

# Revista do Ministério Público Militar

*Edição especial: 70 anos das Convenções de Genebra*

Brasília – DF

2019



**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  
**Jaime de Cassio Miranda**

Vice-Procurador-Geral de Justiça Militar  
**Roberto Coutinho**

Coordenador da Câmara de Coordenação e Revisão do MPM  
**Clauro Roberto de Bortoli**

Corregedor-Geral do MPM  
**Giovanni Rattacaso**

**Conselho Editorial**

**Adriano Alves-Marreiros**  
Promotor de Justiça Militar – Coordenador

**Maria da Graça Oliveira de Almeida**  
Procuradora de Justiça Militar

**Luiz Felipe Carvalho Silva**  
Promotor de Justiça Militar

**Romana de Castro**  
Secretária

# Revista do Ministério Público Militar

*Edição especial: 70 anos das Convenções de Genebra*

Ano XLIV – Número 31 – Novembro de 2019

Brasília – DF

Revista do Ministério Público Militar

Uma publicação do Ministério Público Militar

Ministério Público Militar

Setor de Embaixadas Norte, Lote 43

CEP: 70800-400

Brasília – DF

Telefone: (61) 3255-7308

Homepage: <http://www.mpm.mp.br>

Capa: Adriano Alves/Alessandra Duarte

Revisão: Romana de Castro

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

---

Revista do Ministério Público Militar. – Ano 1, n.1 (1974) – ano 44, n. 31 (nov. 2019). – Brasília : Procuradoria-Geral de Justiça Militar, 1974–

Semestral

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

ISSN 0103-6769

I - Brasil. Ministério Público Militar

---

# Apresentação

Neste ano, as Convenções de Genebra completam 70 anos, e o Conselho Editorial do MPM sabiamente escolheu essa comemoração para o tema da edição 31 da Revista do MPM.

As convenções de Genebra são uma série de tratados internacionais assinados, entre 1864 e 1949, principalmente para minimizar os sofrimentos causados pelas guerras na população civil e para proteger os militares capturados ou feridos.

O filantropo suíço Henri Dunant, fundador da Cruz Vermelha, após testemunhar os horrores na Batalha de Solferino, combate decisivo da Segunda Guerra de Independência Italiana, tomou a iniciativa de organizar um acordo humanitário em uma convenção em Genebra, Suíça, em 1864. Depois desse fato, várias outras convenções foram realizadas para tentar regulamentar as ações dos países em conflito armado.

Seis artigos exploram o tema Direitos Humanos com maestria e nos fazem refletir até onde a aplicação dessas leis está sendo satisfatoriamente efetivada; e como poderemos melhorar o cumprimento dos tratados.

A novidade desta edição é a publicação do artigo *The Challenges of Territorial Gangs: Civil Strife, Criminal Insurgencies and Crimes Wars*, de John P. Sullivan, convidado internacional.

Como nas edições anteriores, esta também apresenta as seções de artigos inéditos nas áreas de Direito Militar e Direito Público; e de artigos de grande repercussão. Foram incluídos, ainda, quatro artigos publicados em sites e revistas jurídicos.

Agradecemos sempre a colaboração de tão brilhantes autores e renovamos o pedido a todos que queiram contribuir para que juntos possamos levar mais conhecimento aos estudiosos do Direito e à sociedade em geral. Uma boa leitura a todos!

Jaime de Cassio Miranda  
Procurador-Geral de Justiça Militar

# Editorial

A apresentação feita pelo procurador-geral de Justiça Militar e a explicação da capa (nas orelhas da revista) já bem expuseram as razões de fazermos uma revista temática: a importância das Convenções de Genebra é inquestionável, vez que trouxeram um pouco de humanização para aquilo que em sua essência é bastante desumano: a guerra. Muito embora nem sempre a paz seja uma alternativa, por vezes não há outra opção como bem mostrou Churchill na célebre frase em que criticou duramente o isentão Chamberlain e que citamos nas mencionadas orelhas.

Esta revista não se restringe, porém, ao seu tema comemorativo e prossegue nos temas de direito público, não deixando de abordar as demandas mais atuais e que mais preocupam a Sociedade; não se poderia entender um Ministério Público que não agisse em consonância com a Sociedade, que não preocupasse com as vítimas inocentes da imensa criminalidade que assola o País, há pelo menos 3 décadas, que não priorizasse o combate à impunidade.

Assim, abrimos a revista com um convidado de honra internacional, o grande professor John P. Sullivan, que prontamente, e para nossa lição, atendeu ao convite de escrever um artigo sobre nossa temática de direito internacional humanitário e dos conflitos armados, tratando com maestria das gangues territoriais.

Seguimos com mais artigos temáticos, que propiciam a noção geral bem como o aprofundamento do assunto, muito especializado e que merece cada vez mais divulgação e pesquisa, sendo algo inerente à própria natureza do Ministério Público Militar, ramo voltado e capacitado para a profunda e correta análise dos assuntos militares.

Nesta edição, a seção que trata de temas variados de direito público é toda composta por artigos de direito militar, cuja diferenciação do direito comum tem por fundamento não só as peculiaridades militares, mas, especialmente, a hierarquia e a disciplina, que são garantias individuais e para toda a Sociedade, vez que permitem o controle do braço armado do Estado, coisa que já era dada como essencial em declarações do século XVIII, quando surgia a Democracia contemporânea: a exemplo das Declarações do Bom Povo de Virgínia e de Independência dos Estados Unidos da América.

Valorizamos outras publicações jurídicas, trazendo alguns belos artigos comprometidos com a realidade brasileira e com as prioridades sobre as quais mais precisamos nos debruçar e que serão muito úteis no dia a dia de uma atuação ministerial efetiva.

Por fim, para mantermos contato com os assuntos mais palpitantes do cotidiano brasileiro e com o Democídio nosso de cada dia, passamos aos artigos que tiveram grande repercussão, em razão de sua perspicácia e identificação social, publicados na imprensa, onde leigos e experts (especialistas, não: a palavra já ganhou status de “meme”) podem trocar experiências sobre os reais problemas da população e sobre como se defender dos ataques que os maiores valores e necessidades sociais têm sofrido em retaliações ao justo e desprezo ao essencial: e entendê-los...

Como neste final de outubro parece imprevisível nosso futuro, peço que “a arte nos aponte uma resposta, mesmo que ela não saiba” e rogo, também com versos de Oswaldo Montenegro: “Que a força do medo que tenho não me impeça de ver o que anseio. Que a morte de tudo em que acredito não me tape os ouvidos e a boca”.

Adriano Alves-Marreiros  
Promotor de Justiça Militar



# Sumário

## **Convidado de honra internacional**

The Challenges of Territorial Gangs: Civil Strife, Criminal Insurgencies and Crime Wars (John P. Sullivan), 13

## **Artigos temáticos: 70 anos das Convenções de Genebra**

Quando haverá um conflito armado no Rio de Janeiro? Os Cenários cariocas e o marco legal aplicável à violência de fato vivenciada na cidade (Eduardo Bittencourt Cavalcanti), 33

O valor das Convenções de Genebra à luz do princípio da humanidade: um estudo de caso (Nelson Edson da Conceição Júnior), 69

Terrorismo na sociedade de risco: aproximações ao problema jusumanístico (Isaac Sabbá Guimarães), 93

Zonas cinzentas e repressão penal: entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito internacional dos conflitos armados (Carlos Frederico de Oliveira Pereira), 117

Rio de Janeiro: violência urbana exacerbada, não uma guerra (Najla Nassif Palma), 137

Os Direitos Humanos como limite material do Direito Internacional Humanitário (Helen Fabricio Arantes), 163

