pesquisas sobre a IA, Ferreira (2017) afirma que dos estudos da robótica e da IA surgiram modelos conhecidos como “paradigmas da robótica”, que na verdade são modelos mentais que permitem a compreensão do funcionamento de um robô. Para o autor, “tais paradigmas estão baseados na ideia de que as máquinas inteligentes devem receber programação para que atuem em um ciclo contínuo de coleta e

processamento de informações” (FERREIRA, 2017, p. 82). Em suma, tal ciclo sintetiza a capacidade da máquina “sentir, planejar e agir”.

Portanto, a capacidade da máquina de "sentir, planejar e agir" traduz as premissas fundamentais de uma definição primitiva de robô. “Sentir” estaria relacionado à capacidade da máquina coletar informações do ambiente, por meio de seus sensores. “Planejar” estaria relacionado com a possibilidade de a máquina antecipar os resultados possíveis de suas ações, ao mesmo tempo em que busca a sequência ótima de ações para atingir a meta desejada. Finalmente, “agir” estaria relacionado à capacidade de o robô ser capaz de modificar seu ambiente para atingir tal meta (FERREIRA, 2017, p. 82).

O nível de autonomia de uma máquina está também relacionado com o grau de inteligência a ela atribuída. Além do componente da IA, o sistema robótico vem acoplado a um corpo material mecânico e não biológico (FERREIRA, 2017, p. 87). O que faz o robô ser diferente de um computador é exatamente a presença desse corpo mecânico.

Em relação à autonomia atribuída a um determinado sistema robótico, cabe ressaltar que o processo decisório de um FAWS está diretamente relacionado com os algoritmos¹⁶ criados para o funcionamento da IA que o controla. A associação de milhões de algoritmos será responsável por atribuir a capacidade da máquina para realização de determinada ação.

Para diminuir a probabilidade de erros, se faz de grande importância que os chamados “dados de treinamento” sejam inseridos de forma a exaurir todas as possibilidades existentes para cada cenário prospectivo. Hurst (2018)

¹⁶ Os algoritmos — processos definidos por codificadores para que computadores possam resolver problemas — são os componentes básicos de *software*. Os programadores podem combinar centenas ou milhares de algoritmos para criar um programa de *software* que toma decisões sem o conhecimento do usuário. Os usuários manipulam a interface gráfica que executa os scripts de uma linguagem de programação de um nível superior, que é, por sua vez, traduzida em entradas binárias para a unidade central de processamento. Esses níveis de abstração escondem do usuário o processo decisório real da máquina e as várias heurísticas, premissas e falhas que os codificadores incluem, intencional ou inadvertidamente, dentro dos programas (HURST, 2018, p.48).

apresenta uma situação hipotética na qual a IA necessitaria identificar um elemento armado, com uma faixa etária compatível com a de um militar da ativa. Para identificação de um alvo destes, os programadores teriam uma vasta gama de possibilidades para cumprir tal tarefa: a medição da altura, com sensores específicos; a busca facial ou medição da relação ombro-cintura, para identificação do gênero; a comparação da massa corporal, para avaliação da idade; e uma série de outras possibilidades que fossem suficientes para proporcionar uma identificação segura, que subsidiasse o processo decisório da máquina (HURST, 2018, p. 48).

Portanto, no processo de identificação, para a tomada de decisão, os algoritmos utilizados pela IA podem executar a tarefa de identificação de forma errada, o que vai impactar no processo de tomada de decisão, podendo levar o sistema a cometer um erro grave. Segundo Hurst (2018), os seguintes fatores que podem causar a falha: a falta de precisão por parte do robô, em virtude da incapacidade dos sistemas de identificarem objetos ou medirem alturas, além de uma certa distância predeterminada, o que pode levar a uma decisão incorreta por parte da IA; os bancos de dados de carregamento com informações incompletas ou insuficientes, como por exemplo, a utilização, pelo alvo, de um novo armamento ainda não cadastrado, ou modificado, bem como a possibilidade da IA, putativamente, considerar objetos diversos como sendo um armamento; e podem também ocorrer, segundo o autor, falhas heurísticas ou premissas, por parte do programador que inseriu os dados de carregamento, levando a IA a tomar uma decisão equivocada (HURST, 2018, p. 48).

A definição do grau de controle humano sobre um sistema de armas dotado de IA se trata de algo bem sensível. As duas funções críticas mais importantes, em matéria de combate, seria a de **identificar os alvos e recorrer à força para neutralizá-los**. Neste sentido, parte da crítica aos FAWS acredita que para o desempenho destas duas tarefas é necessário que sempre exista um controle humano (SIMPERE, 2018, p. 3). Para os defensores do emprego dos FAWS, levar esta premissa como pertinente será

sepultar, definitivamente, a possibilidade de criação e a utilização dos FAWS no campo de batalha.

O temor que preocupa os críticos dos sistemas totalmente autônomos é o fato de que tais sistemas não necessitarão da ação do homem para sua operação. Tais sistemas operarão baseados totalmente em algoritmos de IA.

Para melhor explicar esta dinâmica, sabe-se que os atuais sistemas autônomo de armas (AWS) são divididos em 3 categorias, dependendo do tipo de interação realizada entre homem e máquina, são eles: 1- *Human in the loop weapons* – são sistemas autônomos de armas (AWS) que são capazes de selecionar alvos, mas só entram em ação com o comando humano; 2- *Human on The looping weapons* – são AWS que são capazes de selecionar alvos e engajar sozinho, porém sob a supervisão do homem, que pode abortar a ação na hora que quiser; e 3- *Human out of looping weapons* – que são armas completamente autônomas (FAWS) e as que causam a maior apreensão em relação ao uso em combate (SMITH, 2018, p. 2).

Realisticamente falando, o fato de o ser humano estar dentro ou fora dentro do ciclo de decisão de emprego de um meio de combate não significa que as violações ao DIH serão reduzidas ou aumentadas. Hurst (2018) acredita que os humanos possuem a tendência de aceitar o julgamento das máquinas, caso estejam submetidos a situações de extremo estresse, e assim optarem pela decisão equivocada (HURST, 2018, p. 44). A liberação, ou não, da produção de FAWS esbarra mais na preocupação com as questões de aderência, de tais sistemas, aos ditames do DIH.

Militares, engenheiros e técnicos trabalham, incansavelmente, para a construção do algoritmo perfeito, que proporcione ao sistema o mesmo comportamento ético que um soldado humano necessita ter, quando submetido à situação de combate. Neste sentido, pode até se comparar o soldado a uma arma autônoma, com a capacidade de julgamento moral e ético (CORN, 2014, p. 11).

Entretanto, o soldado não se traduz em um mero ator autônomo, que atua apenas com a sua própria razão e em decorrência de temor senhorial. Na

verdade, o soldado é um agente da autoridade do comandante ao qual está subordinado e, em nome deste, executa suas tarefas, dentro dos limites legais estabelecidos para sua atuação. Por isto, a preparação de um soldado é realizada com o maior cuidado possível.

O DIH procura sempre um equilíbrio entre as considerações de necessidade militar imperativa e o princípio da humanidade. Neste caminho, reconhece que, em busca da obtenção de uma vantagem militar sobre o inimigo, causar morte, destruição e sofrimento, bem como se utilizar de medidas severas de segurança tornam-se alternativas autorizadas pela lei. Entretanto, para o DIH, o princípio da necessidade militar “não dá, aos beligerantes, uma carta branca para travar uma guerra irrestrita” (MELZER, 2016, p. 15). As considerações relacionadas ao princípio da humanidade sempre atuam com um freio, impondo limites à utilização da violência.

O equilíbrio entre a necessidade militar e a humanidade vai nortear a dinâmica dos combates e as ações dos beligerantes. De uma forma geral, as ações cognitivas são executadas sob a influência de pressão emocional. O treinamento do soldado se faz exatamente para que ele possa decidir sob forte emoção sem perder a coerência cognitiva e, assim, balancear a utilização da força para que ela seja empregada na justa medida da necessidade militar que gerou ação. Não existe certeza de que a IA será capaz de realizar tal julgamento com a mesma lucidez que o ser humano realiza.

Sob o aspecto do princípio da distinção, uma ação realizada por necessidade militar imperativa irá separar o que pode ser alvo e o que não pode. Por este princípio, "o único objetivo legítimo que os Estados devem buscar durante a guerra é o de enfraquecer as forças militares do inimigo" ((MELZER, 2016, p. 15). Neste escopo, a população civil deve gozar de proteção geral contra perigos decorrentes de operações militares. As partes beligerantes devem sempre distinguir entre população civil e combates, bem como entre bem civil e objetivo militar legítimo. Ações militares devem ser desencadeadas, exclusivamente, com raríssimas exceções, contra combatentes e objetivos militares legítimos. No que tange ao fator humano,

esta distinção é realizada amplamente com emprego de características inerentemente humanas, tais como a intuição e a percepção baseada em experiência. É questionável se a IA artificial será capaz de distinguir com a mesma clareza de um ser humano.

No que tange ao princípio da proporcionalidade, o que se preconiza é a dosagem do emprego da força. O esforço militar a ser aplicado para obtenção da vantagem militar desejada deve ser em justa medida, de modo que não cause danos acidentais a civis ou objetos civis. O dano colateral deve ser evitado, a qualquer custo, e, em raras situações poderá ser justificado. "Qualquer ataque que possa causar perda acidental de vidas civis, ferimentos a civis, danos a objetos civis, ou uma combinação deles, que resultaria em ser excessivo em relação à vantagem militar concreta e direta prevista, deve ser evitado" (MELZER, 2016, p. 16). Desta forma, desprovida de qualidades inerentemente humanas, tais como medo, sono, dor, intuição, cansaço, que fazem toda diferença no processo de decisão de um soldado, não existe certeza de que a IA será capaz de utilizar a força na justa medida que deve ser usada.

Ao lado do princípio da proporcionalidade, pode-se discorrer sobre o princípio da limitação, que preconiza que o DIH não apenas protege os civis dos efeitos das hostilidades, mas também proíbe ou restringe os meios e métodos de guerra que são considerados aptos para infringir sofrimento desnecessário ou lesões supérfluas aos combatentes. Como se encontra na Declaração de São Petersburgo, de 1868, que estabelece:

[...] que o único objetivo legítimo durante a guerra é o de enfraquecer as forças militares do inimigo; que para este propósito se faz suficiente incapacitar o maior número possível de homens; que esse objetivo seria superado pelo emprego de armas que possam agravar, inutilmente, o sofrimento dos homens, já deficientes, ou tornam sua morte inevitável; que o emprego de tais armas seria, portanto, contrário às leis da humanidade. (Declaração de São Petersburgo, 1868).

Consequentemente, na condução das hostilidades, é proibido “empregar armas, projéteis e materiais e métodos de guerra de natureza a causar ferimentos supérfluos ou sofrimento desnecessário” (MELZER, 2016, p. 16). Persiste também a dúvida sobre a capacidade da IA de ponderar e decidir sobre o método de combate a ser utilizado para determinada ação, no curso de um conflito armado, principalmente se o FAWS possuir uma multiplicidade de meios letais para selecionar.

A utilização da força letal, em um campo de batalha, exige dosimetria e ações cognitivas. Independentemente de quem estiver empregando a força, máquina ou homem, será necessária uma ponderação minuciosa com os princípios da distinção, proporcionalidade, limitação e necessidade militar. A postura comum de um soldado é a de respeitar os princípios do DIH e para isto cada soldado carrega consigo uma bagagem interior, relacionada a conhecimentos práticos, teóricos, culturais e pessoais que, na forma de pré-compreensão, funcionam como gatilhos cognitivos que, inconscientemente, vão contribuir para o desenvolvimento de heurísticas que, integradas aos demais fatores do ambiente operacional, vão subsidiar o processo decisório do combatente. Todo esse processo se passa para que se “obtenha o máximo de eficiência com o mínimo de perdas desnecessárias” (HURST, 2018, p. 46).

Segundo Hurst (2018), os FAWS terão dificuldade para estabelecer seus comportamentos ou relacionar dados tão bem quanto os humanos, com a real possibilidade de nunca atingirem tal capacidade. Desta forma, as dificuldades de adesão ao DIH serão grandes, e os esforços para que esta aderência seja alcançada não serão fáceis. Os principais esforços serão concentrados nos princípios da distinção e da proporcionalidade (HURST, 2018, p. 46).

Considerando-se toda a complexidade que envolve a identificação de um elemento como civil ou combatente, Hurst (2018) acredita que, se um FAWS for incumbido de efetuar a tarefa de diferenciação entre civis e militares, existe uma probabilidade alta do sistema ter muita dificuldade,

principalmente se estiver inserido em um ambiente urbano de guerra não-convencional, que são os ambientes mais utilizados para os conflitos armados da atualidade. Poderá haver confusão com a identificação de uniformes, de armamento, de atitude em relação ao sistema, e outras mais. Também não será fácil para o FAWS entender que um combatente está ferido, discernir se está realizando uma perfídia, ou se está se rendendo. Os mais otimistas acreditam que será possível a criação de algoritmos que capacitarão os sistemas para a solução de tais conflitos. Mesmo que a tecnologia evolua até o ponto ótimo, o fator humano ainda será o melhor recurso para a aplicação do princípio da distinção em uma situação de conflito armado (HURST, 2018, p. 46).

Para Anderson e Waxman (2013), com a finalidade de aderirem ao DIH, os FAWS necessitariam se encaixar em três regras específicas: duas se baseariam nas armas em si, abordando a legalidade da arma como tal, e a terceira regra estaria relacionada com a lei de segmentação, abordando o uso legal da arma na condução das hostilidades. As duas regras, relacionadas a arma, são a que proíbe seu uso com efeitos indiscriminados, e a terceira regra é a que proíbe uso de armas que infrinjam sofrimento desnecessário ou supérfluo. Essas duas primeiras regras trazem como base de sustentação os princípios da distinção e da proporcionalidade, que figuram como princípios muito importantes do DIH. O princípio da distinção pode variar de sistema para sistema, de algoritmo para algoritmo. O ambiente no qual um FAWS é utilizado pode tornar o uso legal ou ilegal. O uso em uma zona urbana será diferente do uso em um ambiente rural, por exemplo (ANDERSON, WAXMAN, 2013, p. 11).

A capacidade de distinção pode variar de um sistema para outro, dependendo da tecnologia utilizada no sistema. Por exemplo, um sistema cujo uso em ambientes urbanos pode ser considerado ilegal poderá ter sua utilização permitida nos ambientes rurais. A capacidade de um sistema de realizar a distinção entre civis e não civis, em guerra urbana, pode ser diferente da capacidade de esse sistema atuar em áreas com menos civis. O

princípio da proporcionalidade está relacionado com a vantagem militar que a utilização do sistema trará. O prejuízo ao portfólio civil deve ser proporcional ao ganho militar perseguido (ANDERSON, WAXMAN, 2013, p. 12). Nota-se que o princípio da proporcionalidade também terá relação direta com o tipo de ambiente operacional no qual o sistema estará em uso.

A discussão em torno da capacidade de os FAWS conseguirem internalizar a adesão aos princípios da distinção, proporcionalidade e necessidade militar reflete em duas questões de extrema importância, que dizem respeito às consequências das hostilidades cometidas durante um conflito armado. Por um lado, tais hostilidades podem se refletir na responsabilização dos comandantes militares, diretamente envolvidos nas ações, e pelo outro lado as hostilidades podem levar também a responsabilização do Estado, nas cortes internacionais, por ações ilegais cometidas por seus mandatários na esfera internacional.

3.2 O Princípio da Responsabilização do Comando por ações cometidas por meio do uso de FAWS

A utilização dos FAWS, em situação de combate real, com a remoção completa do julgamento humano, do processo de tomada de decisão sobre o engajamento com um alvo, vai impactar diretamente em outro conceito muito caro para o DIH: o princípio da responsabilização do comando (CORN, 2014, p. 20). Isso figura como um questionamento importante sobre a validade jurídica de utilização dos sistemas autônomos, no que concerne a responsabilização penal da máquina (SHARKEY, 2012, p. 791).

Por não se tratar de um ente juridicamente responsabilizável, haverá uma diferença no processo de apuração e responsabilização por violações ao DIH cometidas pelo uso de FAWS. Desta forma, os comandantes operacionais terão sua responsabilização diminuída na mesma medida em que os Oficiais e engenheiros, os responsáveis pela aquisição, projeto,

construção, preparação e testes dos sistemas, que terão relação direta com a programação do comportamento do robô, entrarão no rol de pessoas responsabilizáveis por erros ou incidentes, ocorridos durante a utilização desses meios de combate. Provavelmente, os conceitos do *jus in bellum* deverão passar por adaptação para considerar essa nova dinâmica de responsabilização (HURST, 2018, p. 42).

Levando em consideração que os sistemas autônomos possuirão limitada capacidade cognitiva, caso a IA decida, de forma equivocada, por uma ação de emprego de força letal, o direito deverá buscar a responsabilização dos responsáveis pelo carregamento dos parâmetros utilizados pelos algoritmos da máquina (HURST, 2018, p. 49). Apenas personalidades (físicas ou jurídicas) podem ser responsabilizadas por crimes. Esta questão figura como um dos principais entraves à total liberação da produção dos sistemas autônomos (SHARKEY, 2012, p. 791).

Ao se aprofundar um pouco no estudo do princípio da responsabilização do comando, percebe-se que tal princípio envolve basicamente duas teorias¹⁷ distintas de responsabilidade criminal. A primeira é incontroversa: trata-se da responsabilidade da cumplicidade tradicional e está relacionada ao fato de o comandante compartilhar, presencialmente, de uma violação do DIH, agindo de maneira comissiva ou omissiva, contribuindo ou facilitando um ato de um subordinado. Neste caso, a responsabilidade é atribuída ao comandante, como seria a qualquer outro indivíduo sob doutrinas de responsabilidade por cumplicidade.

A segunda teoria sujeita os comandantes à responsabilidade criminal individual pelas violações previsíveis do DIH, violações estas cometidas por seus subordinados, mesmo quando não há evidências de que o comandante tenha compartilhado da ação de violação. Por essa teoria, os comandantes são responsáveis pelas violações do DIH que eles deveriam ter evitado, em virtude de terem a “obrigação de conhecer” e acompanhar os passos dos

¹⁷ Ver CORN, 2014, p. 21.

subordinados, mesmo que não tenham incentivado a ação, ou até mesmo apoiado a realização de tais violações. Enunciada pela primeira vez na decisão da Suprema Corte dos EUA, no julgamento de Yamashita¹⁸, esta teoria é a mais dissuasória e conhecida como teoria do “deveria saber” (CORN, 2014, p. 21).

A responsabilidade do comando é um fator que pode ajudar a restringir¹⁹ o uso dos sistemas autônomos de armas em combate, uma vez que a falha tecnológica poderá ensejar a responsabilização do comandante de campo e de todos os envolvidos no processo de compra e produção, ainda que solidariamente. Apesar das controvérsias hermenêuticas que venham a surgir da análise de cada caso concreto, existe a possibilidade de esse temor gerar um dever de cuidado maior, em todas as fases do processo de produção dos referidos sistemas, bem como na fase do emprego em combate (CORN, 2014, p. 21).

Visando ao controle do processo de introdução de um FAWS em combate, as autoridades responsáveis²⁰ pela aquisição, pelo projeto, pelos testes e pelo treinamento de emprego dos FAWS possuem o dever ético de determinar a observância das exigências técnicas e operacionais, relacionadas ao carregamento dos dados, com o intuito de minimizar a probabilidade de

¹⁸ Comentário 7 do Manual de Tallinn 2.0, em SCHMITT, 2017, p. 398.

¹⁹ Esta é uma consequência lógica da relação entre a responsabilidade do comando e a mitigação dos riscos humanitários associados às armas autônomas. A modificação da doutrina a ser aplicada aos oficiais responsáveis pelo projeto, e não apenas aos comandantes de campo, enfatizará que, em última análise, serão oficiais de tomada de decisão, e não técnicos ou consultores jurídicos, que deverão validar a capacidade da tecnologia emergente. O conhecimento de que eles são responsáveis por falhas tecnológicas objetivamente previsíveis deve tornar esses tomadores de decisão cautelosos quanto a esse tipo de capacidade, o que, por sua vez, atenua os riscos associados à tomada de julgamento humano da decisão real de engajamento do alvo (CORN, 2014, p. 23).

²⁰ A responsabilidade das empresas contratadas deve ser foco de constante verificação. Tais empresas têm a obrigação de fornecer os robôs militares que satisfaçam essas exigências até o nível tecnológico mais alto possível e informar os governos sobre as vulnerabilidades conhecidas do processo decisório algorítmico e da percepção dos sensores. Empresas que produzem as máquinas de guerra com falhas negligentes devem, devidamente, enfrentar penalidades civis e, potencialmente, criminais (HURST, 2018, p. 49).

que tais sistemas violem o DIH. Esse processo de verificação deverá prever a realização de inspeções frequentes.

Segundo Hurst (2018), a autoridade governamental deve estabelecer “padrões extremamente rigorosos para a verificação dos algoritmos de treinamento e para a realização de testes dos sistemas robóticos, tanto com a utilização de ambientes reais, como em ambientes simulados” (HURST, 2018, p. 49).

O futuro do combate, que se desdobra nos horizontes da tecnologia, aponta para a existência de sistemas de armas com um elevado, senão completo, grau de automação. Diante deste cenário assustador, o nível de responsabilidade atribuído a tais sistemas será tão grande quanto à capacidade que tais sistemas terão de empregar força letal, de forma autônoma e legítima, contra alvos militares, no curso dos conflitos armados. Neste caminho não existe outra opção senão aquela que aponta para a busca de plena aderência de tais sistemas aos ditames do DIH, bem como para a adaptação do DIH a este novo cenário da guerra.

4 CONCLUSÃO

Muitas questões complexas deverão ser solucionadas até que seja legalizada a produção de FAWS. A interseção do direito, tecnologia e guerra envolve temas que ainda carecem de esclarecimento assertivo, o que vai demandar atenção especial dos assessores, principalmente naquilo que concerne à compreensão da tarefa e do propósito de um FAWS.

A descoberta do conjunto de algoritmos capazes de promover a adesão plena de tais sistemas aos princípios da distinção, proporcionalidade e necessidade militar pode ser um problema complicado para o presente estado da tecnologia, entretanto, considerando-se a velocidade com a qual a inovação tecnológica se movimenta, não se espera que passe muito tempo até ser alcançada tal capacidade. Outrossim, espera-se que a construção de base jurídica legal, no âmbito do direito internacional cibernético, possa gerar, na

sociedade internacional, a dissuasão preventiva necessária, de forma a não permitir a produção descontrolada de tais sistemas.

Até que um FAWS possa ser considerado um ente jurídico responsabilizável penalmente, na esfera internacional, o direito terá que ter atravessado um árduo processo de revolução. Porém, a criação de personalidade jurídica para um sistema autônomo de armas não vai influenciar no processo de aplicação do princípio da responsabilização do comando. Todos os participantes do processo decisório, quanto ao emprego de tais sistemas, estarão elegíveis para sofrer as duras penas da lei, desde o encarregado pelo projeto, aquisição, construção, teste e treinamento operacional até os comandantes e os decisores do nível político de condução da guerra.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Eustáquio. A desobediência civil do robô sapiens. *Ecodebate*. 2017. Disponível em:

<https://www.ecodebate.com.br/2017/08/14/desobediencia-civil-dos-robos-sapiens-artigo-de-jose-eustaquio-diniz-alves/>. Acesso em: 01 julho 2020.

ANDERSON, Kenneth and WAXMAN, Matthew. *Law and Ethics for Autonomous Weapon Systems: Why a Ban Won't Work and How the Laws of War Can* (April 10, 2013). Stanford University, The Hoover Institution (Jean Perkins Task Force on National Security and Law Essay Series), 2013; American University, WCL Research Paper 2013-11; Columbia Public Law Research Paper 13-351. Disponível em: SSRN:

<https://ssrn.com/abstract=2250126> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2250126>. Acesso em: 20 jun. 2020.

ARKIN, Ronald C. *Governing Lethal Behavior in Autonomous Systems*, CRC Press Taylor & Francis Group, Boca Raton F.L., 2009.

CORN, Geoffrey. *Autonomous Weapon Systems: Managing the Inevitability of 'Taking the Man out of the Loop'* (June 14, 2014). Disponível em: SSRN:

<https://ssrn.com/abstract=2450640> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2450640>. Acesso em: 13 jun. 2020.

DRAPER, G.I.A.D. *The implementation and enforcement of the Geneva Conventions of 1949 and of the two additional protocols of 1979*. Recueil des Cours. The Hague, 1979, Vol. 164 III, p. 5.

DUARTE, Érico. *Conduta da Guerra na Era Digital e Suas Implicações para o Brasil: Uma Análise de Conceitos, Políticas e Práticas de Defesa*. Rio de Janeiro: Ipea, 2012.

FERREIRA, Tiago Borne. *Tecnologia, guerra e capacidades militares: sistemas robóticos e desenho de força no século XXI*. 2017. 186f. Tese (Doutorado em Estudos Estratégicos Internacionais) - Faculdade de Ciências Econômicas da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/172458>. Acesso em: 07 jun. 2020.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Inteligência Artificial como oportunidade para a regulação jurídica. *Direito Público*, [S.l.], v. 16, n. 90, dez. 2019. ISSN 2236-1766. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3756>. Acesso em: 13 jun. 2020.

HURST, Jules. O Devido Cuidado com a Robotização do Campo de Batalha. *Military Review* - Edição brasileira. Fort Leavenworth, Kansas. Quarto trimestre 2018. Disponível em: <https://www.armyupress.army.mil/Journals/Edicao-Brasileira/Arquivos/Quarto-Trimestre-2018/O-Devido-Cuidado-com-a-Robotizacao-do-Campo-de-Batalha/>. Acesso em: 06 jun. 2020.

KAGAN, Frederick. *Guerra e Pós Guerra*. Tradução por Reginaldo Gomes Garcia dos Reis. Rio de Janeiro: Escola de Guerra Naval. 2003. 65 p.

KATO, Rafael. A Revolução dos Robôs chega aos campos de batalha. *Revista Exame*. Março 2018. Disponível em: <https://www.defesaareanaval.com.br/naval/a-revolucao-dos-robos-chega-aos-campos-de-batalha>. Acesso em: 04 jun. 2021.

MELZER, Nils. *International Humanitarian Law: a Comprehensive Introduction*. Comitê Internacional da Cruz Vermelha. Genebra. Agosto de 2016. Disponível em: <https://www.icrc.org/en/publication/4231-international-humanitarian-law-comprehensive-introduction>. Acesso em: 08 ago. 2021.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Curso de Direito Internacional*, 14. ed., rev. e amp., 2. v., Rio de Janeiro: Renovar. 2002.

SALDAN, Eliane. *Os desafios jurídicos da guerra no espaço cibernético*. Brasília, 2012. 118 f. Dissertação (Mestrado). Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2012.

SCHMITT, Michael N. *Tallinn Manual 2.0 on the international law applicable to cyber operations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. Disponível em: https://assets.cambridge.org/9781107177222/frontmatter/9781107177222_frontmatter.pdf. Acesso em: 25 jun. 2020.

SHARKEY, Noel. *The inevitability of autonomous robot warfare*. *International Review of the Red Cross* in Cambridge University Press, [S.l.], vol. 94(886), p. 787-799, march 2013. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-review-of-the-red-cross/article/inevitability-of-autonomous-robot-warfare/35D0C3294D834F23BF1C0B33FC51A166>. Acesso em: 20 jun. 2020.

SIMPERE, Anne-Sophie. Robôs assassinos, a nova ameaça. Tradução de Inês Castilho e Antônio Martins. *Outras Palavras*. Julho de 2018. Disponível em: <https://outraspalavras.net/geopoliticaeguerra/robos-assassinos-a-nova-ameaca/>. Acesso em: 28 jun. 2020.

SMITH, JESSICA Z. Malekos. Imagining a Killer Robot's First Words: Engineering State-in-The-Loop Legal Responsibility for Fully Autonomous Weapons Systems (July 12, 2018). *Harvard Kennedy School Review*, July 12, 2018. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3213721>. Acesso em: 12 jun. 2020.

TEIXEIRA, Capitão-de-Corveta (FN) Alexandre Peres. *A guerra assimétrica global: a Batalha do século XXI e a Capitulção do Direito Internacional*. 2006. 60 f. Monografia (Especialização em Direito Internacional dos

Conflitos Armados) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília / Ruhr-Universität Bochum, Brasília, 2006.

Direito Militar

A Lei 13.491/17 e a necessidade decorrente em saber quais são exatamente os crimes contra a ordem administrativa militar

Jorge Cesar de Assis

Advogado inscrito na OAB/PR. Membro aposentado do Ministério Público Militar da União. Integrou o Ministério Público paranaense. Oficial da reserva não remunerada da PMPR. Sócio Fundador da Associação Internacional de Justiças Militares e atualmente seu Secretário-Geral. Coordenador da Biblioteca de Estudos de Direito Militar da Editora Juruá. Membro correspondente da Academia Mineira de Direito Militar e da Academia de Letras dos Militares Estaduais do Paraná. Administrador do site: www.jusmilitaris.com.br.

Data de recebimento: 11/09/2021

Data de aceitação: 21/09/2021

RESUMO: Delimitação da expressão “ordem administrativa militar”, com análise da adequação típica dos crimes militares por extensão na hipótese de crime praticado por militar em situação de atividade nos termos do art. 9º, inciso II, letra ‘e’, do Código Penal Militar.

PALAVRAS-CHAVE: Colaboração premiada. Polícia judiciária militar. Possibilidade.

ENGLISH

TITLE: Law 13.491/17 and the Resulting Need to Know Exactly what the Crimes against the Military Administrative Order Are.

ABSTRACT: This article is focused on delimiting the expression “military administrative order”, analyzing the typical adequacy of military crimes by extension, in the hypothesis of a crime committed by a military agent, while

on military service, according to the 9th article, clause II – letter “e” from the Military Criminal Code.

KEYWORDS: Military Administrative Order. Military Crimes by Extension. Military Criminal Code. Typical Adequacy.

SUMÁRIO

1 Introdução ao tema – 2 A lei 13.491/2017 e o correto enquadramento como crime militar nas hipóteses de fato contra a ordem administrativa militar – 3 Das incongruências quanto ao processamento dos crimes militares por extensão, em especial aqueles contra a ordem administrativa militar – 4 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO AO TEMA

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, que preferimos chamar de crime militar por extensão, que são 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.

Dentre as hipóteses de cometimento de crime militar, o Código Penal castrense refere-se àqueles praticados contra o **patrimônio sob a administração militar**, ou a **ordem administrativa militar**. Tal hipótese é referida, no art. 9º, do CPM, por duas vezes: na **primeira delas**, quando o fato delituoso for praticado por militar em situação de atividade, ou seja, da ativa (*inciso II, alínea ‘e’*); e, na **segunda** quando praticado por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares (*inciso III, alínea ‘a’*). Enquanto as alíneas ‘a’ até ‘d’, do referido inciso II, retratam

hipóteses de cometimento de crime praticado por militar em situação de atividade (*da ativa*) contra pessoas em várias situações, a alínea ‘e’ retrata a hipótese de o delito ser cometido por militar em situação de atividade, ou assemelhado, **contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar.**

Desde já anotamos que este enquadramento, na alínea ‘e’, do inciso II, tem sido utilizado amiúde para a caracterização do crime militar por extensão praticado contra a ordem administrativa militar.

Em relação ao patrimônio sob administração militar, parece não haver dúvida sobre o alcance da expressão. Com efeito, na doutrina, Jorge Alberto Romeiro lecionou que este não é somente o complexo de bens pertencentes às Forças Armadas, mas quaisquer bens sob a referida administração, como, *in exemplis*, veículos e máquinas de propriedade de pessoas físicas ou jurídicas cedidos ou locados para determinados fins etc. Crimes contra o patrimônio sob a administração militar são os previstos no Título V do Livro I da Parte Especial do CPM, com a epígrafe “Dos crimes contra o patrimônio”, quando tenham igual definição legal no CP comum, como o furto (art. 240), estelionato (art. 251) etc. Vários são os crimes que não a tem, como *v.g.*, os de desaparecimento, consunção ou extravio (art. 265), dano culposo (art. 266) e outros, pelos quais responde o militar em atividade, com fulcro no inciso I, do artigo em comentário¹.

Esse entendimento, de modo geral, encontra endosso na visão de Célio Lobão, que anotou, em relação aos bens que não pertencem ao patrimônio militar, ser suficiente que estejam, legalmente, sob essa administração, por determinação de autoridade competente, inclusive de um dos três poderes da República; e lembrando que patrimônio sob administração militar não se confunde com aquele pertencente à entidade privada, embora composta por militares e funcionando em local sob

¹ ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de Direito Penal Militar* (Parte Geral), São Paulo: Saraiva, 1994, p. 80.

administração militar, como decidiu, na Ap. nº 33.093², o Superior Tribunal Militar: “Não cabe à Justiça Militar conhecer de fato que atenta contra o patrimônio de uma sociedade civil, ainda que composta de militares e tenha seus serviços de beneficência instalados em local sujeito à administração militar³.”

Alves-Marreiros, Rocha e Freitas também entendem ser patrimônio sob administração militar **tudo aquilo que é administrado pelas Forças Armadas ou pelas corporações estaduais**, como imóveis e máquinas que tenham sido alugados para uso, armas que estejam em posse do Exército para destruição e, **frise-se, “áreas ocupadas pelas Forças Armadas e pela Polícia Militar em operações de pacificação nas favelas, todos estão sob administração militar”⁴**.

Com a devida vênia, não há como concordar com a afirmação dos ilustres autores de que as áreas ocupadas pelas forças militares e policiais em favelas se encontram sob administração militar.

As Forças Armadas e as Polícias Militares não possuem competência constitucional para administrar as comunidades denominadas de favelas. Estas são responsabilidade dos municípios, todos constitucionalmente autônomos juntamente com a União, Estados e Distrito Federal em termos de organização político-administrativa (CF, art. 18).

Quando o Código Penal Militar quis se referir à ocupação militar pelas Forças Armadas – e, somente em relação a elas –, o fez de forma objetiva e excepcional, ou seja, em relação ao “território militarmente ocupado”, nos artigos 7º, § 1º (*território nacional por extensão*); 10º, III, ‘a’, e IV (*crimes militares em tempo de guerra*); 18, II (*crime praticado em prejuízo de país aliado*); 404 (*furto em tempo de guerra*); 405 (*roubo ou extorsão em tempo de guerra*); 406 (*saque em tempo*

² DJ de 07.08.1963, p. 674.

³ Ibidem, p.135.

⁴ ALVES-MARREIROS, Adriano; ROCHA, Guilherme; FREITAS, Ricardo. *Direito Penal Militar – Teoria crítica & Prática*, São Paulo: Editora Método, 2015, p.125.

de guerra). **Quando quis se referir à zona militarmente ocupada**, o fez somente no art. 401 (*genocídio em tempo de guerra*). É, portanto, um rol fechado, *numerus clausus*, sem possibilidade de interpretação extensiva.

Rodrigo Foureaux, com entendimento semelhante em relação ao patrimônio sob administração militar, nos refere interessantes exemplos de atos delitivos, *v.g.*, do capelão militar denunciado por crime de apropriação indébita (CPM, art. 248, *caput*, *c/c* art. 250) de valores recolhidos de fiéis e não repassados à Cúria Militar. A defesa reiterava a alegação de atipicidade de conduta, porquanto o paciente teria se apropriado de quantias pertencentes à Igreja, que não dizem respeito à Administração Militar, mas o STF assentou que o tipo penal em causa não exigiria que a coisa alheia móvel fosse de propriedade da Administração Pública (RHC 96.814/PA). Também o caso do Coronel Diretor do Hospital da Guarnição que teria se apropriado de montantes de dinheiro remetidos pelo Fundo de Saúde do Exército (FUSEx) para pagamento de despesas médicas efetuadas pela instituição; ou da subtração de pneus de viatura, de areia de quadras de vôlei em quartéis, de computadores da administração militar, de armas da carga, de armas particulares, quando por determinação legal de autoridade competente estiverem guardadas na intendência, todos serão crimes contra ao patrimônio sob administração militar⁵.

Por outro lado, a doutrina diverge em relação ao alcance da expressão “**ordem administrativa militar**”. Jorge Alberto Romeiro lhe emprestou um sentido estritamente objetivo, ao afirmar, lembrando Silvio Martins Teixeira, que **ordem administrativa** militar é a administração. **Assim, os crimes contra a ordem administrativa militar seriam os elencados no Título VII (Dos crimes contra a administração militar) e VIII (Dos crimes contra a administração da Justiça Militar) do Livro I da Parte Especial do CPM.** Quando tenham igual definição legal no CP comum, como os de desacato a superior (art. 298), não inclusão de nome em

⁵ FOUREAUX, Rodrigo. *Justiça Militar: Aspectos gerais e controversos*, São Paulo: Editora Fíúza, 2012, p. 181-182.

lista (art. 323), recusa de função na justiça militar (art. 340) etc., responde o militar em situação de atividade, com fulcro no inciso I do artigo em comentário⁶.

A posição de Jorge Alberto Romeiro recebeu a crítica contundente de Célio Lobão, para quem:

[...] sem nenhuma razão Romeiro, ao expor que os crimes contra a ordem administrativa militar são os elencados nos Títulos VI e VII, que tratam, respectivamente, dos crimes contra a administração militar e dos crimes contra a administração da Justiça Militar. Primeiro, porque além dos crimes contra a administração militar (arts. 298 a 339), outras infrações penais tipificadas no Código Penal Militar atentam contra a ordem administrativa militar, como promover ou facilitar fuga de preso (art. 178), desobediência (art. 301), insubmissão (art. 183), substituir convocado (art. 185), favorecimento a insumisso e a desertor (arts. 186 e 193), etc. E segundo, porque **os crimes contra a administração da Justiça Militar não ofendem a ordem administrativa militar**, visto que a ninguém é lícito desconhecer que a Justiça Militar é um dos órgãos do Poder Judiciário (art. 92, VI, da Constituição), e como tal não se confunde com a ordem administrativa militar. Como consequência, não pode ser objeto da tutela da Justiça Militar⁷.

Lobão lembrou, ainda, que, **no que diz respeito à ordem administrativa militar, segundo o que decidiu o Supremo Tribunal Federal, são infrações que atingem a organização, existência e finalidade das Forças Armadas, bem como o prestígio moral da administração militar**⁸. Refere-se à atividade da instituição militar na consecução de suas finalidades legais e constitucionais e, adotando o ensinamento de Manzini, diz respeito ao normal funcionamento, ao prestígio, decoro funcional e respeito à instituição militar⁹.

⁶ Ibidem, p. 82.

⁷ LOBÃO, Célio. *Direito Penal Militar*, 3. ed., atualizada. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 136.

⁸ STF, HC 39.412.

⁹ Ibidem, p.135.

A posição de Célio Lobão foi apoiada por Alves-Marreiros, Rocha e Freitas, para quem o conceito de ordem administrativa militar é um pouco mais amplo e irá versar sobre tudo que puder causar transtorno à administração militar¹⁰; e também por Rodrigo Foureaux, ao lecionar que, **para o crime ser contra a ordem administrativa militar, não tem necessariamente que estar em lugar sob administração militar**, como pode ocorrer na corrupção, ativa ou passiva, desobediência, etc. Entende ainda que, caso o crime ocorra dentro de Instituições Militares, mesmo em locais não sujeitos à administração, como em bancos, livrarias e outros, o fato delituoso será presumidamente contra a ordem administrativa militar, por ter ocorrido dentro de Instituição Militar, local que se espera não estar sujeito ao cometimento de crimes, causando abalo moral e desprestígio para a entidade militar¹¹.

Feitas essas considerações pertinentes, **sempre é bom lembrar os passos essenciais a serem seguidos para a correta adequação típica do crime militar**, e que são: 1º) verificar se o fato está previsto na Parte Especial do Código Penal Militar, ou, agora, previsto na legislação penal comum em geral; 2º) verificar se está previsto em uma das hipóteses do art. 9º do CPM; 3º) verificar eventual existência de causa excludente de criminalidade; e 4º) verificar **a efetiva ofensa à instituição militar**¹² como elemento determinante para a caracterização do crime militar.

¹⁰ Ibidem, p.125.

¹¹ Ibidem, p.183.

¹² ASSIS, J. C.. Art. 9º do CPM: A ofensa às instituições militares como elemento determinante na caracterização do crime militar. *Direito Militar*, v. 87, p. 25-29, 2011. Disponível em https://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/tipicidade_indireta.pdf

2 A LEI 13.491/2017 E O CORRETO ENQUADRAMENTO COMO CRIME MILITAR NAS HIPÓTESES DE FATO CONTRA A ORDEM ADMINISTRATIVA MILITAR

Com o advento da Lei 13.491/2017, e com ela os novos crimes militares por extensão, iremos perceber que, em muitos casos, **será exatamente a eventual ofensa da ordem administrativa militar que irá possibilitar o enquadramento daquele fato delitivo como competência da Justiça castrense**. É que muitos desses novos crimes têm, como bem jurídico tutelado, a “paz pública, também referida como segurança pública ou segurança interna” (*organização criminosa*); a saúde pública (*lei de drogas*); a administração pública (*um dos bens jurídicos tutelados ao lado da pessoa que sofre o abuso*); e assim por diante. Outros exemplos certamente advirão, mas todos demonstram que nesses casos, tratando-se de crimes militares por extensão, o único enquadramento possível será aquele que contemplar o dispositivo penal originário, específico + a subsunção à alínea ‘e’ do inciso II do art. 9º do Código Penal Militar, própria daqueles delitos praticados contra o patrimônio sob a administração militar, ou a **ordem administrativa militar**.

As demais hipóteses do inciso II do artigo 9º, alíneas ‘a’ até ‘d’, **referem-se a crimes praticados por militar da ativa contra militar na mesma situação ou contra militar da reserva, reformado ou ainda contra civil**. Não parece difícil verificar que tais hipóteses contemplam **crimes praticados por militar da ativa contra pessoas**, e não permitiriam, em princípio, o enquadramento em casos de organização criminosa, crimes da lei de drogas, tráfico internacional de drogas e outros quejandos.

3 DAS INCONGRUÊNCIAS QUANTO AO PROCESSAMENTO DOS CRIMES MILITARES POR EXTENSÃO, EM ESPECIAL AQUELES CONTRA A ORDEM ADMINISTRATIVA MILITAR

Pois bem, já foi dito quando por ocasião da Lei 13.491/2017, que, nos processos em andamento na Justiça comum [e agora nos novos processos iniciados na Justiça castrense] decorrentes da prática de crime militar por extensão, deverão, **obrigatoriamente, serem observados os institutos penais e processuais penais específicos que acompanham o delito cometido**. Não há como levar em consideração apenas os diplomas legais do CPM e CPPM, em defesa de um princípio da especialidade castiço, porque essa característica foi sensivelmente mitigada pelo advento da Lei 13.491/2017¹³.

Todavia, há uma forte resistência em relação à aplicação, no processo penal militar, dos institutos originários daquele crime militar por extensão, seja na escolha do rito procedimental a ser adotado, seja no apenamento daquele acusado e, lógico, seja na aplicação dos benefícios legais porventura **existentes** no crime originário e **inexistentes** nos códigos penal e processual penal militar.

Com certeza deve ser construída, da melhor forma possível, a proposta de aplicação desses crimes militares por extensão no Direito Penal Militar, já que, por inequívoca disposição legal, dele passaram a ser parte.

Para Fernando Hugo Miranda Teles, a questão passa pelo art. 12 do Código Penal comum – premissa estabelecida por Cícero Robson Coimbra Neves – visto que o referido artigo privilegia a especialidade, inclusive do CPM, que tem aspecto protetivo diferenciado e, por vezes, com institutos próprios. Depois de anotar que as soluções originais do CPM se mostram excessivamente gravosas, p. ex., na adoção do aplicador da lei dos institutos equivalentes do CP para o erro de proibição (art. 21) e crime continuado (art.

¹³ *Crime Militar & Processo – Comentários à Lei 13.491/17*, Curitiba: Juruá, 2018, p. 68.