## **Artigos de temas variados**

A competência para o julgamento de ex-militares, no âmbito da Justiça Militar da União, após a entrada em vigor da Lei nº 13.774/18 (Verônica Freitas Moura), 201

A Medida de Abate inserta no §2º, art. 306, da Lei nº 7.565/1.986 (Código Brasileiro de Aeronáutica) como hipótese de atuação em Estricto Cumprimento de um Dever Legal: uma breve análise a luz do direito penal brasileiro (Luiz Eduardo de Paula Ponte) 223

Da utilização dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade nas decisões judiciais que analisam requisitos legais para ingresso na Aeronáutica (Tamires Maria Batista Andrade), 261

### **Artigos publicados em sites e revistas jurídicas**

Justiça restaurativa: outra velhacaria globalista (Márcio Luís Chila Freyesleben), 311

Legitimidade do uso da força letal por agentes de Segurança Pública (Cleber de Oliveira Tavares Neto; Douglas Santos Araújo), 325

Criminalidade – impunidade: reflexões sobre o avanço do crime no Brasil (Silvio Miranda Munhoz), 349

A via espúria do ramo volicional da defesa de insanidade no Direito brasileiro (Carlos Eduardo Fonseca da Matta), 373

### **Artigos de grande repercussão**

Brasileiros, alçamem-se! Coringa não deixará Gotham City (Harley Wanzeller), 379

Os números do sistema prisional e a persistência dos fatos (Bruno Carpes), 383

Diário para Zé Manés (Rodrigo Merli Antunes), 387

Pisoteando juízes e promotores (MP Pró-Sociedade), 392

Convidado de honra internacional



# The Challenges of Territorial Gangs: Civil Strife, Criminal Insurgencies and Crime Wars

## **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

Transnational gangs challenge states in a variety of way. First, they transcend geographical and jurisdictional boundaries. Second, when left unchecked, they can erode the legitimacy of state institutions, co-opt state officials, and exceed state capacity to control their actions. A combination of crime, corruption, and impunity can empower criminal enterprises—gangs and criminal cartels—at the expense of the state. Finally, transnational crime blurs the distinctions between crime and war, local and global, and state and non-state violence.<sup>1</sup> This essay examines these challenges and the evolution of gangs and criminal cartel conflict.

## CONTENTS

1 Gang Violence and Insecurity – 2 Third Generation Gangs/Territorial Gangs – 3 Crime Wars and Criminal Insurgency – 4 High Intensity Crime, Civil Strife or Non-International Armed Conflict? – 5 Conclusion: Legal Regimes and Community Trust.

### 1 GANG VIOLENCE AND INSECURITY

Gang violence and insecurity is a pressing concern throughout Latin America—from Mexico to the Southern Cone<sup>2</sup>. Mexico is rocked by endemic insecurity waged by criminal cartels and gangs against themselves and the state.<sup>3</sup> The situation is essentially one of ‘criminal insurgency’ where cartels seek to remove themselves from the state’s control in order to pursue raw, unfettered criminal power and profit.<sup>4</sup>

In Mexico, the murder rate has reached unprecedented levels with 14,603 homicides in the first six months of 2019 (in contrast to 13,985 homicides for the same time frame last year), suggesting that Mexico will top its previous record of 29,111 murders registered last year.<sup>5</sup> In Central America, insecurity and gang violence plague the Northern Triangle of El Salvador, Guatemala, and Honduras as maras (transnational gangs like 18th Street and Mara Salvatrucha – MS-13) battle with *pandillas* (less sophisticated local gangs) and the state for power and profit.<sup>6</sup> In El Salvador alone, gang violence has killed nearly 20,000 people over the three years from 2015-2018.<sup>7</sup> In Brazil there was a record-breaking 65,000 murders in 2017 and at least 6,160 people were killed by police, in 2018, even though national homicide rates fell<sup>8</sup>

Drug trafficking, organized crime, political instability, corruption, and impunity fuel this endemic insecurity. Gangs, criminal cartels, militias (*milicias* and *autodefensas*) compete with police, the military, and state security forces for control of territory and freedom of action. Here gangs and criminal cartels become Violence Non-state Actors (VNSAs) or Non-State

Armed Actors vying for Power.<sup>9</sup> When the gangs directly confront police or attack the populace to further their goals a situation of ‘criminal insurgency’ and the use of can terrorism exist.<sup>10</sup>

These crime wars present a challenge to states and communities as criminal cartels and gangs seek to remove themselves from state control and gain autonomy and economic independence. As the cartels and gangs remove themselves from state control they create a situation of ‘disequilibrium’ and establish freedom of action for themselves while eroding state legitimacy and contributing to a ‘hollow’ state riddled with ‘criminal enclaves.’<sup>11</sup> Criminal insurgency is a process of state change or transition where cartels and gangs are in a contest for competitive control of states and sub-state polities. This is essentially a battle for territorial and economic control. When cartels confront states in this manner they become political actors in addition to their role in the illicit economy.<sup>12</sup> Criminal insurgencies have been identified in Mexico, Central America (especially El Salvador), and Brazil.<sup>13</sup> Similar situations are also seen in Nigeria’s petroleum insurgency and in Cape Town, South Africa’s extreme gang violence.<sup>14</sup>

## 2 THIRD GENERATION GANGS/TERRITORIAL GANGS

Street gangs have traditionally been viewed through the lens of delinquency.<sup>15</sup> The third generation gang model (3 GEN gangs) shows that some gangs have grown in scope from local, turf gangs to become more sophisticated actors. Three variables: *politicization* (scope for political activity, from limited to evolved), *internationalization* (geographic reach, from local to global), and *Sophistication* (from less sophisticated to more sophisticated, with the ability to adapt and forge alliances a contributing factor). The three generations of gangs can be described as follows:

- **Turf: First Generation Gangs** are traditional street gangs with a turf orientation. Operating at the lower end of extreme societal violence, they have loose leadership and focus their attention on turf protection and gang loyalty within their immediate environs





A turf orientation is distinct from the capacity to exert effective territorial control. While all gangs have a defined operational space (turf or territory), the role of that turf or territory varies. First generation gangs are focused on protecting the gang and its members in a specific spatial domain (usually a neighborhood). Second generation gangs start to shift their focus to protecting a geographic market. In both of these ‘generations’ gangs don’t exercise exclusive (or even a majority or plurality of control over governance). Third generation gangs may exercise significant to exclusive control in some criminal enclaves. Indeed, exerting territorial control is a hallmark of third generation gangs like the MS-13 in Central America’s Northern Triangle and Brazil’s prison-street gang complexes, like the PCC, Red Command, and others in Brazil’s *favelas*.

Gangs stress communities. In the areas where gangs exercise significant or exclusive territorial control (i.e., a criminal enclave) they can strain government capacity, challenge state legitimacy, act as surrogate or alternative governments, dominate the informal economic sector, and penetrate or infiltrate police and non-governmental organizations to further their goals and demonstrate latent (or express) political aims.<sup>17</sup>

Territorial gangs (*gangues territoriais*) are seen as those gangs (and criminal cartels) that try to gain (or exercise) control of a territory where they control criminal enterprises and/or ‘protect’ the populace. The violence resulting from this exercise of territorial control impacts the people living in those areas, as well as the state where the gangs’ dominate.<sup>18</sup> Third generation gangs are those most likely to exercise effective territorial control. They generate crime wars when they fight other gangs for market share and contest the state for freedom of action. The process they employ to achieve that that freedom of action is criminal insurgency.

### 3 CRIME WARS AND CRIMINAL INSURGENCY

The situation where gangs challenge state legitimacy and capacity while directly confronting the state can be viewed as a criminal insurgency

(a specific type of crime war). As Sullivan described in his working paper “From Drug Wars to Criminal Insurgency,”

Mexican drug cartels and allied gangs (actually poly-crime organizations) are currently challenging states and sub-state polities (in Mexico, Guatemala, El Salvador and beyond) to capitalize on lucrative illicit global economic markets. As a consequence of the exploitation of these global economic flows, the cartels are waging war on each other and state institutions to gain control of the illicit economy. Essentially, they are waging a ‘criminal insurgency’ against the current configuration of states. As such, they are becoming political, as well as economic actors.<sup>19</sup>

Criminal insurgencies can present as **1) local insurgencies** where gangs or criminals dominate a single neighborhood, such as a favela or colonia in a state of ‘parallel governance’ with the *de jure* state; **2) battle for the parallel state** where cartels or gangs compete with other criminals to gain control of criminal markets and access to transnational illicit economic flows; are **3) combating the state** in violent competition to gain and/or sustain freedom of action for their criminal enterprises; and notionally, when **4) the state implodes** and criminal insurgencies and crime wars spiral out of control leading to a state of endemic corruption, state failure, and the potential rise of a narco- or mafia-state.<sup>20</sup>

When gangs or criminal cartels capture or dominate a specific territory they hollow out state functions leading to a stratification of governance where ‘criminal enclaves’ are contested among criminal enterprises and states.<sup>21</sup> At the lowest level of concern is endemic insecurity, at an intermediate level of concern this yields ‘fragile cities or spaces,’ at the greatest level of concern is the establishment of ‘other governed zones’ ranging from ‘lawless zones’ to ‘feral cities,’ and ‘parallel states.’<sup>22</sup> Perhaps the greatest risk of territorial capture involves the potential establishment of a ‘narco-city’ where ‘parallel governance and stratified sovereignty becomes the *de facto* state of affairs.’<sup>23</sup>

In Rio de Janeiro, the situation as described by Vianna de Azevedo, *favela* gangs dominate community life, providing alternative justice and conflict resolution mechanisms, stimulating economic activity and growth

through providing employment in the black and gray markets, and promoting social activities to further their political hold and sustain parallel governance.<sup>24</sup> Violence and corruption combine with parallel governance to strengthen the position of gangs in their ‘territory.’ The gangs resort to corruption and violence when they can’t elude state interference (police action) and must act to ensure their organizational survival. This allows gangs and cartels to adapt to state competition by allowing them to first, seek to elude state enforcement activities, then bribe or co-opt officials to gain freedom of action, and finally when corruption fails, the cartel of gangs use instrumental violence to directly confront the state.<sup>25</sup>

In Brazil, this violent competition between gangs (*gangues* or factions: *facções*) and shadow state entities or vigilante bands militias (*militícias*)—all potentially varieties of paramilitaries—leads to confrontation on the streets and in prisons. The recognition that this criminal competition with the state constitutes a form of ‘societal warfare’ has been growing as the challenge to the state intensifies. Alvaro de Souza Pineheiro provides an early description of Brazil’s crime wars. He describes the situation as ‘irregular warfare’ against ‘criminal urban guerrillas.’<sup>26</sup> This situation conforms with the discussions surrounding the interactions of crime wars, criminal insurgencies, and third generation gangs.<sup>27</sup>

The result is on-going non-ideological, low-intensity crime wars (and criminal insurgencies). The VNSAs involved include the *Comando Vermelho* (CV) – Red Command, the *Primeiro Comando da Capital* (PCC) – First Capital Command, the *Terceiro Comando* (Third Command), the *Terceiro Comando Puro* (Pure Third Command), *Amigos dos Amigos* (ADA) – Friends of Friends, and the *Comando Classe A* (CCA) – Class A Command. All of the gangs operate on the streets of the *favelas* they dominate and in prison where they consolidate their power over rival gangsters through periodic violent purges and massacres.<sup>28</sup> At times, the gangs project their raw power through violent attacks and bold raids (such as bank robberies). These attacks have included high visibility bombings on bridges, buses, and other infrastructure in cities, and extreme massacres in prisons.<sup>29</sup>

The *modus operandi* or tactics, techniques, and procedures used to exert carte and gang control range from the techniques employed by low-level criminal to sophisticated infantry tactics, the use of intelligence, and information operations. At the tactical level TTPs include: arson, ambushes (of police and military), drive-by shootings, car bombs/grenades, armed assaults, antipersonnel mines, kidnapping, blockades (*narcobloqueos*), dismemberments (mayhem), assassination (of police and military), mass graves (*narcofosas* or *fosas clandestinas*), social cleansing (leading to Internally displaced persons and refugees), Information Operations, and attacks on police, journalists, and political figures. Intelligence operations ranging from *halcones* (lookouts) to surveillance and cyber means (radio networks, and camera networks) are also employed.<sup>30</sup> Criminal cartels in Mexico have also used marked vehicle and identifiable uniforms; they have also used improvised armored fighting vehicles (IAFVs) and armed drones to conduct raids and assaults on rival gangsters.<sup>31</sup>

Essentially criminal insurgencies yield a state of ‘criminal governance’ where states and criminal enterprises (gangs and cartels) interact in a variety of ways. These range, according to Arias, from a state of disorder where criminals and police (i.e., the state) exert weak control over political aspects of a given community. The second is a state of ‘parallel governance’ where the gangsters and state engage in a contest for competitive control and power is divided. A third option is one of ‘collaborative governance’ where criminal co-opt the state and interact to share power, and in a third ‘neo-feudal’ option this collaboration evolves into a situation of stratified (i.e., layered or tiered) governance where criminal and the state interact in a variety of ways to exert power and social control.<sup>32</sup>

The process of ‘Co-opted state reconfiguration’ (CStR), as defined by Garay and Salcedo-Albarán, drives the reconfiguration of power in criminal insurgencies.<sup>33</sup> The gangs and criminal cartels involved, link with other criminal enterprises, such as transnational mafias like the ‘Ndrangheta, to further their aims. The result is a dilution of state power as state authority

and control becomes shared or usurped by transnational networks. This configuration could be called a ‘network state.’<sup>34</sup>

#### 4 HIGH INTENSITY CRIME, CIVIL STRIFE OR NON-INTERNATIONAL ARMED CONFLICT?

Characterizing the nature of crime wars and criminal insurgencies is problematic. The terms crime wars and criminal insurgencies are description of the conflicts not legal definitions. Determining the proper (and most effective) legal regimes to address these fluid and dynamic conflicts is a significant challenge. As Muggah and Sullivan noted, “The problem, it seems, is that while the insecurity generated by these new wars is real, there is still no common lexicon or legal framework for dealing with them.”<sup>35</sup>

At the lower end of the spectrum criminal law prevails. In some places intense gang violence has led to new statutes targeting gangs and gang activity as seen in the *California Street Terrorism Enforcement and Prevention Act* (1988) which provides sentencing enhancements for gangs activity.<sup>36</sup> As the intensity of violence increases, it is possible to consider the acts as something more than civil strife. In these situations, the existence of a Non-International Armed Conflict (NIAC) under International Humanitarian law (IHL) is plausible. Indeed, recent analysis increasingly looks at crime wars and armed gang violence through the lens of NIACs. A notable example is the assessment of the Geneva Academy’s Rule of Law in Armed Conflicts (RULAC) project, which has determined that the Government of Mexico is involved in a NIAC against (at least) the Cartel Jalisco Nueva Generación (CJNG).<sup>37</sup> In these situations, all parties are bound by *Article 3 common to the 1949 Geneva Conventions* in addition to international human rights law.<sup>38</sup>