71), prossegue afirmando que, se a aplicação de alguns desses institutos se mostrar, no caso concreto, dessoroadada (*rectius*, desproporcional) ou violar algum dispositivo constitucional, poderá ser afastada a norma especial e trazida à baila a norma geral, pois tanto o dispositivo que arrima o instituto (arts. 35 e 80 do CPM), quanto seu elemento de ligação – o art. 12 do CP – são enunciados normativos com hierarquia de lei ordinária e, como tal, **possuem fundamento de validade na Constituição Federal**.¹⁴

E nesse sentido, Fernando Hugo Miranda Teles, seguindo os passos de Cícero Robson Coimbra Neves, na abordagem sobre a aplicação da Parte Geral, com premissa no que dispõe o art. 12, do CP comum, e analisando a questão sobre a ótica da lei da organização criminosa e determinados aspectos da chamada lei anticrime (Lei 13.964/2019), inicialmente resumiu **proposta colocada para todos os crimes militares extravagantes** (que preferimos chamar de crimes militares por extensão), que passamos a reproduzir:

- o art. 12 do CP faz prevalecer as disposições da Parte Geral do CPM, com exceção das hipóteses em que houver violação, no caso concreto, de um preceito constitucional explícito (individualização da pena ou separação dos poderes) ou implícito (razoabilidade sob o prisma da proporcionalidade);
- **os crimes militares extravagantes são empregados sem dissociação dos respectivos preceitos primário e secundário de cada tipo;** (destaquei)
- como corolário da primeira conclusão, **não são aplicados no Direito Penal Militar institutos da Parte Geral do CP, inclusive a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito** (*que podem ser aplicadas somente se integram o preceito secundário de algum tipo penal usado como crime militar extravagante*), salvo se, no caso concreto, houver inconstitucionalidade no instituto similar no CPM, como já foi exaustivamente visto; (destacamos)
- por fim, embora não menos importante, tanto que é o argumento tradicionalmente utilizado por parte da doutrina e pela jurisprudência do STM (e até do STF em alguns momentos), **deve prevalecer o Princípio da Especialidade**

¹⁴ TELES, Fernando Hugo Miranda. Crime Militar extravagante de organização criminosa (Lei 12.850/2013), *apud Crimes Militares Extravagantes*, obra coletiva, Coordenador: Cícero Robson Coimbra Neves, Salvador: Jus PODVIM, 2021, p. 291-292.

como solução de um suposto conflito aparente de normas (embora esse argumento sozinho não resolva o problema da aplicação da regra do crime continuado, do CP, entre outras “exceções” já mencionadas, razão pela qual os demais argumentos são os principais e este é apenas um complemento, um *obiter dictum*)¹⁵. (destacamos)

Concordamos com Fernando Teles – **com algumas ressalvas**, já que sempre defendemos que, em princípio, o tipo militar por extensão traz para o processo na Justiça Militar todos os seus institutos originários, sem distinção, sendo que eventuais dúvidas serão sempre analisadas no caso concreto. Desta forma, sob pena de ocorrer violação aos princípios da Independência dos Poderes (art. 2º, CF) e da Individualização da Pena (art. 5º, XLVI, CF), deve haver sim a aplicação dos preceitos primário e secundário de cada tipo, **inclusive com a pena de multa** quando ela estiver prevista, afinal, no dizer do referido autor, se:

[...] o legislador criou o tipo penal com os dois preceitos o incriminador e o sancionatório, não haveria de ser o juiz – membro do Poder contramajoritário – aquele a desfazer a forma não autorizada a deliberação do legitimado popular – ao arpejo do Princípio Democrático (Independência dos Poderes)¹⁶.

Mas discordamos, por exemplo, do entendimento do autor sobre a vedação de aplicação do acordo de não persecução penal – ANPP à Justiça Militar, dentre outras novidades trazidas à lume pela Lei 13.964/2019, ocasião em que se baseia na teoria do chamado silêncio eloquente. Para ele, o

¹⁵ TELES, Fernando Hugo Miranda. Crime Militar extravagante de organização criminosa (Lei 12.850/2013), *apud Crimes Militares Extravagantes*, obra coletiva, Coordenador: Cícero Robson Coimbra Neves, Salvador: Jus PODVM, 2021, p. 294.

¹⁶ Nesse sentido, se apresentam equivocadas as decisões do E. Tribunal de Justiça Militar de São Paulo, na APELAÇÃO Nº 0004700-85.2018.9.26.0040 (7.683/2019), relator Juiz Orlando Eduardo Giraldi, julgada em 11.06.2019; APELAÇÃO nº 0006877-52.2018.9.26.0030, relator Juiz Fernando Pereira, julgado em 11.06.2019, **onde foi afastada a pena de multa aplicada em primeira instância, sob o argumento de que inexistente pena de multa no CPM**. Na mesma direção equivocada, a decisão do E. Tribunal de Justiça Militar do Rio Grande do Sul na APELAÇÃO CRIMINAL nº 1000638-74.2017.9.21.0002/RS, relator Desembargador Militar Sérgio Antônio Berni de Brum, julgado em 27.02.2020.

legislador previu, de forma detalhada e até mesmo exauriente, em alguns casos, os institutos como o juiz de garantias e o acordo de não persecução penal. Ao fim de diversos dispositivos em que se chegou a definir, por exemplo, as etapas de cadeia de custódia, surgiu o art. 16-A do CPPM (criado pelo art. 18 da Lei 13.964/2019), sem qualquer outro artigo ou inciso que se permita inferir que os casos previstos na Lei Anticrime são aplicáveis à justiça comum e à especializada, concluindo, então que se trata de **silêncio eloquente**, indicando ao intérprete que, com isso, restam excluídos do processo penal militar e da Justiça Militar o ANPP e o juiz de garantias, além das demais previsões de natureza processual¹⁷.

A afirmativa seduz, mas não se sustenta, em que pese defendida com eloquência.

Já dissemos e reafirmamos que analisar a aplicabilidade ou inaplicabilidade dos dispositivos da Parte Geral do CP aos casos em que ocorra um crime militar por extensão não parece encontrar guarida em eventual solução simplista a ser dada pelo art. 12 do Código Penal comum, que dispõe que suas regras gerais **“aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso”**.

Desta forma, por ocasião da edição do referido art. 12 – com a redação que lhe deu a Lei 7.209, de 11.7.1984 – a expressão **“lei especial” estava a se referir a um conjunto normativo de natureza especial, mas especial em relação ao Código Penal**, como nos casos de leis constantemente citadas sobre a questão em análise, como a que previa – e continua a prever o crime de abuso de autoridade, o crime de tortura, a lei dos crimes hediondos, Maria da Penha etc.

Isto porque, embora o Código Penal comum tenha a previsão dos principais ilícitos penais, as leis acima referidas, dentre outras, também preveem outros ilícitos dignos de relevante tutela penal. Resumindo: abuso

¹⁷ TELES, Fernando Hugo Miranda. Crime Militar extravagante de organização criminosa (Lei 12.850/2013), *apud Crimes Militares Extravagantes*, obra coletiva, Coordenador: Cícero Robson Coimbra Neves, Salvador: Jus PODVM, 2021, p. 295.

de autoridade, tortura, os crimes hediondos e Maria da Penha formam a chamada legislação especial a que se refere o art. 12 do CP, e neles será aplicada a parte geral do CP, se dita legislação especial não dispuser de modo diverso, caso em que prevalecerá a regra especial sobre a regra geral, seguindo o conhecido princípio da especialidade. Mas esta legislação especial, anotamos, pertence ao direito penal comum, o CP não se dirige, em princípio, ao direito penal militar, que é (ou era) um ramo do direito especial por excelência.

Não queremos dizer que os princípios do direito penal comum não se aplicam ao direito penal militar. É evidente que podem ser aplicados, ainda que sem lacuna da norma, por uma questão, por exemplo, de política criminal, v.g., ao se concluir, como fez Cícero Robson Coimbra Neves, que a ignorância ou errônea interpretação da lei penal militar, se for inevitável (escusável) o erro verificado, exclui, ao menos do ponto de vista prático, o dolo da conduta¹⁸; que a aplicação das regras do direito penal comum aos casos de crime continuado na Justiça Militar tem se baseado em questão de política criminal, “para se evitar uma desigualdade entre os infratores em razão das modificações que ocorreram na parte geral do Código Penal no ano de 1984, e que não alcançaram a parte geral do Código Penal Militar”¹⁹; que, da mesma forma, se a praxis dos tribunais militares tem aceitado a aplicação de princípios do direito penal comum aos crimes militares, por uma questão de política criminal, com muito mais razão é de se aceitar, com base no art. 12 do CP, a aplicação do instituto da cooperação dolosamente distinta aos crimes militares praticados em concurso de agentes, já que a analogia aqui é perfeitamente aceitável, em face de inexistência de previsão similar no Código Penal Militar²⁰.

¹⁸ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Erro de Direito – Uma abordagem Sistemática. *Revista Direito Militar*, Florianópolis, n. 39, jan./fev. 2003. p. 25.

¹⁹ ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Código Penal Militar Comentado – Parte Geral*. Belo Horizonte: Líder, 2009. p. 183-184.

²⁰ ASSIS, Jorge Cesar de. *Comentários ao Código Penal Militar*. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2014, p. 283.

Com a edição da Lei 13.491/2017, a aplicação por inteiro dos preceitos primário e secundário dos crimes militares por extensão, e digo mais, também dos outros institutos que lhes acompanham, sejam de natureza cautelar, sejam de natureza alternativa, seja de natureza negocial, cujas previsões estejam ou no Código de Processo Penal ou na própria lei considerada, haverão de ser admitidos sob pena de se imputar ao réu do processo penal militar uma desvalia injustificada enquanto cidadão – ainda que acusado de algum crime.

Já nos debruçamos sobre o silêncio eloquente e o acordo de não persecução penal²¹, em que demonstramos que a expressão não é aplicável, tratando-se, sim, de lacuna legislativa, valendo lembrar notícia veiculada no dia 01.10.19, dando conta de que, em um afago a policiais após a derrubada **da excludente de ilicitude do profissional de segurança pública**²², os deputados do grupo de trabalho que analisava o pacote anticrime do ministro Sergio Moro (Justiça) ampliaram a proteção jurídica oferecida a agentes acusados de matar em serviço.

Os parlamentares votaram a inclusão de dispositivos no artigo 14 do código processual penal e no 16 do código processual penal militar. A proposta era de autoria dos deputados Margarete Coelho (PP-PI) e Marcelo Freixo (PSOL-RJ)²³. **Então, foi desta forma que o art. 16-A tão festejado pelos opositores do ANPP veio ao mundo, sequer tinha sido gestado no pacote anticrime, sendo inseminado artificialmente durante trabalhos**

²¹ ASSIS, J. C. A teoria do silêncio eloquente: O novo canto da sereia ecoando na justiça militar. *Revista Conceito Jurídico*, v. 53, p. 68-75, 2021. Disponível em: https://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/SILENCIO_ELOQUENTE.pdf. Acesso em: 09 set. 2021.

²² **PROJETO DE LEI ANTICRIME: (...) IV – MEDIDAS RELACIONADAS À LEGÍTIMA DEFESA - MUDANÇAS NO CÓDIGO PENAL: "Art.25..... Parágrafo único. Observados os requisitos do caput, considera-se em legítima defesa: I - o agente policial ou de segurança pública que, em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado, previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem;**

²³ DEPUTADOS ampliam proteção jurídica a policiais investigados por mortes. *Jornal O Tempo*. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/politica/deputados-ampliam-protecao-juridica-a-policiais-investigados-por-mortes-1.2244086>. Acesso em: 02 fev. 2020.

que antecederam a aprovação do projeto original, obviamente não possui o condão de tornar eloquente um silêncio que sequer foi provocado.

Desta feita, propomos, então, um roteiro de aplicação, na Justiça Militar, do processo pelos crimes militares por extensão pela ofensa à ordem administrativa militar:

1º) O enquadramento do crime militar por extensão na alínea ‘e do inciso II do Código Penal Militar não pode ser tomado como regra geral. As alíneas ‘a’ até ‘d’ enumeram hipóteses de cometimento de crime praticado por militar da ativa contra militar na mesma situação, da reserva remunerada ou contra civil, **ou seja, contra pessoa. Independentemente do bem jurídico tutelado pela lei penal originária, há que se verificar, sempre, a efetiva ofensa à instituição militar, sem o quê, inexistente crime militar**²⁴.

É certo que o bem jurídico penal militar apresenta elementos que o distinguem do seu correspondente no direito penal comum, e não foi sem razão que Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streifinger aduziram que a hierarquia e disciplina foram elevadas à categoria de bem jurídico tutelado pela Carta Maior, e que, além destes pilares, outros bens da vida foram eleitos, tais como a preservação da integridade física, do patrimônio etc.

Afirmam 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.

Com seu raciocínio, os dois autores paulistas chegaram ao que denominam de *bem jurídico composto* como objeto de proteção do diploma penal castrense. É dizer, *e.g.*, o tipo penal do art. 205, sob a rubrica “homicídio”, tem como objetividade jurídica, em primeiro plano, a vida

²⁴ Confira: Art. 9º do CPM: A ofensa às instituições militares como elemento determinante na caracterização do crime militar, publicado n site *JUS MILITARIS*, em 26.05.2011, disponível em: https://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/tipicidade_indireta.pdf

humana, porém não se afasta de uma tutela mediata da regularidade das instituições militares²⁵.

Mas isso não dá à ordem administrativa militar um poder de se sobrepôr a qualquer enquadramento que o aplicador da norma penal militar pretenda realizar.

Trocando em miúdos, no crime de abuso de autoridade, temos um bem jurídico dúplice: de forma imediata ou principal temos a proteção dos direitos e garantias fundamentais das pessoas físicas e jurídicas, nesse caso especificamente a liberdade de locomoção (art. 5º, XV e LXI da CF). O bem jurídico tutelado de maneira mediata ou secundária é a normalidade e a regularidade dos serviços públicos, isto é, o bom funcionamento do Estado. Exatamente por isso, o enquadramento deverá ser feito em uma das quatro primeiras alíneas, em que pese a proposta de Cícero Robson Coimbra Neves e Fábio Nakahada em dar uma nova visão acerca do tema, posicionando a Administração Pública como sujeito passivo imediato e, nas hipóteses de crimes militares extravagantes de abuso de autoridade, a ordem administrativa militar. Como efeito prático, segundo os autores, tal posicionamento alarga a possibilidade de subsunção de fatos ensejadores do crime de abuso de autoridade praticados por militares federais e estaduais do serviço ativo, para serem considerados crimes militares extravagantes e, portanto, da alçada das justiças militares federal e estaduais, respectivamente²⁶.

Com a devida vênia, **ousamos discordar, na prática os crimes de abuso de autoridade serão sempre crimes contra pessoas:** o preso, o conduzido, o detento, a pessoa constrangida, o interrogado, o titular do imóvel alheio e de suas dependências, o indiciado, o investigado, e assim por

²⁵ NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Apontamentos de Direito Penal Militar – Parte Geral*. p. 16.

²⁶ NAKAHADA, Fábio; NEVES, Cícero Robson Coimbra. O bem jurídico tutelado e a sujeição passiva nos crimes militares extravagantes de abuso de autoridade. *Revista do Ministério Público Militar*, n. 33, Tomo II, artigos de temas variados, Brasília-DF, 2020.

diante, o que impede a adequação do fato criminoso à alínea ‘e’, do inciso II, do CPM.

2º) O enquadramento na alínea ‘e’, **em específico no caso de crime contra a ordem administrativa militar deve ser excepcional – e desde que não encontre identidade nas alíneas anteriores**, v.g., como no caso do sargento da FAB preso com drogas em aeroporto da Espanha (*art. 33, caput, c/c art. 40, I e II, da Lei 11.346/2006, na forma do art. 9º, II, alínea ‘e’, do CPM*), drogas essas que teriam sido transportados no avião da comitiva presidencial. Da mesma forma, nos casos de crime militar por extensão de organização criminosa (*artigos 2º, § 4º, inciso II, da Lei nº 12.850/13; artigo 35, “caput”, c.c. artigo 40, inciso II, ambos da Lei nº 11.343/06, na forma do art. 9º, II, alínea ‘e’, do CPM*) e assim por diante.

Cícero Robson Coimbra Neves, com a percuciência de sempre, apresenta interessante exemplo de crime militar por extensão (*que ele chama de extravagante*), tipificado no Estatuto do Índio:

[...] um militar federal da ativa, em exercício de suas missões na fronteira do País, inclusive com poder de polícia, como permite o art. 16-A da LC 97/1999, estará na prática de conduta típica do inciso III do art.58, da Lei 6.001, de 19.12.1973 se fornecer a um grupo indígena **não integrado** – com toda a polêmica da expressão – bebida alcoólica. **A conduta, ademais, ferirá a ordem administrativa militar**, pois haverá um comportamento agressivo ao mister constitucional e legal da instituição militar, já que aquele que deveria, em faixa de fronteira, preservar a ordem pública, estará a agredi-la, causando sérios problemas à comunidade indígena, o que permite subsumir a conduta na alínea ‘e’ do inciso II do art. 9º do CPM²⁷.

Em relação ao crime praticado contra o patrimônio sob administração militar, parece não haver dúvida sobre o alcance da expressão, e o enquadramento no inciso II, alínea ‘e’ – **nessa condição** – poderá ser feito sem qualquer problema nos crimes militares por extensão.

²⁷ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Direito Penal Indigenista(?). *Revista Direito Militar* nº 146, Florianópolis, março/abril de 2021, p.23.

4 CONCLUSÃO

Após tudo o que foi exposto, pode-se concluir – ressalvado entendimento contrário e de todo respeitado – que a ordem administrativa se refere à atividade da instituição militar na consecução de suas finalidades legais e constitucionais, abrangendo tudo que puder causar transtorno à administração militar, valendo destacar que para o crime ser contra a ordem administrativa militar não tem necessariamente que estar em lugar sob administração militar.

Mas isso não dá à ordem administrativa militar um poder de se sobrepor a qualquer enquadramento que o aplicador da norma penal militar pretenda realizar, na adequação do fato típico à uma das hipóteses do inciso II do art. 9º do CPM.

O Consenso e os modelos negociais na justiça comum e militar à luz da filosofia comunicativa

Cláudia Aguiar S. Britto

Pós-Doutora em Direitos Humanos e Democracia
(Universidade de Coimbra-IGC).

Professora Titular de Processo Penal. Ibmec.
Pesquisadora PICIPq/Unifesos.

Data de recebimento: 08/09/2021

Data de aceitação: 21/09/2021

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo apresentar algumas reflexões acerca dos modelos negociais sob a ótica da filosofia comunicativa. Com essa perspectiva, analisamos, inicialmente e de forma breve, as bases do consenso, do acordo e do entendimento. À narrativa principal, apresentamos certos instrumentos consensuais existentes em alguns sistemas jurídicos internacionais, assim como expusemos elementos doutrinários e jurisprudenciais sobre os três principais modelos negociais no Brasil, em contraponto com a retroação constitucional de lei penal mais benéfica. Quantos aos aspectos metodológicos, foram utilizados recursos fáticos extraídos de julgados relacionados às matérias eleitas. No contexto teórico, as digressões estão pautadas na literatura jurídica, comum e militar, bem como filosófica, a partir do agir comunicativo de Habermas, as quais enxertam e dão o tom ao presente trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Consenso. Filosofia comunicativa. Modelos negociais.

ENGLISH

TITLE: The Consensus and Plea Deals in Common and Military Justice in the Light of Communicative Philosophy.

ABSTRACT: This article aims to present some reflections on business models from the perspective of communicative philosophy. With this perspective, we analyze, initially and briefly, the bases of consensus, agreement and understanding. In the main narrative, we present certain consensual instruments existing in some international legal systems, as well as exposing doctrinal and jurisprudential elements on the three main business models in Brazil, in contrast to the constitutional retroaction of a more beneficial criminal law. As for the methodological aspects, factual resources extracted from judgments related to the chosen subjects were used. In the theoretical context, the digressions are based on legal, common, and military, and philosophical literature, based on Habermas' communicative action, which add to and set the tone for the present work.

KEYWORDS: Consensus. Communicative Philosophy. Plea Deals.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Consensos, acordos e entendimentos na teoria da comunicação – 3 Soluções negociadas e o consenso nos diferentes sistemas jurídicos – 4 A *ratio essendi* dos modelos negociais e a retroação constitucional das normas penais benéficas - 5 Considerações finais.

1 INTRODUÇÃO

Na medida em que se faz uso da argumentação se renuncia ao recurso da força, lembra Perelman (2002, p. 61), quando destaca a importância e a necessidade dos argumentos para alcance de um entendimento. Com o uso dos argumentos, mostra-se apreço, respeito com o interlocutor. Aquele que interage, se reconhece, entende a linguagem posta e

de que não está sendo tratado como objeto. E é exatamente aí, com a força do melhor argumento, se definirá a essência da democracia, em que a fala do outro deve ser relevante para o consenso.

O diálogo socrático lembrado por Habermas, em Frankfurt, no ano de 1965, põe em relevo o trabalho da filosofia contemporânea, isto é: descobrir e reconstruir os caminhos que desviaram a sociedade da comunicação livre de coação. A história conta que a humanidade sempre procurou o caminho da emancipação por meio do diálogo, da comunicação. Em tempos arcaicos, o pensamento se apresentava secundário em relação ao discurso, a capacidade de emitir “grandes palavras” denotava fundamentalmente o vigor da ação da fala. O discurso, nas ações políticas, muito mais que encontrar as palavras adequadas no momento certo, cumpria a função de afastar a violência, independentemente da informação ou comunicação que se desejasse transmitir. Em Arendt (2012, p. 31), “Somente a pura violência é muda, e por esse motivo a violência, por si só, jamais pode ter grandeza”.

Não resta dúvida de que da linguagem física, corpórea à linguagem da fala, entre consensos e dissensões, os indivíduos desenvolveram aquilo que, mais tarde, foi chamado de democracia.

Os diferentes ‘modelos negociais’, ‘instrumentos consensuais’ ou “mecanismos conciliatórios”, conquistados ao longo dos anos e em diversos países, sobretudo no campo penal, têm demonstrado que as sociedades simples ou complexas alcançaram um nível de compreensão que as permitiram encontrar medidas e práticas alternativas para questões criminais.

É fato que o conceito de criminoso hoje ultrapassa as definições tradicionalistas. Pobreza não significa delinquência, miserável não é sinônimo de delinquente, características físicas ou mentais não podem estar atreladas a uma conceituação rasteira de criminoso, do delito e da delinquência. Sob uma análise científica criminológica o infrator é um sujeito da contemporaneidade, isto é, um sujeito comum ao seu tempo, à sua época,

encontra-se em qualquer nível da pirâmide social e corresponde à sociedade em que vive.

Por isso, é preciso entender a *ratio essendi* dos modelos negociais e como eles devem ser interpretados à luz mais forte e completa da Constituinte de 1988. Desse modo, no primeiro capítulo, serão abordados, de uma forma simples e muito breve, os aspectos filosóficos do consenso, do acordo e da busca pelo entendimento, sob o prisma da Teoria Comunicativa. No segundo capítulo, serão expostas nuances de alguns modelos negociais de diferentes países; no terceiro e último capítulo, foram apresentadas questões doutrinárias e jurisprudenciais sobre os três principais modelos negociais no Brasil: a transação penal, o sursis processual e o acordo de não persecução penal, em contraponto com a retroação de lei penal mais benéfica. Quanto aos aspectos metodológicos, foram utilizados recursos fáticos extraídos de alguns julgados relacionados às matérias eleitas. No contexto teórico, as digressões estão pautadas na literatura jurídica, comum e militar, bem como filosófica, a partir do agir comunicativo de Habermas, as quais enxertam e dão o tom ao presente trabalho.

2 CONSENSOS, ACORDOS E ENTENDIMENTOS NA TEORIA DA COMUNICAÇÃO

Não se discute que a comunicação é parte integrante e indissociável do alicerce democrático. E não sem razão que se reconhece na linguagem o verdadeiro traço distintivo do ser humano, pois lhe atribui a capacidade de tornar-se um ser individual, social e cultural, fornecendo-lhe uma identidade e possibilitando-lhe partilhar estruturas de consciência coletiva (ARAGÃO, 2006, p. 51), “um ser vivo dotado de fala” (ARISTÓTELES).

Segundo a filosofia comunicacional, o uso a linguagem está orientado para o entendimento, e alcançar um entendimento é um conceito normativo que supõe não coercitividade. A rigor, dentro da ideia do consenso, vários mecanismos negociais da atualidade possuem em seu bojo

os elementos da comunicação filosófica. Nesse aspecto, o consenso é aproveitado em dois segmentos: sob a forma de consenso fático e consenso fundado. Enquanto o “consenso fático” baseia-se na quotidianidade, o “consenso fundado” se estrutura na racionalidade dos argumentos.

No dia a dia das pessoas, todos aqueles que travam uma argumentação, de uma forma ou de outra, se apoiam intuitivamente na esperança de chegar a um consenso fundamentado, isto é, a um entendimento baseado na racionalidade dos argumentos. Porém, a prática comunicativa através do uso do “consenso fático” é especialmente observável nas relações diárias, no quotidiano das pessoas. Embora, a princípio, desejemos alcançar um “consenso fundado”, naturalmente, as pessoas resolvem suas questões por meio de argumentos não revestidos de fundamentação convincente. Observe que, a dificuldade está em absorver procedimentos a partir de um “consenso fundado” ao nível do discurso unicamente amparado pela racionalidade argumentativa. (BRITTO, 2014, p. 118). Por isso é tão importante quanto necessário, dentro da base comunicativa, equipar os atores com habilidade suficiente para ingressarem em um debate argumentativo, possibilitando que os envolvidos estejam no mesmo pé de igualdade argumentativa, em um nivelamento suficientemente capaz de habilitar os atores ao acordo.

Na linguagem comum, acordo, consenso e entendimento se confluem. O acordo está ligado a concordância sobre algo, o consenso resulta na uniformidade de pensamentos, ao passo que o entendimento leva a um ajuste entre todos os envolvidos. As três expressões linguísticas, portanto, se convergem e não provocam grandes reflexões. No âmbito do sistema de justiça criminal, as palavras seguem sinônimas, não havendo destaque diferencial para cada uma delas. Instrumentos de política criminal para evitar o processo e, sobretudo, o mal do encarceramento para aqueles que cometeram infrações penais de baixa ou de média ofensividade, compõem o sistema de justiça criminal negociada. A doutrina e a jurisprudência costumam utilizar expressões semelhantes para designar os métodos alternativos de composição penal. Ora se diz “modelos, soluções negociais”

ou “medidas despenalizadoras”, ora se fala em “sistemas consensuais” ou “instrumentos consensuais” e por aí vai.

No contexto filosófico e para a teoria *habermasiana*, porém, é importante saber se entre os participantes de um determinado fato posto em análise existe um acordo ou se ambos apenas se entendem sobre algo. Para tanto, é dizer: um acordo, em sentido estrito, somente é alcançado se os participantes puderem aceitar uma pretensão de validade seguindo os mesmos motivos. São as pretensões de validade assim compreendidas no sistema habermasiano: clareza, sinceridade, verdade e correção.

Por outro lado, para se chegar a um entendimento, a intenção manifestada por um dos intervenientes deve estar embasada por “bons motivos”. “Motivos que são bons para ele sem que o outro tivesse de fazê-lo seus à luz das suas próprias preferências” (HABERMAS, 2010, p. 107).

Segundo Habermas (HABERMAS, 2012, v. 2, p. 221) “entendimento” (*Verständigung*) significa a união dos participantes da comunicação sobre a validade de uma exteriorização, por outro, “acordo ou consenso” (*Einverständnis*) é o reconhecimento subjetivo da pretensão de validade que o falante une a uma exteriorização. Se o conceito de racionalidade comunicativa deve ser analisado a partir de uma ligação estabelecida pelo entendimento linguístico, então, faz-se necessário estabelecer as diferenças ou similitudes entre um “acordo” entre os intervenientes e o “uso da linguagem orientado para o entendimento”.

Daí segue a indagação e a reflexão, cuja resposta não se pretende avançar neste espaço: como falar em modelos negociais ou práticas consensuais se a linguagem não agir? O que dizer dos mecanismos do consenso e do entendimento, se as partes, sobretudo aquele (suposto autor do fato) que adere à negociação proposta não compreende o significado e a extensão do que está sendo proposto¹. O que dizer dos mecanismos ditos

¹A narrativa está sendo empregada especialmente sobre a realidade social da maioria dos brasileiros (oriundos das classes mais vulneráveis) que respondem a um processo criminal. Acordos propostos ou não, negociações penais e decisões judiciais podem seguir destinos

consensuais se quem tem o poder de propor a solução negociada, não a faz, e quando não a propõe, também não explica fundamentadamente (com clareza, correção, verdade e sinceridade), porque deixou de propor o acordo ao suposto autor do fato.

Baratta (2002, p.177) destaca que certos juízos agem, muitas vezes, conforme a posição social dos acusados e relacionados tanto à apreciação do elemento subjetivo do delito quanto ao caráter sintomático do delito em face da personalidade e, pois, à individualização e à mensuração da pena desses pontos de vista.

Buscando supedâneo na filosofia comunicativa para aplicação nos modelos negociais, é imperioso dizer que os atores processuais devem reconhecer intersubjetivamente as pretensões de validade propostas nos atos de fala. Ao transmitirem suas pretensões – nas quais supõem possuir padrão comum de acessível compreensibilidade – os participantes estão submetendo-as à crítica e, assim, oportunizando uma necessária fundamentação, o conteúdo de sua fala. Em um Estado Democrático de Direito, os atores públicos, especialmente eles, precisam esgotar as suas manifestações comunicativas de modo claro, assertivo, fundamentado, para que essas pretensões de validade possam ser verdadeiramente compreendidas e aceitas pela parte cidadã. Trata-se de um compromisso firmado com a democracia. Por isso, é também primordial que os atores públicos processuais – eles mesmos – se convençam da imperiosa necessidade de comunicação resultante de suas responsabilidades de agentes públicos.

3 SOLUÇÕES NEGOCIADAS E O CONSENSO NOS DIFERENTES SISTEMAS JURÍDICOS

A história de toda a civilização é resultado da procura constante de se construir os fundamentos de um equilíbrio que dependa do próprio homem

diferentes e diferenças de atitude emotiva e valorativa dos operadores do direito em face de indivíduos pertencentes às diversas classes sociais.

(Morineau, 2007, p. 166, tradução livre). Na busca pelo consenso, a própria mediação, empregada na França desde 1984, por exemplo, conduz a esse espaço da palavra e do diálogo. A palavra mediação é remota, algo em torno de 5.000 anos passados, e significava, inicialmente, segundo Morineau (2007, pp. 165-174, tradução livre), a ideia de se perpetuar a ligação entre a divindade e os seres mortais, a conexão entre Deus e os homens (*le lien à rétablir entre Dieu et les hommes*).

A proposta de utilizar mecanismos conciliatórios de solução de litígio, no Brasil, remonta ao início da década de 30, mais propriamente no âmbito da Justiça do trabalho (Scarance, 1998, pp. 396). No campo jurídico, a mediação é compreendida como um procedimento voluntário que proporciona as pessoas que se encontram em litígio, disputas ou conflitos a oportunidade para solucionar suas questões aflitivas, de modo cooperativo, na busca de um consenso. O desenvolvimento educativo, com o fim de ajudar o exercício da realidade e a obtenção de consciência e de suas responsabilidades, também são técnicas observadas na mediação.

No Brasil, a Lei nº 13.140 de 2015, dispondo sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, estabelece, em seu art. 3º, que os conflitos que versem sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação podem ser objeto de mediação. O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, será homologado em juízo, e exigida a oitiva do Ministério Público. A lei considera como mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Observa-se que, nos diferentes sistemas jurídicos internacionais, o mecanismo do consenso tem sido adotado com vigor. Na Alemanha, por exemplo, incrementou-se a utilização da negociação em matéria penal como mecanismo e compensação devido ao excesso de trabalho. Lembra

Giacomolli (2006, pp. 129, 130) que duas formas de resolução de pequena e média criminalidade são observadas naquele país: a “suspensão” por razões de oportunidade e o consenso entre o juiz, o *parquet* e a defesa. Também existe uma forma de consenso informal (*absprache*) sobre a sentença, quando não recai qualquer dúvida sobre a culpabilidade do imputado. Segundo o autor, o direito processual espanhol utiliza duas modalidades alternativas: a conformidade e o reconhecimento dos fatos. Já no sistema italiano, o consenso pode estar ligado à pena ou ao processo, cuja influência advém da *plea bargaining* anglo-saxônica.

No consenso entre as partes pode ocorrer, ainda segundo Giacomolli, nos chamados processos especiais ou alternativos (*patteggiamento sul rito*), acordo sobre o *iter* processual, no qual o autor do fato poderá requerer julgamento sumário. (*Idem*, p. 258). Em Portugal, a suspensão condicional do processo e o consenso a respeito do *iter* processual são instrumentos idealizados para dar solução dialogal à criminalidade de baixa lesividade.

Acolhendo os princípios da economia e da celeridade processual na instrução criminal, os franceses estabeleceram alguns procedimentos que objetivam a negociação e a redução do espaço/tempo, tais como: *La comparution immédiate* (comparecimento imediato por citação direta), *la composition pénale* - art. 41-2 CPPF (composição penal) e *la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité* – 495-7 CPPF (comparecimento para reconhecimento prévio de culpabilidade). A composição penal permite ao procurador propor a uma pessoa que reconheça ter cometido um ou vários delitos punidos com pena principal pena de multa ou pena de prisão de duração inferior ou igual a cinco anos, ou uma contravenção (art. 41-2 e 41 – 3 CPPF); e condiciona a composição penal ao reconhecimento, pelo autor do fato, da infração cometida. A transação pode igualmente consistir em uma prestação de serviço comunitário não remunerado, cujo acordo deve ser

homologado pelo juiz competente². Nos delitos de imprensa, em homicídios dolosos ou em delitos políticos, a composição penal não é aplicada. Os menores podem se sujeitar a composição desde que haja aceitação dos seus representantes legais. (RENAULT-BRAHINSKY, 2009, 39, tradução livre; *Apud* BRITTO, 2014).

No modelo de acordos e mediações na justiça criminal dos Estados Unidos, a negociação é a sustentação essencial para a existência contínua de um sistema de justiça organizada. No moldes estadunidenses, os mecanismos de solução de controvérsia do chamado sistema de “barganha penal” (*plea bargaining e guilty plea*) são alvos de diferentes críticas. Em linhas gerais, por uma vertente, entende-se que o sistema de acordos evita o retardamento na prestação jurisdicional; estimula o reconhecimento da responsabilidade do infrator pela conduta praticada; o êxito na aplicação das medidas; afasta o desgaste de um julgamento público, cujas consequências têm maior peso para a vida das pessoas envolvidas, entre outras vantagens. Por outro lado, o receio de pessoas inocentes serem condenadas e as diferenças de tratamento de um réu para o outro, especialmente nas decisões e nas diferentes negociações são itens observados por juristas estadunidenses (McDONALD, 1996, p. 817, tradução livre). Schulhofer (1992, p. 819, em tradução livre; *apud*, BRITTO, 2014). De toda forma, parece que a razão primária para a prevalência da negociação entre as partes é a eficiência e o controle administrativo (Miller, McDonald, Cramer, 1996, p. 816, tradução livre).

Não há uma definição comum e específica para o chamado *Plea Bargaining*. De uma forma geral, sem pretender entrar na discussão, é possível dizer que no *Plea Bargaining*, o acusado tem possibilidade de negociar a tipificação legal dos fatos ou mesmo da pena com uma certa dose de liberalidade. Em contrapartida, no chamado *Guilty Plea* (“declaração de

² *Códe de procedure pénale République Française. Art. 44-1. A transaction peut également consister en l'exécution, au profit de la commune, d'un travail non rémunéré pendant une durée maximale de trente heures. Elle doit alors être homologuée, selon la nature de la contravention, par le juge compétent du tribunal de police.*

culpado”), o acusado, diante das imputações que lhe são dirigidas, deve se declarar culpado para obtenção do benefício decorrente da “barganha” penal. Embora se sustente que ambos os institutos enfatizem a via do consenso, neste último caso, tem sido alegado que juízes induzem o acusado a declarar-se culpado (McDONALD, 1996, p. 817, tradução livre).

No sistema brasileiro, os mecanismos penais negociais remontam a 1995. Como se sabe, a Lei 9.099 de 1995 prevê a composição dos danos, a aplicação imediata da pena não privativa de liberdade (transação penal) e a suspensão condicional do processo (*sursis processual*), oferecida pelo MP e homologada pelo juiz, quando aceita pelo suposto autor do fato. Essa aceitação não implica em necessário reconhecimento pessoal da prática delitiva pelo indigitado autor do fato.

Os institutos do *sursis processual* e da transação penal foram centrados na ideia de que tanto um quanto o outro se encaixavam adequadamente na filosofia que sustentou, em 1989, o PL nº 1.480: “consistente na desburocratização e aceleração da justiça penal, e no filão da discricionariedade regulada, no mesmo consagrada, tudo em decorrência do texto constitucional”.

Semelhante raciocínio foi consignado na exposição de motivos do então PL nº 882/2019, que originou o ANPP (Acordo de não persecução penal), instituído pela Lei 13.964/2019 (“Pacote anticrime”): “o acordo é uma tendência inevitável, além de viabilizar o descongestionamento dos serviços judiciários, deixando ao Juízo tempo para decidir sobre as infrações penais mais graves”. Na citada exposição de motivos também foi destacado que: “O antigo sistema da obrigatoriedade da ação penal não corresponde aos anseios de um país com mais de 200 milhões de habitantes e complexos casos criminais”.

Tanto quanto os modelos negociais da transação penal (art. 76 da Lei 9099/95) e do *sursis processual* (art. 89 da lei 9099/1995), o acordo de não persecução penal (art. 28 – A CPP), também e igualmente, oferece ao imputado a extinção da punibilidade, após o cumprimento de uma pena

restritiva de direitos, sem o processo legal. Ao fim, os três institutos preveem normas de direito penal. Nas três situações, o titular da ação penal renuncia ao processo para negociar com o imputado. E o imputado (esteja figurando como ‘investigado’, ‘denunciado, ou ‘autor do fato’) cumpre a condição proposta – de natureza de pena restritiva de direitos – renunciando um direito, o processo legal.

Utilizando a filosofia da linguagem para os mecanismos consensuais do âmbito penal, é possível dizer que no entendimento, como um processo que abrange uma série de atos de fala, o ato de fala de um participante somente terá êxito, sucesso, se o outro participante aceitar a oferta contida nesse ato manifestando “sim” ou “não”. Mas, nesse caso, o “sim e o “não” da aparente justiça consensual (justiça dialogal/comunicativa) nada muito significa em termos de consenso da linguagem. Muitas vezes, não há dúvida de que o suposto infrator, ao manifestar um “sim” ou um “não” à proposta do Ministério Público, por exemplo, não está na realidade consentindo, porque a sua resposta (ou mesmo o acordo oferecido) não está apoiada em pretensões de validade. É dizer: quando os participantes pretenderem um acordo motivado racionalmente e entenderem que ele poderá ser alcançado, pelo menos a princípio haverá o espaço para o discurso e, conseqüentemente, para o alcance do consenso. Segue-se assim que isso só será possível se a argumentação puder ser conduzida aberta e continuamente, por tanto tempo quanto necessário nos procedimentos judiciais. (BRITTO, 2014, p. 197)

As críticas que Giacomolli (2006, p.102) faz à possibilidade de acordo criminal merecem destaque. O autor ratifica a tese de que os acordos são feitos sob pressão, sob ameaça, e não através do consenso: “O fato de existir retração do acusado em juízo, ante o magistrado, é uma situação utópica, pois aquele que aceita um acordo sob pressão, ameaça, também assim o será para ratificá-la e dizer amém em juízo”. (*idem*)

4 A *RATIO ESSENDI* DOS MODELOS NEGOCIAIS E A RETROAÇÃO CONSTITUCIONAL DAS NORMAS PENAIS BENÉFICAS

Os modelos negociais da transação penal (art. 76 da Lei 9099/95), do *sursis* processual (art. 89 da lei 9099/1995) e do acordo de não persecução penal (art. 28 – A do CPP) têm natureza mista (ou híbrida): são compostos por normas de natureza processual e por normas de conteúdo material de direito penal. Tanto é fato que o cumprimento integral do acordo de não persecução penal, do *sursis* processual ou da transação gera a extinção da punibilidade (art. 28-A, § 13, do CPP). Por outro lado, e não menos importante, é o fato de que o imputado, (‘investigado’ denunciado ou ‘autor do fato, réu’) uma vez aceitando a “medida despenalizadora,” terá de cumprir pena restritiva de direitos. Nas três situações consensuais, o titular da ação penal renuncia ao processo para negociar com o imputado. O imputado, por sua vez, abre mão do seu direito ao processo ao negociar com o MP, submetendo-se, a rigor, a uma pena sem processo. E não é pouco. No caso do ANPP, a confissão é requisito essencial neste negócio jurídico, cujo regime respinga, indisfarçavelmente, no Princípio Constitucional da Presunção de Inocência (art. 5º LVII CRFB/88). Uma vez homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, os autos seguem para o juízo de execução penal para o início da execução. Assim, não resta dúvida de que, embora previsto no código de processo penal comum, os mecanismos do acordo de não persecução penal são de natureza de direito material penal. Portanto, ainda que a celebração e o cumprimento das medidas despenalizadoras, especialmente do ANPP, não sirvam para registro de certidão de antecedentes criminais; o fato é que, uma vez homologado pelo juiz, o negócio jurídico gerará uma série de atos, fatos, direitos e garantias notadamente de natureza constitucional-penal.

É de se observar que os três modelos negociais vigentes no Brasil, os quais centralizam o MP na condição de “negociador,” possuem natureza,

características, condições e requisitos semelhantes: No instituto do sursis processual, o Ministério Público ao oferecer a denúncia poderá propor ao suposto autor do fato a suspensão do processo, cujas condições resultam em natureza de pena restritiva de direitos (art. 43 CP). Uma vez cumpridas as condições e expirado o prazo estipulado na suspensão, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

Art. 89. Lei 9099/95.

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de frequentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Na transação penal não há denúncia formulada. Não sendo caso de arquivamento do termo circunstanciado encaminhado pela autoridade policial, o MP poderá propor a transação penal ao imputado. A Lei 9.099/95 trata o imputado como “autor do fato”. Mas em termos de vernáculo legislativo, a rigor, o “imputado da transação penal” não é um investigado, não figura como denunciado, muito menos está na condição de acusado. Nem por isso deixou-se de lado a proposta de transação penal àqueles supostos infratores, ainda que em fatos ocorridos antes da entrada em vigor da citada Lei 9.099. Uma vez aceitas e cumpridas as condições (natureza de pena restritiva de direitos) pelo autor do fato, o juiz declara extinta a punibilidade.

Art. 76. Lei 9099/95. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco.

É conveniente registrar que, segundo o art. 90-A da Lei 9099/95, cuja redação foi incluída em 1999 pela Lei 9.839, a transação penal e o suspensão condicional do processo não são aplicáveis no âmbito das Justiças Militares.

Por outro lado, não sendo caso de arquivamento do inquérito policial, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal. Para tanto, o imputado terá de confessar formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos. O ANPP consiste justamente no cumprimento das condições de natureza de pena restritiva de direitos (art. 43 do CP)³. Uma vez cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade. Art. 28-A do CPP. [...] e mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

³ No âmbito da Justiça Militar: Resolução nº 101/2018 (CSMPM); Resolução nº 181/2017 (CNMP).

Como registrado alhures, tanto o instituto da transação quanto o sursis processual são considerados de natureza mista. Nesse sentido, é assente na doutrina e jurisprudência que a norma mista é incindível, de maneira que não se pode conceber sua aplicabilidade apenas pela metade ou parte dela. À época da lei que institui os juizados especiais, a ADI 1.719 questionava a inconstitucionalidade do então art. 90 da Lei 9099/95 que vedava a aplicação dos institutos negociais aos processos penais nos quais a fase de instrução já tinha sido iniciada. Entendeu-se que as normas de direito penal que tivessem conteúdo mais benéfico aos réus deveriam retroagir para beneficiá-los, à luz do que determina o art. 5º, XL da Constituição Federal. A retroatividade benéfica deveria alcançar (como alcançou) todos os processos em andamento pouco importando a fase. Se em curso a instrução probatória, se já com sentença, ou mesmo pendente em Tribunal com recurso interposto. “Os que se encontram em Tribunal devem ser baixados para que o Juiz abra a possibilidade de suspensão condicional do processo”. (HC 74.017-1 - DJ 27.09.96 - Rel. Min. Octavio Gallotti). Em diferentes manifestações e, ao fim, o STF, por votação unânime, deu interpretação conforme à Constituição: “para excluir com eficácia *ex tunc*, da norma constante do art. 90 da Lei nº 9.099/95, o sentido que impeça a aplicação de normas de direito penal, com conteúdo mais favorável ao réu, aos processos penais com instrução com instrução já iniciada à época da vigência desse diploma legislativo”. (ADI 1719 MC / DF). E assim, aos réus, que então respondiam a ação penal, foram apresentadas propostas de suspensão processual e/ou transação penal pelo Ministério Público.

Não há dúvida de que a norma de direito penal, que de qualquer modo favorecer o agente, é aplicada aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado. Trata-se de *lex mitior*. E como se sabe, corresponde a cláusula pétrea estampada no artigo 5º, inciso XL, da Constituição de 1988. Convém ainda enfatizar que o Princípio da Retroatividade de lei mais benéfica também encontra guarida no art. 9º da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, cujos termos e aderência

foram consignados pelo Brasil. Tampouco se pode suprimir a retroatividade benéfica quando se inaugura no sistema jurídico brasileiro um modelo penal mais favorável ao imputado, tal como a premissa consignada no art. 15.1, albergado pelo Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. Por todas essas bases, a questão da aplicação retroativa aos institutos do *sursis* processual e da transação foi então superada.

Entretanto, a Lei 13.964/2019, ao instituir o acordo de não persecução penal no art. 28-A ao CP, além de trazer uma nova e importante ferramenta jurídica, como forma alternativa de resolução de conflitos, trouxe também um pacote de velhas e novas discussões.

No âmbito da Justiça Militar, o parágrafo 12 do art. 18 da Resolução 181/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), declara inaplicável o ANPP aos delitos cometidos por militares que afetem a hierarquia e a disciplina. Por outro lado, em termos normativos ainda na esfera castrense, a Resolução nº 101/2018 do Conselho Superior do Ministério Público Militar (CSMPM) afastou a possibilidade do oferecimento do acordo aos crimes militares por equiparação, em razão da Lei nº 13.491/2017, que alterou o critério de abrangência de crimes da alçada militar.

Seguindo pela esteira castrense, sem ainda enfrentar questões relacionadas à retroatividade de lei mais benéfica, cujo assunto ainda poderá vir à tona; a 4ª Procuradoria de Justiça Militar no Rio de Janeiro entendeu que o artigo 28-A do Código de Processo Penal comum é plenamente aplicável à Justiça Militar, inclusive em casos envolvendo militares da ativa. Embora o instituto do ANPP figure em dispositivos do Código de Processo Penal comum, alguns membros do Ministério Público Militar da União têm oferecido o acordo aos supostos praticantes de infrações penais militares, submetendo-os às condições descritas no termo de ajustamento e

homologadas pelo Juízo da Auditoria da Circunscrição Judiciária Militar correspondente. (MPM, 2021).⁴

Mas o assunto está longe de alcançar um consenso na seara castrense:

[...] O ANPP não se aplica aos crimes militares praticados pelos militares, seja ele de que categoria for (próprio, impróprio, ou por extensão), pois por primeiro fere o sistema adotado no CPPM, marcado pelo princípio da especialidade (fere a índole do processo penal militar – art. 3º do CPPM); por segundo não há lacuna involuntária do legislador no CPPM, diante da Lei n.º 13.964/19 alterar unicamente o CPPM ao incluir o art. 16-A, nada dispondo, portanto, sobre o novel instituto; e por terceiro, não há compatibilidade com o sistema jurídico militar, que tem como diretriz constitucional a hierarquia e disciplina militares (art. 42, caput, e 142, caput), de tal sorte que a repressão pela prática do crime militar fortalece o regular funcionamento das instituições militares. A legislação militar tem valores próprios e diferenciados da legislação comum, atendendo ao princípio constitucional que distingue o militar do civil [...] (ROTH *et al.*, 2020)

Não há dúvida que o novel instituto (acordo de não persecução penal) tem sido objeto de intenso debate doutrinário e jurisprudencial,

⁴ No magistério de Assis (2020): “[...] A aplicação do ANPP na Justiça Militar, por força do art. 3º, letra ‘a’, do Código de Processo Penal Militar que a autoriza, em nada ofende a índole do processo penal castrense, que está diretamente ligada àqueles valores, prerrogativas, deveres e obrigações, que, sendo inerentes aos membros das Forças Armadas, devem ser observados no decorrer do processo”. [...] “Nunca é demais lembrar que, com a edição da Lei 13.491/17, e com ela o aumento do rol dos crimes militares e da competência da Justiça Castrense, advogamos que a Lei do Juizado Especial Criminal deve ser aplicada na Justiça Militar, merecendo uma releitura as súmulas e entendimentos que a desautorizam. [...]”. Posição diversa, em razão das texturas normativas da lei 9099/95 e da lei 13.964/2019: (GORRILHAS; BRITTO, 2021): “[...] desse modo, seria um contrassenso aplicar na Justiça Militar o acordo de não persecução penal, que contempla crimes com pena mínima de quatro anos, ou seja, crimes de alto potencial ofensivo e, ao mesmo tempo, coibir a aplicação da Lei 9.099/95, que trata dos crimes de menor potencial ofensivo (pena máxima de dois anos) e crimes de médio potencial ofensivo (pena mínima igual ou inferior a um ano). Dentre os crimes com pena mínima inferior a quatro anos e, portanto, suscetíveis de acordo de não persecução penal, destacamos aqueles de extrema reprovação no âmbito castrense, como os delitos contra a segurança externa do País (espionagem e conspiração), tráfico de drogas, peculato, corrupção ativa, corrupção passiva, bem como os crimes propriamente militares que não admitem sequer a suspensão condicional da pena. [...]” “O acordo de não persecução penal não é aplicável nas justiças militares.” (RIBEIRO, 2021).

especialmente em relação à sua natureza e consequente retroatividade mais benéfica, conforme bem destacou o Ministro Gilmar Mendes no HC/DF/2020 n°. 185.913. De fato, trata-se de questão de interesse constitucional e regulada pela Carta Política Brasileira de 1988 em seu art. 5º, XL: a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. Não por outro motivo, as principais inquietudes e divergências foram apontadas tanto no supramencionado Habeas corpus, bem como em diferentes julgados.

Afinal, o acordo de não persecução penal, compreendido como norma mista, portanto, incindível, pode ser aplicado aos casos com denúncia formulada e processo em curso? A expressão pura e simplesmente de “investigado”, constante no art. 28- A do CPP, tem o condão de afastar um regime jurídico, quando o próprio código de processo penal e o código de processo penal militar admitem a interpretação extensiva? É possível estabelecer balizas temporais para a aplicação de uma garantia constitucional da retroatividade de lei mais benéfica?

A segunda Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal adotou como razão de decidir a aplicação do ANPP, ainda que com processos em curso, no Enunciado n° 98, *verbis*:

É cabível o oferecimento de acordo de não persecução penal no curso da ação penal, isto é, antes do trânsito em julgado, desde que preenchidos os requisitos legais, devendo o integrante do MPF oficiante assegurar seja oferecida ao acusado a oportunidade de confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal, nos termos do artigo 28-A do CPP, quando se tratar de processos que estavam em curso quando da introdução da Lei n° 13.964/2019, conforme precedentes, podendo o membro oficiante analisar se eventual sentença ou acórdão proferido nos autos configura medida mais adequada e proporcional ao deslinde dos fatos do que a celebração do ANPP. Não é cabível o acordo para processos com sentença ou acórdão após a vigência da Lei n° 13.964/2019, uma vez oferecido o ANPP e recusado pela defesa, quando haverá preclusão. Enunciado n° 98. MPF⁵

⁵ Precedentes 2ª CCR: Processo: JF-RJ-2015.51.01.509192-3-AP, Sessão de Revisão n° 770, de 25/05/2020, unânime. Processo: 1.29.000.001782/2020-82, Sessão de Revisão n° 770, de 25/05/2020, unânime.

Como salientado, a questão ainda é recente, mas merece a atenção devida à altura de um Princípio Constitucional. O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, tem enfatizado que, sendo o ANPP norma híbrida, deve retroagir em benefício em processos não transitados em julgado. Todavia, as posições da Corte seguem oscilantes:

STJ. 6ª Turma. 08.09.2020 O cumprimento integral do acordo de não persecução penal gera a extinção da punibilidade (art. 28-A, § 13, do CPP), de modo que como norma de natureza jurídica mista e mais benéfica ao réu, deve retroagir em seu benefício em processos não transitados em julgado (art. 5º, XL, da CF). (AgRg no HC 575.395/RN, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. 8.9.2020, DJe 14.9.2020) STJ – 5ª Turma. É possível a retroação da lei mais benigna, ainda que o processo se encontre em fase recursal (REsp. nº 2004.00.34885-7, Min. Félix Fischer, STJ – 5ª Turma).

No HC nº 628647 / SC (2020/0306051-4), a 6ª Turma do STJ, por outro lado, não admitiu a retroação do acordo de não persecução penal, embora reconhecendo que a norma é de conteúdo híbrido, mais favorável ao réu: “[...] o deslinde da controvérsia deve passar pela ponderação dos princípios *tempus regit actum* e da retroatividade da lei penal benéfica, sem perder de vista a essência da inovação legislativa em questão e o momento processual adequado para sua incidência[...]”.

Os julgados exarados pelo TRF da 4ª região têm operado no sentido da aplicação da retroatividade benéfica aos processos com denúncia recebida:

TRF. 4ª. Região. 21.05.2020. Cabe aferir a possibilidade de acordo de não persecução penal aos processos em andamento (em primeiro ou segundo grau), quando a denúncia tiver sido ofertada antes da vigência do novo artigo 28-A, do CPP. TRF. 4ª. Região. 21.05.2020. ACR 5001342-30.2015.4.04.7002 PR5001342-30.2015.4.04.7002. (TRF-4 - ACR: 50013423020154047002 PR 5001342-

Processo: JF/PR/CUR-IANPP-5011021-84.2020.4.04.7000, Sessão de Revisão nº 770, de 25/05/2020, unânime. Processo: JF/PR/LON-5007299-39.2020.4.04.7001, Sessão de Revisão nº 770, de 25/05/2020, unânime. Processo: JFRS/POA-5069978-06.2019.4.04.7100-APN, Sessão de Revisão nº 769, de 11/05/2020, unânime.

30.2015.4.04.7002, Relator: LEANDRO PAULSEN, Data de Julgamento: 17/06/2020, OITAVA TURMA)
ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. ART. 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PACOTE ANTICRIME. NORMA DE ÍNDOLE MATERIAL. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. ATENUAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS DA CONDUTA DELITIVA. APLICABILIDADE AOS EM PROCESSOS EM ANDAMENTO COM DENÚNCIA RECEBIDA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.964/2019. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DA 8ª TURMA E DA 4ª SEÇÃO DESTA CORTE. 1. Precedente desta 8ª Turma, da relatoria do eminente Des. Federal João Pedro Gebran Neto (Correição Parcial nº 50093126220204040000, Sessão de julgamento do dia 13/05/2020), em que restou reconhecida a possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal - ANPP aos processos com denúncia já recebida na data da vigência da Lei nº 13.964/2019, dentre os quais aqueles que se encontram em grau de recurso. 2. Submetida a questão à análise da Egrégia 4ª Seção deste Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no julgamento dos Embargos Infringentes e de Nulidade nº 5001103-25.2017.4.04.7109/RS, na sessão do dia 21/05/2020, a tese restou consagrada (por maioria). (...) O acordo de não persecução penal consiste em novatio legis in mellius, vez que a norma penal tem, também, natureza material ou híbrida mais benéfica, na medida que ameniza as consequências do delito, sendo aplicável às ações penais em andamento. 4. É possível a retroação da lei mais benigna, ainda que o processo se encontre em fase recursal (REsp. nº 2004.00.34885-7, Min. Félix Fischer, STJ - 5ª Turma). 5. Cabe aferir a possibilidade de acordo de não persecução penal aos processos em andamento (em primeiro ou segundo grau), quando a denúncia tiver sido ofertada antes da vigência do novo artigo 28-A, do CPP. [...]. “[...] Formalizado o acordo de não persecução penal em primeiro grau, a ação penal permanecerá suspensa, sem fluência da prescrição, até o encerramento do prazo convencionado, ou rescisão do acordo. 11. Não oferecido ou descumprido e rescindido o acordo, a ação penal retomará seu curso natural com nova remessa ao Tribunal para julgamento dos recursos voluntários. 12. Não sendo oferecido o acordo de não persecução penal, cabível recurso do réu ao órgão superior do Ministério Público, na forma do art. 28-A, § 14, do CPP [...]”. PR 5001342-30.2015.4.04.7002. 17/06/2020.

A doutrina segue entendendo ser compatível o ANPP nos processos em trâmite:

[...] Nesta senda, entendemos incidir também aos processos criminais em curso, apanhados pelo princípio da

obrigatoriedade da ação penal. Cabe ao Estado, agora, abrir ao réu a oportunidade de ter sua punibilidade extinta mediante a proposição de acordo pelo Ministério Público e consequente cumprimento das condições convencionadas [...]. (MAZLOUM, Amir; MAZLOUM, Alir, 2020)

Manifestação similar adotada por Procuradores de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná:

[...] Importa efeito retroativo da norma legal, consoante determina o mandamento constitucional previsto no artigo 5º, inciso XL, não se pode “inventar” um limite a essa aplicação ao arripio da lei. Assim, se a lei penal retroage em casos de abolição de infração penal e de atenuação de pena, inclusive nos processos já transitados em julgado, razão não haveria para assim ser no caso do acordo. [...]. (GUARAGNI; GUIMARÃES, 2020)

“[...] sendo regra processual com conteúdo material e sendo mais benéfica, retroage, inclusive desconstituindo coisa julgada”, desde que preenchidas as condições impostas pelo artigo 28-A do CPP, principalmente a de que o agente tenha confessado formal e circunstanciadamente o cometimento da infração penal durante a fase investigatória. [...] (GUARAGNI; GUIMARÃES, 2020)

Como se observa, não há um consenso em relação a estas como nas demais questões envolvendo o instituto do ANPP, cujo início da sua vigência ocorreu em janeiro de 2020. Se para alguns, o acordo não comporta retroação aos casos de denúncia recebida, para outros, a discussão deve centrar-se na busca do limite da retroatividade, balizada até o proferimento da sentença ou da denúncia.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O modelo de justiça consensual do Brasil, com seus instrumentos negociais ou acordos, para os quais são utilizados com o objetivo de diminuir o inchaço da máquina judiciária penal, está longe de seguir o padrão comunicativo. Não há espaço para o consenso, porque não há espaço para que os argumentos sejam postos pelas partes, de maneira clara e igualitária,

na maioria das vezes. A questão fica ainda mais latente a depender do “perfil” do investigado, do réu, ou do autor do fato.

A questão do acordo, da transação penal e até mesmo do sursis processual penal, se posta à luz da consensualidade, revelará que os participantes, ao tentarem ingressar em um debate argumentativo, não conseguem ficar em pé de igualdade com os atores públicos do Estado, mantendo um nivelamento igualitário e suficientemente capaz de habilitá-los para um possível consenso.

Em relação ao modelo negocial do ANPP instituído mais recentemente, o sistema jurídico ainda não conseguiu chegar a um consenso em vários quesitos indispensáveis. Pela ótica comunicativa, os diversos argumentos já foram expostos por diferentes segmentos, mas o consenso fundado não se estabeleceu. Investigados, réus e condenados seguem recebendo interpretações distintas pelo sistema de justiça criminal. Por outra vertente, a questão do acordo de não persecução penal na esfera castrense ainda possui feições e posicionamentos bastante oscilantes.

Alcançar um entendimento sobre essas questões e pacificar a controvérsia, seguindo a única esteira possível, que é a esteira constitucional, parece ser a tarefa que todos devemos desempenhar.

O trabalho da filosofia contemporânea aplicada ao mundo jurídico, tanto burocrático quanto hermético, é justamente desvelar, repensar, reconstruir os modelos do pensar, agir e falar. A teoria do agir comunicativo, embora residente no plano filosófico, serve para nos fazer refletir sobre todas essas engrenagens, velhas e novas, do sistema de justiça criminal comum e militar.

REFERÊNCIAS

A 4ª. PJM Rio de Janeiro celebra acordo de não persecução penal com investigado. *Ministério Público Militar*. Disponível em:

<https://www.mpm.mp.br/4a-pjm-rio-de-janeiro-celebra-acordo-de-nao-persecucao-penal-com-investigado-militar/#:~:text=Seguindo%20o%20entendimento%20de%20que,da%20Mariana%2C%20acusado%20de%20crime>. Acesso em: 01 set. 2021.

ARAGÃO, Lucia Maria de Carvalho. *Razão Comunicativa: teoria social crítica em Jürgen Habermas*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2006.

ARENDT, Hanna. *A condição humana*. 11. ed. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 2. ed. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2007.

ASSIS, Jorge César. *O acordo de não persecução penal, sua evolução a partir da resolução do CNMP, e sua possibilidade de aplicação na Justiça Militar*. Disponível em: www.jusmilitaris. Acesso em: 01 set. 2021.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan- ICC, 2002.

BRITTO, Cláudia Aguiar Silva. *Processo penal comunicativo. Comunicação processual à luz da Filosofia de Jürgen Habermas*. Curitiba: Juruá, 2014.

BRITTO, Cláudia Aguiar Silva. Dos totens às vestes talares: os atores processuais (des)conhecem o que é democracia? *Revista do Direito Público*, Londrina, v. 15, n. 1, p. 174-192, abr. 2020. DOI: 10.5433/24157-108104-1.2020v15 n1p. 174. ISSN: 1980-511X

CÓDE DE PROCEDURE PÉNALE REPUBLIQUE FRANÇAISE.
GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal: na perspectiva das garantias constitucionais*. Porto Alegre/RS: Livraria do Advogado, 2006.

GHIRINGHELLI de Azevedo. Conciliar ou punir? Dilemas do controle penal na época contemporânea. In: *Diálogos sobre a justiça dialógica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. pp. 55-79.

GUARAGNI, Fábio André; GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. *A sucessão de leis penais no tempo e o "pacote anticrime"*. Ministério Público do Estado do Paraná, 2020.

GORRILHAS, Luciano Moreira; AGUIAR BRITTO, Cláudia S. A. *Investigação nos crimes militares*. RS: Nuria Fabris, 2021.

HABERMAS, Jürgen: *Direito e democracia entre facticidade e validade*. v. I. 2. ed. Tradução de Flávio Siebeneicher. Rio de Janeiro: BTU, 2010.

_____. v. II. 2. ed. Tradução de Flávio Siebeneicher. Rio de Janeiro: BTU, 2003.

_____. *Agir comunicativo*. v. I e II. Tradução de Flávio Beno Siebeneicher. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

LOPES, Aury. Justiça Negociada: utilitarismo processual e eficácia antigarantista. *In: Diálogos Sobre Justiça Dialogal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. *In: CARVALHO, Salo de Carvalho; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informatização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

MILLER, H.; McDONALD, W.; CRAMER, J. Plea bargaining in the United States (1978). *In: Guilty pleas and bargaining. Chapter nine. American criminal Procedure, cases, and commentary*. Fifth edition. Stephen A. Saltzburg, Daniel J. Capra, West Punishing Co, 1996.

MAZLOUM, Ali; MAZLOUM, Amir. *Acordo de não persecução aplicável nas ações em curso*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/opiniao-acordo-nao-persecucao-penal-aplicavel-aco-es-curso>. Acesso em: 30 ago. 2021.

MORINEAU, Jacqueline. Des origines de la médiation "humaniste". *In: Sociologia del diritto*, n. 3, v. 34, 2007, pp. 165-174.

PERELMAN, Chaïm. *Tratado da argumentação*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RENAULT-BRAHINSKY, Corine. *L'essentiel de la procédure pénale: les carrés*. 9.éd. Paris: Gualino Lextenso, 2009.

RIBEIRO, Nísio Tostes Filho. O acordo de não persecução penal não é aplicado nas justiças militares. *Revista do Ministério Público Militar* – Ano I, n. 1 (1974) – Ano 46, n. 34 (abr. 2021) – Brasília: Procuradoria-Geral de Justiça Militar, 1974. pp. 177- 184.

ROTH, Ronaldo João. A inovação do acordo de não persecução penal e sua incidência aos crimes militares. Observatório da Justiça Militar Estadual. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2020/04/26/a-inova%C3%A7%C3%A3o-do-acordo-de-n%C3%A3o-persecu%C3%A7%C3%A3o-penal-e-sua-incid%C3%Aancia-aos-crimes-militares>. Acesso em: 30 ago. 2021.

SCARANCA, Antônio Fernandes. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SOUZA NETTO, José Laurindo de; LEAL, Jenyfer Michele Pinheiro; GARCEL, Adriane. Limites à retroatividade do acordo de não persecução penal no pacote anticrime. *Pacote Anticrime*. Organizadores: Eduardo Cambi, Dani Sales Silva, Fernando Marinela. Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2020, pp. 169-186. v. 1. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal//images/Publicacoes/documentos/2020/Anticrime_Vol_I_WEB.pdf. Acesso em: 30 ago. 2021.

SCHULHOFER. 101, Yale L. J. 1979 (1992), (op. Cit.) p. 819. In: *Guilty pleas and Bargaining*. AMERICAN CRIMINAL PROCEDURE. Cases and commentary. fifth edition. Stephen A. Saltzburg. Daniel J. Capra. St Paul/Minn: West Publishing Co. 1996.

Reflexão sobre a convencionalidade da tutela penal das mulheres militares federais perante a Justiça Militar da União no contexto de violência doméstica ou familiar ou decorrente de relação íntima de afeto

Bruno Batista da Costa

Técnico Judiciário da Justiça Militar da União.

Pós-graduado em Direito Constitucional e em Direito Militar.

Pós-graduando em Direitos Humanos.

Data de recebimento: 31/08/2021

Data de aceitação: 15/09/2021

RESUMO: O tema da tutela penal em casos de violência contra as mulheres está cada vez mais em debate, não apenas internamente, mas também no sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Assim, faz-se necessário refletir até que ponto é convencional que a Justiça Militar da União julgue os crimes praticados por militares contra mulheres militares federais.

PALAVRAS-CHAVE: Convencionalidade. Tutela Penal. Mulheres Militares. Violência doméstica ou familiar. Justiça Militar da União.

ENGLISH

TITLE: Reflection on the Conventionality of Criminal Protection of Federal Military Women before the Military Justice of the Union in the Context of Domestic or Family Violence or Arising from an Intimate Relationship of Affection.

ABSTRACT: The issue of penal protection in cases of violence against women is increasingly debated, not only internally, but also in the international system for the protection of human rights. Thus, it is necessary to reflect on the extent to which it is conventional for the Federal Military Justice to judge crimes committed by military personnel against federal military women.

KEYWORDS: Conventionality. Criminal Guardianship. Military Women. Domestic or Family Violence. Union Military Justice.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 O sistema internacional de proteção de direitos humanos – Aspectos Gerais – 2.1 Sistema universal e a tutela das mulheres – 2.2 Sistema interamericano e a tutela das mulheres – 3 A jurisprudência interamericana dos direitos humanos em matéria de proteção das mulheres – Reflexos penais – 3.1 Caso Maria da Penha Maia Fernandes versus Brasil – 3.2 Caso Gonzales e outras versus México – 4 Breves apontamentos sobre o controle de convencionalidade à luz do sistema interamericano de direitos humanos – 4.1 O controle de convencionalidade segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – 5 Normas penais com aptidão de tutelar mulheres militares das Forças Armadas, considerando a Lei nº 13.491/17 – 5.1 Convencionalidade – 5.2 Crimes praticados no contexto da violência doméstica ou familiar ou decorrente de relação íntima de afeto – competência para processar e julgar – controle de convencionalidade – 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O mundo se encontra cada vez globalizado, sendo assim os problemas existentes em determinado Estado, na maioria das vezes, são os mesmos ou semelhantes aos que se verificam em outras partes do universo, isto é, não se sabe ao certo o seu alcance, portanto constata-se cada vez mais

a necessidade da atuação dos órgãos internacionais dos direitos humanos na regulamentação de alguns fatos sociais do cotidiano, a fim de resguardar direitos e atribuir obrigações e responsabilidades na seara internacional, em face de desrespeitos aos direitos humanos.

Nessa direção, verifica-se que, após muitos anos de práticas de violações graves à pessoa humana, no contexto das guerras e dos conflitos armados, surge, de maneira mais expressiva com a Segunda Guerra Mundial, a proposta de não mais deixar apenas à discricionariedade dos Estados o poder para regular as suas normas, sem que, com isso, esteja imune às ponderações, críticas e responsabilidades na seara internacional.

Nesse contexto, vários tratados e convenções vêm sendo editados no intuito de coibir a prática de violações aos seres humanos, sendo que alguns deles com o nítido propósito de tutelar pessoas que se encontram, em certo sentido, em situação de vulnerabilidade, ao longo dos séculos.

Dessa forma, foram editadas pelos sistemas de proteção internacional de direitos humanos, entre outras convenções, aquelas que trazem aspectos protetivos às crianças, aos migrantes, às pessoas com deficiência e às mulheres, sendo o último caso o tema que será analisado no presente trabalho, especialmente com relação às mulheres militares das Forças Armadas.

Diante do exposto, a partir do segundo capítulo, são analisados os aspectos gerais e históricos da proteção internacional dos direitos humanos, com enfoque na apresentação das Convenções, Declarações e dos principais órgãos que compõem o sistema universal (vertente da Organização das Nações Unidas) e interamericano (vertente regional da Organização dos Estados Americanos), inclusive fazendo menção às normas internacionais que tutelam especificamente a mulher.

O terceiro capítulo tem por propósito analisar dois casos debatidos perante o sistema interamericano, sendo o primeiro perante a Comissão Interamericana – “caso Maria da Penha Maia Fernandes versus Brasil”, o qual contribuiu decisivamente para a edição da Lei nº 11.340/06, e o

segundo, que resultou na atuação contenciosa da Corte Interamericana – “caso Gonzales e Outras versus México” –, em que se debateu, em linhas gerais, a violência estrutural de gênero, com o reconhecimento da conduta de “feminicídio” como crime.

No quarto capítulo, discorre-se, em síntese, a respeito do controle de convencionalidade no sistema interamericano de direitos humanos, dando ênfase a alguns precedentes da Corte Interamericana que estabeleceram o denominado “bloco de convencionalidade”. Destacam-se, ainda, a partir dos julgados da Corte, quais são os órgãos legitimados dos Estados para realizarem esse controle.

Ao final do capítulo, ressalta-se a posição do Supremo Tribunal Federal com relação ao controle de convencionalidade que é exercido internamente.

No quinto capítulo, inicia-se o ponto que mereceu maior reflexão, uma vez que leva à análise da convencionalidade ou não da competência da Justiça Militar da União para apreciar crimes praticados por militar contra a mulher militar federal, considerando, ainda, a edição da Lei nº 13.491/17.

Nesse contexto, são apresentadas algumas condutas tipificadas no Código Penal Comum, que podem ser processadas e julgadas na Justiça Castrense como crimes militares por extensão ou extravagante, sobretudo se afetarem valores da caserna de forma precípua, abrindo-se uma reflexão, contudo, sobre a necessidade da atuação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, se tais condutas decorrerem de violência doméstica ou familiar ou de relação íntima de afeto.

Por último, no sexto capítulo, conclui-se, em linhas gerais, que a convencionalidade da tutela penal das mulheres militares federais será efetivamente observada, levando-se em conta a aplicação na íntegra dos instrumentos jurídicos existentes no ordenamento jurídico pátrio, sobretudo nos casos de violência doméstica ou familiar ou decorrente de relação de afeto.

2 O SISTEMA INTERNACIONAL DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS – ASPECTOS GERAIS

Apesar das diversas formas doutrinárias de abordagem constatadas em relação ao surgimento dos direitos humanos, entre elas a ideia de que tais direitos já se encontravam presentes no Antigo Testamento ou na Revolução Francesa, entre outros marcos históricos, verifica-se que, majoritariamente, o processo de internacionalização dos direitos humanos se desencadeou após a Segunda Guerra Mundial, para se contrapor aos horrores da era *Hitler*, marcada pelo extermínio de milhões de pessoas, e para espancar a possibilidade de se repetir esse cenário apresentado na ocasião.

Dessa forma, a partir desse episódio histórico, o tema da valorização dos direitos humanos entrou definitivamente na agenda internacional, tornando-se objeto de vasta regulamentação.

Com o fim da Guerra, ocorrida entre 1939 a 1945, e a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, inaugura-se um processo de aproximação do direito à moral, resgatando-se a concepção axiológica das normas, praticamente inexistente naquele momento, a fim de promover direitos humanos em um viés não apenas local, mas sim universal.

Nesse contexto, salienta-se que o tratado que estabelecera as Nações Unidas – Carta das Nações Unidas – foi firmado em São Francisco, em 1945. O Brasil o aprovou em 04/09/1945, ratificando-o em 21 de setembro do mesmo ano. A promulgação se deu pelo Decreto nº 19.841, de 22/10/1945.

Destacam-se, no art. 1º da citada Carta, os propósitos das Nações Unidas, *in verbis*:

Manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz.

Na sequência, em 10/12/1948, foi aprovada pela Assembleia Geral da ONU, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), conforme previsão estabelecida na Carta, sendo que muito se debate acerca da sua natureza jurídica, já que foi criada por meio de Resolução.

Nessa contextualização, algumas correntes se destacam sobre o tema, podendo-se apontar, dentre as mais importantes, a que atribui à Declaração a forma de Recomendação, afirmando-se que o documento, formalmente, não tem força vinculante, portanto seria uma norma *soft Law*, o que não significa que seria, materialmente, não vinculante ou que não deva ser observada pelos Estados.

Outra concepção é que a DUDH, apesar de não ser um tratado internacional, reconhece, internacionalmente, que os direitos humanos não estão vinculados a uma previsão legal, podendo-se exigir o respeito à dignidade humana contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não, isso porque os direitos definidos na declaração corresponderiam aos costumes e princípios jurídicos internacionais reconhecidos como normas imperativas de direito internacional geral (*jus cogens*), consoante o art. nº 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Nessa dinâmica, a Declaração possui força vinculante.

Esse é o ensinamento da Professora Vivian Cristina, que assevera que, para os que defendem que a DUDH tem força vinculante (doutrina majoritária), ela retiraria sua força dos costumes e princípios do Direito Internacional, além de consistir na interpretação autêntica do art. nº 55 da Carta da ONU, tendo sido, inclusive, o entendimento da Corte Internacional de Justiça ao julgar, em 24/5/1980, no caso da retenção, como reféns, dois funcionários da embaixada norte-americana em Teerã.

Mais adiante, em 1966, foi levada a efeito a etapa de elaboração dos Pactos Internacionais de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), os quais são documentos que vinculam juridicamente os Estados quanto aos direitos consagrados na DUDH, detalhando-os e criando mecanismos de monitoramento

internacional. Acrescenta-se que a DUDH, o PIDCP e o PIDESC formam o que se denomina Carta Internacional dos Direitos Humanos.

No mesmo sentido, ainda sob o impacto da Guerra, durante a 9ª Conferência Interamericana realizada em Bogotá, entre 30/3 e 2/5/1948, foram aprovadas a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) e a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, cabendo ressaltar que um dos órgãos principais da OEA é a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que possui a missão precípua de responsabilização dos Estados por descumprimento dos direitos civis e políticos expressos na Carta da OEA e na Declaração Americana.

Em 1969, foi aprovada a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), ou *Pacto de San José da Costa Rica*, e entrou em vigor em 1978, vinculando os Estados.

Nessa jornada, a CIDH passou a ter um papel duplo, como órgão principal da OEA, devendo zelar pelos direitos humanos de forma ampla, bem como também passou a ser órgão da CADH, podendo analisar petições individuais e ajuizar ações de responsabilidade internacional em face de um Estado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Por fim, convém mencionar que, no âmbito do sistema internacional de proteção de direitos Humanos, foram aprovadas determinadas convenções destinadas a pessoas que possuem uma maior vulnerabilidade no tocante à violação de direitos humanos, entre as quais se encontram as que protegem as mulheres, objeto de análise adiante.

2.1 Sistema universal e a tutela das mulheres

O sistema universal ou global de proteção de direitos humanos, também denominado Onusiano, adotou, por meio da Resolução nº 34/180 da Assembleia Geral da ONU, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (*CEDAW*), em 1979, no intuito de evitar a manutenção de discriminações contra a mulher pelos Estados-Partes.

No Brasil, a Convenção foi promulgada e internalizada pelo Decreto nº 4.377, de 13/9/2002.

A norma, entre as variadas disposições protetivas, reafirma o princípio da não discriminação disposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, ressalta a igualdade entre homens e mulheres no gozo dos direitos econômicos, sociais, culturais, civis e políticos, e traz um significado, em seu art. 1º, para discriminação contra a mulher:

Para os fins da presente Convenção, a expressão "discriminação contra a mulher" significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo.

Além do mais, o art. 2º adverte os Estados-Partes a respeito da necessidade de adoção de políticas públicas destinadas a eliminar a discriminação contra mulheres e de medidas adequadas, legislativas e de outro caráter, estabelecendo as sanções cabíveis. Na mesma direção, impõe aos Estados que derroguem disposições penais nacionais que constituam discriminação contra a mulher.

Na Parte V, a Convenção cria o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, tendo por finalidade examinar os progressos alcançados na sua aplicação, bem como o mecanismo de relatoria periódica.

Nessa caminhada, é cabível mencionar a edição do Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, que foi adotado pela Resolução da Assembleia Geral da ONU de 6/10/1999, tendo por escopo aperfeiçoar o sistema de monitoramento da Convenção, assegurando o direito de petição decorrente de violações dos direitos abarcados por ela. O Brasil o promulgou pelo Decreto nº 4.316, de 30/7/2002.

Acrescenta-se que, por meio do referido Protocolo, o Estado reconhece, nos termos do art. 1º e 2º, a competência do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher para receber comunicações apresentadas por indivíduos ou grupo de indivíduos, ou em nome deles, em caso de consentimento ou sem consentimento se for justificada a ação, a favor de vítimas de violações de direitos humanos, sob a sua jurisdição.

Dessa forma, conclui-se que a Convenção e o Protocolo facultativo dispõem sobre um rol de direitos e garantias, que revela o mínimo de proteção conferido às mulheres, no âmbito do sistema global protetivo dos direitos humanos, com o objetivo de se evitar e coibir a discriminação, fortalecendo a igualdade de tratamento entre homens e mulheres.

2.2 Sistema interamericano e a tutela das mulheres

No sistema regional interamericano de direitos humanos, constata-se que a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos concluiu em Belém do Pará, no Brasil, em 09/06/1994, em razão da violência contra as mulheres existente na América, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, denominada “Convenção de Belém do Pará”.

Assim, após a aprovação pelo Congresso Nacional do Decreto Legislativo nº 107, de 31/8/1995, e o depósito de ratificação em novembro do mesmo ano, promulgou-se o Decreto nº 1973, de 01/08/1996, incorporando-se a referida Convenção no ordenamento jurídico brasileiro.

Afirma-se, logo no preâmbulo, o reconhecimento de que a violência contra a mulher constitui violação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais e limita total ou parcialmente a observância, o gozo e o exercício de tais direitos e liberdades.

O art. 1º conceitua a violência contra a mulher como qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico,

sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada.

Ressalta-se a importância do art. 2º, o qual dispõe que a violência contra a mulher abrange a violência física, sexual e psicológica, em tais circunstâncias:

- a) ocorrida no âmbito da família ou unidade doméstica ou em qualquer relação interpessoal, quer o agressor compartilhe, tenha compartilhado ou não a sua residência, incluindo-se, entre outras turmas, o estupro, maus-tratos e abuso sexual;
- b) ocorrida na comunidade e cometida por qualquer pessoa, incluindo, entre outras formas, o estupro, abuso sexual, tortura, tráfico de mulheres, prostituição forçada, sequestro e assédio sexual no local de trabalho, bem como em instituições educacionais, serviços de saúde ou qualquer outro local; e
- c) perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra.

Outro dispositivo de extrema importância é o art. 7º que impõe deveres aos Estados-Partes, dentre eles o de condenar todas as formas de violência contra a mulher e adotar, por todos os meios apropriados, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em “incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas (...)”.

Segundo André de Carvalho Ramos, esses inúmeros deveres estatais foram fundamentais para que o Brasil editasse a Lei nº 11.340/06, também denominada de “Lei Maria da Penha”. Arremata o autor que essa norma criou mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) e da Convenção Interamericana

para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará).

O art. 8º da Convenção ainda prevê que aos Estados-Partes convém adotar, progressivamente, medidas específicas, inclusive programas destinados, dentre outros, a promoção para educação e treinamento de todo pessoal judiciário e policial e demais funcionários responsáveis pela aplicação da lei, bem como do pessoal encarregado pela implementação de políticas de prevenção, punição e erradicação da violência contra a mulher.

Quanto aos mecanismos de proteção, a Convenção retrata a necessidade de os Estados realizarem informes nacionais à Comissão Interamericana de Mulheres e prestarem informações sobre as medidas adotadas para prevenir e erradicar a violência contra a mulher, bem como para assistir a mulher afetada pela violência.

De igual modo, traz a previsão de os Estados-Partes e a Comissão Interamericana de Mulheres contarem com a possibilidade de apresentação de requerimento perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, para fins de obtenção de uma opinião consultiva sobre a interpretação da Convenção.

Nesse aspecto, é permitido, ainda, que qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não governamental legalmente reconhecida, apresente à CIDH petições que contenham denúncias ou queixas de violação de deveres contidos na Convenção.

Dessa forma, conclui-se que há inúmeras disposições protetivas às mulheres nas Convenções a serem observadas pelos Estados-Partes, e que, uma vez negligenciadas ou violadas, sem que essas condutas sejam submetidas à investigação e à punição, podem gerar responsabilização internacional estatal, na medida em que o Brasil é signatário dessas normas de direitos humanos.

3 A JURISPRUDÊNCIA INTERAMERICANA DOS DIREITOS HUMANOS EM MATÉRIA DE PROTEÇÃO DE MULHERES – REFLEXOS PENAIS

3.1 Caso Maria da Penha Maia Fernandes versus Brasil

Em 20/08/1998, a Comissão Interamericana (CIDH) recebeu uma denúncia apresentada pela Sra. Maria da Penha Maia Fernandes, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e a América Latina Comitê de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), com base nos art. n° 44 e 46 da Convenção Americana de Direitos Humanos e no art. n° 12 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará).

A denúncia alegava tolerância por parte da República Federativa do Brasil da violência perpetrada na residência da Sra. Maria da Penha, na cidade de Fortaleza, Estado do Ceará, por seu até então esposo Sr. Marco Antônio Heredia Viveiros, durante os anos de vida de casados.

Foi constatado que a vítima sofrera tentativa de homicídio e outras agressões em maio e junho de 1983, e que, ao final, resultou em paraplegia irreversível e outros traumas físicos e psicológicos. Ademais, houve tentativa por parte do agressor de eletrocutá-la assim que regressara do hospital.

O Ministério Público ofereceu denúncia contra o infrator, mas passados mais de 15 (quinze) anos da data do fato, a justiça brasileira ainda não havia julgado definitivamente o caso, apesar da gravidade do fato.

Após apreciação de requisitos de admissibilidade, a CIDH admitiu o trâmite da petição ajuizada pela vítima, e no seu Relatório de Mérito, entre outras, fez as seguintes Recomendações:

1. Concluir com rapidez e eficácia a ação penal contra o responsável pela agressão e tentativa de homicídio em prejuízo da Sra. Maria da Penha Fernandes Maia.

2. Realizar também uma investigação séria, imparcial e exaustiva para apurar a responsabilidade por irregularidades ou atrasos injustificados que tenham impedido o processo rápido e eficaz do responsável; e tomar as medidas administrativas, legislativas e judiciais correspondentes.
3. Adotar, sem prejuízo de eventuais ações contra o civil responsável pelo ataque, as medidas necessárias para que o Estado atribua à vítima uma reparação simbólica e material adequada pelas violações aqui estabelecidas, em particular a sua omissão de uma solução rápida e eficaz; por manter o caso na impunidade por mais de quinze anos; e evitar com esta demora a oportuna possibilidade de ação de reparação e indenização civil.

Conforme ensinamento dos Professores Caio Paiva e Thimotie Aragon Heemann, foi a primeira vez que a CIDH aplicou a “Convenção Belém do Pará”, embora o primeiro precedente em que a citada norma fora invocada se encontra no caso “Presídio Miguel Castro versus Peru”.

Mais adiante, dentro dessa realidade, o Brasil editou a Lei nº 11.340/06, de 7/8/2006, cabendo ressaltar que essa providência do Estado brasileiro ganhou destaque no Relatório elaborado pela CIDH, em 2021, acerca da situação dos direitos humanos no Brasil, conforme se verifica: “A CIDH recorda o avanço logrado com a adoção da Lei Nº. 11.340/06, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), entre outras políticas públicas que visam gerar espaços seguros para as mulheres vítimas de violência (...)”.

Por outro lado, o mesmo relatório aponta que, em que pese os avanços legislativos e de políticas públicas empreendidas pelo Brasil no combate à violência contra as mulheres, o país ainda possui índices dramáticos, com cifras alarmantes de assassinatos de mulheres por razões de gênero, sendo em grande parte classificados como feminicídio.

3.2 Caso *Gonzales e outras versus México*

Em 04/11/2007, a CIDH apresentou, em conformidade com os arts. n° 51 e 61 da Convenção Americana de Direitos Humanos, uma demanda contra o Estado do México perante a Corte Interamericana, após a emissão de diversas recomendações não adotadas por ele .

No presente caso, foi discutida a responsabilidade internacional do Estado pelo desaparecimento e posterior morte das jovens Claudia Ivette González (20 anos de idade), Esmeralda Herrera Monreal (15 anos de idade) e Laura Berenice Ramos Monárrez (17 anos de idade), cujos corpos foram encontrados em uma plantação de algodão de *Ciudad Juárez*, no dia 6/11/2001, apresentando sinais de violência sexual.

Após o processamento do caso, a Corte Interamericana concluiu que as vítimas foram assassinadas em razão de uma violência estrutural de gênero, reconhecendo-se a existência de feminicídio.

Assim, foi constatado que o México violou os direitos à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal reconhecidos nos arts. n° 4.1, 5.1, 5.2 e 7.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação à obrigação geral de garantia contemplada no art. n° 1.1 e à obrigação de adotar disposições de direito interno disposta no art. n° 2° da referida norma, bem como às obrigações contempladas nos arts. n° 7.b e 7.c da “Convenção Belém do Pará”, em detrimento das vítimas.

Em síntese, verifica-se que o Estado foi responsabilizado por violar várias normas internacionais, entre elas o dever de investigar e punir os responsáveis pelas ofensas aos direitos das vítimas à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal e o dever de não discriminação.

Contextualizando o tema, registra-se que foi o primeiro caso envolvendo violência estrutural de gênero e a primeira vez que um tribunal internacional reconheceu a existência de “feminicídio” como crime, além de ter ficado assentado que a Corte Interamericana tem competência para analisar violações de outros tratados que compõem o sistema interamericano,

a exemplo da “Convenção Belém do Pará”, e, ainda, que é estabelecida a obrigação de os Estados erguerem um monumento em memória das vítimas (PAIVA e HEEMANN, em 2020, p. 209/210).

Diante desse panorama, faz-se necessário lembrar que há alguns anos, por meio da Lei nº 13.104/2015, o Brasil tipificou a conduta do feminicídio, como qualificadora do crime de homicídio (art. 121, § 2º, inciso VI, do Código Penal). Aliás, essa postura legislativa também mereceu destaque no Relatório elaborado pela CIDH, tratando da situação de direitos humanos do Brasil, no ano de 2021, *in verbis*:

(...) Ademais, entre os anos de 2012 e 2013, o Congresso brasileiro instaurou uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) para apurar “a situação da violência contra a mulher” no país e as “denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação dos instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência”¹¹⁰. Os trabalhos da Comissão deram ensejo à edição da Lei Nº. 13.104, de 9 de março de 2015, que tipificou o crime de “feminicídio (...)”.

4 BREVES APONTAMENTOS SOBRE O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE À LUZ DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

O controle de convencionalidade consiste no processo de compatibilidade de uma norma ou prática interna em face do direito internacional dos direitos humanos, aqui compreendidas todas as suas fontes, mas, em especial, os tratados e a jurisprudência internacional, consultiva e contenciosa.

Diferentemente do controle de constitucionalidade, exercido com o propósito de impedir a validade no ordenamento jurídico de determinadas normas incompatíveis com o texto constitucional, o controle de convencionalidade tem por escopo averiguar se o Direito interno de um Estado-Parte se encontra em sintonia com suas obrigações assumidas internacionalmente, sobretudo por meio de tratados internacionais.

Dessa forma, identificam-se como fundamentos normativos para o exercício do controle de convencionalidade os arts. n° 1.1° (obrigação de respeitar os direitos), n° 2° (dever de adotar disposições de direito interno), n° 29° (Normas de Interpretação), tudo da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), e arts. n° 26° (*pacta sunt servanda*) e n° 27° (direito interno e observância dos tratados), ambos da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados. Quanto às modalidades de controle de convencionalidade, deve-se ter em conta a existência de um controle exercido por órgãos ou tribunais internacionais de direitos humanos, denominado internacional, externo, original ou definitivo, e de um controle exercido por órgãos ou tribunais nacionais, entendido como nacional, provisório, preliminar ou primário.

Destaca-se que o controle nacional (interno) da convencionalidade das leis deve ser o principal a ser realizado, de tal modo que os órgãos internacionais de proteção de direitos humanos tão somente atuem, na omissão estatal, ou seja, de forma complementar à doméstica, sendo essa a realidade jurídica que se alinha aos preceitos do sistema internacional de proteção de direitos humanos.

Nesse contexto, conforme lição de Valério de Oliveira Mazzuoli, Marcelle Rodrigues da Costa e Faria e Kledson Dionysio de Oliveira, a Corte Interamericana, por ocasião do julgamento do “caso *Almonacid Arellano e Outros versus Chile*”, em 2006, assentou que o controle de convencionalidade deve ser realizado primariamente pelo Poder Judiciário dos Estados entre as normas jurídicas internas aplicáveis ao caso concreto e os tratados de direitos humanos em vigor, levando-se em conta não somente as normas internacionais, mas também a interpretação definitiva da Convenção Americana (CADH) realizada pela própria Corte.

A partir desse precedente, então, verifica-se a possibilidade do controle difuso de convencionalidade, que deve ser exercido pelos magistrados, entendimento reforçado mais adiante no caso “Trabalhador Demitidos do Congresso versus Peru”, acrescentando-se a possibilidade de o

Poder Judiciário controlar *ex officio* a convencionalidade das normas internas, dentro das respectivas competências (MAZZUOLI, COSTA, OLIVEIRA, 2021, p. 7).

Nesse aspecto, entende-se que, por meio do controle de convencionalidade pela via difusa, deve-se adotar, no caso concreto, posicionamento compatível com a invalidade de norma inconvenção ou com a sua interpretação segundo as convenções ou decisões internacionais paradigmáticas, não sendo o caso de se assumir uma postura de exclusão da norma inconvenção do ordenamento jurídico (MAZZUOLI, COSTA, OLIVEIRA, 2021, p. 15).

Por outro lado, dentro dessa lógica, verifica-se que o controle concentrado de convencionalidade é realizado pela Corte Interamericana, como última interprete das convenções e dos tratados concernentes ao sistema interamericano de direitos humanos. Nesse caso, a ordem jurídica interna é depurada (com efeitos jurídicos *erga omnes*), expurgando-se a validade da norma declarada inconvenção (MAZZUOLI, COSTA, OLIVEIRA, 2021, p. 15).

Além dos citados julgados, outro importante precedente internacional se deu no “caso *Cabrera Garcia e Montiel Flores versus México*”, julgado em 2010, em que a Corte Interamericana entendeu que é obrigação dos membros do Poder Judiciário aplicar a Convenção Americana de Direitos Humanos de acordo com a interpretação feita por ela (Corte), tendo, de igual modo, estabelecido que os órgãos de controle de convencionalidade não são somente os juizes, mas também todos que integram a administração da justiça (MAZZUOLI, COSTA, OLIVEIRA, 2021, p. 9).