Armed conflicts involving criminal organizations (gangs cartels, and mafias) fall within a gray area under IHL. The factors involved in determining if a group is a belligerent under IHL party to a NIAC are the group’s status, their organization and the intensity of the interactions. Therefore the elements to be considered are: 1) are they armed and organized and sufficiently orga-

nized to honor IHL obligations for a NIAC and to wage sustained military operations; and 2) are the hostilities of sufficient intensity (scope and duration) to become a low intensity or high intensity non-international armed conflict. While explicit ‘political’ motivations is not required for a conflict to rise to the level of a NIAC, many crime wars and criminal insurgencies do contain political dimension, including territorial control and political and even electoral influence.<sup>39</sup>

## 5 CONCLUSION: LEGAL REGIMES AND COMMUNITY TRUST

Addressing the challenge to states and containing crime wars and criminal insurgencies requires an adaptive mix of strategies. In the short-term military support to police—as seen in Brazil’s Law and Order Assurance Operations (*missões de Garantia de Lei e Ordem* or *GLO*)—can help stabilize the situation, but to be successful in the long-term community trust must be restored to allow the police to effectively operate in the communities they serve.<sup>40</sup> The series of ‘new wars’ challenging states ranging from Mexico, to Central America, Colombia, Brazil, and South Africa demand an assessment of the rise of crime wars and criminal insurgencies. This involves recognizing tactical and operational challenges to policing and state security. It requires assessing the interactions between the police, military and intelligence organizations and their collective interactions with the judiciary and political organs of state.

Restoring and expanding this public trust requires tactical proficiency, co-operation from all levels of government, and deployment of the most effective legal regime available. This may require enacting new criminal laws or penal codes, it may require augmenting criminal law with IHL in cases where the violence rises to sufficient intensity and organization to constitute a NIAC, it certainly must respect International Human Rights Law, and it must sustain the Rule of Law while protecting the community and sustaining human rights and due process.<sup>41</sup> Since many criminal networks integrate

local gangs and cartels into transnational criminal networks, bi-lateral and multi-lateral interactions among states must also be nurtured.

A first step to calibrating the various legal regimes and perhaps the evolution of a new legal regime for crime wars and criminal insurgencies is accurately assessing the situation, the character of violence, and the impact of these new wars and criminal conflicts on states and their populace.<sup>42</sup>

## NOTES

<sup>1</sup> See Robert J. Bunker, 'Epochal Change: War Over Social and Political Organization', *Parameters*, Vol. 27, No. 2, Summer 1997, pp.15–24.

<sup>2</sup> John P. Sullivan, "Criminal Insurgency in the Americas," *Small Wars Journal*, 13 February 2010, <https://smallwarsjournal.com/jrnl/art/criminal-insurgency-in-the-americas>.

<sup>3</sup> See John P. Sullivan and Robert J. Bunker, *Mexico's Criminal Insurgency: A Small Wars Journal-El Centro Anthology*. Bloomington: iUniverse, 2012.

<sup>4</sup> 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>.

<sup>5</sup> "Murders in Mexico surge to record in first half of 2019," Reuters, 21 July 2019, <https://www.reuters.com/article/us-mexico-violence/murders-in-mexico-surge-to-record-in-first-half-of-2019-idUSKCN1UG0QS>.

<sup>6</sup> See Rocio Cara Labrador and Dannielle Renwick, "Central America's Violent Northern Triangle," *Council on Foreign Relations*, 26 June 2018, <https://www.cfr.org/backgrounder/central-americas-violent-northern->

-triangle; and John P. Sullivan, "Transnational Gangs: The Impact of Third Generation Gangs in Central America," *Air & Space Power Journal-Spanish Edition*, Second Trimester 2008, <http://www.airpower.maxwell.af.mil/apjinternational/apj-s/2008/2tri08/sullivaneng.htm>.

<sup>7</sup> "Life Under Gang Rule in El Salvador," *International Crisis Group*, 26 November 2018, <https://www.crisisgroup.org/latin-america-caribbean/central-america/el-salvador/life-under-gang-rule-el-salvador>.

<sup>8</sup> Robert Muggah, "Violent crime has undermined democracy in Latin America," *Financial Times*, 9 July 2019, <https://www.ft.com/content/7bbc9228-a09f-11e9-a282-2df48f366f7d>.

<sup>9</sup> Dennis Rodgers and Robert Muggah, "Gangs as Non-State Armed Groups: The Central American Case," *Contemporary Security Policy*, Vol. 30, Issue 2, 2009, pp. 301-317, DOI: 10.1080/13523260903059948.

<sup>10</sup> John P. Sullivan, "Terrorism, Crime and Private Armies," *Low Intensity Conflict & Law Enforcement*, Vol. 11, Issue 2-3, 2002, pp. 239-253, DOI: 10.1080/0966284042000279018.

<sup>11</sup> John P. Sullivan, "Criminal Insurgency: Narcocultura, Social Banditry, and Information Operations," *Small Wars Journal*, 3 December 2012, <https://smallwarsjournal.com/jrnl/art/criminal-insurgency-narcocultura-social-banditry-and-information-operations>.

<sup>12</sup> See John P. Sullivan and Robert J. Bunker, "Rethinking insurgency: criminality, spirituality, and societal warfare in the Americas," *Small Wars & Insurgencies*, Vol. 22, Issue, 5, 2011, pp. 742-763, DOI: 10.1080/09592318.2011.625720.



<sup>13</sup> See John P. Sullivan, *From Drug Wars to Criminal Insurgency: Mexican Cartels, Criminal Enclaves and Criminal Insurgency in Mexico and Central America*; Juan Ricardo Gómez Hecht, “Gangs in El Salvador: A New Type of Insurgency?” *Small Wars Journal*, 27 September 2017, <https://smallwarsjournal.com/jrnl/art/gangs-in-el-salvador-a-new-type-of-insurgency>; and Christian 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/index.php/jrnl/art/criminal-insurgency-brazil>.

<sup>14</sup> On Nigeria, see Michael Watts, “PETRO-INSURGENCY OR CRIMINAL SYNDICATE?

Conflict, Violence and Political Disorder in the Niger Delta,” Working Paper No. 16, Berkeley: University of California, 2008, <http://geog.berkeley.edu/ProjectsResources/ND%20Website/NigerDelta/WP/16-Watts.pdf>; on Cape Town see Jason Burke, “South African army sent into townships to curb gang violence,” *The Guardian*, 19 July 2019, <https://www.theguardian.com/world/2019/jul/19/south-african-army-townships-gang-violence>.

<sup>15</sup> See Frederic M. Thrasher, *The Gang: A Study of 1,313 Gangs in Chicago*, Peotone, IL: New Chicago School Press, 2000.

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> Thomas C. Bruneau, “The Maras and National Security in Central America,” *Strategic Insights*, Vol. IV, Issue 5 (May 2005) found at <http://www.ccc.npps.navy.mil/si/2005/May/bruneauMay05.pdf>.

<sup>18</sup> See Oliver Bangerter, “Territorial gangs and their consequences for humanitarian players,” *International Review of the Red Cross* (IRRC), Vol. 92, No. 9878, June 2010.

<sup>19</sup> Sullivan, “From Drug Wars to Criminal Insurgency: Mexican Cartels, Criminal Enclaves and Criminal Insurgency in Mexico and Central America. Implications for Global Security.”

<sup>20</sup> Ibid.

<sup>21</sup> See Sullivan, “From Drug Wars to Criminal Insurgency: Mexican Cartels, Criminal Enclaves and Criminal Insurgency in Mexico and Central America. Implications for Global Security” and John P. Sullivan.