Mais adiante, corroborando os precedentes mencionados, em 2011, no julgamento do “caso *Gelman versus Uruguai*”, a Corte arrematou que todos os órgãos do Estado, e não apenas os juizes, devem se submeter à autoridade dos tratados de direitos humanos, e os magistrados e os órgãos inseridos na administração da justiça, em todos os níveis, devem exercer, de

ofício, controle de convencionalidade intrínseco às suas competências ou atribuições (MAZZUOLI, COSTA, OLIVEIRA, 2021, p. 11).

Nessa toada, os precedentes da Corte Interamericana têm ampliado os legitimados para fins de verificação se uma norma doméstica, a ser aplicada a um caso concreto, é compatível com os tratados de direitos humanos ou com a interpretação por ela conferida da CADH, bem como com outras convenções específicas em matéria de direitos humanos.

Assim sendo, vale ressaltar, oportunamente, à luz da jurisprudência da Corte, por exemplo, que o Ministério Público, dentro de suas atribuições, deve exercer o controle de convencionalidade em todas as fases da persecução penal, conforme ensina a doutrina:

(...) importa ressaltar que o controle de convencionalidade no âmbito dos procedimentos de investigação e de persecução penal em juízo não se resume estritamente ao ato isolado de propor ação penal pública, mas também abrange todas as providências de atuação funcional do Ministério Público, visando a regularidade de sua tramitação, haja vista que a ação penal deve ser proposta para atender à finalidade de efetiva proteção dos direitos das vítimas e de garantia objetiva dos direitos humanos e fundamentais, com respeito a todas as regras concernentes ao devido processo legal e convencional (MAZZUOLI, COSTA, OLIVEIRA, 2021, p. 163/164).

Relacionado ao tema, é interessante salientar que a Corte Interamericana afirmou em sua Opinião Consultiva nº 22/2016 que a sua competência consultiva, estabelecida no art. 64 da Convenção Americana, cumpre a função própria de um controle de convencionalidade preventivo. Destarte, leciona o Professor Caio Paiva que:

O parâmetro do controle de convencionalidade é o bloco de convencionalidade, que inclui não apenas os tratados, mas também outras fontes do Direito Internacional dos Direitos Humanos, como o costume internacional e principalmente a jurisprudência tanto contenciosa quanto consultiva dos tribunais internacionais de direitos humanos.

No tocante aos órgãos competentes para conhecer dos assuntos relacionados com os compromissos assumidos pelos Estados na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 33), verificam-se a Comissão Interamericana e Corte Interamericana de Direitos Humanos.

De forma resumida, pode-se dizer que a Comissão tem como principais funções, no sistema interamericano, emitir recomendações aos Estados, para que sejam adotadas medidas progressivas em prol dos direitos humanos, no âmbito legislativo e administrativos, e atuar no recebimento de petições e comunicações, além de poder requerer que certos casos, com violação grave de direitos humanos, sejam submetidos à instância contenciosa da Corte.

Com relação à Corte, pode ela tomar medidas provisórias em caso de extrema gravidade e urgência (art. n° 63.2, da CADH), processar e julgar casos relativos à interpretação e à aplicação das disposições da CADH, bem como apreciar as consultas dos Estados relativas à interpretação da mesma Convenção, sendo que sua sentença é definitiva e inapelável, podendo apenas, em caso de divergência sobre o seu sentido ou alcance, ser interpretada a pedido de qualquer das partes, desde que o pleito seja apresentado no prazo de 90 (noventa) dias a partir da notificação (art. 67 da CADH).

Por ser pronunciamento judicial de uma Corte Internacional, e não de um Estado estrangeiro, é prescindível a sua homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, para fins de aplicação no Brasil.

4.1 O controle de convencionalidade segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

A partir do processo de redemocratização do Brasil, em 1985, e o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Estado passou a ratificar vários tratados internacionais de direitos humanos, especialmente levando-se em conta as previsões expressas no texto

constitucional do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República (art. 1º, III), da necessidade da promoção do bem-estar de todos sem discriminação como objetivo fundamental (art. 3º, IV) e da prevalência dos direitos humanos regente nas relações internacionais (art. 4º, II).

Convém pontuar, diante desse quadro, o reconhecimento na Lei Maior de que os direitos e as garantias constitucionais expressos 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 (art. 5º, 2º).

Na visão da Professora Flávia Piovesan, essa previsão permite a interpretação de que “a CF/88 está a atribuir aos direitos internacionais uma hierarquia especial e diferenciada, qual seja, a de norma constitucional”. Para a autora, essa abertura do texto constitucional à normatividade internacional resulta na ampliação do denominado “bloco de constitucionalidade”.

Todavia, após o Supremo Tribunal Federal oscilar em sua jurisprudência quanto à natureza jurídica dos tratados e das convenções internacionais de direitos humanos, ao tratar da discussão existente a respeito da convencionalidade ou não da prisão civil do depositário infiel, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 466.343, em 2008, conferiu a eles, em resumo, o caráter de supralegalidade, na hipótese em que não forem aprovados segundo os requisitos do § 3º do art. 5º da CRFB/88, sendo o que tem prevalecido na atualidade.

Nesse mecanismo, independentemente da previsão contida no art. 5º, § 3º, da CRFB/88, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45/04, que atribuiu apenas aos tratados e às convenções que versem sobre direitos humanos aprovados segundo o quórum de 3/5, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos de votação, a equiparação à Emenda Constitucional, entende Flávia Piovesan que a natureza materialmente constitucional se extrai tão somente da interpretação do art. 5º, § 2º, da CRFB/88, não importando o quórum de aprovação, e que o citado art. 5º, § 3º, endossa a hierarquia formalmente constitucional de tais tratados ora ratificados.

Assim sendo, conclui-se que a nova visão do Supremo Tribunal Federal, muito embora não contemple a ideia de parte da doutrina internacionalista, no sentido da natureza constitucional dos tratados e das convenções sobre direitos humanos, independentemente do quórum e das circunstâncias de sua aprovação, conferiu a eles posição privilegiada dentro do cenário jurídico nacional, consagrando, assim, a possibilidade do controle de convencionalidade nacional de leis domésticas que violem essas normas internacionais.

5 NORMAS PENAIS COM APTIDÃO DE TUTELAR MULHERES MILITARES DAS FORÇAS ARMADAS, CONSIDERANDO A LEI Nº 13.491/17

5.1 Convencionalidade

Com o advento da Lei nº 13.491/17, verifica-se a alteração do art. 9º do Código Penal Militar (CPM), primeiramente com relação ao inciso II, ao considerar a nova redação ser crime militar: “(...) os previstos neste Código e os previstos na legislação penal quando praticados (...)”, o que diferencia da norma anterior que trazia a previsão de que para ser crime de natureza castrense deveria o fato estar tipificado no Código Penal Militar: “(...) embora também o sejam com igual definição na legislação penal comum, quando praticados (...)”.

Assim sendo, conforme ensinam os Professores Marcello Streinfinger e Cícero Robson Coimbra Neves:

Com a nova disposição trazida pela Lei n. 13.491/17, os crimes militares tipificados de maneira idêntica no CPM a na legislação penal comum continuam na mesma lógica de antes, mas houve acréscimo dos tipos penais constantes da legislação penal comum que não possuem idêntica previsão no CPM, os quais hoje, se enquadrados em uma das alíneas do inciso II do art. 9º do Código Castrense, as mesmas acima enumeradas, serão, em regra, crimes militares (...).

Dessa forma, a partir de tais mudanças, esses novos tipos penais passaram a ser denominados pela doutrina como crime militar por extensão, crime militar extravagante ou crime militar por equiparação à legislação penal comum.

Outra novidade abarcada pela Lei n° 13.491/17 é a fixação da competência para processar e julgar o crime militar doloso contra a vida de civil, consoante inclusão dos §1° e §2°, do art. 9° do CPM, e revogação do parágrafo único criado pela Lei n° 9.299/96, que sofrera alteração pela Lei n° 12.432/11.

Com a alteração promovida, verifica-se que o crime doloso contra a vida de civil praticado por militar federal pode atrair, em tese, a competência do Tribunal do Júri (§1°), mas, em razão das diversas exceções previstas no §2°, deduz-se que, na maioria das circunstâncias, será o delito militar a ser julgado pela Justiça Castrense.

Nesse passo, não se ignora que no Supremo Tribunal Federal se encontram pendentes ações do controle abstrato de constitucionalidade (Ações Diretas de Inconstitucionalidade n° 5.804, ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, e n° 5.901, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL), em que se pretende a declaração da inconstitucionalidade de dispositivos trazidos pela Lei n° 13.491/17, o que torna viável, por ora, afirmar a sua validade e a possibilidade de aplicação das regras até então dispostas, em razão do princípio da presunção da constitucionalidade das leis, até decisão contrária.

Superados esses apontamentos, pode-se afirmar que, além dos crimes previstos no Código Penal Militar, com a possibilidade de cometimento por militar contra mulheres militares federais, a exemplo dos crimes de natureza sexual, vários outros delitos que possuem aptidão para serem praticados contra as militares femininas, e que eram julgados na Justiça Comum, por ausência de tipificação no Código Castrense, com a edição da Lei n° 13.491/17, em tese, passaram a poder tramitar na Justiça Militar da União.

Com efeito, é bem visível que a mulher militar federal pode figurar como sujeito passivo, nos moldes do art. 9º, inciso II, letra “a”, do Código Penal Militar, em vários casos concretos, das mais novas infrações penais eventualmente cometidas, como é o caso da importunação sexual (art. 215-A do CP), do assédio sexual (art. 216-A do CP), do registro não autorizado da intimidade sexual (art. 216-B), da divulgação de cena de estupro ou cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia (art. 218-C do CP), do feminicídio (qualificadora do crime de homicídio, nos termos do art. 121, § 2º, inciso VI, do CP), e dos mais atuais crimes trazidos pelas Leis nº 14.132/2021 (Perseguição – art. 147-A CP) e nº 14.188/2021 (Violência psicológica contra mulher – Art. 147-B do CP).

Diante desse contexto, fica evidente que as recentes tipificações na legislação brasileira de condutas, que trazem uma maior tutela penal às mulheres, alinham-se às normas internacionais de direitos humanos, na medida em que estas estabelecem a necessidade da observância de inúmeras regras protetivas e impositivas, incluindo os denominados mandados convencionais de criminalização, pelos Estados-Partes, para que esses não somente assumam o compromisso de impedir a violação aos direitos humanos das mulheres como também investiguem, processem e punam os autores dos delitos, como é o caso do já citado art. 7º da “Convenção Belém do Pará”, *in verbis*:

Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em:

- a. abster-se de qualquer ato ou prática de violência contra a mulher e velar por que as autoridades, seus funcionários e pessoal, bem como agentes e instituições públicos ajam de conformidade com essa obrigação;
- b. agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher;
- c. incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis (...).

Oportunamente, é válido lembrar que a Corte Interamericana, como última intérprete da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e das demais convenções específicas em matéria de direitos humanos, no âmbito do sistema interamericano, tem se posicionado sobre o dever de investigar e punir os responsáveis pelas ofensas aos direitos das vítimas à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal e o dever de não discriminação (citado “Caso Gonzales e outras versus México”).

Na mesma ótica, a Comissão Interamericana (CIDH) tem emitido recomendações aos Estados, a fim de que realize investigação séria, imparcial e exaustiva para apurar a responsabilidade por irregularidades ou atrasos injustificados que tenham impedido o processo rápido e eficaz do responsável, bem como para tomar medidas administrativas, legislativas e judiciais em matéria de direitos humanos, como foi no “caso Maria da Penha Maia Fernandes versus Brasil” que contribuiu para edição da Lei nº 11.340/06 (“Lei Maria da Penha”).

Acrescenta-se, a título ilustrativo, que o Relatório sobre a situação de direitos humanos no Brasil realizado pela Comissão Interamericana, em 2021, ressaltou o avanço logrado pela edição da Lei 13.772/2018, que tipifica o delito de registro não autorizado de intimidade sexual (art. 216-B).

Entretanto, apesar da compatibilidade (convencionalidade) dos tipos penais dispostos na legislação pátria com o sistema de proteção internacional da mulher em matéria de direitos humanos, é possível se instalar uma reflexão acerca da convencionalidade ou não em se atribuir à Justiça Castrense a competência para apreciar os crimes praticados por militar contra militar feminina das Forças Armadas (art. 9º, II, letra “a”, do CPM), quando ocorridos no contexto da violência doméstica ou familiar ou decorrente de relação íntima de afeto, o que será tratado adiante.

5.2 Crimes praticados no contexto da violência doméstica ou familiar ou decorrente de relação íntima de afeto – competência para processar e julgar – controle de convencionalidade

A Lei nº 11.340/06 define violência doméstica e familiar contra a mulher como qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto (art. 5º), pontuando que a violência doméstica e familiar constitui uma das formas de violação dos direitos humanos (art. 6º).

Ademais, relaciona e define as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: a violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral, ampliando, em princípio, o aspecto protetivo da vítima se comparado à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção Belém do Pará), que não aborda expressamente a violência moral e patrimonial.

Por outro lado, a citada Convenção foi mais ampla do que a Lei nº 11.340/06 ao mencionar no art. 2º que a violência contra a mulher poderá ocorrer no âmbito da família ou da unidade doméstica, na comunidade, e em decorrência de atos dos agentes do Estado, bem como em razão da tolerância dos mesmos agentes.

Nesse cenário, faz-se necessário e oportuno analisar se a Justiça Militar da União é a mais adequada para processar e julgar os crimes praticados contra as mulheres militares, no contexto da violência doméstica ou familiar ou em decorrência de relação íntima de afeto, levando-se em conta a base convencional e jurisprudencial até então estabelecida, sobretudo, no sistema interamericano dos direitos humanos.

No decorrer desta análise, não se está a discutir acerca da competência castrense para fins de processar e julgar crimes, alguns deles tipificados apenas na lei penal comum ou em leis penais extravagantes, a exemplo da importunação sexual ou do registro não autorizado da intimidade

sexual, quando praticados por militar contra mulher militar, no âmbito das atividades do dia a dia da caserna e sob o manto dos princípios da hierarquia e disciplina, mas o que se pondera é se fato concernente a uma conduta criminosa eventualmente cometida contra mulheres militares, no contexto, exclusivo, de violência doméstica ou familiar ou decorrente de relação íntima de afeto, deve ser objeto de processo penal perante a Justiça Militar da União.

Com efeito, esse debate é viável porque a Justiça Militar da União possui competência penal, não cível, à luz do art. 124 da CRFB/88, e muitos dos instrumentos jurídicos de proteção às mulheres dispostos na Lei nº 11.340/06 não poderiam ser aplicados no Juízo Castrense, por falta de competência material para tanto. Apenas para argumentar, ressalta-se o art. nº 14-A, *caput*, que trata da ofendida poder optar, após a violência sofrida, por ação de divórcio e de dissolução de união estável, e o nº 22, incisos IV e V, que trata da possibilidade de o juiz aplicar, de imediato, ao agressor a restrição e suspensão de visitas aos dependentes menores e a prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

Não é sem motivos que o art. 14 da norma previu a criação de Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com competência híbrida (cível e criminal), para cuidar de casos dessa natureza, trazendo no seu bojo a possibilidade de providências jurisdicionais de natureza civil, visando à tutela integral das vítimas de violência.

Dessa forma, percebe-se que a impossibilidade fática ou jurídica quanto à aplicabilidade de alguns institutos protetivos da Lei nº 11.340/06 na justiça especializada castrense, por si só, diminui o aspecto de proteção da mulher militar, o que contraria e esvazia o propósito da norma, trazendo como consequência um desgaste desnecessário para a vítima, a qual terá de se socorrer de decisões de órgãos diversos do judiciário, para a obtenção da merecida tutela integral estatal.

No mesmo sentido, verifica-se que a aplicação apenas parcial de instrumentos jurídicos da Lei nº 11.340/06, o que pode ocorrer diante da eventual prevalência da competência da Justiça Militar da União para atuar

nesses casos, viola o princípio da igualdade estabelecido no art. 24 da Convenção Americana de Direitos Humanos – “Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei” – ao se pensar na possibilidade de integral aplicabilidade da aludida norma com relação às mulheres civis.

Depreende-se, dessa forma, que os mecanismos previstos na Lei nº 11.340/06 foram criados de forma pensada e sistematizada, a fim de se cumprir não somente o texto constitucional (art. 226, §8º), mas também todo o conjunto de tratados internacionais de direitos humanos, as recomendações da Comissão Interamericana e decisões da Corte Interamericana, de modo que as vítimas tuteladas possam o mais rápido possível se livrar das mazelas advindas da violência a que foram submetidas no contexto familiar ou doméstico ou decorrente de relação de afeto.

Nesse sentido, é imprescindível destacar o seguinte trecho da declaração de voto divergente proferido pela Exma. Ministra do Superior Tribunal Militar, Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, no Recurso em Sentido Estrito nº 70001361-76.2019.7.00.0000:

Daí, inegável pertencer aos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher a competência para o processamento e julgamento de demandas criminais que desembocam em possíveis questões cíveis, sobretudo em função do entendimento construído no âmbito do Fórum Nacional de Violência Doméstica.

Temeroso, portanto, com a assunção de competência pela JMU de aplicação da legislação protetiva, que o conhecimento dessas demandas importaria o desmedido alargamento dessa competência especializada. Ainda, haveria manifesto prejuízo às vítimas, que, tendo em vista seu estado de vulnerabilidade, deveriam buscar, caso a Justiça Militar não abarcasse as facetas cíveis e administrativas da demanda, seus direitos em âmbito da Justiça ordinária, o que desvirtuaria por completo o espírito protetivo da Lei Maria da Penha.

O destaque pela Justiça Castrense do âmbito criminal das demandas de violência contra a mulher resultaria no descaso à luta social existente por trás da inclusão de um Juizado híbrido na lei.

Diante dessa construção, é possível identificar e sugerir, em razão da prática de crimes contra as mulheres militares federais, respeitando-se entendimento contrário, duas possibilidades quanto ao juízo competente para processá-los e julgá-los.

A primeira seria da Justiça Castrense, alinhando-se à adequação típica indireta do art. 9º, II, “a”, do Código Penal Militar, quando, no caso concreto, estivermos diante de uma conduta delituosa envolvendo militares, sendo a vítima mulher, relacionada à atividade do dia a dia da caserna, sem qualquer conotação doméstica ou familiar ou de relação íntima afetiva (exemplo: lesão corporal ocorrida dentro de uma organização militar, em razão de divergências surgidas em matéria de serviço de escala), o que acabaria por violar, precipuamente, os princípios sustentáculos das Forças Armadas, hierarquia e disciplina, afetando a regularidade da instituição.

Nessa situação, fica notório que, em razão de o fato delituoso ocorrido contra a mulher militar não se comunicar com atos relacionados à violência doméstica ou familiar ou decorrente de afeto, não se verificará a incidência das medidas protetivas de urgência da Lei nº 11.340/06, para fins da tutela da vítima, logo a Polícia Judiciária Militar e, sobretudo, o Ministério Público Militar se valeriam, conforme o caso, dos instrumentos processuais regulados no Código de Processo Penal Militar, visando à persecução penal dos infratores e ao restabelecimento da ordem militar.

A segunda seria dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, que possui competência híbrida (cível e penal), para processar e julgar as causas em que a mulher militar federal venha a sofrer violência por outro militar no contexto familiar, doméstico ou decorrente de relação íntima de afeto (exemplo: lesão corporal de marido contra mulher, ambos militares, no interior da residência do casal), pois, neste caso, todas as garantias e as medidas protetivas de urgência (cíveis) atinentes à Lei nº 11.340/06 seriam observadas em favor da mulher militar, além de privilegiar a celeridade processual, sem prejuízo de o infrator também responder no referido juízo pela sanção criminal praticada.

Assim, entende-se que a proteção mais alargada dos direitos das mulheres militares, no contexto da violência doméstica ou familiar ou afetiva, dar-se-á se no juízo especializado, criado com o escopo de permitir a aplicação integral das normas em vigor, razão pela qual se mostra razoável sustentar a incompetência da Justiça Militar da União no julgamento desses casos.

Ademais, o eventual afastamento da Justiça Castrense dessa competência não tem o condão de mitigar a observância dos princípios da hierarquia e disciplina no seio da caserna, isso porque, à luz da Lei nº 6.880/80 (Estatuto dos Militares), dos Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas e das normas vigentes quanto aos Conselhos de Disciplina (Decreto nº 71.500, de 5/12/1972) e de Justificação (Lei nº 5836, de 5/12/1972), é possível apurar as condutas perpetradas pelo infrator militar em âmbito administrativo, em razão da independência das instâncias, espancando eventual desordem no interior da corporação.

Logo, verifica-se que a aplicação ampla e integral das medidas de proteção e urgência às mulheres militares federais, nos termos da Lei nº 11.340/06, vai ao encontro da exigência convencional a respeito do tema, sem contar que fortalece a igualdade de tratamento com relação às mulheres civis.

De igual modo, é cabível pontuar que exigir que a mulher militar vítima de violência doméstica ou familiar seja submetida a diversas esferas do Poder Judiciário para buscar proteção jurisdicional integral cria em seu desfavor um cenário indesejável de revitimização em total desalinhamento com o princípio da dignidade da pessoa humana, fragilizando ainda mais a sua integridade psicológica, de forma que essa dinâmica acaba por violar também as normas internacionais de proteção de direitos humanos supramencionadas, que têm por uma das suas finalidades a proteção da mulher na sua esfera psicológica.

Desse modo, tendo em conta que a Constituição Federal (art. 124) dispõe que compete à lei (*critério ratione legis*) definir os crimes militares a

serem julgados pela Justiça Castrense, constata-se que é por intermédio, especialmente, do Código Penal Militar, e, hoje, também de outras normas penais (crimes militares por extensão ou extravagante), que se identificam os delitos castrenses, segundo critérios *ratione temporis, loci, materiae e persona*, de tal forma que esse arcabouço legislativo infraconstitucional deve ser interpretado em consonância com o princípio *pro persona (pro homine)*, segundo o qual, em matéria de direitos humanos, deve prevalecer a norma mais favorável, nesse caso a que mais favorece as mulheres militares federais, sob pena de inobservância de preceitos convencionais.

Nesse quadro, ainda que se vislumbre, se for o caso, a constitucionalidade da competência da Justiça Castrense para processar e julgar casos envolvendo a violência doméstica ou familiar contra a mulher militar, nos termos dos artigos nº 124 da CRFB/88 e 9º, inciso II, letra “a”, do Código Penal Militar, verifica-se que é possível sustentar, diante do exercício do controle de convencionalidade interno, que, levando-se em conta a posição do Supremo Tribunal Federal, a qual permite concluir pelo caráter supralegal das normas internacionais de direitos humanos que tutelam mulheres, que os Juizados de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher, por terem condições de conferir integralmente, de forma célere e efetiva, as garantias e medidas de urgência previstas na Lei nº 11.340/06, sem desvencilhar-se da aplicação de eventual punição penal ao infrator, devem atrair a competência para processar e julgar os casos em análise.

Por fim, é válido salientar, conforme argumentos expostos ao longo do trabalho, que todo o sistema internacional de proteção em matéria de direitos humanos relacionado às mulheres, embora imponha aos Estados o dever de investigar e punir o infrator, antes de tudo se preocupa com a tutela da vítima, de tal modo que isso efetivamente ocorrerá no Brasil, se aplicados, integralmente e de forma célere, os institutos dispostos na Lei nº 11.340/06, diante de violência doméstica ou familiar ou decorrente de relação íntima de afeto.

6 CONCLUSÃO

Após discorrer de forma breve a respeito de um tema tão atual, quanto à tutela da mulher, constata-se que muitas reflexões podem surgir quando se passa a analisar as normas internacionais e o posicionamento jurisprudencial dos órgãos internacionais de proteção em matéria de direitos humanos, especialmente no sistema interamericano, que possui uma incidência mais acentuada sobre os países signatários da Convenção Americana dos Direitos Humanos.

Portanto, considerando que existe a tendência de o Brasil ratificar tratados concernentes aos direitos humanos, até mesmo pelo modo como o país se posiciona em suas relações internacionais, inclusive tendo por princípio, nessa seara, a prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II, da CRFB/88), faz-se mister compatibilizar não apenas as normas internas, mas também a interpretação de seus dispositivos legais, com o denominado “bloco de convencionalidade”, que é composto pelos tratados e pelas convenções internacionais, bem como por outras fontes do Direito Internacional dos Direitos Humanos, tais como o costume internacional e também a jurisprudência contenciosa e consultiva da Corte Interamericana.

Nesse passo, verifica-se que, muito embora os órgãos responsáveis pelo controle de convencionalidade exercido, externamente, no âmbito do sistema interamericano, como a Corte e a Comissão Interamericana, não tenham atribuição de natureza penal, ainda assim possuem, cada qual na sua função, um papel conferido pelo sistema internacional de proteção dos direitos humanos para realizarem recomendações em face de omissões estatais de caráter investigativo ou punitivo ou para responsabilizarem os Estados internacionalmente pelas violações persistentes em matéria de direitos humanos.

Dentro desse cenário, é natural que os países signatários das Convenções e dos tratados internacionais sobre a matéria tipifiquem condutas, a fim de cumprirem as exigências e os preceitos estabelecidos pelo

sistema de proteção internacional de direitos humanos, a exemplo do Brasil que editou a citada Lei nº 13.104/15, tipificando o feminicídio, como qualificadora do crime de homicídio.

Mesmo assim, constata-se que, conforme o Relatório da CIDH sobre a situação dos direitos humanos no país, em 2021, a violência contra o gênero feminino no Brasil ocorre, ainda, em patamares altíssimos, o que tem se agravado se considerarmos o tempo de pandemia (COVID-19) que vivenciamos.

Logo, essa realidade de violência alarmante, tem levado também o legislador a cada vez mais, ao longo dos tempos, a editar normas com aspectos de natureza civil, e até administrativa, com o viés protetivo feminino, a exemplo da referida e bem destacada Lei nº 11.340/06, e, na atualidade, da Lei nº 14.188, de 28/7/2021, que definiu o programa de cooperação Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica como uma das medidas de enfrentamento da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Dessa forma, fica evidente que toda essa produção legislativa tem como pano de fundo observar os ditames estabelecidos pelo sistema internacional de proteção de direitos humanos, no aspecto da mulher, o que acentua a compreensão no sentido de que a mulher militar federal, vítima de eventual violência intrafamiliar, doméstica ou afetiva, precisa também estar sob o amparo das normas que mais têm aptidão para protegê-la (citado princípio *pro persona*), o que torna imprescindível a aplicação dos institutos da Lei nº 11.340/06 em seu favor, nesses casos, a fim de, inclusive, dar a ela o mesmo tratamento conferido às mulheres civis.

Resta concluso, assim, que os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher são os mais apropriados para fins de processar e julgar os casos em que a mulher militar federal é submetida à violência doméstica ou familiar ou decorrente de relação íntima de afeto por outro militar, restando para a competência da Justiça Castrense as hipóteses que não guardem relação alguma com esse contexto, cuja necessidade do

resguardo da hierarquia e disciplina e da manutenção da regularidade das instituições militares se mostra preponderante.

REFERÊNCIAS

ASSIS, J. C. *Crime militar e processo: comentários à Lei nº 13.491*, Curitiba. Juruá, 2018.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. *Manifestação dos Ministros. Sessão Plenária de 18/03/2021*. Publicação em 12/04/2021. Disponível em: https://www2.stm.jus.br/pesquisa/dje/prod/2021/04/pje_dje_09_04_2021.pdf. Acesso em: 23 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI nº 5.804*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADI&documento=&s1=5804&numProcesso=5804>. Acesso em: 24 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5.901*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADI&documento=&s1=5901&numProcesso=5901>. Acesso em: 24 ago. 2021.

CRISTINA, V. *E-book: Curso Declaração Universal dos Direitos Humanos. Humanizando direitos*. 2021.

LIMA, R.C. *E-book: Uma breve história do Brasil com o Direito Internacional de Direitos Humanos*. Curso CEI. Pós-graduação em Direitos Humanos, 2021.

MAZZUOLI, V.O. COSTA, M.R., OLIVEIRA, K. D. *Controle de Convencionalidade pelo Ministério Público*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2021, p. 5

PAIVA, C. *E-book: sobre Controle de Convencionalidade. Curso CEI*. Curso de pós-graduação em Direitos Humanos, em 2021.

PAIVA, C, e HEEMANN, T. A. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos*. 3. ed. CEI, Belo Horizonte/MG, 2020.

RELATÓRIO DA CIDH: *Situação dos Direitos Humanos no Brasil*, 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/Brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2021.

PEREIRA, C. F de O. *A Lei 13.491, de 13 de outubro de 2017, e os crimes hediondos*. Disponível em: <HTTP://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2017/11/lei-13491-crimes-hediondos.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2021.

PIOVESAN, F. Artigo: *Hierarquia dos Tratados Internacionais de Proteção de Direitos Humanos e Controle de Convencionalidade: o voto do Ministro Gilmar Mendes no RE nº 466.343 e a emergência de um novo paradigma jurídico*, 2008. Curso de pós-graduação em Direitos Humanos, 2021.

PORTELA, P.H.G. *Direito Internacional Público e Privado*. Salvador. JusPODIVM, 2015.

RAMOS. A.C. *Curso de Direitos Humanos*. 6. ed., São Paulo: Editora: Saraiva, 2019, p. 347.

RELATÓRIO DE MÉRITO CIDH: *Caso Maria da Penha Maia Fernandes versus*. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Brasil12.051a.htm>. Acesso em: 19 jul. 2021.

SENTENÇA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS: *Caso Gonzales e Outros Versus México, em 16/11/2009*. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_por.pdf. Acesso em: 20 jul. 2021.

STREINFINGER, M., e NEVES, C. R. *Manual de Direito Penal Militar*. São Paulo. JusPODIVM, 2021, p. 43.

A importância de uma teoria da decisão para o Ministério Público Militar

André Osvaldo Brandão Guimarães

Advogado. Especialista em Direito Penal Militar pela Universidade
Cândido Mendes.

Data de recebimento: 23/08/2021

Data de aceitação: 20/09/2021

RESUMO: O objetivo principal deste artigo é demonstrar a importância de um lastro teórico que fundamente uma teoria da decisão, no âmbito do Ministério Público Militar. Como será visto, o Parquet atua em uma série de contextos fora do Poder Judiciário, em que predomina a consensualidade, com a consequente tomada de decisões. Membros do Parquet das armas agindo como agentes decisores devem, assim, pautar suas diretrizes na coerência e integridade, características essenciais das decisões típicas dos Estados democráticos.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria da decisão. Consensualismo. Atribuições. Desafios.

ENGLISH

TITLE: The Importance of a Decision Theory for the Military Public Prosecutor's Office.

ABSTRACT: The main objective of this paper is to demonstrate the importance of a theoretical basis that support a theory of decision, in the scope of the Military Public Prosecutor's Office. As will be seen, the Parquet operates in a series of contexts outside the Judiciary where consensus prevails, with consequent decision-making. Members of the Parquet of weapons acting as decision-making agents must, therefore, base their guidelines on consistency and integrity, essential features of the typical decisions of democratic States.

KEYWORDS: Public Policies. Terrorism. Law Against Terrorism. Decision Theory. Consensualism. Assignments. Challenges

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 O Ministério Público Militar resolutivo – 3 Fundamentos para uma teoria da decisão – 4 Grupo interinstitucional de apoio nos temas de repercussão geral e edição de súmulas vinculantes – 5 Aumento da resolutividade nas atribuições do Ministério Público Militar: uma realidade próxima – 6 Considerações finais.

1 INTRODUÇÃO

Segundo o eminente professor Caio Mário (2017, p. 25-26), o Direito consta na lei como uma exteriorização do Estado. Assim, por exemplo, a decisão judicial do Estado-juiz busca externar uma norma para determinado caso concreto. Neste prumo poderíamos afirmar que o Ministério Público também possui tal poder de decisão? A resposta, por óbvio, é que sim: seja no âmbito de um inquérito civil público, seja no arquivamento de um Inquérito Policial, o *Parquet* exercita – há muito – a arte da decisão.

Tal poder decisório é forte na atual doutrina, que na voz de Zaneti Jr vai correlacioná-lo com o Poder de Agenda, o qual pode ser definido como a capacidade que possui o órgão Ministerial de escolher em quais feitos atuará (2018, p. 162), seja – por exemplo – procedendo ao arquivamento de um inquérito civil público, ou não celebrando um Acordo de Não Persecução Penal. Adverte o citado autor que o Poder de Agenda deve ser exercitado sempre com um lastro robusto decisório que demonstre a pertinência do exercício do *Parquet* de atuar, ou não, em determinado feito.

Em reforço à doutrina, temos o artigo 7º da Recomendação nº 42 do Conselho Nacional do Ministério Público (2016, p. 6), que afirma:

Compete aos diversos ramos do Ministério Público [...] estabelecer critérios objetivos e transparentes que permitam a priorização de atuação em casos de maior relevância e com maior potencial de obtenção de retorno para o erário e para a sociedade, bem como a não atuação justificada em matérias de menor relevância.

Essa vertente decisionista do *Parquet* é essencial para suas atribuições de Ministério Público de Garantias, que segundo Silveira (2017, p. 34), vai além da tradicional função de exercício da acusação pública no processo penal, cobrando do órgão Ministerial decisões coerentes e balizadas pela Constituição Federal de 1988, no resguardo dos direitos fundamentais e do acurado controle de constitucionalidade.

É de bom alvitre ressaltar que o Ministério Público ganha essa robusta armadura, de garantidor, para defesa dos ideais coletivos, a partir do artigo 127 da Constituição da República. Essa instituição vai agregar sob sua antiga pele – de textura individualista, com atribuições, exclusivamente, em questões pontuais sem qualquer solução negociada – uma importante camada de resolutividade, de tal sorte, que esta vai exigir do *Parquet* uma atuação preventiva e prospectiva, marcada pela proatividade, eficiência, autocomposição e agilidade no manejo de instrumentos extrajudiciais, tais como compromissos de ajustamento de condutas, acordos, recomendações, entre outros.

2 O MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR RESOLUTIVO

Passados quase trinta e três anos da promulgação da Constituição da República, desenvolve-se no Ministério Público Militar (MPM), mesmo que timidamente – quando comparado aos outros ramos – uma importante aptidão resolutiva.

Tal fenômeno só foi possível com um incremento na seara cível e criminal do MPM, que permitiu sua articulação com instrumentos consensuais, tais como o Inquérito Civil Público e o Acordo de Não

Persecução Penal (ANPP), que propiciou ao *Parquet* das Armas um maior vigor no exercício de suas atribuições como órgão decisor. Nesse ponto, é de bom grado que tenhamos alguns comentários, ainda que em apertada síntese, acerca do arcabouço histórico da resolutividade do *Parquet* Castrense.

Podemos afirmar que a resolutividade do MPM tem como marco histórico a 1ª Reunião de Promotores da Justiça Militar em Estágio Probatório, no ano de 2000, que teve sua culminância com a edição da “Declaração de Brasília”, que traz no seu item 4, citado por Assis (2001, p. 13), o seguinte:

Como defensor da ordem jurídica o Ministério Público Militar deve fiscalizar o cumprimento das normas constitucionais e da legislação federal no âmbito da administração e jurisdição militar. Além das medidas penais cabíveis, o inquérito civil constitui instrumento de atuação para proteger, prevenir e reparar danos ao patrimônio público, ao meio ambiente, aos bens e direitos de valor histórico e cultural, aos direitos difusos, coletivos e individuais indisponíveis.

A posteriori, no ano de 2007, tivemos o traslado da teoria para a prática, com o primeiro Inquérito Civil instaurado pelo MPM e pelo Ministério Público Federal, o qual deixamos a descrição a partir da pena, sempre astuta e objetiva, do mestre Jorge César de Assis (2011, p. 67):

Parte-se de uma iniciativa inédita em âmbito nacional, materializada na instauração conjunta de um inquérito civil público, autuado sob o número 01/2007, instaurado pelo Ministério Público Militar e pelo Ministério Público Federal em exercício na cidade de Santa Maria-RS, com vistas a identificar as causas que estariam influenciando o expressivo número de deserções ocorridas nos anos de 2005 e 2006.

Avançando na linha do tempo, tivemos neste ano de 2021, a homologação do primeiro Acordo de Não Persecução Penal, instrumento trazido do artigo 28-A do Código de Processo Penal comum para a seara processual penal castrense. Esse acordo foi celebrado entre a 4ª Procuradoria de Justiça Militar no Rio de Janeiro e um investigado da Marinha acusado de

crime militar por extensão; e homologado pelo Juízo da 4ª Auditoria da 1ª Circunscrição Judiciária Militar.

Por conseguinte, é importante que os atuais, e futuros, Membros do *Parquet* das Armas dominem os pontos básicos que os permitam andar nas trilhas do consensualismo, que tenderá a ser cada vez mais frequente, seja na seara cível, com os Inquéritos Civis Públicos, ou na criminal, com todo o colorido trazido pela Lei 13.491/17, a exemplo do uso do ANPP para os crimes militares por extensão. Consensualismo, este, que só tem sentido, e vida, a partir de decisões tomadas com base em uma teoria decisória. De tal sorte que, nas linhas que continuam este texto, traremos ensinamentos que embasem essa teoria.

3 FUNDAMENTOS PARA UMA TEORIA DA DECISÃO

A etimologia indica que a palavra “decisão” é de origem latina, formada pelo prefixo “de” (parar, interromper) seguido de “cadere” (cindir, cortar). Significa, então, “parar de cortar” ou “deixar fluir”. O que expõe que o ato de decidir significa interromper temporariamente um determinado processo, para que, após a análise e entendimento do seu objeto principal, deixemos, ou não, seu fluxo seguir. É importante salientar que não existe uma teoria da decisão, pois na verdade ela se apoia sobre os ombros da hermenêutica, de tal sorte que decidir significa o ato contínuo de compreender/interpretar o problema e, por fim, aplicar a decisão. Dessa maneira, todo o subsídio para a arte da decisão reside nas entranhas da filosofia da hermenêutica, a qual faremos breves apontamentos.

A Filosofia ensina que os estudiosos que antecederam ao gênio de Immanuel Kant, nascido na Prússia em 22 de abril de 1724, tentaram entender, conhecer, o objeto em toda sua plenitude, o que – por lógico – é quase impossível, devido às limitações sensoriais inerentes ao ser humano. Nesta lógica é que foram desenvolvidas as bases do positivismo exegeta, em que o homem não tinha importância na análise do objeto, ele apenas o

repetia, tentando captar sua total amplitude. Por isso que se tornou célebre a expressão francesa "*bouche de la loi*" ('boca da lei'), que designava o Juiz que, por não conseguir conhecer a amplitude do objeto sobre o qual teria que decidir, apenas aplicava a lei, sem maiores interpretações.

Porém, o famoso filósofo prussiano possibilitou que o positivismo migrasse de um viés meramente interpretativo da lei, ou exegeta, para um pós-exegético. Estamos a falar do denominado "giro Kantiano" do Direito, que se manifestou, sobretudo, pela valorização do sujeito sobre o objeto e que marcou os estudos de Hans Kelsen e Herbert Hart, apenas como exemplos. Agora, o decisor não tinha obrigação de conhecer o objeto como ele verdadeiramente é, mas sim conhecer o objeto a partir de suas limitações fisiológicas e sensoriais; e a partir disso, formar seu conhecimento, sem nenhuma influência externa. Daí os positivistas conduzirem suas decisões sob o manto do individualismo subjetivista.

Em outro giro, sob um viés de aparente superação do positivismo pós-exegético, temos a escola do neoconstitucionalismo. Esta surge, no pós-segunda guerra mundial, como uma tentativa de superação do positivismo, pois mostra uma reaproximação entre Direito e moral. Dizemos que o neoconstitucionalismo foi uma "aparente" superação do positivismo pós-exegético, ancorados nos ensinamentos de Streck (2019, p. 27), que entende como incorreto o uso do prefixo "neo", por afirmar que esse movimento propicia, em verdade, a continuidade das ditas "molduras discricionárias" – principalmente nos casos envolvendo direitos fundamentais (os "hard cases") – usadas pelos positivistas, sejam os exegetas ou os pós-exegetas.

Os neoconstitucionalistas utilizam-se das ideias pós-Kantianas, num *continuum* de exacerbar a importância do sujeito, de sua subjetividade, nesse caso o decisor, e – assim – gerar uma excessiva discricionariedade, contrária ao fundamento de um Estado Democrático – ou constitucional – de Direito.

De tudo isso decorre que o neoconstitucionalismo vai, em verdade, e paradoxalmente, ao encontro da discricionariedade, no modelo defendido por

Herbert Hart, patente no famoso embate Hart x Dworkin¹, sendo uma continuação – por outros meios – do positivismo pós-exegético. Podemos afirmar, resumidamente, que tais meios consistem no excessivo uso de princípios – criados, ou “panprincipiologia”, e não plasmados em lei, que visam sustentar decisões próprias, advindas de um preconceito do julgador, “decisões solepsistas”, nos dizeres de Streck (2019, p. 28).

Portanto, Streck (2017, p. 38), defende o uso do termo “Constitucionalismo Contemporâneo”, em vez de neoconstitucionalismo. Pois aquela nomenclatura fundamenta-se no giro linguístico de Heideger e Gadamer, que valora a linguagem como variável importante na relação sujeito-objeto. Neste viés, o sujeito (decisor) deve fundamentar suas decisões, sobre o objeto, a partir de toda uma discussão histórica, de seu país, de sua comunidade. A partir dessa teoria, o Prof. Lênio Streck adentra nos estudos acerca da Crítica Hermenêutica do Direito que dá azo a uma Teoria da Decisão, calcada nas razões que veremos abaixo.

Para o giro linguístico, a decisão final não é fruto apenas de uma interpretação e aplicação, mas antes de tudo de um, literalmente, pré-conceito, termo que deve ser entendido na essência da palavra, isto é: pessoas que, ao se verem em uma determinada situação, já possuem uma ideia – construída em sua experiência de vida – sobre aquele evento. Como apregoa Oliveira (2018, p. 51): “Em Gadamer, destaca-se a reabilitação da autoridade da tradição, a valorização dos pré-conceitos para o acontecimento da compreensão e da distância temporal como fator determinante para o desenvolvimento de horizontes interpretativos mais adequados.”

¹ Sobre este histórico debate, podemos citar a excelente síntese de Fonseca (2011, p. 62-63): “Por fim, a grande discussão se deu acerca do poder discricionário. Dworkin critica a discricionariedade por desconhecer os princípios como fundamentais na adjudicação, e defende que em “casos difíceis” o juiz deve decidir o caso buscando por princípios dentro do ordenamento jurídico, ou seja, buscando por alternativas internas ao direito. Hart assevera que em casos como este, o juiz deve criar uma nova regra, e isto equivale a buscar por uma solução externa ao direito.”

Disso defluiu que decisões devem ser fundamentadas e basear-se em experiências, não apenas pessoais, mas, e principalmente, nas que conduzem à comunidade onde o sujeito está inserido. Daí a razão de ser do raciocínio do jusfilósofo americano Ronald Dworkin, plasmado no exemplo do juiz Hércules, que apregoa decisões baseadas em todo arcabouço legal – regras e princípios – e precedentes, valorizando a integridade e coerência do sistema para encontrar a “Resposta Correta” ou Adequada, objetivo final de uma acurada decisão (TRINDADE, 2018, p. 25). Para aquele autor, as normas princípios condensam toda a moralidade necessária para uma decisão judicial, sem que o julgador tenha que abrir a discussão para outras áreas do conhecimento, como, por exemplo, a economia, nem muito menos “criar” novos princípios para cada caso que tiver que decidir.

Ao término dessa rápida viagem às ideais talhadas pelo Professor Lênio Streck e que originaram a sua técnica decisional, conhecida por Hermenêutica Crítica do Direito, passaremos a descrever, ainda que de forma sintética, o pensamento do Professor Eros Roberto Grau, que complementa e reforça uma moderna teoria da decisão.

O Professor Eros Grau, apesar de possuir um viés mais positivista, formula ideias semelhantes, embora que não alicerçadas em uma declarada teoria da decisão, no tocante à vedação às decisões discricionárias.

Para Grau (2020, p.14), citando Hans Kelsen, o ato de fazer Justiça é para Deus, pois só a ele é possível permear leis e moral; o homem, o agente decisório, faz direito, sem considerar a moral, dessa forma não se faz “jus ciência” e sim um “direito prudente”. Em relação a esse processo de dar vida ao direito, Grau (2020 p.36) o denomina de processo normativo, em inteligente analogia ao processo legislativo.

Nesse processo normativo o Direito possui características alográficas, pois, para que a sociedade o entenda, o descubra, haverá a necessidade de um intérprete. Assim, qualquer pessoa que abra e folheie, seja a Constituição ou qualquer outro Código, verá – e lerá – apenas textos. Esses deverão ser interpretados, gerando normas, com maior grau de concretude

(normas-regras) ou maior grau de abstrativização (normas-princípios). E finalmente, a partir do nascimento dessas normas será possível concretizar o direito “das páginas da Constituição e dos Códigos.”

Abaixo reproduzimos trecho da ADPF 153/DF, na qual o Ministro relator Eros Grau (2010, p.16) nos brinda com um exemplo da utilização, na prática decisional, do seu pensamento:

A interpretação do direito tem caráter constitutivo --- não meramente declaratório, pois --- e consiste na produção, pelo intérprete, a partir de textos normativos da realidade, de normas jurídicas a serem aplicadas à solução de determinado caso, solução operada mediante a definição de uma norma de decisão. Interpretar/aplicar é dar concreção [= concretizar] ao direito. Neste sentido, a interpretação /aplicação do direito opera a sua inserção na realidade; realiza a mediação entre o caráter geral do texto normativo e sua aplicação particular; em outros termos, ainda: a sua inserção na vida.

É bom ressaltar que o autor em tela também restringe o uso de princípios, quando declara: “Além de tudo, porque passei a realmente temer juízes que, usando e abusando dos princípios – lembro aqui a canção de Roberto Carlos –, sem saber o que é direito, fazem suas próprias leis.” (2020, p.4) e mais adiante: “A partir da segunda metade dos anos 1980, desde leituras de Dworkin, passamos a ser vítimas dos princípios e dos valores.” (2020, p.16).

Dessa maneira, resta límpido – a partir dos autores acima vistos – que, em uma decisão, o uso de princípios deve ser feito cuidadosamente, sem que se criem “novos princípios” para cada caso concreto. O agente decisor deve desenvolver sua discussão pautado, antes, em princípios trazidos explicitamente no texto constitucional e demais Códigos e leis, normas-princípios, somente assim evitará decisões arbitrárias e discricionárias.

Ao fim e ao cabo desta breve digressão sobre alguns fundamentos teóricos que contribuem para uma “resposta correta” do agente decisor, podemos concluir que a análise de qualquer problema passa por uma persecução alicerçada no passado decisional do órgão, seja na figura das leis,

dos princípios, dos precedentes judiciais ou orientações pacificadas na realidade do agente decisor. Pois, somente assim a decisão final nascerá fundamentada e pautada nos atributos da coerência e integridade, tal como determina a Constituição Federal no seu artigo 93, IX:

Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

E o Código de Processo Civil, no seu artigo 926, quando afirma: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Útil, neste momento, definirmos os atributos da estabilidade, integridade e coerência, para tal nos apoiamos nos ensinamentos de Oliveira (2018, p. 62-63):

Estabilidade, diz respeito a um problema de gestão e pretende saber se as fórmulas construídas a partir de decisões anteriores continuam a ser aplicadas de forma uniforme, padronizada.

Já a Integridade exige um compromisso com os princípios da comunidade política. Pode ela justificar a continuidade da cadeia de coerência e estabilidade ou, nalguns casos, obrigar que ela seja interrompida.

Coerência implica investigar se a jurisprudência guarda acordo com as decisões do passado no sentido lógico-formal (não contradição, principalmente).

Na ausência de tais atributos, corre-se um grande risco de decisões plasmadas em perigosos subjetivismos. De tal sorte, que é de suma importância que os Membros do Ministério Público, em particular do MPM, sempre atentem para o uso de uma correta técnica decisória, ou que, mesmo que não utilizem uma em particular, conheçam e adaptem as descritas na literatura.

4 GRUPO INTERINSTITUCIONAL DE APOIO NOS TEMAS DE REPERCUSSÃO GERAL E EDIÇÃO DE SÚMULAS VINCULANTES

O Ministério Público da União mantém o Grupo Interinstitucional de Apoio para a atuação do Procurador-Geral da República nos temas de Repercussão Geral e edição de Súmulas Vinculantes (GIARESV-MPU). Esse grupo formado pelos integrantes dos diversos ramos do MPU, inclusive por dois promotores do MPM – Cícero Robson Coimbra Neves e Mario André da Silva Porto – visa fornecer substratos para que o PGR atue perante o STF de maneira integrada ao arcabouço jurisprudencial existente, bem como haja constante diálogo entre os braços do MPU.

Podemos afirmar, então, que a proposta do GIARESV-MPU reforça a preocupação do *Parquet* da União em tomar decisões atinentes ao processo de controle de constitucionalidade difuso, nos moldes da “resposta correta”, tal como definida alhures. Notemos a preocupação do *Parquet* federal em congregiar seus diversos ramos na busca de decisões amparadas por critérios objetivos, desenhados a luz da estabilidade, integridade e coerência sem “invenções” ou discricionariedades fora do contexto.

5 AUMENTO DA RESOLUTIVIDADE NAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR: UMA REALIDADE PRÓXIMA

Conforme já observado, o atual Ministério Público Militar se utiliza de sistemas outros, que não judiciais, para solução de controvérsias, deslocando o centro decisório da sentença judicial para, por exemplo, o da decisão do ajustamento de condutas. Aqui, é interessante trazermos ao debate o entendimento de Pastore quanto a esse instituto (2017, p. 191):

Entende-se que o ajustamento de conduta implica em verdadeira proposta de arquivamento do inquérito, o que o leva a ser submetido a controle interno pelos órgãos superiores, com o que será considerado válido e eficaz (art. 9º, § 1º, da Lei 7.347/85).

Enfim, trata-se de importante meio de solução do conflito coletivo, o que ocorrerá de maneira célere e independente da intervenção do Judiciário para sua realização.

Dessa maneira, cresce – exponencialmente – a necessidade do órgão Ministerial Castrense em utilizar-se de refinada técnica decisória, pois a tendência, para o futuro próximo, é que suas atribuições se dividam – proporcionalmente – tanto em uma orientação de demandante como de agente decisório. Em reforço a essa construção, trazemos o documento intitulado “Planejamento Estratégico Institucional”, para os anos compreendidos entre 2021 e 2026, do Ministério Público Militar, que expõe ser o fortalecimento da atuação extrajudicial e resolutiva do órgão o Objetivo Estratégico de número 5 (2021, página 18), tal como descrito abaixo:

Objetivo focado no desafio de se fortalecer a atuação proativa do MPM, por meio da interação e amplo diálogo com todos os segmentos de interesse, para o equacionamento de situações potencialmente danosas à justiça e aos interesses da sociedade, bem como incentivar os meios alternativos de solução de conflitos nos procedimentos de atuação extrajudicial.

Ainda neste mesmo documento, temos o Objetivo Estratégico de número 7, que visa ampliar a atuação do MPM no plano internacional e na promoção do Direito Internacional, sendo um dos seus indicadores a promoção do Direito Internacional na esfera de atuação do MPM.

Interessante observar que esse objetivo foi reforçado no artigo do Excelentíssimo Procurador-Geral de Justiça Militar (PGJM), acerca dos 100 anos do Ministério Público Militar, em publicação da *Ricostruzione della pace, giustizia e tutela dei diritti umani*, editada pela Procuradoria-Geral Militar da República da Itália, no qual se lê² (2021, p. 38):

² “Come se ciò non bastasse, poichè il diritto penale militare brasiliano stabilisce la regola dell’extraterritorialità in materia di competenza a giudicare i reati che si verificano al di fuori del territorio nazionale, spetta agli organi del pubblico ministero militare, con sede nella capitale, agire sia nelle indagini che nel processo contro i crimini internazionali.”

Como se não bastasse, visto que o direito penal militar brasileiro estabelece a regra da extraterritorialidade em matéria de competência, para julgar crimes que ocorram fora do território nacional, cabe ao órgão do Ministério Público Militar, com sede na capital federal, atuar tanto nas investigações quanto no processo desses crimes. (Tradução nossa).

O PGJM sublinhou, sendo um dos fundamentos o texto acima, que o aumento da atuação do MPM no âmbito internacional será um dos grandes desafios para o órgão para o futuro. Deduzimos que esse futuro incremento da atuação do MPM no âmbito internacional está em compasso com o crescente envolvimento de nossas tropas em missões de paz e com a tendência vanguardista própria do Ministério Público. Tendência esta reforçada por Mazzuolli (2021, p. 35), quando afirma que:

O Ministério Público do terceiro milênio deve ser capaz de enxergar para além dos limites estatais e de suas normas internas, compreendendo que por sobre a instituição recai também a responsabilidade de garantir o cumprimento das normas internacionais de direitos humanos de que o Brasil é parte, em diálogo construtivo com as normas de direito interno, em verdadeira atividade de custos juris.

Segundo, ainda, o autor citado, essa atuação pressupõe uma crescente atuação do MP no controle de convencionalidade – que consiste no uso das normas de direito internacional de direitos humanos como parâmetro de controle para as leis internas –, o que vai requerer a construção de decisões íntegras e coerentes, no caso do MPM, com os tratados internacionais dos quais o Brasil é parte, bem como com a jurisprudência do Direito Humanitário.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Ministério Público Militar vem, ao longo dos seus mais de 100 anos de existência, superando todos os desafios que lhe foram apresentados, na paz ou na guerra.

Destarte, tal como a figura mitológica de Janus, deve manter um olhar para trás – guardando os exemplos ao longo da História que o permitiram estar em uma trilha de prestígio e pioneirismo – e um outro olhar voltado para o futuro.

E é nesse olhar para o futuro que estarão os maiores desafios da centenária Instituição, tanto na continuidade de suas atribuições de demandante na seara penal castrense, como nos desafios de fiscal da ordem jurídica.

Por conseguinte, tais atribuições ocorrerão em um universo crescente da justiça multiportas, centrada na figura do consensualismo, que, antes regra do Direito Civil, vem a estender seu alcance até mesmo para o até então enclausurado Direito Penal, na figura do *novel* instituto do Acordo de Não Persecução Penal.

De maneira que, no desenvolvimento deste artigo, tentamos mostrar uma nova face do Ministério Público Militar, que vai além da Justiça Militar e alcança a jurisdição cível, possibilitando um maior viés decisório do órgão, atrelado a um contínuo desenvolvimento das técnicas decisórias, que como técnicas devem ser encaradas como um conjunto de procedimentos lastreados em critérios objetivos, evitando as inconstitucionais decisões pessoais.

Por conseguinte, e finalizando, uma teoria da decisão – talvez própria ou adaptada – será um dos desafios, no futuro, do centenário e vanguardista Ministério Público Militar.

REFERÊNCIAS

ASSIS, J.C. *Funções institucionais do Ministério Público Militar na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*. Disponível em: www.amajme-sc.com.br/livro/4-Jorge-Cesar-de-Assis.pdf. Acesso em: 21 ago. 2021.

ASSIS, J.C. *Legitimidade do Ministério Público Militar Para a Interposição da Ação Civil Pública*. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Recomendação 42, de 23 de agosto de 2016*. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Normas/Recomendacoes/RECOMENDAO_42.pdf. Acesso em: 21 ago. 2021.

DUARTE, A.P. 100 anni del pubblico ministero militare brasiliano. *Studi di diritto internazionale umanitario e dei conflitti armati*, Ricostruzione della pace, giustizia e tutela dei diritti umani, a cura di Ida Caracciolo e Umberto Montuoro. Disponível em: https://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2021/07/file_volume_ricostruzionepace.pdf. Acesso em: 10 ago. 2021.

FONSECA, T. S. O debate entre Herbert L.A. Hart e Ronald Dworkin. *Seara Filosófica*, n. 4 (2011), Verão. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/searafilosofica/article/viewFile/541/577>. Acesso em: 18 ago. 2021.

GRAU, E.R. *Por Que Tenho Medo dos Juízes* (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). Portugal. Coimbra: Grupo Almedina, 2020.

MAZZUOLI, V. O.; DA COSTA E FARIA, M. R.; DE OLIVEIRA, K. D. *Controle de Convencionalidade pelo Ministério Público*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. *Planejamento Estratégico Institucional*. Disponível em: <https://gestaoestrategica.mpm.mp.br/wp-content/uploads/sites/6/2021/05/Relatório-de-Gestão-estratégica-21-26-horizontal-MARGEM-35-azul-SEM-TRANSPARÊNCIA-alteração-AGE-24-de-março.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2021.

OLIVEIRA, R. T. Hermenêutica e jurisprudência no novo Código de Processo Civil: a abertura de novos horizontes interpretativos no marco da integridade do Direito. In: STRECK, L. L.; ALVIM, E. A.; LEITE, G. S.

Hermenêutica e jurisprudência no Código de Processo Civil: coerência e integridade. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PASTORE, D. E. Ministério Público e a Cultura da Sentença. *In:* GODINHO, R. R.; DA COSTA, S. H. *Coleção Repercussões do novo CPC:* Ministério Público. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

PEREIRA, C. M. S. *Instituições de Direito Civil.* Volume I. 30. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

SILVEIRA, G. D. S. *Ministério Público: O Equilíbrio entre o Garantismo e o Eficientismo na Justiça Penal Consensual.* Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

STRECK, L. L. *Dicionário de Hermenêutica.* Belo Horizonte: Letramento, 2017.

STRECK, L. L. *Hermenêutica: Compreender Direito.* São Paulo: Tirant lo Blach Brasil, 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 153.* Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 20 ago. 2021.

TRINDADE, A. K. O controle das decisões judiciais e a revolução hermenêutica no Direito Processual Civil brasileiro. *In:* STRECK, L. L.; ALVIM, E. A.; LEITE, G. S. *Hermenêutica e jurisprudência no Código de Processo Civil: coerência e integridade.* 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ZANETI JR, H. *O Ministério Público e o novo processo civil.* Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

Recurso em sentido estrito no processo penal militar: breve discussão acerca das alíneas “a”, “b” e “g” do artigo 516 do CPPM

Ataliba Dias Ramos

Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da União, atualmente lotado na 10ª Circunscrição Judiciária Militar. Pós-Graduado em Direito Público pela Faculdade Fortium.

Data de recebimento: 18/10/2021

Data de aceitação: 18/10/2021

RESUMO: O recurso em sentido estrito é um dos principais meios de impugnação contra decisões judiciais da primeira instância na justiça militar, razão pela qual o presente estudo, com foco maior na justiça militar da união, busca, inicialmente, trazer breve conceito acerca dos recursos em geral e prossegue definindo o recurso em debate. Destaca-se o princípio da taxatividade e a possibilidade de aplicação de interpretação extensiva. As reflexões centrais do artigo giram em torno da análise das discussões acerca das alíneas “a”, “b” e “g” do artigo 516 do Código de Processo Penal Militar, tudo com base no texto da legislação específica, doutrina especializada e jurisprudência, em especial a do Superior Tribunal Militar.

PALAVRAS-CHAVES: Recurso em sentido estrito. Justiça Militar da União. Código de Processo Penal Militar. Doutrina especializada. Superior Tribunal Militar.

ENGLISH

TITLE: Appeal in the Strict Sense in Military Criminal Proceedings: Brief Discussion on Items "a", "b" and "g" of Article 516 of Code of Military Criminal Procedure.

ABSTRACT: The appeal in the strict sense is one of the main means of impugnation against court decisions of the first instance in the military justice, which is why this study, with a greater focus on the Federal Military Justice, initially seeks to bring a brief concept about appeals in general and proceeds to define the appeal under discussion. The principle of exactivity and the possibility of applying an extensive interpretation are highlighted. The article's main reflections revolve around the analysis of the discussions about items "a", "b" and "g" of article 516 of the Code of Military Criminal Procedure, all based on the text of specific legislation, specialized doctrine and jurisprudence, in particular that of the Superior Military Court.

KEYWORDS: Appeal in the Strict Sense. Federal Military Justice. Code of Military Criminal Procedure. Specialized Doctrine. Superior Military Court.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Recurso em sentido estrito no processo penal militar – 2.1 Conceito e natureza jurídica dos recursos em geral – 2.2 Breve conceito do recurso em sentido estrito – 3 Rol taxativo e possibilidade de interpretação extensiva em caso de RESE – 4 Hipóteses de cabimento do RESE no processo penal militar: foco nas alíneas “a”, “b” e “g” do Artigo 516 do CPPM – 4.1 Reconhecer a inexistência de crime militar, em tese (art. 516 “c” do CPPM) – 4.2 Indeferir o pedido de arquivamento, ou a devolução do inquérito à autoridade administrativa (alínea “b” do art. 516 do CPPM) – 4.3 Julgar improcedente o corpo de delito ou outros exames (alínea “g” do art. 516 do CPPM) – 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Nos termos do artigo 510 do Código de Processo Penal Militar (CPPM), existem duas modalidades de recursos cabíveis contra as decisões de primeira instância: recurso em sentido estrito (RESE) e apelação.

Todavia, essa literalidade do código não condiz com a realidade, pois, conforme a firme doutrina e jurisprudência castrense, comprovadas pela

praxe forense, existem outros recursos cabíveis contra decisões do juiz federal da justiça militar (juiz de direito da justiça militar estadual) e dos Conselhos de Justiça, tais como recurso inominado, os “embarginhos” (art. 203 e art. 219, ambos do CPPM) e, para quem admite, os embargos de declaração.

Vale lembrar o recurso inominado, que não é recurso propriamente dito, mas, em verdade, condição necessária para que a sentença possa produzir seus efeitos jurídicos.

Nesse cenário, o RESE ganha relevância por ser um dos recursos mais frequentes, demandando do operador do direito processual penal militar certos cuidados ao manejá-lo, a fim de que não incorra em equívocos que impeçam seu conhecimento no juízo de prelibação.

Diante desse quadro, busca-se no presente estudo, com maior foco na Justiça Militar da União (JMU), elencar algumas das hipóteses de cabimento do RESE, mais especificamente as alíneas “a”, “b” e “g” do artigo 516 do CPPM, comparando-se as posições doutrinárias acerca delas.

A metodologia se baseia em pesquisas bibliográficas, buscando-se uma comparação entre autores desse ramo especializado do Direito, os quais abordam o tema com profundidade. Nessa toada, faz-se menção aos posicionamentos, por exemplo, do sempre bem lembrado e agora saudoso Célio Lobão, de Cícero Robson Coimbra Neves, de Jorge Cesar de Assis, de Ênio Luiz Rosseto e de Guilherme de Souza Nucci.

Além disso, será mencionado o entendimento jurisprudencial, em especial, do Superior Tribunal Militar (STM), dada a sua relevância no Poder Judiciário e atuação na especialidade do direito castrense no âmbito federal. Desse modo, não focamos nos precedentes dos Tribunais de Justiça Militares estaduais (São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul), mas isso não significa que algumas lições aqui abordadas não se aplicam à Justiça Militar Estadual (JME).

Quanto à temática escolhida, percebe-se a sua grande relevância, porque o recurso em sentido estrito é um dos meios de impugnação a

decisões de primeira instância mais frequente na prática do processo penal militar, sendo certo que a identificação e correta compreensão acerca das hipóteses de seu cabimento se revela importante para aqueles que estudam o processo penal castrense e atuam nessa área tão específica.

Destarte, o presente artigo busca primeiramente trazer um breve conceito e natureza jurídica acerca dos recursos em geral, prosseguindo no conceito do RESE, destacando o rol taxativo e possibilidade de interpretação extensiva em casos do recurso em tela. Posteriormente adentra-se na análise de algumas considerações doutrinárias e jurisprudenciais acerca das suas hipóteses de cabimento, mais especificamente das alíneas “a”, “b” e “g” do CPPM.

2 RECURSO EM SENTIDO ESTRITO NO PROCESSO PENAL MILITAR

2.1 Conceito e natureza jurídica dos recursos em geral

O recurso pode ser definido como o direito que a parte possui de, na mesma relação jurídica processual (o que o difere das ações autônomas de impugnação, que inauguram uma nova relação jurídica processual), atacar decisão judicial que lhe contrarie, pleiteando sua revisão, total ou parcial.

Também vemos na doutrina sua definição como um instrumento processual voluntário de impugnação de decisões judiciais, previsto em lei federal, utilizado antes da preclusão e na mesma relação jurídica processual, objetivando a reforma, invalidação, integração ou o esclarecimento da decisão judicial impugnada. Essa é a posição de Renato Brasileiro (2020, p. 1729).

Temos uma discussão acerca da natureza jurídica do instituto, no que podemos dizer que tem prevalecido na doutrina e jurisprudência o entendimento de que o recurso **é um desdobramento do direito de ação**, sendo uma fase do mesmo processo, e que, ao ser interposto, faz com que o

procedimento se desenvolva em nova etapa da mesma relação processual. Nesse sentido, podemos citar Renato Brasileiro, Vicente Greco Filho e Guilherme de Souza Nucci, por exemplo.

Desse modo, é sempre bom lembrar que os recursos não se confundem com as **ações autônomas de impugnação** (mandado de segurança, habeas corpus e revisão criminal, por exemplo). Com efeito, através das ações autônomas de impugnação instaura-se uma nova relação jurídica processual. Essa é a principal diferença dessas ações para os recursos, pois nos recursos, a mesma relação jurídica se prolonga (há o mero desdobramento da mesma relação processual, perante um órgão jurisdicional diverso).

2.2 Breve conceito do recurso em sentido estrito

Podemos definir e entender o recurso em sentido estrito como uma modalidade de recurso destinada, **em regra**, ao ataque de **decisões interlocutórias**, não definitivas ou que não tenham caráter terminativo, previsto nos art. 516 e seguintes do Código de Processo Penal Militar, bem como art. 511 e seguintes do Código de Processo Penal (tendo em vista o foco do presente trabalho, vamos nos ater somente ao CPPM, sem prejuízo de eventuais comparações com as disposições do CPP).

Acerca do conceito do RESE, cabe trazer à baila as lições de Cícero Coimbra (2021, p. 1037):

Consiste em recurso destinado, em regra, ao ataque de decisões interlocutórias, não definitivas ou que não tenham caráter terminativo, previsto nos arts. 516 e seguintes do Código de Processo Penal Militar. Claro que não está atrelado apenas a decisões interlocutórias - uma vez que o caput do art. 516 do CPPM fala genericamente em decisão ou sentença -, mas é um remédio especialmente dirigido a elas.

Note-se que o caput do art. 516 do CPPM fala genericamente em **decisão ou sentença**. Nucci (2019, p. 542) traz a ilustração das alíneas “c” “d” e “j”, como exemplos de verdadeiras decisões que dão fim ao processo.

Diante desse contexto, podemos definir o RESE como um recurso destinado, **em regra**, ao ataque de **decisões interlocutórias**, não definitivas ou que não tenham caráter terminativo, previsto no art. 516 e seguintes do Código de Processo Penal Militar.

3 ROL TAXATIVO E POSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA EM CASOS DE RESE

O Rol do artigo 516 do CPPM é **taxativo**. Confirmam essa informação, por exemplo, os ilustres doutrinadores de processo penal militar: Célio Lobão, Cláudio Amin, Jorge Cesar de Assis, Cícero Coimbra, Enio Luiz Rosseto e Guilherme de Souza Nucci.

E aqui cabe fazer um importante alerta ao estudioso do processo penal militar: **não devemos confundir taxatividade com literalidade**.

Com efeito, segundo firme doutrina e jurisprudência castrense, apesar de taxativo, o rol do artigo 516 do CPPM admite **interpretação extensiva** (art. 2º §1º CPPM). A interpretação extensiva, conforme Vicente Greco Filho, citado por Coimbra (2021, p. 1038):

não amplia o rol legal; apenas admite que determinada situação se enquadra no dispositivo interpretado, a despeito de sua linguagem mais restritiva. A interpretação extensiva não amplia o conteúdo da norma; somente reconhece que determinada hipótese é por ela regida, ainda que sua expressão verbal não seja perfeita (grifo nosso)

No mesmo sentido é a posição do STM:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO SUSCITADA PELA DEFESA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. **ART. 516 DO**

CPPM. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. REJEIÇÃO. UNANIMIDADE. (...) A doutrina e a jurisprudência dos Pretórios entendem que não deve prevalecer a interpretação literal nas hipóteses de cabimento do Recurso em Sentido Estrito, devendo ser utilizada, tanto quanto possível, a técnica da interpretação extensiva. Preliminar de não conhecimento rejeitada. Unanimidade. (...) Recurso em Sentido Estrito a que se nega provimento. Unanimidade. (Superior Tribunal Militar. nº. Relator(a): Ministro(a) CLEONILSON NICÁCIO SILVA. Data de Julgamento: 12/09/2017, Data de Publicação: 28/09/2017) (grifo nosso)

Logo, concluímos que a interpretação extensiva não é incompatível com o rol taxativo.

Como exemplo clássico de aplicação da interpretação extensiva no processo penal comum, podemos citar o RESE contra decisão que rejeita o aditamento da denúncia. Note-se que esse artifício não é necessário ao intérprete do CPPM, que prevê expressamente tal possibilidade (art. 516 “d” do CPPM).

Noutro giro, cabe lembrar que existe uma prevalência do recurso de apelação em relação ao recurso em sentido estrito, pois “quando cabível a apelação, não poderá ser usado o recurso em sentido estrito, ainda que somente de parte da decisão se recorra.” (art. 526, pú do CPPM). É dizer: se for cabível a apelação contra uma decisão definitiva e também cabível o recurso em sentido estrito para uma outra decisão pontual no mesmo contexto, esta deverá ser impugnada também na apelação.

Posto isso, passemos, agora, a analisar discussões existentes acerca de algumas hipóteses de cabimento do RESE no processo penal militar, mais especificamente das alíneas “a”, “b” e “g” do art. 516 do CPPM.

4 HIPÓTESES DE CABIMENTO DO RESE NO PROCESSO PENAL MILITAR: FOCO NAS ALÍNEAS “A”, “B” E “G” DO ARTIGO 516 DO CPPM

O caput do artigo 516 do CPPM menciona que “cabará recurso em sentido estrito da **decisão** ou **sentença** (...)” e, nesse aspecto, entendemos que o legislador processual penal militar andou melhor tecnicamente do que o do processo penal comum, haja vista que o art. 581 do CPP faz menção a sentença, despacho ou decisão (lembremo-nos da crítica daqueles que entendem que os despachos são irrecorríveis).

Nessa toada, as hipóteses de cabimento de RESE estão elencadas nas alíneas “a” até “q” do já citado artigo 516 do CPPM. Por questões de objetividade, e sempre dando maior foco à JMU, traremos breves reflexões acerca das alíneas “a”, “b” e “g”, por entendermos que elas dão causa a boas discussões tanto na doutrina como na jurisprudência castrense.

Desse modo, cabará recurso em sentido estrito da decisão ou sentença que:

4.1 Reconhecer a inexistência de crime militar, em tese (art. 516 “c” do CPPM)

Imaginemos a seguinte situação: em uma festa junina de rua, o soldado do Exército Brasileiro ROY, após tomar umas cervejas, discute com o soldado do Exército Brasileiro BOB e o agride fisicamente. Levado o fato ao conhecimento do Comando (ambos serviam na mesma Organização Militar), foi instaurado um inquérito policial militar, e o Ministério Público Militar denunciou o SD EB ROY pelo crime de lesão corporal (art. 209 c/c art. 9º, II “a”, ambos do CPM).

O juiz federal da JMU, por se filiar à corrente predominante no Supremo Tribunal Federal, rejeitou a denúncia por entender que não estava diante de um crime militar, já que o fato não ocorreu em lugar sujeito à

Administração Militar, nada tinha a ver com a atividade militar dos envolvidos e, portanto, não havia repercussão na caserna.

O membro do MPM tomou ciência da decisão e, por ser adepto da corrente de entendimento predominante no STM (o caso trata de crime militar, por força do art. 9º, II “a” do CPM, que deve ser analisado objetivamente) decidiu interpor recurso no prazo legal.

Pergunta-se: Qual o recurso cabível? Com base em qual fundamento legal?

O recurso é simples de identificar: RESE. Quanto à alínea do art. 516 do CPPM a ser aplicada, cabe trazer algumas considerações da doutrina.

Se adotarmos a visão de Célio Lobão (2010, p. 576), o recurso seria o RESE, podendo-se invocar a alínea “a” do art. 516 do CPPM. Com efeito, pelas suas argumentações, notamos que o ilustre autor aplica uma **interpretação ampliativa** dessa hipótese. Entende, por exemplo, que estaria abarcado nessa hipótese o reconhecimento da incompetência, pelo fato de a conduta configurar crime comum. Se não, vejamos:

O crime militar encontra-se definido no CPM, com o atendimento dos pressupostos do art. 9º do mesmo diploma penal castrense. Como a competência constitucional da Justiça Militar é restrita ao crime militar, **a decisão do Juiz ou do Conselho que reconhecer a inexistência, em tese, de crime militar estará reconhecendo, ao mesmo tempo, a incompetência racione materiae da Justiça Militar.** (...). Como a decisão que reconhece a inexistência de crime militar importa no reconhecimento da incompetência da Justiça Militar, conforme demonstrado supra, o recurso contra ela interposto tem efeito suspensivo e sobe nos próprios autos. Em juízo de retratação, o Juiz ou Conselho poderá manter ou reformar a decisão recorrida. Na segunda hipótese não cabe recurso por falta de previsão legal (arts. 516, p. ún., e 517, do CPPM) (grifo nosso)

Abrindo divergência, Cícero Coimbra (2021, p. 1043-044) e Enio Rosseto (2021, p. 641), tratando dessa mesma alínea, aplicam, uma **interpretação restritiva**, pois entendem que tal possibilidade de RESE deve ficar limitada ao caso em que a autoridade decisora entende que não há crime

por ausência de um dos substratos do conceito analítico de crime (fato típico, ilícito e culpável). Rosseto ainda traz como exemplo a desclassificação do fato para infração disciplinar.

Por sua vez, Nucci (2021, p. 543) entende que não existe razão para a alínea “a” que é, nas palavras do autor, “no mínimo, peculiar”, pois sempre que reconhecer a inexistência do crime, a decisão pode ser atacada por RESE baseado em outras alíneas.

De nossa parte, com a devida vênia aos demais doutrinadores, entendemos que a posição de Coimbra e Rosseto é a mais acertada. Destarte, se estivermos, por exemplo, diante de um caso em que o magistrado rejeita a denúncia por entender pela atipicidade material da conduta ou pela presença de causa excludente de ilicitude, deve o operador do direito militar manejar RESE com base no artigo 516 “a” e “d” do CPPM (não vemos problemas em conjugação das hipóteses).

4.2 Indeferir o pedido de arquivamento, ou a devolução do inquérito à autoridade administrativa (alínea “b” do art. 516 do CPPM)

Inicialmente, cabe mencionar que, para alguns operadores do Direito Processual Penal Militar na JMU, **a primeira parte dessa alínea não faz sentido**, uma vez que o juiz federal da justiça militar, ao discordar da promoção de arquivamento do MPM, deve, pela letra do CPPM, remeter os autos à análise do Procurador Geral de Justiça Militar (PGJM), *ex vi* do art. 397 do CPPM:

Falta de elementos para a denúncia

Art. 397. Se o procurador, sem prejuízo da diligência a que se refere o art. 26, n° I, entender que os autos do inquérito ou as peças de informação não ministram os elementos indispensáveis ao oferecimento da denúncia, requererá ao auditor que os mande arquivar. Se este concordar com o pedido, determinará o arquivamento; **se dele discordar, remeterá os autos ao procurador-geral.** (grifo nosso)

Destaque-se que, na prática, todavia, há orientação para que os autos sejam enviados pela secretaria da Circunscrição Judiciária Militar (CJM) diretamente à Câmara de Coordenação e Revisão do MPM (CCR/MPM), cuja atuação em revisão de arquivamento de IPM se dá em caráter conclusivo e decisório (Enunciado nº 13 - CCR/MPM).

Portanto, para essa corrente de pensamento, não haveria causa para interposição de RESE, já que o próprio magistrado, ao indeferir o pedido de arquivamento, já remete os autos para o órgão competente do MPM.

Noutro giro, **há quem sustente existir aplicação dessa primeira parte** quando o magistrado, rejeitando a promoção de arquivamento, não remete os autos ao PGJM (ou CCR/MPM). Essa é a posição, por exemplo, de Enio Rosseto (2021, p. 641).

Em relação à **segunda parte** dessa alínea, **há quem entenda que ela também não faz sentido.**

De fato, para os estudiosos que, com base no sistema acusatório, defendem que é mais adequada a tramitação direta das diligências entre o titular da ação penal militar e a autoridade de polícia judiciária militar (art. 129, VIII da CF/88), não haveria aplicabilidade dessa hipótese de RESE.

Nesse diapasão, se os autos “baixam” para a OM por requisição direta do MPM ao Comandante da OM ou encarregado do IPM, não cabe ao juiz participar desse trâmite, salvo em caso de necessidade de decisões com cláusula de reserva de jurisdição durante a fase pré-processual. Como o magistrado não pode interferir na *opinio delicti* do *Parquet das Armas*, não vai, em casos de tramitação direta, ter a oportunidade de deferir ou indeferir as diligências. Não há, nesse caso, possibilidade de ocorrer uma decisão que seja fato gerador para a interposição de RESE.

Por sua vez, outra corrente de pensamento vê ainda **aplicabilidade nessa segunda parte da alínea**. Isso porque o artigo 26, incisos I e II do CPPM ainda está em plena vigência e preconiza:

Art. 26. Os autos de inquérito não poderão ser devolvidos a autoridade policial militar, a não ser:

I — mediante requisição do Ministério Público, para diligências por ele consideradas imprescindíveis ao oferecimento da denúncia;

II — por determinação do juiz, antes da denúncia, para o preenchimento de formalidades previstas neste Código, ou para complemento de prova que julgue necessária.

Parágrafo único. Em qualquer dos casos, o juiz marcará prazo, não excedente de vinte dias, para a restituição dos autos. (grifo nosso)

Pela simples leitura do parágrafo único, se observa que, na sistemática do CPPM, o magistrado ainda exerce função anômala de fiscal do princípio da obrigatoriedade da ação penal militar, podendo, em decisão fundamentada, indeferir diligências pleiteadas pelo MPM.

É o que ocorre, por exemplo, quando o juiz federal da justiça militar indefere pedido do MPM de baixa para diligências por ausência de minucioso relatório a ser confeccionado pelo encarregado do IPM. Ora, é cediço que o relatório, a solução e a respectiva homologação, não constituem peças essenciais, sendo incabível a devolução do IPM para sua inclusão. Essa é a lição de Célso Lobão (2010, p. 65).

É dizer: a ausência de relatório é mera irregularidade, não sendo suficiente para gerar nulidade e o MPM pode, portanto, denunciar normalmente. Entendendo o juiz dessa forma, o magistrado **indefere o pedido de devolução do inquérito à autoridade administrativa**, o que dá ensejo ao manejo do RESE com base na alínea em comento.

Mas não é só.

Acerca do preceito do art. 26, caput e incisos do CPPM, o STM já se manifestou pela sua validade nos dias atuais, não havendo que se falar em afronta ao sistema acusatório. Nesse sentido, colaciona-se:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO DO MAGISTRADO A QUO. REVOGACÃO DE ATO JURISDICIONAL QUE CONFERIA AO MPM ATRIBUIÇÃO PARA ESTABELEECER PRAZO PARA DILIGÊNCIAS INDISPENSÁVEIS AO OFERECIMENTO DA DENUNCIA. ART. 26 DO CPPM. **PREVISÃO DE COMPETÊNCIA DO JUIZ-AUDITOR PARA**

DETERMINAÇÃO DE PRAZO COMPLEMENTAR PARA DILIGÊNCIAS. SEGURANÇA DENEGADA. FALTA DE AMPARO LEGAL.

Compete ao Juiz Federal da Justiça Militar, na qualidade de supervisor das investigações, o controle dos procedimentos investigatórios criminais. Assim, o representante do Ministério Público Militar há de requerer ao magistrado competente a devolução dos autos à autoridade policial, **cabendo ao juízo decidir sobre a eventual possibilidade de prorrogação de prazo, a teor do parágrafo único do art. 26 do CPPM**, haja vista a falta de previsão legal para instituição da "Central de Inquéritos".Mandado de Segurança conhecido e denegada a ordem. Decisão unânime. Superior Tribunal Militar. Mandado de Segurança nº 7000907-33.2018.7.00.0000. Relator(a): Ministro(a) FRANCISCO JOSELI PARENTE CAMELO. Data de Julgamento: 13/02/2019, Data de Publicação: 06/03/2019)

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. REJEIÇÃO DE DENÚNCIA. ART. 303, 'CAPUT', DO CPM. **Preliminar de inconstitucionalidade do art. 26, inciso II, do CPPM, suscitada pelo MPM, e, em consequência, de nulidade da prova pericial requisitada pela Magistrada a quo. No processo penal vigora o princípio da verdade real como fundamento da sentença. Só excepcionalmente o juiz penal se satisfaz com a verdade formal, quando não disponha de meios para assegurar a verdade real (Doutrina). Preliminar que se rejeita. Unânime. (...)** Unânime. (Superior Tribunal Militar. Recurso em Sentido Estrito nº 0000065-16.2012.7.02.0102. Relator(a): Ministro(a) MARCUS VINICIUS OLIVEIRA DOS SANTOS. Data de Julgamento: 09/05/2013, Data de Publicação: 17/05/2013) (grifo nosso)

Por esse motivo, em algumas auditorias da justiça militar da união, ainda não se aplica a tramitação direta dos autos do IPM entre o MPM e a autoridade de polícia judiciária militar, sendo certo que os autos passam pelo cartório da auditoria.

4.3 Julgar improcedente o corpo de delito ou outros exames (alínea “g” do art. 516 do CPPM)

Preliminarmente, cabem aqui duas observações acerca dessa redação: o legislador na verdade quer se referir ao exame de corpo de delito (cujo conceito não se confunde com o de corpo de delito) e “outros exames” podem ser encontrados no art. 330 CPPM, mas, com base na busca da verdade real, isso não significa que não possam ser realizados outros que não estão previstos expressamente na letra do CPPM.

Posto isso, passemos àquela que entendemos ser a principal indagação acerca dessa alínea: O que é julgado improcedente? O conteúdo do exame ou o pedido do exame?

Para início de conversa, temos que nos lembrar da literalidade dos artigos 315 e 325, ambos do CPPM (com grifos nossos):

Determinação

Art 315. A perícia pode ser determinada pela **autoridade policial** militar ou pela judiciária, ou requerida por qualquer das partes.

Negação

Parágrafo único. Salvo no caso de exame de corpo de delito, **o juiz poderá negar a perícia, se a reputar desnecessária ao esclarecimento da verdade.** (ex art 330 CPPM)

Prazo para apresentação do laudo

Art. 325. A autoridade policial militar ou a judiciária, tendo em atenção a natureza do exame, marcará prazo razoável, que poderá ser prorrogado, para a apresentação dos laudos.

Vista do laudo

Parágrafo único. Do laudo será dada **vista às partes, pelo prazo de três dias,** para requererem quaisquer esclarecimentos dos peritos ou apresentarem quesitos suplementares para esse fim, que o juiz poderá admitir, desde que pertinentes e não infrinjam o art. 317 e seu § 1º.

Diante dessa questão, uma **primeira corrente**, capitaneada por Enio Rosseto (2021, p. 643), traz a seguinte interpretação:

A improcedência de que trata a alínea “g” se refere tanto à decisão que rejeita o pedido de realização do exame do corpo de delito e de outros exames, como também a que não acolhe a impugnação da parte insatisfeita com o conteúdo do exame (leia-se do laudo). (grifo nosso)

Para uma **segunda corrente**, cabe RESE contra decisão que julga improcedente o conteúdo do exame. Há precedente do STM nesse sentido (RESE 2002.01.006953-0. J. 9/05/2002).

Parte da doutrina especializada critica essa possibilidade de o juiz rejeitar o conteúdo do exame, pois não lhe cabe dizer se o conteúdo é ou não procedente. Com efeito, o que cabe ao magistrado é acolher ou não o resultado do exame quando do seu julgamento. Essa é a posição de Nucci (2019, p. 545) e de Coimbra (2021, p. 1060).

Para uma **terceira corrente**, cabe RESE contra decisão que julga improcedente o pedido do exame. Há precedente do TJM/SP nesse sentido (RESE 1.014/11, j. 24/02/2012).

Aqui também cabe uma crítica, pois o já citado parágrafo único do art. 315 do CPPM não prevê recurso para a negativa do juiz. Nesse sentido, as lições de Jorge Cesar de Assis (2012, p. 440):

Conquanto possa o juiz negar a perícia, cremos que tal decisão deve ser tomada com cautela, a fim de não ferir os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, nem, muito menos, obstar o Ministério Público de provar sua acusação.

Como se vê, a alínea em comento gera interessantes debates, razão pela qual o intérprete deve se atentar para seus detalhes, desde sua peculiar redação até a consideração dos posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou trazer reflexões acerca do recurso em sentido estrito, que é um dos principais meios de impugnação contra decisões judiciais da primeira instância na justiça militar. A temática foi desenvolvida com maior foco na JMU.

Nessa toada, dentre as hipóteses de cabimento de RESE, foram escolhidas para reflexão as alíneas “a”, “b” e “g” do art. 516 do CPPM, que geram interessantes debates para os operadores do direito processual penal militar.

A partir desse cenário, foi apresentada a literalidade da norma de regência da matéria (CPPM), comparando-se alguns posicionamentos na doutrina especializada e trazendo a posição jurisprudencial, em especial a do STM.

Destarte, conclui-se que o conhecimento adequado acerca das hipóteses de cabimento de RESE faz com que o operador do direito processual penal militar tenha certos cuidados ao manejá-lo, evitando equívocos que impeçam o conhecimento desse meio de impugnação no juízo de prelibação.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge Cesar de. *Código de Processo Penal Militar anotado*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 440.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*: volume único – 8 ed. Ver. Ampl e atual. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2020.

LOBÃO, Célio. *Direito Processual Penal Militar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de Direito Processual Penal Militar* - Volume Único. 5. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

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

ROSSETO, Enio Luiz. *Curso de Processo Penal Militar*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

A Responsabilidade Civil do Estado – e do Comandante – pela morte de preso custodiado em estabelecimentos prisionais militares: a importância das Inspeções Carcerárias

João Carlos de Figueiredo Rocha

Diretor de Secretaria da 3ª Auditoria da
1ª Circunscrição Judiciária Militar.

Data de recebimento: 16/08/2021

Data de aceitação: 15/09/2021

RESUMO: A responsabilidade civil do Estado é tema de grande importância nos dias atuais, sendo a responsabilidade decorrente da morte de preso custodiado em estabelecimentos prisionais assunto relevante, principalmente após recentes decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo a responsabilidade civil objetiva nessa hipótese. Acrescente-se a responsabilidade do comandante de Organização Militar, que por diversas vezes se depara com questões estranhas à atuação das Forças Armadas. Para tanto, imprescindível a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário por meio das Inspeções Carcerárias. O presente artigo tem como objetivo analisar essa responsabilidade, abordando tanto a morte decorrente de condutas comissivas quanto resultante de omissão estatal, as possíveis causas de exclusão bem como as medidas a serem adotadas pelo Poder Público para evitar essas mortes.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional dos Conflitos Armados. Intervenção Federal. Responsabilidade.

ENGLISH

TITLE: The Civil Responsibility of The State – and the Commander – for Death of a Prisoner in Military Prisional Establishments: the Importance of Prison Inspections.

ABSTRACT: The civil liability of the State is a matter of great importance these days, and liability arising from the death of a prisoner in custody in prisons is a relevant issue, especially after recent decisions of the Supreme Court and the Superior Court of Justice, recognizing the objective civil liability in this regard. Add the responsibility of the Commander of Military Organization, who repeatedly faces issues foreign to the performance of the Armed Forces. Therefore, the action of the Public Prosecution Service and the Judiciary through the Prison Inspections is essential. This article aims to analyze this responsibility, addressing both the death resulting from commissive conduct and resulting from state omission, the possible causes of exclusion as well as the measures to be taken by the Government to prevent these deaths.

KEYWORDS: International Law of Armed Conflicts. Federal Intervention. Responsibility.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 A Responsabilidade Civil no Estado Brasileiro – 2.1 Início, evolução e teorias da Responsabilidade Civil – 2.2 Hipóteses de exclusão da Responsabilidade Civil – 2.3 Natureza da responsabilidade do Estado nos casos de omissão – 3 A Responsabilidade Civil do Estado pela morte de preso na atual visão do Supremo Tribunal Federal – 3.1 A Responsabilidade no caso de morte causada por agentes públicos do estabelecimento prisional – 3.2 A Responsabilidade em razão de suicídio do preso – 3.3 A Responsabilidade decorrente de morte dentro do estabelecimento prisional – 4 As Inspeções Carcerárias e os procedimentos a serem adotados pelos agentes públicos para que seja afastada a Responsabilidade Civil do Estado decorrente da morte de preso – 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Durante décadas o Estado brasileiro não respeitou as garantias mínimas existenciais das pessoas sob sua custódia, resultando em um número alarmante de morte de detentos, causada tanto por agentes estatais como por outros detentos, e até mesmo por suicídio, sem que houvesse qualquer responsabilização do Poder Público.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e com a evolução da doutrina e jurisprudência acerca da responsabilidade civil do Estado, principalmente do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, essa responsabilidade passou a ser objetiva em caso de morte de detentos, tanto no caso de condutas comissivas quanto omissivas.

Grande discussão envolve a responsabilidade objetiva resultante da omissão estatal, eis que, se de um lado o Estado tem o dever de cumprir o mandamento constitucional previsto no art. 5º, XLIX, da CRFB, devendo assegurar aos presos o respeito à integridade física e moral, de outro, não pode ser considerado garantidor universal de todas as pessoas sob sua custódia.

Buscando resolver tal impasse, a jurisprudência passou a exigir a ocorrência de uma omissão específica, ou seja, deve tratar-se de hipótese na qual o Estado poderia evitar a ocorrência do dano, mas, propositalmente, ficou-se inerte.

Desta feita, com fundamento da Teoria do Risco Administrativo, pode o Poder Público demonstrar, em sua defesa, a ocorrência de alguma causa de exclusão do nexo de causalidade, afastando sua responsabilidade, demonstrado que adotou todas as medidas cabíveis para evitar a ocorrência do dano, vindo este a ocorrer em razão de um fortuito externo.

Dentre as medidas preventivas, merecem destaque as inspeções carcerárias realizadas tanto pelo Poder Judiciário quanto pelo Ministério Público, que podem inclusive resultar em determinações para a retirada de objetos considerados perigosos, obediência aos requisitos mínimos de

salubridade, além da verificação de atendimento médico e psicológico aos detentos, sempre em respeito à dignidade do preso e buscando os elementos necessários à sua ressocialização.

Surge, também, para a autoridade responsável pelo estabelecimento prisional, no caso em análise, do Comandante da Organização Militar, um dever de fiscalização e adoção de medidas que evitem o dano, eis que caso demonstrada a existência de dolo ou culpa do agente, o Estado, após indenizar os familiares do preso que veio a óbito, deverá ingressar com ação regressiva buscando o ressarcimento aos cofres públicos.