<sup>22</sup> Ibid. On ‘feral cities’ see, Richard J. Norton, “Feral Cities,” *Naval War College Review*, Vol. 65, No. 4 (Autumn) 2003, pp. 97-106 and Richard J. Norton, “Feral Cities: Problems Today, Battlefields Tomorrow?” *Marine Corps University Journal*, Vol. 1, No. 1 (Spring 2010): pp. 51-77 and Robert J. Bunker and John P. Sullivan, “Integrating feral cities and third phase cartels/third generation gangs research: the rise of criminal (narco) city networks and Blackfor,” *Small Wars & Insurgencies*, Vol. 22, No. 5, 2011, pp 764-786.

<sup>23</sup> John P. Sullivan, “Narco-Cities: Mexico and Beyond,” *Small Wars Journal*, <https://smallwarsjournal.com/jrnl/art/narco-cities-mexico-and-beyond>.

<sup>24</sup> Christian Vianna de Azevedo, “Criminal Insurgency in Brazil: The Case of Rio de Janeiro: Context, Confrontation Issues and Implications for Brazilian Public Security.”

<sup>25</sup> See John Bailey and Matthew M. Taylor, “Evade, Corrupt, or Confront? Organized Crime and the State in Brazil and Mexico,” *Journal of Politics in Latin America*, Vol. 1, No. 2, 2009, <https://journals.sub.uni-hamburg.de/giga/jpla/article/view/38>.

<sup>26</sup> Alvaro de Souza Pinheiro, *Irregular Warfare: Brazil’s Fight Against Criminal Urban Guerillas*, Hurlburt Field, FL: Joint Special Operations University, JSOU Report 09-8, 2009.

<sup>27</sup> Max G. Manwaring, *Street Gangs: The New Urban Insurgency*, Carlisle Barracks: U.S. Army War College, Strategic Studies institute, March 2005, <https://ssi.armywarcollege.edu/pubs/display.cfm?pubID=597>.

<sup>28</sup> See Paul Rexton Kan, “Busted: The Micropower of Prisons in Narco-States.” *Small Wars Journal*, 5 December 2016, <https://smallwarsjournal.com/jrnl/art/busted-the-micropower-of-prisons-in-narco-states> and Benjamin Lessing, *Inside out: The challenge of prison-based criminal organizations*. Washington, DC: Brookings Institution, September 2016, <https://www.brookings.edu/research/inside-out-the-challenge-of-prison-based-criminal-organizations/> for a discussion of the prison-street power nexus..

<sup>29</sup> See John P. Sullivan, Robert J. Bunker and José de Arimatéia da Cruz, “Third Generation Gangs Strategic Note No. 12: Brazilian Prison Gangs Attack Civil Infrastructure in Fortaleza and Other Cities in Ceará State,” *Small Wars Journal*, 17 January 2019, <https://smallwarsjournal.com/index.php/jrnl/art/third-generation-gangs-strategic-note-no-12-brazilian-prison-gangs-attack-civil>; John P. Sullivan and Robert J. Bunker, “Third Generation Gangs Strategic Note No. 4: Brigands, Bank Robbery, and Brazilian Gang Evolution at Ciudad del Este and the Triple Frontier,” *Small Wars Journal*, 26 May 2017, <https://smallwarsjournal.com/jrnl/art/third-generation-gangs-strategic-note-no-4>; and Robert J. Bunker, José de Arimatéia da Cruz and John P. Sullivan, “Third Generation Gangs Strategic

Note No. 19: Comando Classe A (CCA) Massacre of Comando Vermelho (CV) Gang Members in Altamira Prison, Brazil—58 Dead (Including 16 Decapitations),” *Small Wars Journal*, 6 August 2019, <https://smallwarsjournal.com/jrnl/art/third-generation-gangs-strategic-note-no-19-comando-classe-cca-massacre-comando-vermelho>.

<sup>30</sup> 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/12571867/Tactics\\_and\\_Operations\\_in\\_the\\_Mexican\\_Drug\\_War](https://www.academia.edu/12571867/Tactics_and_Operations_in_the_Mexican_Drug_War).

<sup>31</sup> John P. Sullivan and Adam Elkus, “Narco-Armor in Mexico,” *Small Wars Journal*, 14 July 2011, <https://smallwarsjournal.com/jrnl/art/narco-armor-in-mexico> and John P. Sullivan, Robert J. Bunker and David A. Kuhn, “Mexican Cartel Tactical Note #38: Armed Drone Targets the Baja California Public Safety Secretary’s Residence in Tecate, Mexico,” *Small Wars Journal*, 6 August 2018, <https://smallwarsjournal.com/jrnl/art/mexican-cartel-tactical-note-38-armed-drone-targets-baja-california-public-safety>.

<sup>32</sup> See Enrique Desmond Arias, “Social Responses to Criminal Governance in Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Kingston, and Medellín,” *Panoramas* (University of Pittsburgh, 31 May 2019, <https://www.panoramas.pitt.edu/larr/social-responses-criminal-governance-rio-de-janeiro-belo-horizonte-kingston-and-medell%C3%ADn>).

<sup>33</sup> See Luis Jorge Garay-Salamanca, Eduardo Salcedo-Albarán, and Isaac De León-Beltrán, *Illicit Networks Reconfiguring States: Social Network Analysis of Colombian and Mexican Cases*, Bogota: METODO, 2010.

<sup>34</sup> See John P. Sullivan and Adam Elkus, “Security in the network-state,” *openDemocracy*, 6 October 2009, <http://www.opendemocracy.net/article/>

state-change-sovereignty-and-global-security. The network state was initially conceptualized by Manuel Castells. See Manuel Castells, *The Rise of the Network Society, The Information Age: Economy, Society and Culture* (Vol. I.), Oxford, UK: Blackwell, 1996, 2009.

<sup>35</sup> 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/>.

<sup>36</sup> California *Street Terrorism Enforcement and Prevention Act*, California Penal Code §§ 186.20-186.36; [https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes\\_displayText.xhtml?lawCode=PEN&division=&title=7.&part=1.&chapter=11.&article=](https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=PEN&division=&title=7.&part=1.&chapter=11.&article=). Other states with similar statutes include Illinois with the Illinois Streetgang Terrorism Omnibus Prevention Act,

<http://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs3.asp?ActID=2052&ChapterID=57>; Louisiana with the *Street Terrorism Enforcement and Prevention Act*

<https://law.justia.com/codes/louisiana/2017/code-revisedstatutes/title-15/rs-15-1401/>; and Georgia with the *Street Gang Terrorism and Prevention Act*

<https://law.justia.com/codes/georgia/2010/title-16/chapter-15/>. A comprehensive list of US state gang statutes is found at the National Gang Center, <https://www.nationalgangcenter.gov/Legislation/Definitions>.

<sup>37</sup> See “IHL Applies to the Armed Confrontations between Mexico and the Jalisco Cartel New Generation,” RULAC, Geneva Academy, 12 February 2019, <http://www.rulac.org/news/international-humanitarian-law-applies-to-the-armed-confrontations-between>.

<sup>38</sup> See *Common Article 3*, (Article 3, common to the four Geneva Conventions), <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/WebART/365-570006?OpenDocument>; also consider *Protocol Additional to the Geneva*

*Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts (Protocol II)*, 8 June 1977, <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/INTRO/475?OpenDocument>.

<sup>39</sup> See Ivan Briscoe and David Keseberg, “Only Connect: the Survival and Spread of Organized Crime in Latin America,” *PRISM*, Vol. 8, No. 1, 26 February 2019, <https://cco.ndu.edu/News/Article/1767435/only-connect-the-survival-and-spread-of-organized-crime-in-latin-america/>.

<sup>40</sup> John P. Sullivan and Robert J. Bunker, “Third Generation Gangs Strategic Note No. 5: Brazilian Military Stability and Support Operations (SASO) in Rio de Janeiro’s Favelas,” *Small Wars Journal*, 9 November 2017, <https://smallwarsjournal.com/index.php/jrnl/art/third-generation-gangs-strategic-note-no-5-brazilian-military-stability-and-support> and John P. Sullivan, José de Arimatéia da Cruz and Robert J. Bunker, “Third Generation Gangs Strategic Note No. 10: Military Takes Control of Policing in Rio de Janeiro,” *Small Wars Journal*, 24 February 2018, <https://smallwarsjournal.com/index.php/jrnl/art/third-generation-gangs-strategic-note-no-10-military-takes-control-policing-rio-de-janeiro>.

<sup>41</sup> This is a complex yet potentially rewarding endeavor. See Christine Chinker and Mary Kaldor, *International Law and New Wars*, Cambridge: Cambridge University Press, 2017; Kenneth Watkin, *Fighting at the Legal Boundaries: Controlling the Use of Force in Contemporary Conflict*, Oxford: Oxford University Press, 2016; and Carlos Frederico de Oliveira Pereira, *Gangues Territoriais e Direito Internacional dos Conflitos Armados*, Curitiba: Juruá Editora, 2006 for a starting point in assessing the current legal situation and potential ways forward.

<sup>42</sup> John P. Sullivan, “New Wars in the City: Global Cities – Global Slums,” *Stratfor*, 4 July 2018, <https://worldview.stratfor.com/horizons/fellows/dr-john-p-sullivan/04072018-new-wars-city-global-cities-global-slums>.

Artigos temáticos: 70 anos das Con-  
venções de Genebra





# Quando haverá um conflito armado no Rio de Janeiro? Os cenários cariocas e o marco legal aplicável à violência de fato vivenciada na cidade

**Eduardo Bittencourt Cavalcanti**

Coronel de Artilharia. Oficial do Gabinete do Comandante do Exército Brasileiro. Mestre em Operações Militares. Curso de Gestão e Assessoramento de Estado-Maior, pela Escola de Comando e Estado-Maior do Exército. Bacharel em Direito. Especialista em Direito Militar e em Direito em Administração Pública. Tutor e professor do Curso de Direito Internacional dos Conflitos Armados, da Escola Superior de Guerra. Curso de Direito Internacional dos Conflitos Armados, pelas Forças Armadas Suíças e o Comitê Internacional de Medicina Militar. Cursos Básico, Avançado e de Diretores e Planejadores de Instrução de Direito Internacional Humanitário, pelo International Institute of Humanitarian Law, em Sanremo, Itália, onde é instrutor convidado, desde 2013. Representante brasileiro nos Encontros de Especialistas Governamentais para Fortalecimento do Direito Internacional Humanitário, promovidos pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha, em San Jose-Costa Rica e Genebra-Suíça. Relator da Diretriz de Integração do Direito Internacional dos Conflitos Armados às Atividades do Exército Brasileiro, 2016

**RESUMO:** O objetivo do artigo é apresentar cenários vivenciados no Rio de Janeiro, principalmente na sua capital, com evidenciação do marco legal aplicável regido pelo Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA), como forma de prover meios equilibrados para as tropas federais atuarem contra a impetuosa violência urbana, ainda que episódica, existente no mundo real dos cariocas. Para analisar a questão de fato, serão oferecidos conceitos do DICA, com destaque para o âmbito de aplicação em razão da matéria (*ratione materiae*), inerente ao conflito armado não internacional de baixa intensidade, como situação suficiente

para disparar o Artigo 3º Comum às quatro Convenções de Genebra de 1949, incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro, sendo norma em plena eficácia. Serão consideradas as implicações legais decorrentes, com reflexo na necessária confiança legítima que os decisores e operadores militares devem possuir, para reprimir a insurgência criminal de grupos armados hostis. Ao final, será permitido concluir sobre as condicionantes que apontam para quando haverá um conflito armado (*stricto sensu*) no Rio de Janeiro.

**PALAVRAS-CHAVES:** Rio de Janeiro. Violência urbana. Insurgência criminal. Direito Internacional dos Conflitos Armados. Conflito armado não internacional de baixa intensidade. Segurança jurídica.

## ENGLISH

**TITLE:** When will there be an armed conflict in Rio de Janeiro? *Carioca* scenarios and the legal framework applicable to the actual violence experienced in the city.

**ABSTRACT:** The aim of the article is to present scenarios experienced in Rio de Janeiro, mainly in its capital, highlighting the applicable legal framework governed by the International Law of Armed Conflict, as a way to provide balanced means for federal troops to act against urban impetuous violence, even if it is episodic, existing in the real world of *cariocas*. In order to analyze the factual issue, International Law of Armed Conflict concepts will be offered, with emphasis on the scope *ratione materiae* inherent in the low-intensity non-international armed conflict, as a sufficient situation to throw the Article 3º, common at four Geneva Conventions of 1949, incorporated into the Brazilian legal system, being a norm in full effect. The resulting legal implications will be considered, reflecting the necessary legitimate confidence that military decision-makers and operators must possess in order to crack down on the criminal insurgency of hostile armed

groups. In the end, it will be allowed to conclude on the conditions that point to when there will be an armed conflict (*stricto sensu*) in Rio de Janeiro.

**KEYWORDS:** Rio de Janeiro. Urban violence. Criminal insurgency. International Law of Armed Conflict. Low intensity non-international armed conflict. Legal certainty.

## SUMÁRIO

1 Introdução – 2 O cenário fático e a identificação do tipo de conflito para definição do marco legal aplicável – 3 O cenário de aplicação do Direito dos Conflitos Armados complementando os Direitos Humanos – 4 O cenário da indispensável segurança jurídica para os decisores e operadores militares – 5 Conclusão.

### 1 INTRODUÇÃO

A cidade do Rio de Janeiro (RJ) se destaca pelas suas paisagens de excepcional beleza cênica. Tem na montanha e na água os regentes de sua geografia exuberante. O relevo carioca<sup>1</sup> está filiado ao sistema da Serra do Mar, recoberto pela maior floresta urbana da Mata Atlântica.

É caracterizado por contrastes marcantes, montanhas e mar, florestas e praias, paredões rochosos subindo abruptamente de baixadas extensas, formando um quadro paisagístico de rara beleza que tornou o “Rio” mundialmente conhecido como a Cidade Maravilhosa<sup>2</sup>.

Ainda inserido no conjunto de contrastes marcantes, esse cenário exuberante possui uma população que experimenta níveis crescentes de violência, que colocam a ordem pública em situação de grave

<sup>1</sup> Carioca é o gentílico do município do Rio de Janeiro, capital do Estado do Rio de Janeiro, Brasil.

<sup>2</sup> Prefeitura da Cidade do Rio de Janeiro. Características Geográficas.

comprometimento, culminando com a intervenção federal na segurança pública do Estado do Rio de Janeiro (RJ), aprovada por meio do Decreto Legislativo nº 10/2018<sup>3</sup>.

Para pôr termo a essa circunstância crítica, há emprego das Forças Armadas em operações de repressão a grupos de criminosos organizados que dominam áreas da cidade do Rio de Janeiro, notadamente nos assentamentos subnormais, que são denominados como favelas, configurados por terrenos montanhosos e vielas de difícil acesso.

No final dos anos 70 e início dos anos 80, o inchaço populacional, a ausência do Estado e a consequente falta de políticas públicas, tornaram as favelas os principais centros do narcotráfico na cidade do Rio de Janeiro, o que tornou essas áreas ainda mais violentas.

Intensificou-se cada vez mais a atuação das Forças Armadas em operações de recuperação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, diante do esgotamento dos instrumentos a isso previstos na Constituição Federal<sup>4</sup>. Com isso, o Exército, principalmente, passou a desenvolver as ações de policiamento, como as demais, de natureza preventiva ou repressiva, que se incluem na competência, constitucional e legal, das Polícias Militares, observados os mesmos termos e limites impostos a elas pelo ordenamento jurídico<sup>5</sup>.