Nesse sentido, a adoção de práticas preventivas ganhou ainda mais importância, pois além de evitar a ocorrência do dano, cumprindo com o dever estatal de obediência à integridade dos presos, acaba por impedir também a indenização que o Estado teria que arcar em razão do evento danoso.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ESTADO BRASILEIRO

2.1 Início, evolução e teorias da responsabilidade civil

Atualmente não há dúvidas de que o Estado responde por seus atos, e essa regra vem consagrada pelo art. 37, § 6º, da Constituição Federal, trazendo a responsabilidade civil objetiva do Estado.

Ocorre que, até a concretização dessa regra, a responsabilidade civil passou por uma evolução, e a ideia perpassa desde a total irresponsabilidade do Estado, até a sua responsabilização objetiva.

A responsabilidade civil do Estado passa por três períodos de evolução:

A primeira fase é a fase da irresponsabilidade do estado, ou seja, o Estado, na atuação dos seus agentes, mesmo que ocasionasse danos a terceiros, não responderia por esses estragos. Nessa época não havia uma proteção real do indivíduo, poderia o Estado fazer o que bem entendesse. Era

reconhecida apenas a atuação soberana e ilimitada do Estado, inexistindo parâmetros, freios. Duas frases marcam esse o período: *the king can do no wrong* e *c'etat c'est moi*, demonstrado tanto a irresponsabilidade da figura do monarca quanto a sua confusão com o Estado.

Essa fase vigorou no período dos Estados absolutistas europeus, de sorte que nunca teve aplicação no Brasil, ainda que o texto da Constituição Imperial previsse apenas a responsabilidade pessoal dos agentes públicos. Nesse período, assim como na época da vigência da Constituição de 1891, a responsabilidade estatal era prevista na legislação originária e reconhecida pela doutrina e tribunais pátrios.

Sai então de cena o Estado absolutista e entra o Estado de direito, em que há a fixação de parâmetros para a atuação do Estado, que deve respeitar a lei, surgindo a ideia de legalidade.

Surge, assim, na França, a Teoria da Responsabilidade com previsão legal. O Estado passou a ser responsável, todavia apenas em casos pontuais, quando houvesse previsão legal específica para responsabilidade. No Brasil surgiu com a criação do Tribunal de Conflitos em 1873.

Posteriormente surgiu a Teoria da Responsabilidade Subjetiva, também denominada de Teoria Civilista, que passou a admitir a responsabilidade do Estado sem necessidade de expressa previsão legal. O fundamento para tanto seria a intenção do agente.

Foram apresentados os requisitos necessários à sua configuração: conduta do estado, dano, nexos de causalidade e o elemento subjetivo (culpa ou dolo do agente). A falta de um desses elementos gerava a exclusão da responsabilidade.

Todavia, muitas vezes era quase impossível para a vítima provar a culpa do agente, não sendo raros os casos em que sequer havia a identificação do agente causador do dano. Evoluiu-se, assim, para a Teoria da Culpa do Serviço, com maior proteção dos administrados.

Segundo essa teoria, também chamada no Brasil de Culpa Anônima e denominada pelos franceses de *faute du servisse*, a vítima precisa

comprovar tão somente que o serviço estatal foi mal prestado ou prestado de forma ineficiente ou com atraso, sem necessariamente identificar o agente causador.

A responsabilidade não mais se baseia na culpa do agente, mas do serviço como um todo, por isso chamada de culpa anônima. Todavia, em que pese a grande evolução, ainda não era fácil para o particular provar que o serviço não era bem prestado.

Evolui-se, desta forma, para a Teoria da Responsabilidade Objetiva. Trata-se de obrigação de indenizar decorrente de ato lícito ou ilícito estatal que produziu lesão ao particular.

Para sua comprovação, basta a mera relação causal entre o comportamento do agente público e o dano.

Possui como elementos a conduta, lícita ou ilícita, praticada pelo agente público atuando nessa qualidade; a ocorrência de um dano a usuário ou não do serviço, ainda que exclusivamente moral; e, por fim, o nexo de causalidade que se compreende na demonstração de que a conduta do agente foi determinante para a ocorrência do dano.

Observa-se que aqui não se perquire o elemento subjetivo, razão pela qual ainda que o agente prove que agiu de forma diligente, com prudência e perícia, tal fato não influenciará na responsabilidade do Estado.

Essa foi a Teoria adotada pela Constituição da República de 1988, em seu artigo 37, §6º:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

No ordenamento pátrio, o principal fundamento para a responsabilidade objetiva é a Teoria do Risco Administrativo, que se contrapõe à Teoria do Risco Integral, na medida em que pelo Risco

Administrativo o Estado pode defender-se, eis que essa teoria admite as hipóteses de exclusão da responsabilidade.

Assim, para eximir-se da responsabilidade objetiva, o Estado poderá provar o rompimento do nexo de causalidade. Desta forma, a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito e força maior são exemplos de excludentes de responsabilidade, por se tratar de hipóteses de interrupção do nexo de causalidade.

A teoria do risco administrativo é o principal fundamento para a responsabilidade objetiva, mas há um segundo fundamento, apontado por José dos Santos Carvalho Filho, que é a Teoria da repartição dos encargos sociais. A ideia de responsabilidade objetiva visa a uma compensação social. Na hipótese em que um dano é causado a um dado indivíduo e a sociedade se beneficia, a ideia é a de que a sociedade deve compensar o dano sofrido por aquele indivíduo. Os ônus e os bônus devem ser proporcionais.

Já a Teoria do Risco Integral entende que o Estado é sim garantidor universal, e, desta forma, a simples ocorrência do dano e nexo já gera o dever de indenizar, não admitindo nenhuma excludente de responsabilidade, respondendo o Estado ainda que sua conduta concorra para o dano de forma bem remota.

2.2 Hipóteses de exclusão da responsabilidade civil

Em razão da Teoria do Risco Administrativo, adotada no Brasil, o Estado pode alegar em sua defesa as causas excludentes do nexo causal, que, caso acolhidas, excluirão sua responsabilidade, eis que, se não houver ligação entre a conduta e o dano, não há que se falar em responsabilização.

Não há um rol expresso acerca de tais casos, sendo que a doutrina retira tal noção do parágrafo 6º do artigo 37 da CRFB, afirmando serem três causas excludentes, a saber, a culpa ou fato exclusivo da vítima, o fato exclusivo de terceiro e o caso fortuito ou força maior.

É certo que há responsabilidade do Estado quando seus agentes causam o dano, de modo que, por dano causado pela vítima ou por terceiro ou um por evento natural, sem qualquer contribuição por ação ou omissão de um agente público, exclui-se o nexo causal.

A doutrina faz uma distinção entre o fortuito interno e o externo; e afirma que só é causa excludente o chamado fortuito externo, que não integra o risco da atividade envolvida. Caso se esteja diante de uma situação que envolva o risco natural da atividade desenvolvida, há o fortuito interno, que não rompe o nexo causal, de modo que o Estado responde.

Como exemplo, cite-se uma concessionária que presta serviços de transporte. Em uma situação em que os freios não funcionam e causam danos. Mesmo havendo diligência da concessionária no cuidado do veículo, há responsabilidade, pois, ainda que se trate de fortuito, é um fortuito interno, que para a jurisprudência não exclui o nexo causal.

2.3 Natureza da responsabilidade do estado nos casos de omissão

Há uma polêmica clássica, tanto na doutrina como na jurisprudência quanto à natureza jurídica da responsabilidade do Estado em condutas omissivas.

Uma primeira corrente sustenta que a responsabilidade do Estado pela omissão é sempre objetiva, seja nos casos de omissão seja nos de comissão. É a tese defendida pelo prof. Hely Lopes Meireles, com fundamento no fato de o art. 37, § 6º, da CRFB, não fazer distinção entre ação ou omissão, prevendo, de forma genérica, apenas a responsabilidade objetiva.

Para outra corrente, adotada por Osvaldo Aranha, Celso Antônio Bandeira de Melo e pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a responsabilidade do Estado pela omissão seria subjetiva, adotando-se a Teoria da Culpa Anônima. Para esses autores, o art. 37, § 6º, da Constituição Federal, abrangeria apenas as ações estatais, não atingindo as omissões.

Como há menção expressa ao verbo causar, no texto da Constituição, concluem que apenas a ação pode causar um dano, não tendo a omissão essa aptidão.

Uma terceira corrente faz uma distinção entre omissão genérica e omissão específica. Na omissão genérica não haveria responsabilidade alguma, enquanto que na omissão específica haveria a responsabilidade objetiva. Adotam esse posicionamento Guilherme Couto de Castro e Sérgio Cavalieri Filho, havendo precedentes do Supremo Tribunal Federal neste sentido.

Segundo esse entendimento, na omissão genérica, o Estado é omissor em relação a algum dever que lhe é imposto. Há uma relação com o descumprimento de um dever genérico. Exemplo clássico é o da segurança pública, eis que o Estado não tem condições de garantir a total segurança em todos os lugares. Desta forma, não há como imputar eventual responsabilidade ao Estado neste caso, eis que não pode ser um segurador universal.

Lado outro, nas omissões específicas, em que o Estado descumpra um dever específico de ação em relação a uma dada pessoa ou a um dado grupo de pessoas, é possível a previsão e mesmo evitar os danos em relação a tais pessoas. Exemplos de omissão específica são os presidiários.

A par das divergências acima expostas, há um entendimento quase unânime acerca da responsabilidade objetiva baseada na Teoria do Risco Criado, também chamada de Teoria do Risco suscitado ou incrementado.

De acordo com essa teoria, quando a conduta do poder público cria uma situação de risco maior para as pessoas, ele passa a ser responsável objetivamente por eventuais danos nessas relações. É exatamente o que ocorre na guarda de pessoas ou coisas perigosas, como no caso dos presídios e paiol de munições próximo a residências.

Não há omissão pura e simples, o que há é um incremento de um risco. Imagine-se queda de um raio em um paiol de munições construído pelo Estado próximo a residências, causando danos. À primeira vista, seria que o

caso versa sobre caso fortuito ou força maior. No entanto, pela teoria do risco suscitado, o Estado deve responder, mesmo que tenha instalado equipamento de segurança, eis que a responsabilidade seria objetiva.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA MORTE DE PRESO NA ATUAL VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A jurisprudência do STF é no sentido de que a responsabilidade estatal tanto em caso de ação como de omissão é objetiva, sob o argumento de que o art. 37, § 6º, da CRFB, determina a responsabilidade objetiva do Estado sem fazer distinção se a conduta é comissiva ou omissiva, não cabendo ao intérprete estabelecer distinções em situações em que o texto constitucional não o fez. Assim, para o Supremo, se a Constituição Federal previu de forma expressa e sem qualquer ressalva a responsabilidade objetiva do Estado, não pode o intérprete restringi-la somente aos casos de condutas comissivas.

Imperioso destacar, todavia, que para o STF, em que pese o Estado responder de forma objetiva pelas suas omissões, o nexo de causalidade entre essas omissões e os danos sofridos pelos particulares só restará caracterizado quando o Poder Público tinha o dever legal específico de agir para impedir o evento danoso e mesmo assim não cumpriu essa obrigação legal. Ou seja, para que haja responsabilidade civil no caso de omissão, deverá haver uma omissão específica do Poder Público.¹

¹ STF. Plenário. RE 677139 AgR-EDv-AgR, Rel. Minº Gilmar Mendes, julgado em 22/10/2015.

3.1 A responsabilidade no caso de morte causada por agentes públicos do estabelecimento prisional

Sendo a pessoa custodiada morta por agentes públicos, não há qualquer discussão, eis que o Estado responderá objetivamente, na forma do art. 37, §6º, da CRFB.

Destaca-se que a expressão “agentes”, que consta no citado artigo, é a mais ampla possível, estando abrangidos tanto o agente público de direito quanto o de fato. Ou seja, toda e qualquer pessoa que exerce uma função pública é considerada agente público.

Por fim, o Estado, após indenizar a vítima, tem o dever de cobrar, regressivamente, o valor desembolsado perante o respectivo agente público, causador efetivo do dano, que agiu com dolo ou culpa.

3.2 A responsabilidade em razão de suicídio do preso

Ainda que a morte da pessoa custodiada se dê em razão de suicídio, tanto para o STF quanto para o STJ, haverá responsabilidade do Estado, que será OBJETIVA.

Segundo a jurisprudência do Supremo:

[...] o Estado tem o dever objetivo de zelar pela integridade física e moral do preso sob sua custódia, atraindo, então, a responsabilidade civil objetiva, em razão de sua conduta omissiva, motivo pelo qual é devida a indenização decorrente da morte do detento, ainda que em caso de suicídio.²

No mesmo sentido, o STJ:

[...] a Administração Pública está obrigada ao pagamento de pensão e indenização por danos morais no caso de morte por suicídio de detento ocorrido dentro de estabelecimento prisional mantido pelo Estado. Nessas hipóteses, não é necessário perquirir eventual culpa da Administração Pública.

² STF. Plenário. RE 841526/RS, Rel. Minº Luiz Fux, julgado em 30/3/2016.

Na verdade, a responsabilidade civil estatal pela integridade dos presidiários é objetiva.³

Uma ressalva, contudo, é necessária. Em que pese a responsabilidade ser objetiva, esta se fundamenta na Teoria do Risco Administrativo, de modo que o Estado poderá provar alguma causa excludente de responsabilidade. Desta feita, nem sempre que houver um suicídio, haverá responsabilidade civil do Poder Público. Anote-se, contudo, ser do Poder Público o ônus de provar a causa excludente de responsabilidade.

Merecem destaque duas situações que foram apontadas pelo Ministro Luiz Fux quando de seu voto: caso o detento que praticou o suicídio já vinha apresentando indícios de que poderia agir dessa forma, então, neste caso, o Estado deverá ser condenado a indenizar seus familiares, eis que sendo o evento previsível, o Poder Público deveria ter adotado medidas para evitar que acontecesse, sendo esta hipótese de omissão específica. No entanto, se o detento jamais havia demonstrado anteriormente que poderia praticar essa conduta, de forma que o suicídio foi um ato completamente repentino e imprevisível, o Estado não será responsabilizado porque não houve qualquer omissão atribuível ao Poder Público.

3.3 A responsabilidade decorrente de morte dentro do estabelecimento prisional

A CRFB determina a responsabilidade do Estado pela integridade física do preso sob sua custódia, conforme se extrai do art. 5º, XLIX, que dispõe: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral”.

Desta forma, o Poder Público poderá ser condenado a indenizar pelos danos que o preso venha a sofrer, em decorrência da sua omissão

³ STJ. 2ª Turma. AgRg no REsp 1305259-SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 2/4/2013.

específica em cumprir o dever especial de proteção que lhe é imposto pelo art. 5º, XLIX, da Constituição federal.

Ressalte-se que o Estado poderá ser dispensado de indenizar se demonstrar que não tinha a efetiva possibilidade de evitar a ocorrência do dano. Conforme voto do Min. Luiz Fux:

(...) sendo inviável a atuação estatal para evitar a morte do preso, é imperioso reconhecer que se rompe o nexo de causalidade entre essa omissão e o dano. Entendimento em sentido contrário implicaria a adoção da teoria do risco integral, não acolhida pelo texto constitucional (...).⁴

Cite-se como exemplo um detento doente que necessita de tratamento médico sendo que este não lhe é oferecido de forma adequada pela administração penitenciária. Caso venha a óbito, o Estado deverá ser responsabilizado, visto que houve uma omissão específica e o óbito era plenamente previsível. Entretanto, caso o preso estivesse plenamente saudável e, repentinamente, sofresse um mal súbito, vindo a falecer instantaneamente, o Poder Público não deverá ser responsabilizado, já que não houve omissão estatal e esse óbito teria acontecido mesmo que o indivíduo estivesse em liberdade.

Foi, então, fixada a seguinte tese pelo STF: “em caso de inobservância de seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da CFRB, o Estado é responsável pela morte de detento.”⁵

⁴ STF. Plenário. RE 841526/RS, Rel. Minº Luiz Fux, julgado em 30/3/2016.

⁵ STF. Plenário. RE 841526/RS, Rel. Minº Luiz Fux, julgado em 30/3/2016.

4 AS INSPEÇÕES CARCERÁRIAS E OS PROCEDIMENTOS A SEREM ADOTADOS PELOS AGENTES PÚBLICOS PARA QUE SEJA AFASTADA A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DECORRENTE DA MORTE DE PRESO

Tanto os Juízes responsáveis pela execução de penas privativas de liberdade quanto os membros do Ministério Público possuem o dever de verificar as condições nas quais as penas são cumpridas. O art. 66 da Lei de Execuções Penais, Lei nº 7.210/84, expressamente prevê essa obrigação ao juiz da execução, enquanto o art. 68 disciplina a atribuição do órgão ministerial.

Visando dar maior efetividade tanto ao art. 5º, XLIX, da CFRB, quanto aos citados comandos legais, o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público editaram resoluções disciplinando a realização de inspeções carcerárias por magistrados e membros do Ministério Público.

Em 2007, por intermédio da Resolução nº 47, o CNJ determinou a realização, pessoalmente, pelos juízes de execução criminal, a inspeção mensal nos estabelecimentos penais sob sua responsabilidade e a adoção de providências para seu adequado funcionamento, promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade.

Posteriormente, em 2009, foi editada, também pelo CNJ, a Resolução nº 77, dispondo sobre a inspeção nos estabelecimentos e entidades de atendimento ao adolescente.

No mesmo sentido, a Resolução nº 56 de 2010 do CNMP determinou que os membros do Ministério Público incumbidos do controle do sistema carcerário devem visitar mensalmente os estabelecimentos penais sob sua responsabilidade.

Em obediência às citadas resoluções, membros do Ministério Público Militar e juízes Federais da Justiça Militar vêm, anualmente,

inspecionando organizações militares que possuem unidades carcerárias, com a elaboração de relatórios encaminhados às respectivas Corregedorias.

Verifica-se que a realização da inspeção carcerária, além do aspecto repressivo, de correção de violações às normas legais e constitucionais, inclusive com apuração de responsabilidade, também possui um caráter preventivo, eis que podem resultar em recomendações a serem obedecidas pelo estabelecimento prisional.

Tal aspecto preventivo possui uma amplitude ainda maior em se tratando de estabelecimentos prisionais militares eis que no Brasil há apenas um presídio militar, o Presídio da Marinha, localizado no Rio de Janeiro, local especializado para o cumprimento de penas privativas de liberdade. Afora esse, em todo o território nacional as penas privativas de liberdade de militares são cumpridas em unidades militares comuns, muitas vezes não possuindo os militares que lá servem conhecimento suficiente acerca da execução da pena.

Assim, em razão de falta de especialização, por muitas vezes algumas condutas omissivas podem resultar na responsabilidade do Comandante da OM, pessoa que possui a responsabilidade pela guarda e consequente integridade do preso, citando, dentre uma das principais causas, a presença de objetos considerados perigosos no interior da cela, eventualmente utilizados para a prática de suicídio, como cordas, cintos, vidros e espelhos, por exemplo.

Desta forma, pode haver a determinação para a retirada desses objetos perigosos, além da verificação de atendimento médico e psicológico aos detentos, bem como alimentação e o respeito aos demais direitos daqueles que se encontram custodiados.

5 CONCLUSÃO

A responsabilidade civil do Estado evoluiu consideravelmente nas últimas décadas, tendo o particular cada vez mais garantias de ser indenizado

caso ocorra um dano. Pela atual sistemática, basta apenas demonstrar uma conduta estatal, comissiva ou omissiva, a ocorrência de um dano e o nexo causal, e o Estado será condenado a indenizá-lo.

De outra forma, o Estado possui como defesa as causas de exclusão do nexo de causalidade, eis que, se de um lado possui essa responsabilidade objetiva, de outro não pode ser considerado um garantidor universal, respondendo por toda e qualquer situação. Adota-se, pois, a Teoria do Risco Administrativo.

Com relação às condutas omissivas, a posição do STF é no sentido de que o Estado responde de forma objetiva, desde que presente sua omissão específica, ou seja, o estado quedou-se propositalmente inerte, quando poderia evitar a ocorrência do evento danoso.

Quanto à guarda de pessoas, além do posicionamento supracitado, ainda há espaço para a Teoria do Risco criado ou incrementado, segundo a qual a responsabilidade do Poder Público será objetiva eis que, com uma conduta anterior, reunir pessoas perigosas no mesmo local, ele gerou um risco para todos os custodiados.

A jurisprudência caminhou, assim, no sentido de materializar as garantias constitucionais previstas no art. 5º da Constituição Federal, impondo um ônus maior ao Estado, que deve adotar medidas garantidoras desses direitos, sob pena de responsabilização.

Certo é que as grandes mazelas carcerárias existentes no país, principalmente a superlotação, infelizmente não sofrem grandes impactos com a realização das inspeções carcerárias. Todavia, a determinação para a retirada de objetos perigosos, para assistência médica e psicossocial, para melhoria nas condições de saneamento, entre outras, além de cumprir o mandamento constitucional de dignidade no cumprimento da pena, acaba, ainda, protegendo o Estado, eis que adotando todas as medidas para evitar a ocorrência de um dano ao preso, mesmo que esse dano venha a ocorrer, não restará configurada a omissão específica, apta a gerar a responsabilidade do Poder Público.

Desta feita, o resultado desse trabalho conjunto do Poder Judiciário, do Ministério Público e das autoridades responsáveis por estabelecimentos prisionais civis e militares ao mesmo passo que evita a ocorrência de danos aos presos, afasta, por óbvio, o dever de indenizar, protegendo o erário, que poderá ser utilizado até mesmo para a melhoria desses estabelecimentos.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, MARCELO. *Direito Administrativo Descomplicado*. Marcelo Alexandrino, Vicente Paulo. 24. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.
- CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.
- CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Principais julgados do STF e STJ comentados*. Salvador: Juspodivm, 2018.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- FARIAS Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. *Novo Tratado de Responsabilidade Civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- PAULO, VICENTE. *Direito Constitucional descomplicado*. Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino. 16. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.
- TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

Colaboração premiada em sede de investigação criminal militar

Josimar Belarmino da Silva Filho

Bacharel em Direito. Pós graduado em Direito Público. Pós graduado em Direito Militar. Pós graduando em Ciências Jurídico-Criminais Aplicadas ao Delegado de polícia. Praça da Polícia Militar do Rio Grande do Norte.

Data de recebimento: 11/09/2021

Data de aceitação: 21/09/2021

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo apresentar algumas reflexões acerca dos modelos negociais sob a ótica da filosofia comunicativa. Com essa perspectiva, analisamos, inicialmente e de forma breve, as bases do consenso, do acordo e do entendimento. À narrativa principal, apresentamos certos instrumentos consensuais existentes em alguns sistemas jurídicos internacionais, assim como expusemos elementos doutrinários e jurisprudenciais sobre os três principais modelos negociais no Brasil, em contraponto com a retroação constitucional de lei penal mais benéfica. Quanto aos aspectos metodológicos, foram utilizados recursos fáticos extraídos de julgados relacionados às matérias eleitas. No contexto teórico, as digressões estão pautadas na literatura jurídica, comum e militar, bem como filosófica, a partir do agir comunicativo de Habermas, as quais enxertam e dão o tom ao presente trabalho. A principal preocupação deste estudo é analisar o instituto da colaboração premiada na persecução penal militar, levado a cabo pelas autoridades responsáveis pela investigação, como imprescindível para elucidação de crimes complexos. Este artigo tem como objetivo analisar a importância de celebração do acordo de colaboração premiada pela autoridade de Polícia Judiciária militar, uma vez que é de sua atribuição exclusiva a investigação criminal nos delitos militares. Realizou-se uma pesquisa bibliográfica em livros físicos e na internet, considerando as contribuições de autores como LIMA (2019), PORTOCARRERO (2020), entre outros, procurando enfatizar a importância da colaboração premiada no seio castrense, levada a efeito pelo encarregado do inquérito policial militar, como mais uma ferramenta no deslinde de delitos complexos. Conclui-se, que não há óbice legal impeditivo da utilização de tal ferramenta, pois se trata de meio de obtenção de prova posto à disposição da investigação.

PALAVRAS-CHAVE: Colaboração premiada. Polícia judiciária militar. Possibilidade.

ENGLISH

TITLE: Awarded collaboration on military criminal investigation.

ABSTRACT: The main concern of this study is to analyze the institute of awarded collaboration in military criminal prosecution, carried out by the authorities responsible for the investigation, as essential for the elucidation of complex crimes. This article aims to analyze the importance of signing the collaboration agreement awarded by the military Judiciary Police authority, since it is exclusively responsible for criminal investigation into military crimes. A bibliographical research was carried out in physical books and on the internet considering the contributions of authors such as LIMA (2019), PORTOCARRERO (2020), among others, seeking to emphasize the importance of the awarded collaboration in the military environment, carried out by the person in charge of the police investigation military, as another tool in the detection of complex crimes. It is concluded that there is no legal obstacle preventing the use of such a tool, as it is a means of obtaining evidence made available to the investigation.

KEYWORDS: Award-winning collaboration. Military Judicial Police. Possibility.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Da persecução penal – 3 Previsões normativas – 4 Da natureza jurídica – 5 Da legitimidade na fase pré-processual – 6 Da legitimidade da autoridade militar – 7 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema principal analisar a possibilidade de aplicação da colaboração premiada em sede de IPM (inquérito policial militar), no exercício da atividade de polícia judiciária militar (art. 8º, CPPM), pelo oficial encarregado do procedimento, frente ao dispositivo da mais atual legislação que trata do tema, a Lei 12.850 de agosto de 2013.

Nesta perspectiva, construíram-se questões que nortearam este trabalho:

- A possibilidade de aplicação do instituto em sede de persecução penal pelo Delegado de polícia estende-se ao encarregado de inquérito policial militar?
- Afinal, a colaboração premiada não seria instituto atinente à investigação e não ao titular desta?
- Qual a intenção do legislador, quando estendeu a aplicação do instituto à polícia judiciária?

Quando se fala no instituto da colaboração premiada, fala-se em meio de obtenção de prova, que, no cenário atual, demonstra grande eficácia quanto ao deslinde de práticas criminosas complexas, em que o colaborador possibilita meios eficazes, por meio de informações sobre o fato e sua autoria, condições temporais e espaciais, entre outros, para conter a prática criminosa e responsabilizar os envolvidos. Tudo isso, com possibilidade de aplicação, em sede de investigação, pela Polícia Judiciária. Daí a importância de investigar a sua aplicabilidade nas investigações policiais militares, no exercício da Polícia Judiciária Militar, pelo encarregado do inquérito policial militar – Oficial Militar – uma vez que, nos delitos militares, a investigação cabe a essa autoridade.

Inúmeros doutrinadores tratam de conceituar o tema como sendo uma espécie de “negócio jurídico processual”, um “meio de obtenção de provas”, um “instrumento para captação das provas”, em que o colaborador é

premiado por indicar elementos de convicção que subsidiarão, com eficácia, o esclarecimento, a autoria e materialidade de condutas delitivas complexas.

Conforme Edmar Pinto de Assis (2019):

O instituto da colaboração premiada, ou delação premiada, como descrevem alguns, atende aos interesses da persecução penal, permitindo ao réu confesso obter alguns benefícios ao apontar um ou mais envolvidos na prática criminosa da qual tem participação (disponível em: <http://www.tjmmg.jus.br/images/revista-estudo-informacoes/pdf/RevTJMMG-44.pdf>).

No mesmo sentido são as lições de Renato Brasileiro:

Espécie do Direito Premial, a colaboração premiada pode ser conceituada como uma técnica especial de investigação por meio da qual o coautor e/ou partícipe da infração penal, além de confessar seu envolvimento no fato delituoso, fornece aos órgãos responsáveis pela persecução penal informações objetivamente eficazes para a consecução de um dos objetivos previstos em lei, recebendo, em contrapartida, determinado prêmio legal. (LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador, JusPodivm, 2014, p. 728-729.)

Neste contexto, o objetivo primordial deste estudo é, pois, investigar a aplicabilidade do instituto pela autoridade militar encarregada de exercer a polícia judiciária militar, frente às inovações da Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013, no que se refere ao acordo de colaboração premial.

Para alcançar os objetivos propostos, utilizou-se como recurso metodológico a pesquisa bibliográfica, realizada a partir da análise pormenorizada de materiais já publicados na literatura e artigos científicos divulgados no meio eletrônico.

O texto final foi fundamentado nas ideias e concepções de autores como: Lima (2019), Assis (2019), Andeuci (2015), Roth (2015) dentre outros.

2 DA PERSECUÇÃO PENAL PRÉ-PROCESSUAL

A persecução penal, como é cediço, é o caminho percorrido pelos órgãos incumbidos da investigação criminal em sentido lato. Ou seja, envolve tanto a fase investigativa quanto a fase processual propriamente dita. É na persecução penal pré-processual que o Estado colhe elementos de convicção; e na fase processual, em regra, provas que esclarecem determinado fato a ser analisado, para só então valorá-lo como sendo lícito ou ilícito.

É na persecução, mais precisamente na fase pré-processual, que se identifica a justa causa – indícios de autoria e prova da materialidade – para o devido ajuizamento da ação penal, ou seja, o *fumus comissit delicti*, sob pena de rejeição, conforme art. 395, III do CPP, por aplicação subsidiária do art. 3º, CPPM.

Várias técnicas investigativas são utilizadas como meio de obtenção de elementos de convicção ou provas. Todavia, com as novas facetas tecnológicas, com a globalização das informações e com a “profissionalização” das organizações criminosas, que muitas vezes, estão a “um passo à frente” do Estado, devido à complexidade de certas condutas criminosas, tais meios investigativos tradicionais não surtem os efeitos desejados, quais sejam, não conseguem aclarar a dinâmica fática delituosa, elucidando os acontecimentos e aplicando a reprimenda necessária aos envolvidos.

3 PREVISÕES NORMATIVAS

Atento a esta situação, não ficou inerte o legislador, positivando o instituto da colaboração premiada, que já era utilizado em legislação alienígena. Também não se trata de inovação inédita no ordenamento interno, a exemplo das Leis 7.496/86 (Lei dos crimes financeiros), Lei n. 8.137/90 (Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária), a Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), 9.613/98 (Lei de Lavagem de dinheiro), 9.807/99 e Lei

n. 11.343/06, 12.529/2011 (Lei Antitruste) e a atual Lei n. 12.850/13 (Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal), esta última, objeto específico deste trabalho.

Tal instituto possibilita a viabilidade da persecução penal em determinados casos de extrema complexidade, pois só mediante informações prestadas por um colaborador, participante da empreitada criminosa, que confessando tal prática, indicando e esclarecendo toda dinâmica criminosa, é que se torna possível aplicar a sanção penal.

Pode-se até inferir que é o próprio Estado, diante da ausência de qualquer possibilidade de iniciar ou de prosseguir na investigação, por falta de elementos, que se “alia” ao criminoso, premiando sua atuação, por trair seus pares entregando-os aos castigos da Lei.

Nas lições de Renato Brasileiro,

Desde tempos mais remotos, a História é rica em apontar a traição entre os seres humanos: Judas Iscariotes vendeu Cristo pelas célebres 30 (trinta) moedas; Joaquim Silvério dos Reis denunciou Tiradentes, levando-o à forca; Calabar delatou os brasileiros, entregando-os aos holandeses. Com o passar dos anos e o incremento da criminalidade, os ordenamentos jurídicos passaram a prever a possibilidade de se premiar essa traição. Surge, então, a colaboração premiada. (LIMA, Renato Brasileiro, Manual de processo Penal, ed. JusPodivm, p. 807, ed. 2019).

De forma simples e concisa, pode-se dizer que a colaboração premial, ou premiada, trata-se de um acordo feito entre o Estado e o criminoso, para possibilitar a persecução penal, reprimindo assim o ato criminoso e punindo os seus responsáveis, exceto o colaborador, que apesar de fazer parte da organização criminosa, por seu comportamento atual, será premiado de acordo com sua contribuição.

4 DA NATUREZA JURÍDICA

Portocarrero (2020, p. 998) esclarece que “cuida-se de um negócio jurídico processual e bilateral, firmado entre o Ministério Público e o réu colaborador.” Consagrado pela Lei nº 13.964 de 2019.

Renato brasileiro de Lima (2021, p. 753) aduz ser “negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos”.

Na mesma esteira são as lições do professor Coimbra (2021, p. 326) quando trata do tema em seu Manual de direito processual penal militar, pois insere o tema juntamente com outros meios de obtenção de provas, como por exemplo, interceptação telefônica, em medidas atípicas da polícia judiciária militar.

Observe-se que a Lei 12.850 de 2013, alterada pela Lei 13.963 de 2019, refere-se exatamente aos meios de investigação, corroborando a ideia de que é na investigação que se utiliza primordialmente o instituto da colaboração premiada, ou seja, o inquérito policial seria o momento mais oportuno, mas não exclusivo.

No artigo 1º da Lei 12.850, de 2013, o legislador aduz da seguinte forma: “esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado”.

Está positivado, de forma clara e precisa, que o instituto poderá ser utilizado em sede de Inquérito Policial pelo Delegado de polícia, titular do procedimento administrativo que colherá elementos de convicção que subsidiarão a denúncia do *parquet*, inclusive, com aval da corte suprema, reafirmando que não se trata de procedimento submetido à reserva de jurisdição.

O STF na Petição 7074, de relatoria do Ministro Edson Fachin, explanou:

(...) trata-se, portanto, de meio de obtenção de prova cuja iniciativa não se submete à reserva de jurisdição, diferentemente do que ocorre com, por exemplo, com a quebra do sigilo bancário, ou fiscal e com a interceptação de comunicações telefônicas.

5 DA LEGITIMIDADE NA FASE PRÉ-PROCESSUAL

Na Ação direta de Inconstitucionalidade 5508/DF, o Supremo tribunal Federal se manifestou, explicitamente, pela constitucionalidade e legitimação do Delegado encarregado da investigação em celebrar o acordo premial, observe:

(...) o Plenário, por maioria, julgou improcedente o pedido formulado em ação direta para assentar a constitucionalidade dos §§ 2º e 6º do art. 4º da Lei nº 12.850/2013 (...) a ação impugnava as expressões ‘e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso’ (...) permaneceu o voto do ministro Marco Aurélio (relator), no sentido de que o Delegado de polícia pode formalizar o acordo de colaboração premiada, na fase do inquérito policial, ressalvadas as prerrogativas do Ministério Público, o qual deverá se manifestar, sem caráter vinculante, previamente à decisão judicial (...).

Portanto, quanto à legitimação, por tratar-se de meio de investigação, pode perfeitamente ser celebrado em sede de inquérito policial, como se depreende dos julgados já colacionados em linhas anteriores, e, assim o sendo, cabe a seu titular, no caso do inquérito policial “comum”, ao Delegado de Polícia.

Alocada na estrutura do poder Executivo, a polícia judiciária é o órgão incumbido das investigações, por determinação constitucional, em nível federal e estadual, por meio das polícias federal e civil, respectivamente, como atividade finalística, quando se tratar de infração penal comum.

Todavia, a própria Constituição Federal faz distinção quanto à titularidade de certas investigações, em uma espécie de “repartição de

atribuições” a depender da natureza da infração, pois, na polícia judiciária “comum”, cabe ao delegado de polícia federal ou delegado de polícia civil a apuração dos crimes comuns, e à polícia judiciária militar, os crimes militares, ambos na fase procedimental da persecução penal.

Por se a investigação criminal conduzida pela polícia judiciária, sendo esta comum ou militar, há que se atribuir a seus titulares – o Delegado de polícia e o Oficial militar encarregado do inquérito – as mesmas atribuições. Ora, se o instituto da colaboração premiada serve à investigação, não há porque diferenciar quanto ao seu titular. Trata-se de meio de obtenção de prova, já corroborado pela nossa Corte maior.

Se a Colaboração premiada é um instituto que, aliada a outras técnicas investigativas, foi fomentada pelo Estado – apesar de considerada por alguns moralmente ilegal, pois premia o criminoso delator –, deve como tal, ser aplicada em qualquer esfera investigativa, uma vez que é instrumento de elevado grau de importância no combate ao crime, tratando-se da maior revolução persecutória-probatória pela qual passou o Estado brasileiro nos últimos anos.

6 DA LEGITIMIDADE DA AUTORIDADE MILITAR

No âmbito da persecução penal militar, o encarregado da investigação é um Oficial, que exercerá as funções correlatas as do delegado de polícia, portanto, observando todas as formalidades e garantias que o delegado observa, todavia, com base no Código de Processo Penal Militar e na Constituição Federal.

Assim sendo, não há justificativa plausível para que se possa excluir do âmbito da legitimidade para a celebração do acordo de colaboração premiada as investigações levadas a cabo pela autoridade militar em sua “competência” castrense.

Ricardo Antônio Andeuci e Ronaldo João Roth, em artigo publicado na internet, tratam do tema com maestria:

Indiscutivelmente, o instituto da delação premiada se aplica aos procedimentos de Polícia Judiciária Militar (inquérito policial militar – IPM e auto de prisão em flagrante delito – APFD), seja com base na Lei nº9.807/99, envolvendo qualquer crime militar, seja com base na Lei nº 12.850/13, seja nos crimes conexos ao crime organizado (<http://ejurr.tjrr.jus.br/arqpdf/artigos/A%20Colaboracao%20Premiada.pdf>).

A colaboração premiada é instrumento de grande eficácia em elucidar relações complexas, podendo ser o acordo premial conferido em qualquer momento da persecução penal, resultando o benefício, a ser concedido, a depender do grau de colaboração e dos resultados efetivos desta colaboração, de uma simples diminuição de pena até o perdão total.

Como legitimados a propô-la, temos o delegado, no inquérito, o Ministério público, a qualquer tempo, e a própria parte investigada ou acusada, mesmo após sentença; e por que não mencionar aqui o encarregado do inquérito policial militar.

Desta forma, o acordo poderá ser firmado, nos termos do §6º do artigo 4º da Lei de organizações criminosas, entre o delegado de polícia, o investigado e seu defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor, sem a participação do Estado-Juiz, que o homologará, estando presentes os requisitos legais, ou recusará a homologação fundamentando a recusa.

Nesse sentido é o permissivo legal da Lei 12.850:

2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

Quanto ao alcance da expressão “delegado de polícia” pode-se observar uma atecnia do legislador ao editar o ato normativo, pois ao limitar

a competência para celebrar a certas autoridades públicas, no artigo 4º e §2º, vai de encontro ao artigo 1º que aduz, em outras palavras, ser tal instituto aplicável a investigação criminal, sem qualifica-la em qualquer espécie – comum ou militar.

Soma-se a isto o fato de que o legislador sempre se esquece da legislação castrense. Inúmeras atualizações foram inseridas na seara penal “comum”, todavia, a seara militar não é objeto dessa atenção.

Fato é que, diante de tantos esquecimentos, como forma de sanar as falhas deixadas pelas omissões legislativas, para não ter que solucionar os problemas advindos das omissões, optaram os congressistas por legislar de forma “geral” na seara penal militar, alterando dispositivo do Código Penal Militar, mais precisamente no inciso II do artigo 9º, de forma a abarcar como crime militar toda e qualquer conduta ilícita que viole o direito e se enquadre nas disposições do artigo 9º, independentemente do diploma normativo, ou seja, em toda legislação penal.

Contudo, mesmo assim, não agiu diferentemente de outrora o Legislador, esquecendo-se, mais uma vez, de atentar para legislação castrense, quando da elaboração da *novel legis*.

Diante das razões postas, haveria contradição limitar o instituto da colaboração ao delegado, na fase investigativa, deixando de fora o oficial encarregado da investigação, pois, em se tratando de crime militar, a polícia judiciária militar é a única legalmente “competente” para apurar os fatos.

Portanto, em olhar sistemático, se o instrumento da colaboração premiada serve à investigação, conclui-se que, independentemente da natureza do crime – se militar ou comum – deverá incidir suas peculiaridades, até mesmo por se tratar de direito subjetivo do investigado.

Neste cenário, é inconcebível a negação da aplicação do instituto da colaboração pelo encarregado do inquérito policial militar, pois foi marco divisor do sistema de investigação na justiça brasileira, somado ao fato de que o último diploma relativo ao tema, Lei 12.850 de 2013, detalhou de maneira satisfatória o tema.

O primeiro momento é aquele em que muitos fatos criminosos ficavam impunes devido à falta de elementos necessários à sua comprovação. Já o segundo momento se refere à total descoberta do fato criminoso e suas especificidades por colaboração daquele que também praticou o crime, que confessou a prática criminosa, assumindo o compromisso com a verdade, possibilitando, desta forma, reprimir condutas criminosas complexas altamente organizadas.

Portanto, ao mesmo tempo em que o investigado (ou acusado) confessa a prática delituosa, abrindo mão do seu direito de permanecer em silêncio (*nemo tenetur se detegere*), assume o compromisso de ser fonte de prova para a acusação acerca de determinados fatos e/ou corréus. Evidentemente, essa colaboração deve ir além do mero depoimento do colaborador em detrimento dos demais acusados, porquanto não se admite a prolação de um decreto condenatório baseado única e exclusivamente na colaboração premiada (LIMA, 2019, p 808)

Como já referido em linhas anteriores, parte da doutrina questiona tal instituto, uma vez que é o próprio Estado que incentiva a tomada de postura infame, eticamente desleal, e aqui não só pelo fato de ser ato delinquento, mas por ser eticamente reprovado.

O professor Renato brasileiro (2019), citando Natália Oliveira de Carvalho, escreve:

Sob o ponto de vista da ética e da moral, parte da doutrina posiciona-se contrariamente à colaboração (ou delação) premiada, denominando-a, por isso, de extorsão premiada. Nessa linha, segundo Natália Oliveira de Carvalho, ao preconizar que a tomada de uma postura infame (trair) pode ser vantajosa para quem o pratica, o Estado premia a falta de caráter do codelinqüente, convertendo-se em autêntico incentivador de antivalores ínsitos à ordem social.

Apesar das preciosas lições supratranscritas, o fato é que, no interesse da coletividade, da sociedade, certas tomadas de decisões, apesar de aparentemente desprovidas de ética, não estão manchadas pela ilegalidade, e há inúmeros exemplos a serem citados, bastando aqui, em explanação

superficial, mencionar a questão do aborto, que, a pretexto de corroborar o direito da mulher dispor do seu próprio corpo, permite sacrificar vida intrauterina.

Se o aborto é permitido em algumas culturas e até mesmo, em determinados casos, em nossa legislação, fica frágil o argumento antiético levantado, de que, em outras palavras, estar-se-ia institucionalizando a prática de condutas moralmente reprováveis.

Mesmo em ambiente castrense, em que a disciplina a hierarquia, o pundonor, a ética e os valores militares são elevados à categoria de princípios a serem seguidos como doutrina, é perfeitamente possível a sua aplicação.

Trata-se de uma troca, de um negócio jurídico fomentado pelo Estado, que, tendo em vista sua incapacidade de elucidar determinados fatos, muitas das vezes, frente aos próprios direitos concebidos ao investigado, como por exemplo, direito ao silêncio, termina por firmar um termo com o investigado ao lhe proporcionar um prêmio se for revelada a verdade dos fatos.

Todavia, apesar de todos os argumentos contrários ao instituto da colaboração premiada, fato é que se trata de meio de obtenção de prova que permite ao estado-investigação a persecução penal, respeitando os direitos e garantias fundamentais do colaborador, para desvendar a prática criminosa e punir os envolvidos.

Assim sendo, o instituto deverá ser aplicado a qualquer investigação criminal, não havendo razão para limitá-lo a determinados órgãos. Corrobora essa visão o artigo 4º quando menciona a palavra “partes”, dando a entender que: qualquer das partes envolvidas na investigação criminal, sem excepcionar se a investigação é ato de Polícia Judiciária Militar ou “comum”.

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das **partes**, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados. (grifei)

Portanto, estudar a aplicação do instituto da colaboração premiada no âmbito da persecução penal castrense, mais precisamente em sede de investigação criminal pelo oficial encarregado da investigação, possibilita a concreta realização da intenção da Lei 12.850 e os fins do direito penal, qual seja dar resposta estatal a organizações criminosas, repimindo atos ilícitos e criminosos.

7 CONCLUSÃO

Diante do exposto, concluiu-se, portanto, que, por serem os atos de investigações criminais, primordialmente, da competência de polícia judiciária, na primeira fase da persecução penal, não há óbice ao presidente do inquérito celebrar o acordo de colaboração premiada.

Como bem salientou nossa suprema corte, em decisão plenária, o instituto da colaboração premiada é um meio de obtenção de prova. Por conseguinte, há perfeita legitimidade de celebração pelo Delegado de Polícia no seu labor.

Desta forma, por ser um meio de obtenção de prova, a colaboração premiada serve à investigação, sendo, à vista disso, aplicável também por outras autoridades que fazem o mesmo papel do Delegado de Polícia como, por exemplo, a autoridade de Polícia Judiciária Militar, que também é responsável por conduzir a persecução penal nos crimes militares com exclusividade, sem mencionar a autoridade de polícia legislativa que tem incumbência de presidir os inquéritos em fatos ocorridos nas casas legislativas.

Se as funções de presidente do Inquérito policial nos crimes militares cabem ao Oficial encarregado do procedimento, nada mais sensato que conferir todos os poderes e funções que ao delegado de Polícia foram dados no interesse da investigação.

Observa-se que, mais uma vez, a legislação castrense foi esquecida pelo legislador ordinário, que por atecnia, na sua atividade legiferante, só mencionou o Delegado de Polícia.

Nesse sentido, é perfeitamente possível que a autoridade de polícia judiciária militar, ou a quem esta for delegada, nas investigações de sua competência, firme o acordo de colaboração premiada, nos mesmos moldes do Delegado de Polícia, com a manifestação do Ministério Público.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Edmar Pinto. O Instituto da Colaboração Premiada e sua aplicação no âmbito da Polícia Judiciária Militar: A compreensão advinda da decisão do STF na ADI N° 5508/2016. *Revista de estudos e informações*, Justiça Militar do Estado de Minas Gerais, n. 44/2019. Disponível em:

<http://www.tjmmg.jus.br/images/revista-estudo-informacoes/pdf/RevTJMMG-44.pdf>. Acesso em: 27 jan. 2021.

BRASIL. *Lei 12.850*. Disponível em:

www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm#:~:text=L12850&text=Define%20organiza%C3%A7%C3%A3o%20criminosa%20e%20disp%C3%B5e,1995%3B%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs. Acesso em: 25 jan. 2021.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 19 jan. 2021.

LEITÃO, Joaquim Júnior. A colaboração premiada deve continuar sendo feita pelo delegado de polícia, mesmo com advento da Lei do Pacote Anticrime. *Jus*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/80332/a-colaboracao-premiada-deve-continuar-sendo-feita-pelo-delegado-de-policia-mesmo-com-advento-da-lei-do-pacote-anticrime-lei-federal-n-13-964-2019>. Acesso em: 19 jan. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo Penal*, Juspodivm. Salvador, 2019.

LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de processo Penal*, Juspodivm. Salvador, 2021.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de direito processual penal militar, Juspodivm*. Salvador, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. Acordo de colaboração premiada e delegado de Polícia. *Jusbrasil*. Disponível em: <https://guilhermedesouzanucci.jusbrasil.com.br/noticias/597598576/resumo-do-informativo-n-907-do-stf>. Acesso em: 20 jan. 2021.

PORTOCARRERO, Cláudio Barros. *Leis penais extravagantes, teoria jurisprudências e questões comentadas* – 5. ed. rev, atual, e ampli. Salvador: ed. Juspodivm, 2020.

ROTH, Ronaldo João; ANDEICCI, Ricardo Antônio. A colaboração premiada e sua aplicação na persecução penal militar. *Escola do Poder Judiciário de Roraima*. Disponível em: <https://ejurr.tjrr.jus.br/arqpdf/artigos/A%20Colaboracao%20Premiada.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2021.

STF decide que delegados de polícia podem firmar acordo de colaboração premiada. *Notícias do STF*. Brasília, jun. 2018. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=382031 Acesso em: 20 jan. 2021.

O tratamento jurídico do militar temporário das forças armadas e as alterações trazidas pela Lei nº 13.954/2019: uma análise sobre a exclusão do serviço ativo

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: 12/08/2021

Data de aceitação: 30/08/2021

RESUMO: O presente trabalho tem o intuito de analisar o conceito de militar temporário e sua reforma, bem como estabelecer a distinção entre esses e os oficiais e as praças de carreira das Forças Armadas. A fim de justificar o tratamento jurídico distinto, estabelecido pela Lei nº 13.954, de 16 de dezembro de 2019, estudou-se a diferenciação entre as situações da atividade militar e as hipóteses de exclusão do serviço ativo dos militares temporários. Analisou-se o princípio da isonomia, em seus vieses formal e material, a fim de concluir sobre a possibilidade de tratamento diferenciado acerca da consequência do diagnóstico de incapacidade física entre ambas as situações de militares da ativa.

PALAVRAS-CHAVE: Direito administrativo militar. Militar temporário. Lei nº 13.954/2019. Inatividade. Reforma. Reserva remunerada. Reserva não remunerada. Licenciamento. Princípio da isonomia.

ENGLISH

TITLE: The Legal Treatment of Temporary Military Personnel in the Armed Forces and the Amendments Inserted by Law nº 13.954/2019: an Analysis about the Exclusion of Active Duty.

ABSTRACT: This paper aims to analyze the concept of temporary military personnel and their retirement, as well as to establish a distinction between these and the officers and career ranks of the Armed Forces. In order to justify the different legal treatment established by Law 13,954, of December 16, 2019, the distinction between situations of military activity and the cases of exclusion from active duty of temporary military personnel was studied. This paper analyzed also isonomy, in its formal and material biases, in order to conclude on the possibility of differentiated treatment regarding the consequence of the diagnosis of physical disability between both situations of active military personnel.

KEYWORDS: Military Administrative Law. Temporary Military Personnel. Law nº 13.954/2019. Inactive Duty. Retirement. Inactive Reserves. Isonomy.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 O conceito de militar temporário – 3 A inatividade do militar temporário – 3.1 Licenciamento – 3.2 Anulação da incorporação e Desincorporação – 4 O princípio da isonomia e a distinção entre militares de carreira e temporários inserida pela lei nº 13.954/2019 – 4.1 O novo inciso II-A do art. 106 da Lei nº 6.880/1980 – 4.2 A aplicação do princípio da isonomia e a necessidade de distinção entre os militares de carreira e temporários – 5 Considerações finais.

1 INTRODUÇÃO

A exclusão do serviço ativo de militares temporários e de carreira acometidos de incapacidade física sempre foi tratada de forma igual pela legislação castrense.

Com o passar dos anos, percebeu-se a necessidade de estabelecer uma distinção entre eles. Isso porque a carreira das Armas difere da prestação do serviço militar, seja ele voluntário ou obrigatório.

O militar de carreira se submete a concurso público e se compromete, caso não haja intercorrências, a atividade continuada e inteiramente devotada às finalidades precípua das Forças Armadas, caracterizado pelo desempenho voluntário e permanente do serviço, com estabilidade (praças) ou vitaliciedade (oficiais). Em razão do caráter perene, ao final da carreira perceberão proventos pela inatividade (reserva remunerada).

Os temporários, por sua vez, passam por processo seletivo e são incorporados para a prestação do serviço por prazo determinado, ao término do qual retornarão ao meio civil e exercerão suas atividades laborativas sem o direito a percepção de proventos pela inatividade.

Atendendo a tais distinções e às necessidades inerentes aos princípios que regem a Administração Pública, a Lei nº 13.954/2019 passou a estabelecer tratamento diferenciado quanto à reforma por incapacidade física de oficiais e praças de carreira e temporários.

Este trabalho tem o intuito de explanar os conceitos postos e justificar a possibilidade de tratamento distinto, tendo em vista a aplicação do princípio da isonomia.

2 O CONCEITO DE MILITAR TEMPORÁRIO

A Constituição Federal, no seu art. 142, § 3º, dispõe que os membros das Forças Armadas são denominados militares. No mesmo dispositivo, delega à legislação ordinária a regulamentação do regime jurídico a ser aplicado a tais servidores da pátria. Especificamente, o inciso X alerta:

Art. 142
(...)

§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, **além das que vierem a ser fixadas em lei**, as seguintes disposições:

(...)

X - a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e **outras condições de transferência do militar para a inatividade**, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra. (Grifo nosso).

A fim de cumprir o ditame constitucional, a Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980, que dispõe sobre o Estatuto dos Militares, foi recepcionada como o diploma legislativo que regula “(...) a situação, obrigações, deveres, direitos e prerrogativas dos membros das Forças Armadas.” (art. 1º).

No seu art. 3º, a norma destrincha o conceito de militares, dividindo-os em 2 grandes grupos: militares da ativa e na inatividade. Entre os primeiros estão inseridos os de carreira; temporários; componentes da reserva quando convocados, reincluídos, designados ou mobilizados; alunos de órgão de formação de militares da ativa e da reserva; e, em tempo de guerra, todo cidadão brasileiro mobilizado.

A distinção dos integrantes das Forças Armadas entre de carreira e temporários é de essencial importância para o tema ora proposto. Isso porque, enquanto aqueles primeiros, via de regra, serão transferidos para a inatividade remunerada (reserva/reforma), estes últimos serão licenciados ao final do tempo de serviço proposto. Nesse sentido, em coautoria com o Ministro Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, dissertei:

A principal consequência da temporariedade se refere à forma de colocação na reserva das Forças Armadas, uma vez que o militar que não seja de carreira, quando do licenciamento, não receberá proventos dos cofres públicos,

em que pese permanecer no efetivo convocável e mobilizável.¹

Com o intuito de clarear a impossibilidade de estabilização/vitaliciedade dos militares temporários é que a Lei nº 13.954/19 inseriu o § 3º no art. 3º da norma estatutária, *in verbis*: “§ 3º Os militares temporários não adquirem estabilidade e passam a compor a reserva não remunerada das Forças Armadas após serem desligados do serviço ativo”. No mesmo sentido o mesmo diploma incluiu o parágrafo único no art. 1º da Lei nº 4.375/1964 (Lei do Serviço Militar – LSM).

Há, ainda, que se fazer menção à Lei nº 6.391/1976, que dispõe sobre o Pessoal do Ministério do Exército e dá outras providências. A norma deixa claro que a função do militar temporário é completar as Armas e os Quadros de Oficiais e as Qualificações Militares (QM) das praças. Portanto, não visa preencher cargos de forma definitiva, mas apenas sanar necessidade temporária, sobretudo nos postos e graduações iniciais.

Não por outro motivo é que apenas é previsto praças temporárias até a graduação de Terceiro-Sargento e oficiais até o posto de Primeiro-Tenente (com exceção dos brasileiros com reconhecida competência técnico-profissional ou com notória cultura científica, que ingressarão no posto de Major, na forma do art. 10, §§ 1º e 2º, do Estatuto dos Militares, combinado com o do Decreto nº 9.455/2018).

Portanto, e em resumo, o militar temporário é aquela praça ou oficial que ingresse no serviço ativo da Força Armada, sem a submissão a concurso público, para o exercício da função de maneira precária, ou seja, sem estabilidade ou vitaliciedade assegurada, a fim de cumprir necessidade não permanente de complementamento de pessoal em determinados postos ou graduações.

¹ *In: Estatuto dos Militares Comentado: Lei nº 6.880, de 09 de dezembro de 1980. Coordenação de Jorge César de Assis. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2020. P. 50.*

Compromete-se, nos termos do art. 5º e do art. 27 da Lei nº 4.575/1964, à prestação do serviço militar pelo prazo de 12 meses, o qual poderá ser prorrogado, por igual período, desde que não ultrapassado o máximo de 96 meses (art. 27, § 3º, da LSM).

Ao encerrar o seu ciclo na Força Armada, será excluído do serviço ativo, como regra, por meio do licenciamento, como descrito no art. 121 da Lei nº 6.880/1980, no art. 8º do Decreto nº 4.502/2002 (Regulamento do Corpo de Oficiais da Reserva do Exército - R-68), no art. 7º do Decreto nº 9.455/2018, na LSM (art. 34 e 34-A) e no seu regulamento (Decreto nº 57.654/1966 – art. 3º, item 24 e art. 146 e seguintes).

No entanto, em caráter excepcional, caberá a aplicação de outras formas de exclusão do serviço previstas no art. 94.

3 A INATIVIDADE DO MILITAR TEMPORÁRIO

Na qualidade de diploma normativo que estabelece a situação, obrigações, deveres, direitos e prerrogativas dos membros das Forças Armadas, a Lei nº 6.880/1980 cuida das hipóteses de exclusão do serviço ativo.

A inatividade do militar é disposta no art. 94 do Estatuto dos Militares. Entre as hipóteses ali previstas, nem todas são de aplicação aos militares temporários. Em que pese o caminho natural levar ao licenciamento, é possível, ainda que excepcionalmente, a reforma, a perda do posto e da patente, a anulação de incorporação, a desincorporação, a exclusão a bem da disciplina, a deserção, o falecimento e o extravio.

3.1 Licenciamento

O licenciamento é a hipótese de exclusão do serviço ativo que naturalmente é aplicável aos temporários. Seu conceito está previsto no item 24 do art. 3º do RLSM: “24) Licenciamento - Ato de exclusão da praça do

serviço ativo de uma Fôrça Armada, após o término do tempo de Serviço Militar inicial, com a sua inclusão na reserva.”.

A norma estatutária descreve o licenciamento a partir do art. 121. Sua compreensão integral deverá ser combinada com a leitura da Lei nº 4.375/1964 e seu regulamento (Decreto nº 57.654/1966); do Decreto nº 4.502/02 (Regulamento para o Corpo de Oficiais da Reserva do Exército – R-68); e dos Decretos nº 76.322/1975 (Regulamento Disciplinar da Aeronáutica), nº 88.545/1983 (Regulamento Disciplinar da Marinha) e nº 4.346/02 (Regulamento Disciplinar do Exército).

No âmbito do Estatuto dos Militares, caberá aos temporários o licenciamento **a pedido** ou *ex officio*. O primeiro será aplicável, desde que não haja prejuízo ao serviço: a) ao oficial, após a prestação de 6 meses de serviço ativo e; b) à praça engajada ou reengajada, após o cumprimento de, no mínimo, metade do tempo de serviço a que estiver obrigada. Ressalte-se que o conceito de engajamento e de reengajamento está previsto no RLSM.

Sobre o licenciamento *ex officio*, o Estatuto remete o tratamento à legislação referente ao serviço militar e aos regulamentos específicos das Forças singulares e ocorrerá: a) por conclusão do tempo de serviço ou de estágio; b) por conveniência do serviço; c) a bem da disciplina e; d) por outros casos previstos em lei.

O licenciamento por conclusão do tempo de serviço ocorrerá ao término do período ao qual o oficial ou a praça se comprometeu a cumprir. Via de regra, será de 12 meses, prorrogáveis, por igual período, até o máximo de 96 meses. Para as praças, essa prorrogação tem a denominação de engajamento (a primeira vez – item 16 do art. 3º da RLSM) ou reengajamento (as subsequentes – item 34 do art. 3º da RLSM), na forma disposta no art. 128 e seguintes do mesmo RLSM.

Caberá o licenciamento por conveniência do serviço por razões de mérito administrativo. Ou seja, cuida-se de ato administrativo discricionário da autoridade competente para a concessão da prorrogação e para a exclusão.

O licenciamento a bem da disciplina, por sua vez, é previsto no Regulamento Disciplinar das Forças. Não se confunde com a exclusão a bem da disciplina. Cite-se, *in totum*, o art. 32 do RDE:

Art. 32. Licenciamento e exclusão a bem da disciplina consistem no afastamento, ex officio, do militar das fileiras do Exército, conforme prescrito no Estatuto dos Militares.

§ 1º O licenciamento a bem da disciplina será aplicado pelo Comandante do Exército ou **comandante, chefe ou diretor de OM à praça sem estabilidade assegurada**, após concluída a devida sindicância, quando:

I - a transgressão afete a honra pessoal, o pundonor militar ou o decoro da classe e, como repressão imediata, se torne absolutamente necessário à disciplina;

II - estando a praça no comportamento "mau", se verifique a impossibilidade de melhoria de comportamento, como está prescrito neste Regulamento; e

III - houver condenação transitada em julgado por crime doloso, comum ou militar.

§ 2º O licenciamento a bem da disciplina será aplicado, também, pelo Comandante do Exército ou comandante, chefe ou diretor de organização militar aos oficiais da reserva não remunerada, quando convocados, no caso de condenação com sentença transitada em julgado por crime doloso, comum ou militar.

§ 3º O licenciamento a bem da disciplina poderá ser aplicado aos oficiais da reserva não remunerada, quando convocados, e praças sem estabilidade, em virtude de condenação por crime militar ou comum culposo, com sentença transitada em julgado, a critério do Comandante do Exército ou comandante, chefe ou diretor de OM.

§ 4º Quando o licenciamento a bem da disciplina for ocasionado pela prática de crime comum, com sentença transitada em julgado, o militar deverá ser entregue ao órgão policial com jurisdição sobre a área em que estiver localizada a OM.

§ 5º A **exclusão a bem da disciplina** será aplicada ex officio ao **aspirante-a-oficial e à praça com estabilidade assegurada**, de acordo com o prescrito no Estatuto dos Militares. (*grifo nosso*)

Portanto, caberá o licenciamento a bem da disciplina de militares temporários nos casos: a) de cometimento de transgressão que afete a honra pessoal, o pundonor militar ou o decoro da classe, desde que seja necessária como repressão imediata para a manutenção da disciplina; b) se a **praça**

cometer nova transgressão após o ingresso no comportamento mau e se verificar a impossibilidade de melhoria no comportamento; c) houver condenação criminal por crime doloso, comum ou militar; d) se a **praça** sem estabilidade for condenada por cometimento de crime comum ou militar culposo, a critério do Comandante do Exército ou do comandante, chefe ou diretor de Organização Militar (OM).

Os parágrafos 2º e 3º tratam sobre o licenciamento de oficiais da reserva não remunerada convocados, que caberá por condenação por crime doloso, comum ou militar, ou culposo, nesse caso a critério do Comandante do Exército ou do comandante, chefe ou diretor da OM.

Nota-se que o licenciamento pelo cometimento de crime culposo é ato discricionário, ao passo que, no caso do ilícito penal doloso, vinculado.

A autoridade competente para a exclusão pelo licenciamento, via de regra, é do comandante, chefe ou diretor da OM à qual o oficial ou a praça estiver subordinado. No âmbito do Exército, caberá ao Comandante da Região Militar enquadrante o licenciamento por conveniência do serviço (Portaria nº 046 – DGP, de 27 de março de 2012 – Aprova as Normas Técnicas para a Prestação do Serviço Militar).

Art. 106. A reforma será aplicada ao militar que:
II-A. se temporário: (Incluído pela Lei nº 13.954, de 2019)
a) for julgado inválido; (Incluído pela Lei nº 13.954, de 2019)
b) for julgado incapaz, definitivamente, para o serviço ativo das Forças Armadas, quando enquadrado no disposto nos incisos I e II do caput do art. 108 desta Lei; (Incluído pela Lei nº 13.954, de 2019)

Vale observar que o art. 112 e o art. 112-A da Lei nº 6.880/1980 dispõem sobre o retorno ao serviço ativo e a submissão do militar reformado a revisão das condições que ensejaram a reforma, inclusive a nova inspeção de saúde. O procedimento de revisão de reforma por incapacidade física definitiva para o serviço ativo ou por invalidez foi regulamentado pelo Decreto nº 10.750/2021.

3.2 Anulação da incorporação e Desincorporação

Embora dispostos no Estatuto dos Militares, ambos os institutos estão descritos na Lei do Serviço Militar.

Caberá a anulação da incorporação quando for verificada a existência de irregularidade no recrutamento (art. 31, § 1º, da LSM). No caso da incapacidade e da invalidez para o serviço ativo, ocorrerá a anulação quando a doença for preexistente ao ingresso do militar na Força Armada. O art. 139 do Decreto 57.654/1966 detalha tal hipótese de exclusão do serviço ativo.

Por sua vez, a desincorporação será aplicada quando for constatada alguma das situações previstas no § 2º do art. 31 da LSM, *in verbis*:

Art. 31.

(...)

§ 2º A desincorporação ocorrerá:

- a) por moléstia em conseqüência da qual o incorporado venha a faltar ao serviço durante 90 (noventa) dias, consecutivos ou não, hipótese em que será excluído e terá sua situação militar fixada na regulamentação da presente Lei;
- b) por aquisição das condições de arrimo após a incorporação, obedecidas as disposições de regulamentação da presente Lei;
- c) por moléstia ou acidente que torne o incorporado definitivamente incapaz para o Serviço Militar; - o incorporado nessas condições será excluído e isento definitivamente do Serviço Militar;
- d) por condenação irrecorrível, resultante de prática de crime comum de caráter culposo; o incorporado nessas condições será excluído, entregue à autoridade civil competente e terá sua situação militar fixada na regulamentação da presente Lei.

Mais uma vez trazendo a situação da incapacidade física, caberá a desincorporação quando o militar for julgado, em inspeção de saúde, incapaz definitivamente para o serviço ativo, desde que não seja enquadrado em uma das hipóteses que ensejam a reforma. Também será aplicada quando, em

razão de incapacidade temporária, ocorrer a falta ao serviço por 90 dias durante o período ao qual ele se obrigou a cumprir.

4 O PRINCÍPIO DA ISONOMIA E A DISTINÇÃO ENTRE MILITARES DE CARREIRA E TEMPORÁRIOS INSERIDA PELA LEI Nº 13.954/2019

Entendidas as minúcias acerca da exclusão do serviço ativo dos militares temporários, cabe-nos abordar, de forma mais aprofundada, a distinção entre a reforma destes e dos oficiais e das praças de carreira.

4.1 O novo inciso II-A do art. 106 da Lei nº 6.880/1980

A distinção no tratamento da reforma por incapacidade física entre militares de carreira e temporários nem sempre existiu. Até a entrada em vigor da Lei nº 13.954/19, não havia diferença legal entre ambos.

Todavia, com a grande reforma trazida pela lei destacada, foi observada a necessidade de alteração da inatividade remunerada dos oficiais e das praças que não sejam de carreira.

A primeira hipótese, prevista na alínea “a” do inciso II-A do art. 106, será aplicada sempre que o militar temporário for julgado inválido. O conceito de invalidez está descrito no art. 110, § 1º, da norma estatutária, como a impossibilidade total e permanente tanto para o serviço ativo nas Forças Armadas, como para o exercício de atividades laborais no meio civil (“para qualquer trabalho”).

A alínea “b” admite a reforma quando houver incapacidade definitiva para o serviço ativo, ainda que exista a capacidade para o trabalho no meio civil. Contudo, limita a concessão da inatividade remunerada às situações descritas nos incisos I e II do art. 108 do E-1, a saber:

Art. 108.
(...)

- I - ferimento recebido em campanha ou na manutenção da ordem pública;
- II - enfermidade contraída em campanha ou na manutenção da ordem pública, ou enfermidade cuja causa eficiente decorra de uma dessas situações;

Portanto, se o oficial ou a praça que não seja de carreira for acometido de uma das outras hipóteses descritas no art. 108 do E-1 (acidente em serviço – III; doença com relação de causa e efeito com o serviço – IV; doença capitulada em lei – V; acidente ou doença sem relação de causa e efeito com o serviço – VI), caberá a desincorporação (com as ressalvas que já foram feitas acerca da anulação da incorporação).

No âmbito do Exército, o tratamento do instituto é descrito a partir do art. 428 do Regulamento Interno dos Serviços Gerais (RISG). Se for necessária a manutenção de tratamento de saúde, poderá ser aplicado o instituto do encostamento, por meio do qual o ex-militar permanecerá vinculado à OM de origem unicamente para fins de tratamento do problema de saúde que deu origem à incapacidade, o qual será conduzido por Organização Militar de Saúde.

Nesse sentido é a interpretação dada ao art. 31, §§ 6º a 8º, da LSM, disposta de forma expressa pelo RISG.

4.2 A aplicação do princípio da isonomia e a necessidade de distinção entre os militares de carreira e temporários

A alteração da norma inserida no Estatuto dos Militares por meio da Lei nº 13.954/2019, que estabeleceu a distinção de tratamento entre militares de carreira e temporários no que concerne à reforma por incapacidade física, só foi possível pela aplicação coordenada entre regras e princípios. Nas palavras do Ministro Luis Roberto Barroso²:

Modernamente, no entanto, prevalece a concepção de que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição

² *In: Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.* 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 356.

equilibrada de regras e princípios, nos quais as regras desempenham o papel referente à segurança jurídica – previsibilidade e objetividade das condutas – e os princípios, com sua flexibilidade, dão margem à realização da justiça do caso concreto.

Isso porque não caberia apresentar um tratamento distinto sem haver um respaldo para tanto. Esse amparo está inserido no *caput* do art. 5º da Constituição Federal e responde pela denominação de princípio da igualdade ou da isonomia. Sobre o assunto, Humberto Ávila disserta³:

A igualdade pode funcionar como regra, prevendo a proibição de tratamento discriminatório; como princípio, instituindo um estado igualitário como fim a ser promovido; e como postulado, estruturando a aplicação do Direito em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim).

Portanto, de acordo com o ilustre doutrinador, a igualdade funciona tanto como regra, como quanto princípio e postulado.

O entendimento acerca do princípio da igualdade aborda o viés formal e o material. A ideia traduz a interpretação moderna do pensamento aristotélico de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

A doutrina mais atual se preocupa não só com os aspectos formal e material, como com os conceitos de discriminação e diferenciação. Nas palavras de Bernardo Gonçalves Fernandes⁴:

Dessa feita, a preocupação do **constitucionalismo contemporâneo** no tocante ao princípio da igualdade tem sido de diferenciar **discriminação (ou discriminação arbitrária e absurda)** e **diferenciação** (que para alguns poderia ser intitulada de discriminação adequada e razoável). Enquanto as **diferenciações** (ou **discriminações lícitas**, não absurdas) se mostram como mecanismos necessários à

³ In: *Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 101.

⁴ In: *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 545.

proteção das minorias, excluídas da condição de participação na tomada de decisões institucionais (igualdade procedimental), as **discriminações** (ilícitas) são elementos **arbitrários** e, por isso mesmo, **lesivos** à própria igualdade.

Sob o mesmo raciocínio, Humberto Ávila afirma⁵:

A concretização do princípio da igualdade depende do critério-medida objeto de diferenciação. Isso porque o princípio da igualdade, ele próprio, nada diz quanto aos bens ou aos fins de que se serve a igualdade para diferenciar ou igualar as pessoas. As pessoas ou situações são iguais ou desiguais em função de um critério diferenciador.

Portanto, e na análise do problema posto, para estabelecer tratamento distinto entre militares de carreira e temporários, para efeitos de exclusão do serviço ativo por meio de reforma, indispensável entender a situação como uma diferenciação, ou discriminação lícita, o que, de fato, ocorre no quadro destacado. Reportamos, mais uma vez, às lições de Bernardo Gonçalves⁶:

É interessante que, segundo Robert Alexy, a fórmula clássica implica em um mandamento de tratamento desigual, isto é, o princípio da igualdade deve ser interpretado no sentido de uma norma que, *prima facie*, exige um tratamento igual e só permite um tratamento desigual se esse tratamento desigual puder ser justificado com razões suficientes. Assim, o enunciado sobre o mandado de tratamento desigual adquire a seguinte estrutura: Se há uma razão suficiente para ordenar um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento desigual. A exigência de razões suficientes para o tratamento desigual impõe uma carga de argumentação ao legislador ou àquele (administrador) que emite a norma que implica tratamento desigual. Há diversas formas de fundamentação dos juízos de valor sobre igualdade e desigualdade que podem justificar um tratamento desigual.

O art. 3º, § 1º, a, do Estatuto dos Militares, já prevê que os militares na ativa se dividem em 5 grupos, entre eles os de carreira e os temporários, os

⁵ *Op. cit.* p. 101.

⁶ *Op. cit.* p. 546/547.

quais, na forma do inciso II do dispositivo, são incorporados para a prestação do serviço militar, obrigatório ou voluntário, durante os prazos previstos na legislação de que trata o serviço militar ou durante a prorrogação desses prazos.

Os militares de carreira incorporam às Forças Armadas com o objetivo de preencher, em caráter permanente, os cargos vagos. Para tanto, iniciam nos postos ou graduações iniciais e são promovidos ao longo do tempo de serviço, quando passam a exercer, em caráter gradual, missões mais específicas e estratégicas, próprias do círculo que ocupam. Esclarece o art. 5º e o art. 36 do Estatuto dos Militares:

Art. 5º A carreira militar é caracterizada por atividade continuada e inteiramente devotada às finalidades precípuas das Forças Armadas, denominada atividade militar.

§ 1º A carreira militar é privativa do pessoal da ativa, inicia-se com o ingresso nas Forças Armadas e obedece às diversas seqüências de graus hierárquicos.

(...)

Art. 36. O oficial é preparado, ao longo da carreira, para o exercício de funções de comando, de chefia e de direção.

Uma segunda distinção entre eles se dá com o ingresso: enquanto os oficiais e as praças de carreira prestam concurso, os temporários submetidos a processo seletivo.

Sob outro ângulo, o caminho natural para a exclusão do serviço ativo dos primeiros é a reserva remunerada, a qual ocorrerá, após a alteração trazida pela Lei nº 13.954/19, após o cumprimento de 35 anos de serviço. Quanto aos temporários, se comprometem à prestação do serviço militar por período de 12 meses, prorrogáveis até o máximo de 96 meses (art. 27, § 3º, da Lei do Serviço Militar). Ao final, serão, como regra, licenciados e passarão a compor a reserva não remunerada. Ou seja, não farão jus à percepção de qualquer quantia pelos cofres públicos.

Sobre a contribuição para a pensão militar, na forma do art. 27-A da Lei nº 3.765/1960, inserido pela Lei nº 13.954/19, cessada a vinculação ao

serviço ativo, será transferida para o Regime Geral de Previdência Social. Vale a transcrição:

Art. 27-A. Por ocasião do licenciamento do militar temporário das Forças Armadas, o tempo de atividade e as contribuições recolhidas para a pensão militar serão transferidos ao Regime Geral de Previdência Social, para fins de contagem de tempo de contribuição, na forma estabelecida em regulamento a ser editado pelo Poder Executivo federal.

Portanto, quis a norma que o militar temporário diagnosticado com alguma enfermidade incapacitante seja reinserido no mercado de trabalho e siga as regras para a aposentadoria pelo Regime Geral de Previdência Social (desde que não julgado inválido, quando será reformado). Isso porque a doença ou moléstia não o incapacita para o exercício de atividades no meio civil.

Ao contrário, ao militar de carreira não existe essa opção: como foi forjado para a carreira das armas, submetido a concurso público e formação para tanto, a reforma é o meio hábil para a sua proteção social e de sua família (*mutatis mutandis*, da mesma forma que a aposentadoria está para o civil).

Nesse sentido é que o tratamento isonômico se impõe: o militar temporário, ao ingressar nas fileiras da Força, tinha ciência de que sua função seria exercida por tempo limitado e não daria direito a proventos na inatividade. O de carreira, sob outra ótica, se forma e desenvolve sua atividade profissional com a certeza de que, se obedecer aos princípios constitucionais da hierarquia e da disciplina, bem como as obrigações castrenses (sobretudo a honra, o pundonor militar e o decoro da classe), seguirá para a inatividade remunerada.

Acrescente-se que a mudança legislativa não objetivou deixar o militar temporário desamparado. Caso seja julgado, em Inspeção de Saúde, inválido, receberá proventos decorrentes de reforma, uma vez que não poderá exercer atividades laborativas no meio civil.

Do mesmo modo ocorrerá quando a incapacidade física decorrer de uma das situações descritas nos incisos I e II do art. 108 do Estatuto. Nesses casos, a invalidez é dispensável e a diferenciação se justifica pela natureza da atividade exercida por ocasião da doença ou enfermidade (campanha ou manutenção da ordem pública).

No caso da incapacidade física que não esteja amparada nessas duas hipóteses do art. 108 e que não acarretem em invalidez, em que pese não fazerem jus a qualquer quantia dos cofres públicos, terá direito a tratamento de saúde na qualidade de encostado.

A distinção entre militares de carreira e temporários, também, vai de encontro aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

O princípio da impessoalidade, disposto no art. 37 da CF, orienta que a Administração deve dispensar tratamento impessoal e isonômico: “com o objetivo de atender a finalidade pública, sendo vedada a discriminação odiosa ou desproporcional (...), salvo o tratamento diferenciado entre pessoas que estão em posição fática de desigualdade, com o objetivo de efetivar a igualdade material (...)”⁷

Nota-se, portanto, que se trata de aplicação do princípio da isonomia voltado especificamente para a Administração Pública.

Também se observa a presença do princípio da eficiência, uma vez que o cumprimento da distinção está relacionada à efetivação da finalidade pública, requisito do ato administrativo. Trago à baila as lições de Rafael Rezende, para quem o princípio em questão demonstra íntima relação com a economia: “Por esta razão, as normas jurídicas serão eficientes na medida em que forem formuladas e aplicadas levando em consideração as respectivas consequências econômicas.”⁸

⁷ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, Método, 2021. P. 105.

⁸ *Op. cit.* p. 111.

Ou seja, conceder direito pecuniário a quem não deveria perceber implica em onerar a Administração Pública. Consequentemente, importaria em melhorar a situação de alguém gerando prejuízo para a coletividade.

Por fim, destaque-se o princípio da razoabilidade. Como disserta Humberto Ávila, a razoabilidade pode ser analisada sob três aspectos: como equidade; como congruência e como equivalência. Cite-se⁹:

Em segundo lugar, a razoabilidade exige uma relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada. (...)

Nos dois casos acima referidos o postulado da razoabilidade exigiu uma correlação entre o critério distintivo utilizado pela norma e a medida por ela adotada. Não se está, aqui, analisando a relação entre meio e fim, mas entre critério e medida. A eficácia dos princípios constitucionais do Estado de Direito (art. 1º) e do devido processo legal (art. 5º, LIV) soma-se a eficácia do princípio da igualdade (art. 5º, caput), que impede a utilização de critérios distintivos inadequados. Diferenciar sem razão é violar o princípio da igualdade.

Portanto, há que se mencionar a congruência do critério de discriminação aplicado pela Lei nº 13.954/2019 aos militares de carreira e temporários, por se tratar de critério adequado para tratar a situação posta, diante de todos os argumentos lançados no corpo deste estudo.

Nesse sentido é que se conclui que o *discrímen* instituído não viola qualquer preceito constitucional, nem acarreta em ofensa a dignidade da pessoa humana ou ao Estado Democrático de Direito. Ao contrário, inseriu critério de diferenciação adequado, pelo que cumpre os ditames do aspecto material do princípio da isonomia. Também está de acordo com o requisito de atingimento da finalidade pública, essencial aos atos administrativos.

⁹ *Op. cit.* p. 109.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A exclusão do serviço ativo das Forças Armadas requer um estudo detido e apurado da legislação pátria, a fim de aplicar, a cada caso concreto, a espécie correta de colocação do militar na inatividade. Entre suas principais hipóteses estão a transferência para a reserva remunerada, o licenciamento e a reforma.

A aplicação de cada uma delas exige, em um primeiro momento, a distinção entre militares de carreira e temporários. Enquanto aqueles, via de regra, passarão para a inatividade remunerada, estes, que se vinculam por período não superior a 96 meses, serão licenciados e não perceberão remuneração dos cofres públicos. Nesse ato, passarão a compor a reserva não remunerada.

Diante dessa perspectiva, soava ao menos estranho que, até o ano de 2019, fosse dado tratamento indistinto no que concerne à reforma por incapacidade física. Isso porque, em que pese a inaptidão para o serviço castrense, permanecia a capacidade para o exercício de atividades laborais no meio civil.

Sabe-se que a carreira das armas exige preparo físico e intelectual diferenciado de seus membros, uma vez que a Marinha, o Exército e a Aeronáutica devem ser preparados para cumprir as missões constitucionais a eles impostas e defender os valores mais caros para a nação: defesa da Pátria, garantia dos poderes constitucionais e garantia da lei e da ordem. O mesmo preparo é dispensável em diversas funções da administração pública ou particular.

Sob esse raciocínio é que a Lei nº 13.954/2019 alterou o tratamento jurídico sobre a reforma de militares temporários.

O tratamento distinto encontra amparo não só na norma alterada, como demonstra ser constitucional, pela aplicação do aspecto material do princípio da isonomia. Na visão de Humberto Ávila¹⁰:

Vale dizer que a aplicação da igualdade depende de um critério diferenciador e de um fim a ser alcançado. Dessa constatação surge uma conclusão, tão importante quanto menosprezada: fins diversos levam à utilização de critérios distintos, pela singela razão de que alguns critérios são adequados à realização de determinados fins; outros, não. Mais do que isso: fins diversos conduzem a medidas diferentes de controle. Há fins e fins no Direito. Como postulado, sua violação reconduz a uma violação de alguma norma jurídica. Os sujeitos devem ser considerados iguais em liberdade, propriedade, dignidade. A violação da igualdade implica a violação a algum princípio fundamental.

Nesse sentido é que se entendeu que o critério diferenciador aplicado se encontra em perfeita harmonia com o ordenamento jurídico.

Vale relembrar que, nas hipóteses em que for constatada a invalidez, será concedida, de forma indistinta, a inatividade remunerada, diante da impossibilidade do exercício de atividades laborais no meio civil. No mesmo sentido é o pensamento quando a doença ou moléstia decorrer de campanha ou manutenção da ordem pública. Outrossim, o fato de excluir o militar temporário enfermo pelo licenciamento não implica em seu abandono, já que permanecerá encostado para efeitos de tratamento de saúde, ainda que não perceba remuneração.

Conclui-se, portanto, que o tratamento distinto entre os militares de carreira e temporários, no que concerne à reforma por incapacidade física, não só é juridicamente viável, como atende aos princípios constitucionais vetores, sobretudo a isonomia, a impessoalidade e a razoabilidade.

Trata-se de preencher, de maneira justa, os ditames do brocardo tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.

¹⁰ *Op. cit.* p. 102.

REFERÊNCIAS

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.

_____. *Lei nº 2.552, de 3 de agosto de 1955*, que fixa a composição da Reserva do Exército. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/1950-1969/L2552.htm. Acesso em: 6 ago. 2021.

_____. *Lei nº 4.375, de 17 de agosto de 1964 (Lei do Serviço Militar)*.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4375.htm. Acesso em: 6 ago. 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/l6880.htm. Acesso em: 6 ago. 2021.

_____. *Decreto nº 57.654, de 20 de janeiro de 1966 (Regulamento da Lei do Serviço Militar)*. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d57654.htm. Acesso em: 6 ago. 2021.

_____. *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.

_____. *Decreto nº 4.502, de 9 de dezembro de 2002*, que aprova o Regulamento para o Corpo de Oficiais da Reserva do Exército. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4502.htm. Acesso em: 6 ago. 2021.

BRASIL. *Decreto nº 9.455, de 1º de agosto de 2018*, que regulamenta, para o Exército, o disposto nos § 1º e § 2º do art. 10 da Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980, para dispor sobre a convocação e a incorporação de brasileiros com reconhecida competência técnico-profissional ou com notória cultura científica no serviço ativo do Exército, em caráter voluntário e temporário. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9455.htm. Acesso em: 6 ago. 2021.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, Método, 2021.

QUEIROZ, Péricles Aurélio Lima de. SOUZA; Paula Coutinho Bahia de. *Estatuto dos Militares Comentado: Lei nº 6.880, de 09 de dezembro de 1980*. Coordenação de Jorge César de Assis. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2020. p. 50.

Direito Público

O princípio da especialidade e sua limitação pela coerência sistêmica

Luciana Bevilacqua Turra Aleixo Mattos

Especialização em Direito Público. Especialização em Ciências Criminais. Especialização em Direito Penal Econômico. Bacharel em Direito. Bacharel em Ciências Econômicas com formação complementar em Administração e Finanças.

Data de recebimento: 15/09/2021

Data de aceitação: 21/09/2021

RESUMO: Artigo que versa sobre a natureza jurídica do interrogatório judicial, passando, necessariamente, pelo momento de sua realização ao longo da instrução probatória. Discute princípios como a ampla defesa, a coerência sistêmica e a especialidade.

PALAVRAS-CHAVE: Interrogatório judicial. Princípio da ampla defesa. Princípio da especialidade.

ENGLISH

TITLE: The Principle of Specialty and its Limitation by Systemic Coherence.

ABSTRACT: Article that deals with the legal nature of the Judicial Interrogation, necessarily passing through the moment of its realization during the evidentiary instruction. It also discusses principles such as due process, systemic coherence, specialty.

KEYWORDS: Judicial Interrogation. Due Process of Law. Specialty Principle.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Desenvolvimento – 2.1 Coerência sistêmica – 2.2 Antinomias no ordenamento jurídico – 2.3 O interrogatório judicial – 2.4 Outras leis processuais penais – 2.5 A posição do Supremo Tribunal Federal no HC n. 162.650/SP, no HC n. 127.900/AM e na AgRg na AP n. 528/DF – 2.6 Jurisprudência divergente – 3 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Trata-se de uma análise acerca da natureza jurídica do interrogatório judicial do réu e, conseqüentemente, do momento em que deve ser realizado durante a instrução probatória.

A definição perpassa pelo embate entre os princípios da coerência sistêmica e da especialidade, uma vez que a redação do artigo 400 do Código de Processo Penal foi alterada em 2008 e outras leis especiais, que tratam da mesma matéria, não passaram por modificação do texto.

A questão central, então, está na definição do interrogatório judicial como meio de prova ou meio de defesa, sendo que esta última posição ganha força e acaba sendo traduzida na jurisprudência atual do Supremo Tribunal Federal.

O interrogatório judicial do réu como último ato da audiência de instrução e julgamento seria uma manifestação do princípio constitucional da ampla defesa e, por conseguinte, as leis especiais não teriam mais aplicação nesse ponto.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Coerência sistêmica

Coerência sistêmica ou princípio da unidade da ordem jurídica enuncia a ideia de harmonia e não contrariedade que todos os elementos integrantes de um sistema normativo devem apresentar.

A integridade formal e material, sem qualquer contradição, se faz necessária para que a estrutura normativo-jurídica de um Estado não se corroa internamente, ao ponto de ruir.

É nesse sentido que surgem órgãos e instituições de controle – tais como os Tribunais de Contas, as corregedorias e, em última escala, o Supremo Tribunal Federal –, que são munidos de instrumentos como os controles de constitucionalidade, de convencionalidade e de legalidade e os remédios constitucionais, para que o próprio sistema tenha resposta para crises de inconsistência que venham a se apresentar.

A não contradição dos termos é condição *sine qua non* para que o Direito seja traduzido em uma única ordem jurídica estatal, real e efetiva.

Segundo Marcelo Novelino, o Princípio da Unidade é um postulado que impõe ao intérprete o dever de harmonização das tensões e contradições existentes, *in abstracto*, entre as normas. Acrescenta, ainda, que as normas constitucionais e infraconstitucionais devem ser consideradas como preceitos integrados em um sistema interno unitário de regras e princípios¹.

Em consonância, Gilmar Mendes e Paulo Branco afirmam que esse princípio da coerência sistêmica concita o intérprete a encontrar soluções que harmonizem tensões existentes entre as várias normas, considerando o sistema como um todo unitário².

¹ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Método, 2011, p.191.

² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 94.

Partindo para o campo mais filosófico do Direito, Niklas Luhmann, em sua Teoria dos Sistemas, enuncia que, para ser situada a unidade, é preciso haver a diferença, ou seja, o sistema consegue produzir sua própria unidade, na medida em que realiza a existência de uma diferença. Essa diferença existe justamente entre sistema e meio: a operação se conecta a operações de seu próprio tipo e deixa de fora as demais³.

Nos dizeres de Norberto Bobbio, o Direito encontra sua definição quando se localiza no ordenamento e deve-se considerar o modo pelo qual uma determinada norma se torna eficaz a partir de uma complexa organização que determina a natureza e a entidade das sanções, as pessoas que devam exercê-las e a sua execução⁴. Assim, abordar o que é uma ordem jurídica seria analisar essa organização e o que se faz a seguir é justamente entender o que ameaça essa coordenação normativa.

2.2 Antinomias no ordenamento jurídico

Antinomias nada mais são que colisões entre elementos – normas, postulados, princípios – do ordenamento jurídico; são contradições indesejadas entre aqueles que devem ser coerentes e harmônicos entre si.

As divergências, as contraposições e os debates são bem vindos e até recomendados na construção do Direito, como fonte de conciliação entre as mais diversas forças que compõem o cenário social de um Estado.

Contudo, uma vez incorporado ao mundo normativo, as normas e os princípios podem conflitar, mas jamais se contradizerem. Em outros termos, a estrutura jurídica suporta sopesamentos, aplicação em maior ou menor grau, mas não a convivência de termos que se excluem mutuamente.

³ LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011, p.101.

⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p.19.

Elementos contraditórios implicam a supressão de um deles para que o sistema continue a existir.

Hans Kelsen afirma existir uma antinomia quando uma norma determina uma certa conduta como devida e outra norma determina também como devida uma outra conduta, inconciliável com aquela⁵.

Nos dizeres de Flávio Tartuce, a antinomia é a presença de duas normas conflitantes, válidas e emanadas de autoridade competente, sem que se possa dizer qual delas merecerá aplicação em determinado caso concreto⁶.

Assim, para que fosse solucionado o dilema das antinomias – ou mais comumente chamado conflito de normas –, Norberto Bobbio construiu três metacrítérios clássicos, na sua já citada obra, *Teoria do Ordenamento Jurídico*.

Os critérios clássicos são:

- a) Critério cronológico: norma posterior prevalece sobre norma anterior;
- b) Critério da especialidade: norma especial prevalece sobre norma geral;
- c) Critério hierárquico: norma superior prevalece sobre norma inferior.

Sendo que o critério da especialidade é o que realmente ganha destaque no presente estudo.

No âmbito do Direito Processual Penal, poder-se-ia dizer que o Código de Processo Penal, Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, é a norma geral. Todas as demais leis que trazem regramentos para o processo penal brasileiro seriam especiais, no sentido de apresentar regras diferenciadas em razão de especificidades que se justificassem.

Um exemplo, a Lei de Drogas, Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006, que descreve rito especial para os crimes nela elencados, justamente pela gravidade e repercussão social e de saúde pública desses crimes.

⁵ KELSSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 228.

⁶ TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 37.

Outro exemplo é o Código de Processo Penal Militar, Decreto-Lei n. 1.002, de 21 de outubro de 1969, com regras por vezes diferenciadas do Código de Processo Penal comum, porque há um elemento especializante, qual seja: a prevalência dos princípios da hierarquia e disciplina no meio militar.

Tudo isso para dizer que, uma norma especial prevalece sobre a norma geral, desde que não a contrarie. Ponto este que traduz o cerne da controvérsia entre a alteração operada no art. 400 do Código de Processo Penal, por meio da Lei n. 11.719 de 20 de junho de 2008, e a redação de legislações extravagantes que tratam do momento do interrogatório judicial do réu.

2.3 O interrogatório judicial

O interrogatório judicial é o ato processual por meio do qual o juiz ouve o acusado sobre a sua pessoa e sobre a imputação que lhe é feita⁷.