Ocorre que, neste cenário de maior gravidade do comprometimento da ordem pública, as próprias polícias, há muito, não utilizam somente técnicas e táticas policiais. Suas unidades especializadas têm formação operacional inerente às Forças Armadas e, desde a criação, mantêm essa concepção, por meio de intercâmbios com o Exército, no Comando de Operações Especiais, e com a Marinha, no Batalhão de Operações Especiais de Fuzileiros Navais, como exemplos.

---

<sup>3</sup> BRASIL. Diário Oficial da União Nº 35-A, de 21 de fevereiro de 2018.

<sup>4</sup> BRASIL. Constituição Federal, Art 144.

<sup>5</sup> BRASIL. Decreto nº 3.897, de 24 de agosto 2001. Fixa as diretrizes para o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, e dá outras providências. Art 3º.

Os policiais não adentram em muitas áreas do RJ como “força policial convencional”, mas sim como força típica de exército regular para conquistar território dominado por grupos armados, atuando com técnicas irregulares de confronto.

A dinâmica dos atores do tráfico se modificou, tornando impositiva a adequação do armamento, equipamento, viaturas e uniforme para fazer frente a esses fatores. Para ilustrar essa afirmação, a Polícia no Rio de Janeiro utiliza armas autorizadas pelo Exército Brasileiro, correspondentes à dotação de tropas preparadas para conflitos armados, como pistolas 9×19mm *Parabellum*, fuzis e metralhadoras de calibre 7.62×51 mm NATO<sup>6</sup>.

Em termos de letalidade criminoso, a análise da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro (PMERJ) aponta para mais de 3200 mortes de policiais nos últimos 23 anos. Em 2017, foram 134 óbitos, incluindo todas as patentes, de soldado a coronel<sup>7</sup>. São taxas que, proporcionalmente, superam os militares tombados na Força Expedicionária Brasileira ou nos Estados Unidos da América, durante a Guerra do Golfo, comparando o número de baixas dentro do efetivo empenhado nesses conflitos armados internacionais.

O RJ é o Estado da Federação com maior número de agentes de segurança pública mortos em confronto ou não. É uma verdadeira constatação de espécie de “genocídio policial”<sup>8</sup>.

Em se tratando da população carioca de forma geral, há outro recorde quando os índices apurados chegam a mais de 30 homicídios dolosos por 100 mil habitantes, segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2017<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> ArmaLite's AR-10A4 Rifles Help Rio's Elite Police Force Keep the Peace. TACTICAL LIFE GUN MAGAZINE: GUN NEWS AND GUN REVIEWS. Disponível em <https://www.tactical-life.com/firearms/rios-elite-ar-10a4-armorite-rifles/>. Acesso em: 27 mar. 2018.

<sup>7</sup> PMs Mortos no RJ. Portal G1. Disponível em <http://especiais.g1.globo.com/rio-de-janeiro/2017/pms-mortos-no-rj>. Acesso em: 27 mar. 2018.

<sup>8</sup> Estado do Rio de Janeiro. PMERJ. *Taxas de Baixas da PMERJ entre 1994 e 2016 e Forças Militares em Guerra*. Disponível em: <http://www.pmerj.rj.gov.br/analise-da-vitimizacao-do-policial>. Acesso em: 27 mar. 2018.

<sup>9</sup> FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2017*. Disponível em: [http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/12/ANUA-RIO\\_11\\_2017.pdf](http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/12/ANUA-RIO_11_2017.pdf). Acesso em: 27 mar. 2018.

Esses índices são distribuídos de maneira bem desigual pela cidade. Por volta da metade das ocorrências de crimes violentos concentra-se em alguns poucos bairros do interior da Região Metropolitana do Estado, que inclui a capital, a Baixada Fluminense e a Grande Niterói.

São poucas localidades que concentram a elevada intensidade de violência. Segundo o levantamento da Fundação Getúlio Vargas (FGV), as comunidades dos morros do Chapadão e da Pedreira estão na área mais violenta da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, afastada das praias.

As áreas que mais acumularam registros de condenação por crimes de tráfico de drogas estão na Zona Oeste e Norte<sup>10</sup>.

É certa que existe um enfoque midiático, que tem efeitos na percepção de insegurança dos cidadãos cariocas. O Rio de Janeiro é o principal destino turístico do Brasil, com as praias mais famosas, incluindo Copacabana, e onde está a sede da maior rede de televisão brasileira e segunda maior do mundo, vista por mais de 100 milhões de pessoas diariamente, no Brasil ou no exterior<sup>11</sup>.

Esses fatores tornam a violência urbana no RJ mais visível.

Ainda que, com essa oportuna ponderação, a situação tenha seu sensível agravamento, tanto que a realidade acarretou na decretação da intervenção federal no Estado, com emprego de tropas federais, para findar o grave comprometimento da ordem pública.

Com a sucinta contextualização desse panorama no RJ, de beldades naturais e ao mesmo tempo calamitoso, os pontos fulcrais desta abordagem passam a ser evidenciados sob a ótica da necessidade da adequada identificação do marco legal aplicável ao emprego das tropas federais no Rio de Janeiro.

---

<sup>10</sup> FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. Diretoria de Análise de Políticas Públicas. Os Deslocamentos do Crime. Rio de Janeiro, 2015.

<sup>11</sup> FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. Diretoria de Análise de Políticas Públicas. Os Deslocamentos do Crime. Rio de Janeiro, 2015.

## 2 O CENÁRIO FÁTICO E A IDENTIFICAÇÃO DO TIPO DE CONFLITO PARA DEFINIÇÃO DO MARCO LEGAL APLICÁVEL

A legitimidade das operações militares é um dos centros de gravidade das Forças Armadas. Essa premissa está relacionada à estrita observância dos marcos legais consolidados, às virtudes tipicamente militares e aos preceitos éticos institucionais. Portanto, intimamente ligada à preservação da dignidade humana, como indica a Constituição Federal do Brasil.

A regulação do uso seletivo da força exige operar sempre nos limites da lei, permitindo a ação eficaz para o cumprimento da missão constitucional e a conquista de parâmetros de confiança da opinião pública. O apoio da população às ações empreendidas pelo Exército Brasileiro, sob os contornos da ética profissional militar, faz parte do êxito operacional para se alcançar o Estado Final Desejado.

Portanto, mister a identificação desse marco legal aplicável com os princípios e leis de regência para a especificidade de emprego da Marinha, Exército e Força Aérea atuarem no esgotamento dos órgãos de segurança pública, quando os níveis de violência armada superarem a capacidade dos órgãos originariamente destinados a essa atribuição constitucional.

A realidade do Rio de Janeiro impõe a identificação de poderosas Organizações Criminosas<sup>12</sup> (ORCRIM), robustamente armadas, hierarquizadas, voltadas principalmente para o narcotráfico; e de milícias constituídas por agentes da repressão, que se instalaram nas comunidades, justamente para afugentar criminosos e que acabaram por converter-se em “grupos privados da segurança pública”, atuando com brutalidade e dominação territorial, às vezes maiores que as dos narcotraficantes.

Sob a égide das operações de garantia da lei e da ordem (GLO), as Forças Armadas atuaram contra as ORCRIM do narcotráfico, no Complexo da Penha e do Alemão, desenvolvendo a Operação Arcanjo, com atuação

---

<sup>12</sup> BRASIL. Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal.

de tropas do Exército na ordem de 8.764 militares, no período de dezembro de 2010 a junho de 2012.

Os registros indicam que no período aconteceram 63.489 patrulhas a pé e 48.142 motorizadas ou mecanizadas e mais dezenas de voos de reconhecimento<sup>13</sup>.