Motivo este que leva a concluir ser o interrogatório dividido em duas fases: questionamentos sobre a sua pessoa (ou pregressamento) e questionamentos sobre a imputação. Conforme traz o artigo 187 do Código de Processo Penal:

Art. 187. O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

§1º Na primeira parte o interrogando será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

§2º Na segunda parte será perguntado sobre: (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal*. 1. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013, p. 644.

I - ser verdadeira a acusação que lhe é feita; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

II - não sendo verdadeira a acusação, se tem algum motivo particular a que atribuí-la, se conhece a pessoa ou pessoas a quem deva ser imputada a prática do crime, e quais sejam, e se com elas esteve antes da prática da infração ou depois dela; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

III - onde estava ao tempo em que foi cometida a infração e se teve notícia desta; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

IV - as provas já apuradas; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

V - se conhece as vítimas e testemunhas já inquiridas ou por inquirir, e desde quando, e se tem o que alegar contra elas; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

VI - se conhece o instrumento com que foi praticada a infração, ou qualquer objeto que com esta se relacione e tenha sido apreendido; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

VII - todos os demais fatos e pormenores que conduzam à elucidação dos antecedentes e circunstâncias da infração; (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

VIII - se tem algo mais a alegar em sua defesa. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

Se controvérsia não há quanto à definição e à divisão do interrogatório judicial em dois momentos, o mesmo não pode ser afirmado em relação à sua natureza jurídica.

Existem, basicamente, três correntes:

- a) Interrogatório judicial é meio de prova: posição corroborada por sua localização topográfica no capítulo sobre provas do Código de Processo Penal;
- b) Interrogatório judicial é meio de defesa: posição que ganhou força após a alteração da redação do artigo 400 do Código de Processo Penal, em 2008, deslocando o interrogatório para o final da audiência de instrução e julgamento;
- c) Interrogatório judicial é meio de prova e meio de defesa: está elencado como meio de prova, mas é também meio de defesa, mediante o qual o acusado fornece ao magistrado sua versão dos fatos.

Tal definição, embora possa parecer a princípio que se localiza apenas no plano teórico, é de suma importância para a solução do dilema que se coloca a seguir, pois, a fixação da natureza jurídica do instituto do interrogatório judicial é capaz de dizer o momento correto para sua realização na instrução processual penal.

Antes de 2008, o interrogatório judicial era o primeiro ato da instrução criminal, reforçando a compreensão de sua natureza jurídica como meio de prova. Isso segundo a antiga redação do artigo 394 do Código de Processo Penal:

Art. 394. O juiz, ao receber a queixa ou denúncia, designará dia e hora para o interrogatório, ordenando a citação do réu e a notificação do Ministério Público e, se for caso, do querelante ou do assistente. (redação anterior à Lei n. 11.719 de 20 de junho de 2008)

Ocorre que, com o advento da Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008, o interrogatório judicial passou a ser o último ato da instrução probatória, concedendo prevalência para a corrente defensora da natureza jurídica como meio de defesa, como destaca o artigo 400 do Código de Processo Penal:

Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

Embora a tendência seja compor o cenário e optar pela natureza jurídica mista, a opção do legislador e o arcabouço principiológico do Direito Penal indicam que realmente o melhor é compreender o interrogatório judicial como meio de defesa do réu.

2.4 Outras leis processuais penais

Após 2008, como destacado, o interrogatório judicial passou a ser o último ato da audiência de instrução e julgamento, sendo disposto no artigo 400 o Código de Processo Penal aplicado ao procedimento comum criminal e ao procedimento do Tribunal do Júri.

Entretanto, há legislação processual penal prevendo ritos especiais, determinando o interrogatório judicial ainda no início da instrução probatória, quais sejam: o artigo 57 da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 (Lei de Drogas); o artigo 302 do Decreto-Lei n. 1.002, de 21 de outubro de 1969 (Código de Processo Penal Militar); e o artigo 7º da Lei 8.038, de 28 de maio de 1990 (Procedimentos originários dos Tribunais).

Lei n. 11.343 de 23 de agosto de 2006, Art. 57. Na audiência de instrução e julgamento, após o interrogatório do acusado e a inquirição das testemunhas, será dada a palavra, sucessivamente, ao representante do Ministério Público e ao defensor do acusado, para sustentação oral, pelo prazo de 20 (vinte) minutos para cada um, prorrogável por mais 10 (dez), a critério do juiz.

Decreto-Lei n. 1.002 de 21 de outubro de 1969, Art. 302. O acusado será qualificado e interrogado num só ato, no lugar, dia e hora designados pelo juiz, após o recebimento da denúncia; e, se presente à instrução criminal ou prêso, antes de ouvidas as testemunhas.

Lei 8.038 de 28 de maio de 1990, Art. 7º - Recebida a denúncia ou a queixa, o relator designará dia e hora para o interrogatório, mandando citar o acusado ou querelado e intimar o órgão do Ministério Público, bem como o querelante ou o assistente, se for o caso.

Diante disso surgiu a questão sobre a aplicação ou não do princípio da especialidade ao caso em tela.

Se as leis especiais contivessem um motivo justificável para a diferenciação do momento processual do interrogatório judicial, poder-se-ia aventar a aplicação do mencionado princípio; uma vez que tratamentos diversos requerem elementos especializantes.

Todavia, mesmo que houvesse razão, como a opção do ordenamento jurídico brasileiro, após a Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008, foi por entender o interrogatório judicial como um meio de defesa do réu, realizá-lo em momento diverso nos ritos especiais seria igual a descaracterizar o instituto.

Todo esse raciocínio parece lógico e indica no caminho da prevalência da coerência sistêmica sobre o princípio da especialidade, porque os institutos jurídicos devem manter sua natureza jurídica em todos os ramos do direito e em todos os processos e procedimentos que sejam aplicados, mas houve um lapso até que se concluísse o ora descrito.

A reação primeira foi optar pela aplicação do princípio da especialidade, até que se chegou ao desfecho contrário; tendo em conta a interpretação sistemática do Direito, há incompatibilidade manifesta e insuperável entre o artigo 400 do Código de Processo Penal e as demais leis especiais⁸.

2.5 A posição do Supremo Tribunal Federal no HC n. 162.650/SP, no HC n. 127.900/AM e na AgRg na AP n. 528/DF

A Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008, representou fonte de controvérsia em relação ao momento em que o interrogatório judicial deveria ser realizado nos procedimentos especiais que não sofreram alteração textual – a dúvida se concentrava na definição entre a aplicação da norma geral (artigo 400 do Código de Processo Penal) ou da norma especial (outras leis processuais penais).

No entanto, atualmente, posicionamentos do Supremo Tribunal Federal foram capazes de pacificar a celeuma, entendendo que a mudança operada no ano de 2008 não possui caráter de lei ordinária, mas sim,

⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal*. 1. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013, p. 647.

verdadeiro *status* constitucional, ao concretizar o princípio da ampla defesa na nova redação do artigo 400 do Código de Processo Penal.

O princípio constitucional da ampla defesa afasta a regra hermenêutica que preceitua a prevalência da regra especial sobre a regra geral, fazendo com que a ideia de unidade do sistema jurídico requeira a leitura do interrogatório como último ato da instrução probatória penal.

Constituição Federal, 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: (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

No tocante ao artigo 57 da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 (Lei de Drogas), se restava algum questionamento acerca da aplicação do princípio da especialidade ao caso, isso ficou afastado com a decisão aviada no *Habeas Corpus* n. 162.650/SP, em 21 de novembro de 2019, envolvendo um condenado por tráfico de drogas.

O ministro Celso de Mello, concedendo o citado *Habeas Corpus*, determinou a realização de uma nova audiência de instrução e julgamento, com a efetivação do interrogatório judicial como último ato da instrução processual penal⁹.

EMENTA: Interrogatório judicial. Natureza jurídica (meio de defesa). Ato que confere essência à garantia do contraditório. Efetivação do interrogatório como último ato da instrução processual penal (CPP, art. 400). Aplicabilidade dessa regra legal aos procedimentos penais em geral, inclusive àqueles disciplinados por legislação especial, como a Lei de Drogas. Inversão do momento de realização do interrogatório judicial, efetuado logo no início do processo penal de conhecimento. Inadmissibilidade. Nulidade processual absoluta. Prejuízo presumido. Função jurídica das formas processuais. Meio de

⁹ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=430484>. Acesso em: 09 abr. 2021.

preservação do “status libertatis” do acusado. O processo penal como instrumento de salvaguarda da liberdade jurídica do réu. Nulidade processual reconhecida no caso. “Habeas corpus” deferido. (...) – O processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado. Ele representa, antes, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. Ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu – que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irrecorrível sentença condenatória –, o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão judicial e que, condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impõe ao órgão acusador o ônus integral da prova quanto ao fato constitutivo do pedido, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado, que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público. – O processo penal constitui instrumento de salvaguarda e de preservação da liberdade jurídica daquele contra quem se instaurou a persecução criminal, cuja prática somente se legitima – considerado o princípio da liberdade – dentro de um círculo intransponível e predeterminado que delimita os poderes do Estado e que traduz emanação direta do próprio texto da Constituição da República. Doutrina. Precedentes. (STF, HC 162.650/SP, Relator Ministro CELSO DE MELLO, Data da publicação: DJ 21/11/2019). (*grifamos*)¹⁰

Quanto ao artigo 302 do Decreto-Lei n. 1.002, de 21 de outubro de 1969 (Código de Processo Penal Militar), o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, decidiu, no *Habeas Corpus* n. 127.900/AM, que se aplica ao processo penal militar a exigência de realização do interrogatório judicial do réu ao final da instrução criminal.

Contudo, considerando o princípio da segurança jurídica, os Ministros fixaram a orientação no sentido de que, somente a partir da publicação da ata do mencionado julgamento, a regra do artigo 400 do Código de Processo Penal seria aplicável às instruções penais militares¹¹.

¹⁰ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC162.650SPdecisa771o.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2021.

¹¹ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=311303>. Acesso em: 09 abr. 2021.

Habeas corpus. Penal e processual penal militar. Posse de substância entorpecente em local sujeito à administração militar (CPM, art. 290). Crime praticado por militares em situação de atividade em lugar sujeito à administração militar. Competência da Justiça Castrense configurada (CF, art. 124 c/c CPM, art. 9º, I, b). Pacientes que não integram mais as fileiras das Forças Armadas. Irrelevância para fins de fixação da competência. Interrogatório. Realização ao final da instrução (art. 400, CPP). Obrigatoriedade. Aplicação às ações penais em trâmite na Justiça Militar dessa alteração introduzida pela Lei n. 11.719/08, em detrimento do art. 302 do Decreto-Lei n. 1.002/69. Precedentes. Adequação do sistema acusatório democrático aos preceitos constitucionais da Carta de República de 1988. Máxima efetividade dos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, inciso LV). Incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum aos processos penais militares cuja instrução não se tenha encerrado, o que não é o caso. Ordem denegada. Fixada orientação quanto a incidência da norma inscrita no art. 400 do Código de Processo Penal comum a partir da publicação da ata do presente julgamento, aos processos penais militares, aos processos penais eleitorais e a todos os procedimentos penais regidos por legislação especial, incidindo somente naquelas ações penais cuja instrução não se tenha encerrado. (STF, HC 127.900/AM, Relator Ministro DIAS TOFFOLI, Data da publicação: DJ 11/03/2016). (*grifamos*)¹²

Por último, no que tange ao artigo 7º da Lei 8.038, de 28 de maio de 1990 (Procedimentos originários dos Tribunais), por unanimidade de votos, os ministros do Supremo Tribunal Federal decidiram aplicar nova regra do artigo 400 do Código de Processo Penal, negando provimento a um recurso (agravo regimental) interposto pelo Ministério Público Federal na Ação Penal 528¹³.

PROCESSO PENAL. AGRAVO INTERNO NA AÇÃO PENAL. MOMENTO DO INTERROGATÓRIO DO RÉU EM AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. ÚLTIMO ATO INSTRUTÓRIO. INCIDÊNCIA DO ART. 400 DO CPP EM DETRIMENTO DO ART. 7º DA LEI 8.038/1990. Q

¹² Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310049352&ext=.pdf>
Acesso em: 09 abr. 2021.

¹³ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=175275>.
Acesso em: 09 abr. 2021.

Plenário desta Suprema Corte, em homenagem aos princípios da ampla defesa e contraditório, firmou entendimento no sentido de que, mesmo nas ações penais originárias do Supremo Tribunal Federal, o interrogatório do réu deve ser o último ato da instrução processual. (STF, AgRg na AP 528/DF, Relator Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Data da publicação: DJ 08/06/2011). (*grifamos*)¹⁴

Por tudo, afasta-se o princípio da especialidade, em nome da coerência sistêmica, aqui representada pelo princípio constitucional da ampla defesa, entendendo que o interrogatório judicial é meio de defesa e, portanto, encontra seu momento processual ao final da instrução probatória criminal, independentemente do rito ou da lei aplicável ao caso concreto.

2.6 Jurisprudência divergente

Apesar da adoção da natureza jurídica do interrogatório judicial como meio de defesa do réu ser praticamente pacífica, há, ainda, doutrina minoritária defendendo se tratar de meio de prova.

Parte destes, inclusive, permanece na defesa da aplicação do texto literal das leis extravagantes para os ritos especiais, com fulcro no princípio da especialidade.

Todavia, a coerência sistêmica e a primazia da Constituição Federal, além da já pacificada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, impedem a atribuição de maior relevância a esse posicionamento.

Porém, nesse momento, a título de enriquecimento do debate e para demonstrar que, por vezes, esse assunto ainda levanta debates, decisões divergentes são aqui acostadas. Destacando-se a posição da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que trata a inversão do momento do interrogatório judicial como nulidade relativa, reclamando a demonstração do prejuízo por parte do acusado.

¹⁴ Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623872>. Acesso em: 09 abr. 2021.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06. HABEAS CORPUS ORIGINARIAMENTE SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. MOMENTO PROCESSUAL DO INTERROGATÓRIO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. LEI DE DROGAS. RITO PRÓPRIO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A alteração promovida pela lei 11.719/08 não alcança os crimes descritos na lei 11.343/06, em razão da existência de rito próprio normatizado neste diploma legislativo. 2. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que as novas disposições do Código de Processo Penal sobre o interrogatório não se aplicam a casos regidos pela Lei das Drogas. Precedentes: ARE 823822 AgR, Relator(a): min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 12/8/14; HC 122229, Relator(a): min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 13/5/14. 3. In casu, a realização de interrogatório no início da instrução processual não enseja constrangimento ilegal a ser sanado na via do habeas corpus, notadamente quando ainda pendente de análise impetração na instância a quo. 4. Verifica-se a existência de óbice processual, porquanto o habeas corpus impetrado perante o Tribunal a quo foi manejado em substituição a recurso cabível. 5. Agravo regimental desprovido. (STF, RHC 129.952 AgR, Relator Ministro LUIZ FUX, Data da publicação: DJ 13/06/2017). (*grifamos*)¹⁵

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS CONTRA DECISÃO LIMINAR DE MINISTRO DE TRIBUNAL SUPERIOR. ENUNCIADO N. 691 DA SÚMULA DO STF. MOMENTO PROCESSUAL DO INTERROGATÓRIO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. LEI DE DROGAS. RITO PRÓPRIO. 1. O Supremo Tribunal Federal sedimentou o entendimento segundo o qual não é cabível habeas corpus contra decisão que indefere medida cautelar no bojo de idêntico remédio constitucional na instância inferior, ex vi do enunciado n. 691 da Súmula do STF: “[n]ão compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de habeas corpus impetrado contra decisão do relator que, em habeas corpus requerido a tribunal superior, indefere a liminar.” 2. A alteração promovida pela Lei n. 11.719/2008 não alcança os crimes descritos na Lei 11.343/2006, em razão da existência de rito próprio normatizado neste diploma legislativo. 3. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que as novas disposições

¹⁵Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310876452&ext=.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

do Código de Processo Penal sobre o interrogatório não se aplicam a casos regidos pela Lei das Drogas. Precedentes: ARE 823822 AgR, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 12/08/2014; HC 122229, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 13/05/2014. 4. In casu, a realização de interrogatório no início da instrução processual não enseja constrangimento ilegal a ser sanado na via do habeas corpus, notadamente quando ainda pendente de análise impetração na instância a quo. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, HC 125.094/MG, Relator Ministro LUIZ FUX, Data da publicação: DJ 10/02/2015). (grifamos)¹⁶

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INVIABILIDADE. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. SITUAÇÃO FLAGRANCIAL. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. NATUREZA PERMANENTE DO DELITO. INOCORRÊNCIA. NULIDADE. ACESSO A DADOS DO CELULAR DO ACUSADO. AUSÊNCIA DE MANDADO JUDICIAL PRÉVIO. PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. EXCEPCIONALIDADE. CONDENAÇÃO FUNDADA EM PROVAS AUTÔNOMAS. FONTES INDEPENDENTES. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO CONCRETO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. INÉPCIA DA DENÚNCIA. MATÉRIA SUPERADA PELA SENTENÇA SUPERVENIENTE. OBEDIÊNCIA AO ARTIGO 41 DO CPP. NULIDADE. INVERSÃO DA ORDEM DO INTERROGATÓRIO. ART. 400 DO CPP. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO TEMPESTIVA. PRECLUSÃO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...) 8. Não bastasse isso, como é cediço, este Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacífico no sentido de que o reconhecimento de eventual nulidade, relativa ou absoluta, exige a comprovação de efetivo prejuízo, vigorando o princípio pas de nullité sans grief, previsto no art. 563, do CPP. Na espécie, a defesa não logrou demonstrar prejuízo em razão do alegado vício, visto que a condenação se sustenta por outros meios de prova constantes dos presentes autos. (...) 11. No que tange à pretensão de reconhecimento da nulidade da instrução processual, desde o interrogatório, por suposta violação do art. 400, do CPP, a Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que, para se reconhecer

¹⁶Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7915301>. Acesso em: 10 abr. 2021.

nulidade pela inversão da ordem de interrogatório, "é necessário que o inconformismo da Defesa tenha sido manifestado tempestivamente, ou seja, na própria audiência em que realizado o ato, sob pena de preclusão. Além disso, necessária a comprovação do prejuízo que o réu teria sofrido com a citada inversão" (HC 446.528/SP, Rel. p/ acórdão Min. Felix Fischer, julgado em 11/9/2018, DJe 20/9/2018), o que não ocorreu na hipótese dos autos. 12. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no AREsp 1.573.424, Relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, Data da publicação: DJe 15/09/2020). (*grifamos*)¹⁷

HABEAS CORPUS – Crime militar – Paciente que almeja que seu interrogatório seja o último ato da instrução do processo – Inadmissibilidade – Norma penal comum que é inaplicável quando existe previsão legal específica, em observância ao princípio da especialidade – Vedação, ademais, de criação de ordenamento híbrido, mesmo sob a alegação de ser mais benéfico ao réu – Inteligência dos arts. 400 do CPP, 302 do CPPM e Súmula 15 do STM. (STM, HC 93-48.2015.7.00.000/PE, Relator Ministro ÁLVARO LUIZ PINTO, Data da publicação: DJe 26/06/2015). (*grifamos*)¹⁸

Destaque apenas para o fato de que, apesar do último precedente falar em inaplicabilidade do artigo 400 do Código de Processo Penal à seara do Direito Militar, o cancelamento da Súmula 15 do Superior Tribunal Militar, indica que o princípio da ampla defesa suplantou a anterior opção pela aplicação do princípio da especialidade.

3 CONCLUSÃO

A partir da análise construída é crível perceber que se trata de um problema de definição de natureza jurídica e de harmonização de princípios.

Se no primeiro momento a tentativa é optar por metacritérios de resolução das antinomias, fazendo crer que a norma especial prevalecerá

¹⁷Disponível em: <https://gemam.tjmt.jus.br/arquivo/9f9374fc-985a-4e02-98c1-c68a7b134795/stj-acorda-o-acessar-celular-que-acusado-nega-propriedade-prova-licita-1-pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

¹⁸Disponível em:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_ser_vicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RTrib_n.959.36.PDF. Acesso em: 10 abr. 2021.

sobre a norma geral, em seguida, mesmo que não imediatamente, passa-se a vislumbrar que não há elemento especializante capaz de justificar o tratamento desigual entre o interrogatório do processo penal comum e aquele das leis especiais.

Ao contrário, a alteração operada no artigo 400 do Código de Processo Penal foi uma guinada na compreensão da natureza jurídica do instituto e, por consequência, deve ser observada e refletida em todo o ordenamento jurídico, ainda que o texto expresso de algumas leis não tenha passado por modificação.

Seguir esse caminho é respeitar a coerência sistêmica e afirmar que o processo penal é um meio de se garantir a aplicação da justiça, sem pender para o arbítrio, sempre tendo em mente o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 6. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 09 abr. 2021.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. *Código de Processo Penal*, Brasília, DF, abril de 2021. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 09 abr. 2021.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 1.002, DE 21 DE OUTUBRO DE 1969.

Código de Processo Penal Militar, Brasília, DF, abril de 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm. Acesso em: 09 abr. 2021.

BRASIL. *Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990*. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, Brasília, DF, abril de 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8038.htm. Acesso em: 09 abr. 2021.

BRASIL. *Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006*. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências, Brasília, DF, abril de 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11343.htm. Acesso em: 09 abr. 2021.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de Processo Penal*. 1. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas*. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Método, 2011.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Método, 2013.

Língua estrangeira

Non-International Armed Conflict: Mexico and Colombia

John P. Sullivan

Dr. John P. Sullivan served as a lieutenant with the Los Angeles Sheriff's Department, specializing in emergency operations, transit policing, counterterrorism, and intelligence. He also served as a legislative analyst and is currently an Instructor in the Safe Communities Institute (SCI) at the Sol Price School of Public Policy - University of Southern California, Senior El Centro Fellow at Small Wars Journal, and Member of the Scientific Advisory Board of the Global Observatory of Transnational Criminal Networks. In addition, he is a member of The InterAgency Board for Emergency Preparedness and Response. He holds a B.A. in Government from the College of William & Mary, and an M.A. in Urban Affairs and Policy Analysis from The New School for Social Research. His doctoral dissertation at the Open University of Catalonia examined the impact of transnational crime on sovereignty. His current research focus is terrorism, transnational gangs and organized crime, conflict disaster, intelligence studies, post-conflict policing, sovereignty and urban operations.

Data de recebimento: 11/10/2021

Data de aceitação: 11/10/2021

Crime warsⁱ and criminal Insurgenciesⁱⁱ challenge states as they emerge at the intersection of crime and war.ⁱⁱⁱ In many nations these conflicts involve protracted gang and drug wars. These situations of insecurity range in the level of intensity and complexity. At times the lower levels of violence result in local consequences: violence and insecurity. In others the criminal organizations challenge the state and establish alternative of parallel power structures. This short paper will discuss these issues by briefly summarizing the situation in Mexico and Colombia. This summary will then identify the need for further research and development of legal and policy approaches in these states, as well as others facing similar challenges such as Brazil^{iv} and Central America.^v

Crime Wars, Criminal Insurgency, and Third Generation Gangs

Drug and gang wars are waged by a range of non-state actors in collusion with corrupt government officials (at all levels of government from local to national). These actors are part of a global illicit political economy and are political as well as economic actors. While they use violence—or wage ‘war’—against their rivals and governments, they also accrue political power and assume role of criminal governance in order to secure community support. The areas dominated by these alternative power structures (gangs, militias, and criminal cartels) range from small neighborhoods or favelas through larger sub-state regions. Collectively these ‘other governed areas’ are ‘criminal enclaves’ where the criminal armed groups (CAGs) use instrumental violence, corruption, information operations, attacks on journalists, government officials (judges, police, mayors), street taxation (extortion), and the utilitarian provision of social goods—the provision of humanitarian aid during disasters and pandemics—to sustain power.^{vi}

These irregular conflicts among a range of CAGs (gangs, militias, criminal cartels) pit armed non-state actors against themselves and the state and its organs. Normally, this is a matter for civil law enforcement and community policing. When the situation reaches higher levels of criminality it becomes high-intensity crime, terrorism, and/or quasi-terrorism.^{vii} While gangs and criminal enterprises don’t directly challenge the state, that is they don’t threaten the existence of the state or possess overt political dimensions that allow ‘power-counterpower’ dynamic some can have profound influence on state solvency (the sum of capacity and legitimacy).

Gangs can be characterized as existing in three ‘generations’ of spatial reach, political potential, and sophistication. These can be described as *First Generation* or ‘turf’ gangs that are local in nature, have limited political dimensions, and low levels of sophistication (this is the classic street or youth gang involved in group protection). The *Second Generation* or ‘market’ gang is involved in narcotics trafficking and other criminal

enterprises. It has a broader spatial or territorial reach existing throughout individual nations and at time extending across borders. This gang form may have latent or emerging political dimensions and evolving levels of sophistication. The *Third Generation* gangs are mercenary or political actors that directly challenges states, has a transnational or international presence and network connections. They control territory, have evolved political aims, and operate at high levels of sophistication.^{viii} Third generation gangs have influenced gang evolution throughout the Western Hemisphere.^{ix} They are also called territorial gangs and maintain alliances with other global criminal enterprises and operate on both the street and in prisons though ‘prison-street gang complexes.’^x These ‘Third Generation/Territorial gangs wage “criminal insurgencies’ against the current configuration of states and possess the potential to reconfigure governance and the nature of states.^{xi} This requires an assessment of current policy and legal approaches to managing and containing gang violence and the political influence of criminal armed groups (CAGs).

When Crime Wars Rise to the Level of Non-International Armed Conflict (NIAC)

Criminal violence usually is treated as a matter of penal law. That is, it is a crime punished by the state, managed by the police and criminal justice system under penal laws and through civil courts consistent with international human rights law (IHRL). This is a law enforcement situation even when the situation matures to one of high intensity crime and civil strife. Only when the level of armed violence reaches a level of sustained *intensity* and the non-state group possesses a level of *organization* that allows the group to exert command and control over its members and meet its obligations under International Humanitarian law (IHL) does the situation become one of non-international armed conflict (NIAC). State forces—including the police and military—have presumptive organizational capacity.

The motivation of the parties to armed conflict does not preclude designation of a criminal conflict as an armed conflict.^{xii}

Here, two cases are pertinent to the discussion: Mexico and Colombia.

Mexico

In Mexico, at least three non-international armed conflicts currently exist. First, according to the assessment of the Rule of Law in Armed Conflicts (RULAC) initiative, the Government of Mexico (GoM) is involved in two parallel NIACs.^{xiii} These include the state's struggles with the *Cártel de Jalisco Nueva Generación (CJNG)*^{xiv} and the *Cártel de Sinaloa (CDS)*.^{xv} In addition, the violence between the Sinaloa Cartel and CJNG is also a NIAC.^{xvi}

The situation involving the CJNG is currently a significant challenge with extreme violence on many fronts. The CJNG is battling its rival cartels—including Sinaloa/CDS) and the *Cártel Santa Rosa de Lima (CSRL)* in Guanajuato and the *Cárteles Unidos* in Michoacán. These criminal conflicts involve the use of infantry tactics, marked armored vehicles (Improvised Armored Fighting Vehicles), and weaponized aerial drones.^{xvii} In one recent CJNG drone attack, two police officers were injured.^{xviii} Direct CJNG attacks on police and military forces are persistent.^{xix} The CJNG is presently engaged in an offensive to seize control of Tepalcatepec, Michoacán in Mexico's Tierra Caliente. This offensive has been sustained, starting in 2019 and involves combat with the Los Viagras gang, now part of the *Cárteles Unidos*, and police including the Guardia Nacional. The conflict has led to scores of deaths and internally displaced persons throughout the region.^{xx}

Conflict between the Sinaloa cartel and GoM has a long history. Armed confrontations with state actors, including high profile arrests have punctuated the competition between the state and the CDS. In recent times,

these confrontations are epitomized by the thwarted arrest of Ovidio Guzmán, the son of incarcerated Sinaloa capo Joaquín ‘El Chapo’ Guzmán Loera, in Culiacán. This attempted raid and capture resulted in intense street fighting between government forces and the Sinaloa Cartel. Cartel *sicarios* (gunmen) brandished automatic weapons, established blockades (*narcobloqueos*) consisting of burning vehicles, and repelled government forces using their superior knowledge of local terrain, a network of ‘*halcones*’ (lookouts), and artisanal armored vehicles mounted with .50 caliber machine guns reminiscent of the ‘technicals’ utilized by insurgents worldwide. The Sinaloa cartel won the urban battle.^{xxi}

Colombia

Colombia is engulfed in a series sustained NIACs despite the 2016 peace agreement.^{xxii} Specifically, Colombia is “involved in parallel NIACs against the Ejército de Liberación Nacional (National Liberation Army) (ELN) and the FARC-EP dissident group (Bloque Oriental (Eastern Bloc)).^{xxiii} In addition, an ongoing NIAC persists between the ELN and the Gaitanista Self-Defense Forces of Colombia (Autodefensas Gaitanistas de Colombia or AGC), a BACRIM (*bandas criminales*) also known as the Clan del Golfo (Gulf Clan) or Los Urabeños.^{xxiv} Both Brazilian gangs and Colombian BACRIM have sought to recruit demobilized FARC fighters.^{xxv}

The Colombian insurgencies date back to the mid-1960s and persist due to the inability of the state to consolidate control over territories previously held by the FARC-EP (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – Ejército del Pueblo) after the NIAC between the state and FARC-EP ended. The ongoing conflicts have led to internally displaced persons, and continued combat between the ELN and state, as well as the various BACRIM and dissident FARC factions. These conflicts have led to bombings of police stations, attacks on military bases, and sustained risk to civilians. According to the International Crisis Group^{xxvi} RULAC initiative,

“the intensity of violence has remained stable and continues to meet the required threshold of intensity under IHL.”^{xxvii}

In addition to situations involving NIACs, Colombia is experiencing violent situations that don't reach the threshold for a NIAC, such as civil strife, high intensity crime, and urban violence governed by penal law and IHRL, that nevertheless drive the need for humanitarian response.^{xxviii} The ICRC (International Committee of the Red Cross) considers at least five NIACs in Colombia. These include: four between the Colombian government and the ELN, the Ejército Popular de Liberación (People's Liberation Army or EPL), the AGC, and dissident elements of the former Bloque Oriental (Eastern Bloc) of the FARC-EP that have not accepted the peace process. A fifth non-international armed conflict, involving the ELN and the EPL, is centered on the Catatumbo region.^{xxix}

Applicable Law

Both Mexico and Colombia are state parties to the four 1949 Geneva Conventions which bind all parties of conflict to Article 3 Common to the 1949 Geneva Conventions.^{xxx} Common article 3 provides “for the minimum standards to be respected and requires humane treatment without adverse distinction of all persons not or no longer taking active part in hostilities. It prohibits murder, mutilation, torture, cruel, inhuman and degrading treatment, hostage-taking and unfair trials.”^{xxxi}

In addition, Colombia is also a party to the 1977 Additional Protocol II (AP II) to the 1949 Geneva Conventions. AP II is applicable to NIACs occurring “in the territory of a High Contracting Party between its armed forces and dissident armed forces or other organized armed groups which, under responsible command, exercise such control over a part of its territory as to enable them to carry out sustained and concerted military operations and to implement this Protocol.”^{xxxii} Many of the non-state armed groups operating in Colombia have command and control structures and exert

significant territorial control making them subject to the provisions of AP II.^{xxxiii}

All parties are also bound by customary international law applicable to non-international armed conflicts. In addition, all states are bound by international human rights law in situations other than NIAC and this obligation continues during times of armed conflict. Finally, “Under human rights law, the territorial state has an obligation to prevent and to investigate alleged violations, including by non-state actors. Non-state armed groups are increasingly considered to be bound by international human rights law if they exercise de facto control over some areas, such as the AGC.”^{xxxiv}

Conclusion

States of non-international armed conflict can and do exist in situations of armed interaction between states and criminal groups and in conflict between and among criminal groups themselves. This clearly holds both state and non-state actors accountable for atrocities and war crimes committed during these conflicts. However, challenges exist, as legal scholar Chiara Redaelli noted, “Although criminal organizations pursue mainly economic objectives, this does not imply that they cannot be a party to a conflict under IHL. However, even if a drug cartel is a party to a NIAC, not all its members are members of an armed group with a continuous combat function, but only the members of its armed wing. While in practice this distinction might be challenging, not every drug dealer is a legitimate target, even if they belong to a cartel that is a party to a NIAC.”^{xxxv}

Despite these complexities, the de facto existence of NIACs in some situations involving CAGs—crime war or criminal insurgency—may provide utility in calibrating the balance between international humanitarian law (IHL), human rights law (IHRL), and criminal or penal law.^{xxxvi} The continuing challenge to states posed by criminal armed groups blurs the status of crime and war.^{xxxvii} Direct confrontation with the state erodes state

authority and legitimacy and emboldens, as well as empowers criminal actors. Endemic violence and insecurity coupled with corruption and state insolvency in addressing these challenges demands an examination of the balance between several legal regimes. There is a need to assess and calibrate the various legal regimes—including the law of NIACs—for addressing criminal armed groups (CAGs), including gangs and militias that directly confront states. This assessment must include robust protection of human rights and civil liberties, but must also protect the victims of the chronic violence and sanction the corruption and impunity that facilitates the erosion of state capacity and legitimacy (collectively solvency) while holding states accountable for its actions in preserving the rule of law.

Endnotes

ⁱ Robert Muggah and John P. Sullivan, “The Coming Crime Wars.” *Foreign Policy*. 21 September 2018, <https://foreignpolicy.com/2018/09/21/the-coming-crime-wars/>

ⁱⁱ John P. Sullivan, “Criminal Insurgency in the Americas.” *Small Wars Journal*. 12 February 2010, <https://smallwarsjournal.com/jrnl/art/criminal-insurgency-in-the-americas>.

ⁱⁱⁱ John P. Sullivan, “From Drug Wars to Criminal Insurgency: Mexican Cartels, Criminal Enclaves and Criminal Insurgency in Mexico and Central America. Implications for Global Security.” *Working Paper N°9*. Paris: Fondation Maison des sciences de l’homme, April 2012, <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00694083/document>.

^{iv} See, for example, Christain Vianna de Azevedo, “Criminal Insurgency in Brazil: The Case of Rio de Janeiro: Context, Confrontation Issues and Implications for Brazilian Public Security.” *Small Wars Journal*. 22 January 2018, <https://smallwarsjournal.com/jrnl/art/criminal-insurgency-brazil> and Claudio Ramos da Cruz and David H. Ucko, “Beyond the *Unidades de Polícia Pacificadora*: Countering Comando Vermelho’s Criminal Insurgency.” *Small Wars & Insurgencies*. Vol. 29, no. 1. 2017, <https://doi.org/10.1080/09592318.2018.1404772>.

^v The existence of a NIAC in the Northern Triangle of Central America (El Salvador, Honduras, and Guatemala) is controversial as some analysts see the prevailing gangs or *maras* as lacking the organizational capacity to sustain state of armed conflict. Nevertheless, the level of violence is intense, the *maras* exert territorial control and provide criminal governance, the state has negotiated truces with the gangs, and the gangs have penetrated many state organs, especially municipal governments. See Anna Applebaum and Briana Mawby, “Gang Violence as Armed Conflict: A New Perspective on El Salvador.” *Policy Brief: Georgetown Institute for Women, Peace and Security*. November 2018, <https://giwps.georgetown.edu/wp->

content/uploads/2018/12/Gang-Violence-as-Armed-Conflict.pdf and Kirsten Ortega Ryan, “Urban Killing Fields: International Humanitarian Law, Gang Violence, and Armed Conflict on the Streets of El Salvador.” *International and Comparative Law Review (ICLR)*. Vol. 20, no. 1: pp 97-126, <https://doi.org/10.2478/iclr-2020-0005>.

^{vi} See John P. Sullivan, *Covid-19, Gangs, and Conflict*. (A Small Wars Journal—El Centro Reader.) Bloomington: Xlibris, 2020.

^{vii} See David Teiner, “Bibliography: Terrorism and Organized Crime in Latin America.” *Perspectives on Terrorism*. Vol. 14, no. 4, August 2020: pp. 118-145, <https://www.jstor.org/stable/26927667>. Terrorism involves acts with a discrete political motivation. Quasi-terrorist acts utilize terrorist modus operandi/tactics, techniques, and procedures (TTPs) but lack overt political aims. For a discussion of quasi-terrorism, see National Advisory Committee on Criminal Justice Standards and Goals, *Disorders and Terrorism – Report of the Task Force on Disorders and Terrorism*. Washington, DC: US Department of Justice, 1976 especially p. 5. Available at <https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/disorders-and-terrorism-report-task-force-disorders-and-terrorism>.

^{viii} See John P. Sullivan, “Third Generation Street Gangs: Turf, Cartels, and Net Warriors.” *Transnational Organized Crime*. Vol. 3, no. 3, Autumn 1997, pp. 95-108, available at https://www.academia.edu/1117258/Third_Generation_Street_Gangs_Turf_Cartels_and_Net_Warriors; John P. Sullivan and Robert J. Bunker, “Third Generation Gang Studies: An Introduction.” *Journal of Gang Research*. Vol. 14, no. 4, Summer 2007, available at https://www.academia.edu/27945015/Third_Generation_Gang_Studies_An_Introduction; and John P. Sullivan and Robert J. Bunker, “A Crucible of Conflict: Third Generation Gang Studies Revisited.” *Journal of Gang Research*. Vol. 19, no. 4, Summer 2012, available at https://www.academia.edu/8459989/A_Crucible_of_Conflict_Third_Generation_Gang_Studies_Revisited.

^{ix} See John P. Sullivan, “Transnational Gangs: The Impact of Third Generation Gangs in Central America.” *Air & Space Power Journal – Spanish Edition*. Second Trimester (July) 2008, available at https://www.academia.edu/8459989/A_Crucible_of_Conflict_Third_Generation_Gang_Studies_Revisited and John P. Sullivan and Robert J. Bunker, Editors, *Strategic Notes on Third Generation Gangs*. (A Small Wars Journal Anthology.) Bloomington: Xlibris, 2020.

^x John P. Sullivan, “The Challenges of Territorial Gangs: Civil Strife, Criminal Insurgencies and Crime Wars.” *Revista do Ministério Público Militar*. Edição: 31, 2019, <https://revista.mpm.mp.br/artigos/?idedicao=31>.

^{xi} See Sullivan, “From Drug Wars to Criminal Insurgency.” *Supra* at note 3.

^{xii} This was confirmed by the International Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) in *Prosecutor v. Limaj et al.*, Judgment (Trial Chamber) (IT-03-66-T), 30 November 2005, §170. The ICTY held that: “[t]he determination of the existence of an armed conflict is based solely on two criteria: the intensity of the conflict and organization of the parties, the purpose of the armed forces to engage in acts of violence or also achieve some further objective is, therefore, irrelevant.”

^{xiii} “Non-International Armed Conflicts in Mexico.” Geneva: RULAC, Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights. 30 May 2021, <https://www.rulac.org/browse/conflicts/non-international-armed-conflict-in-mexico#collapse1accord>.

^{xiv} See “Tracking Cartels Infographic Series: The Violent Rise of *Cártel de Jalisco Nueva Generación* (CJNG).” *START (Study of Terrorism and Responses to Terrorism)*. College Park: University of Maryland, Briefing #2 (No date), <https://www.start.umd.edu/tracking-cartels-infographic-series-violent-rise-c-rtel-de-jalisco-nueva-generaci-n-cjng> and Nathan P. Jones, “The Strategic Implications of the *Cártel de Jalisco Nueva Generación*.” *Journal of Strategic Security*. Vol. 11, no. 1, 2018, <https://digitalcommons.usf.edu/jss/vol11/iss1/3/>.

^{xv} See “Sinaloa Cartel.” *InSight Crime*. 5 April 2021, <https://insightcrime.org/mexico-organized-crime-news/sinaloa-cartel-profile/>.

^{xvi} RULAC Mexico, *supra*, at note 11.

^{xvii} On Mexican cartel operations and tactics, see John P. Sullivan and Adam Elkus, “Tactics and Operations in the Mexican Drug War.” *Infantry Magazine*. September-October 2011, available at https://www.academia.edu/2947778/Tactics_and_Operations_in_the_Mexican_Drug_War; Robert J. Bunker and John P. Sullivan, *Illicit Tactical Progress: Mexican Cartel Tactical Notes 2013-2020*. (A Small Wars Journal—El Centro Anthology.) Bloomington: Xlibris, 2021; and Davis Teiner, “Cartel-Related Violence in Mexico as Narco-Terrorism or Criminal Insurgency: A Literature Review.” *Perspectives on Terrorism*. Vol. 14, no. 4, August 2020: pp. 83-98, <https://www.jstor.org/stable/26927665>.

^{xviii} Robert J. Bunker and John P. Sullivan, “Mexican Cartel Tactical Note #49: Alleged CJNG Drone Attack in Aguillilla, Michoacán Injures Two Police Officers.” *Small Wars Journal*. 28 April 2021, <https://smallwarsjournal.com/jrnl/art/mexican-cartel-tactical-note-49-alleged-cjng-drone-attack-aguillilla-michoacan-injures-two>. Also see Robert J. Bunker and John P. Sullivan, Editors,

^{xix} RULAC Mexico, *supra*, at note 11.

^{xx} See “Tepalcatepec under seige: CJNG launches offensive against Michoacán municipality.” *Mexico News Daily*. 16 September 2021, <https://mexiconewsdaily.com/news/cjng-launches-offensive-against-michoacan-municipality/>.

^{xxi} See RULAC Mexico, *supra*, at note 11; Ioan Grillo. “How the Sinaloa Cartel Bested the Mexican Army.” *Time*. 18 October 2019, <https://time.com/5705358/sinaloa-cartel-mexico-culiacan/>; and Kevin Sieff, “The failed arrest of El Chapo’s son turned a Mexican city into an urban war zone.” *Washington Post*. 18 October 2019, https://www.washingtonpost.com/world/major-gun-battle-in-mexico-pits-security-forces-against-el-chapos-son/2019/10/17/c28d174a-f149-11e9-89eb-ec56cd414732_story.html.

^{xxii} See Alexandra Phelan, “When Insurgent Leadership Splits: Understanding FARC’s Internal Crisis Amidst a Fragile Peace Agreement.” *Small Wars Journal*. 17 January 2020, <https://smallwarsjournal.com/jrnl/art/when-insurgent-leadership-splits-understanding-farcs-internal-crisis-amidst-fragile-peace>.

^{xxiii} “Non-International armed conflicts in Colombia.” Geneva: *RULAC*, Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights. 19 March 2021, <https://www.rulac.org/browse/conflicts/non-international-armed-conflicts-in-colombia#collapse2accord>.

^{xxiv} See John P. Sullivan, ““BACRIM: Colombian Bandas Criminales Emergentes.” *The Counter Terrorist*. April/May 2014, available at https://www.academia.edu/6942753/Bacrim_Colombian_Bandas_Criminales_Emergentes_and_Bandas_Criminales.” *Mapping Militant Organizations*. Stanford: Stanford University. 28 August 2015, https://stanford.edu/group/mappingmilitants/cgi-bin/groups/print_view/607.stanford.

^{xxv} John P. Sullivan, “Third Generation Gangs Strategic Note No. 3: Brazilian Gangs and Colombian BACRIM Recruit Demobilized FARC Commandos.” *Small Wars Journal*. 16 May 2017, <https://smallwarsjournal.com/jml/art/third-generation-gangs-strategic-note-no-3-brazilian-gangs-and-colombian-bacrim-recruit-dem>.

^{xxvi} “Crisis Watch Colombia.” *International Crisis Group*. March 2021, https://www.crisisgroup.org/crisiswatch/database?location%5B%5D=78&date_range=custom&from_month=01&from_year=2020&to_month=03&to_year=2021.

^{xxvii} RULAC Colombia, *supra* at note 21.

^{xxviii} “Colombia: Five armed conflicts – What’s happening?” *ICRC (International Committee of the Red Cross)*. 30 January 2019, <https://www.icrc.org/en/document/colombia-five-armed-conflicts-whats-happening>. RULAC counts three of these situations as NIACs: the Colombia state versus the ELN, the state versus the dissident FARC-EP Eastern Bloc, and the ELN versus the AGC.

^{xxix} *Ibid.*

^{xxx} See Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. Geneva, 12 August 1949. Commentary of 2016; Article 3: Conflicts Not of an International Character, <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=59F6CDFA490736C1C1257F7D004BA0EC>. Also see, Annysa Bellal, “ICRC Commentary of Common Article 3: Some questions relating to organized armed groups and the applicability of IHL.” *EJIL: Talk!* 5 October 2017, <https://www.ejiltalk.org/icrc-commentary-of-common-article-3-some-questions-relating-to-organized-armed-groups-and-the-applicability-of-ihl/>.

^{xxxi} RULAC Mexico and RULAC Colombia, *supra* at notes 11 and 21 respectively.

^{xxxii} RULAC Colombia, *supra*, at note 21.

^{xxxiii} *Ibid.*

^{xxxiv} *Ibid.*

^{xxxv} “Two New Non-International Armed Conflicts in Mexico Involving the Sinaloa Drug Cartel.” Geneva: *RULAC*, Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights. 10 March 2020, <https://www.rulac.org/news/two-new-non-international-armed-conflicts-in-mexico-involving-the-sinaloa-d>.

^{xxxvi} See Muggah and Sullivan, “The Coming Crime Wars,” *supra* at note 1 and Carlos Frederico De Oliveira Pereira, “Gray Zones and Crime Suppression: Between International Human Rights Law and International Law of Armed Conflicts.” *Small Wars Journal*. 5 February 2020, <https://smallwarsjournal.com/jml/art/gray-zones-and-crime-suppression-between-international-human-rights-law-and-international>,

^{xxxvii} Kenneth Watkin, *Fighting at the Legal Boundaries: Controlling the Use of Force in Contemporary Conflict*. New York: Oxford University Press, 2016.

Este periódico foi impresso em Presidente Prudente/SP, em
novembro de 2021, 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/>