Durante a Operação Arcanjo, foram mobilizados, em um só momento, até 3.300 militares. A Força de Pacificação fez uso intensivo de viaturas blindadas para o patrulhamento da área. A Força Aérea Brasileira (FAB) realizou o transporte de pessoal, equipamentos e material de diversas regiões do país para atender às necessidades operacionais da tropa.

A FAB também colocou em atividade o seu Sistema Aéreo Remotamente Tripulado (SARP), que empregou drones.

Em certas ocasiões, foram utilizadas até 300 viaturas em apoio às missões.

Por sua vez, a Operação São Francisco, desencadeada no Complexo de Favelas da Maré, por 14 meses, entre 2014 e 2015, com 500 homens do Corpo de Fuzileiros Navais da Marinha e 2.000 do Exército Brasileiro, realizou 606 reconhecimentos em vias de acesso às comunidades e a montagem de 4.172 postos de bloqueio.

Segundo os dados da Chefia de Operações Conjuntas do Estado-Maior Conjunto das Forças Armadas (EMCFA), do Ministério da Defesa, até 24 de junho de 2015, as tropas federais realizaram a prisão de 553 adultos e a apreensão de 254 menores de idade. Além disso, foram feitas 550 apreensões de drogas, 58 de armas e 3.884 munições recolhidas.

Houve, ainda, a apreensão de 60 veículos, 89 motos e outros 436 materiais diversos.

Foram lavrados 106 autos de prisões em flagrante e realizadas outras 121 prisões por cometimento de crime militar<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> MINISTÉRIO DA DEFESA. Disponível em: <http://www.defesa.gov.br/noticias/93-trabalho-do-exercito-no-complexo-do-alemao-e-exemplo-de-devocao-a-causa-publica-diz-amorim>. Acesso em: 8 maio 2018.

<sup>14</sup> MINISTÉRIO DA DEFESA. Disponível em: <http://www.defesa.gov.br/noticias/16137-ocupacao-das-forcas-armadas-no-complexo-da-mare-acaba-hoje>. Acesso em: 8 maio 2018.



Em termos de atividade de polícia judiciária militar nesse ambiente, há de se ponderar se as investigações por meio de Inquérito Policial Militar (IPM), com oitiva de ofendidos, inquirição de testemunhas, prova pericial, busca e apreensão e outras previstas na legislação processual têm-se mostrado viáveis e ou eficazes, diante da realidade desses locais dominados pelo tráfico.

As ORCRIM são baseadas nas comunidades e se homiziam justamente se aproveitando das peculiaridades do espaço geográfico de acesso proibido aos cidadãos que pretendem circular livremente.

As favelas são territórios dominados pela resistência articulada pelo narcotráfico, espaços afastados de mecanismos de democracia e de ordem pública, nos quais as maiores vítimas são aqueles próprios habitantes que não integram os grupos à margem da lei.

A lei do silêncio que impera nesses ambientes, a lei do tráfico que impõe sua própria pena de morte e o aperfeiçoamento constante das ORCRIM obstam a persecução investigatória.

As ações episódicas desenvolvidas com violência extrema, típicas dos grupos armados hostis que dominam territórios cariocas – estruturalmente ordenados e caracterizados pela divisão de tarefas – contra as Forças Armadas e órgãos de segurança pública, podem suscitar a existência de conflito armado stricto sensu, que disparam o uso do Decreto nº 42.121, de 21 de agosto de 1957, com a aplicação elástica do Artigo 3º Comum às Convenções de Genebra de 1949.

A existência de fato do conflito armado não internacional (CANI) não significa obrigatoriamente a falência de um Estado-Nação. Ao contrário, quando há forças armadas estatais preparadas e atuando com superioridade de meios e métodos, sob a égide da lei corretamente aplicável, indica que o aparelhamento para a defesa da soberania está funcionando, para que o avanço da gravidade seja efetivamente contido.

Repisa-se: atuando “sob a égide da lei corretamente aplicável”! Mas que lei é essa?

Quando de fato o cenário operacional atinge níveis que a polícia não consegue conter por insuficiência de meios, faz com que a repressão estatal

utilize níveis de força semelhantes às operações militares para conquista e ataques a localidades, com progressão sistemática e intensidade típicas de combate.

Essas ações estão regidas pelo Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA)<sup>15</sup>, internalizadas no ordenamento jurídico brasileiro como norma de uso cogente, como é o caso do mencionado Decreto nº 42.121, de 21 de agosto de 1957.

A atual Constituição brasileira estabelece, no seu art. 5º, §2º, que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Como afirma Tarciso Dal Maso Jardim in *Compatibilidade do Aparato Jurídico Brasileiro com o Direito Internacional Humanitário*, esse dispositivo recepciona os tratados de Direitos Humanos e de Direito Internacional Humanitário, podendo elevá-los ao nível constitucional, distinguindo esses tipos de tratado dos demais<sup>16</sup>.

De acordo com a atual orientação do Supremo Tribunal Federal (STF), há de se distinguir entre os tratados aprovados pelo rito do Art. 5º, § 3º, da Constituição Federal, dotados de valor jurídico equivalente ao das emendas constitucionais, dos demais tratados, aprovados pelo Congresso Nacional, por maioria simples e antes da entrada em vigor da Emenda Constitucional 45, de 2004.

Todavia, a despeito das diferenças entre as duas espécies de tratados, o elo comum entre eles é o de que o simples fato de prevalecerem, por força da sua superior hierarquia e do caminho trilhado pelo próprio STF, sobre a

---

<sup>15</sup> O Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA) é um conjunto de regras e normas surgidas de um ramo específico do Direito Internacional Público, também chamado de Direito Internacional Humanitário (DIH). Destina-se a ser aplicado nos conflitos armados, internacionais ou não-internacionais, e que limita, por razões humanitárias, o direito das Partes em conflito de escolher livremente os métodos e os meios utilizados na guerra, ou que protege as pessoas e os bens afetados, ou que possam ser afetados pelo conflito, segundo a definição de Christophe Swinarski in *Introdução ao Direito Internacional Humanitário*. Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Instituto Interamericano de Direitos Humanos. Brasília, 1996.

<sup>16</sup> JARDIM, Tarciso Dal Maso. *Compatibilidade do Aparato Jurídico Brasileiro com o Direito Internacional Humanitário*. Brasília, 2001.

normativa legal interna garante-lhes a condição de parâmetro do controle de convencionalidade.

Portanto, presente está o entendimento de que o Direito Internacional dos Conflitos Armados poderia estar em sintonia com o bloco de constitucionalidade brasileiro que funciona como parâmetro para aferição de constitucionalidade das normas que integram o ordenamento jurídico.

Nesse contexto, insere-se o Decreto nº 42.121, de 21 de agosto de 1957, que “promulga as convenções concluídas em Genebra, a 12 de agosto de 1949”, nas quais consta o Artigo 3º Comum às quatro Convenções de Genebra<sup>17</sup>.

Trata-se de executoriedade do ato internacional, que, por incorporação legislativa, passa a vincular e a obrigar no plano do direito positivo interno. Ou seja, é uma norma constante do ordenamento jurídico brasileiro, em plena eficácia e obrigatoriedade de observância.

Importante ressaltar que o reconhecimento de conflito armado e a consequente aplicação do Artigo 3º Comum não alteram o estatuto jurídico

<sup>17</sup> Artigo 3º Comum às quatro Convenções de Genebra, assim denomina-se porque está igualmente contido na I, II, III e IV Convenção de Genebra, todas de 1949, *in verbis*: “No caso de conflito armado que não apresente um caráter internacional e que ocorra no território de uma das Altas Partes contratantes, cada uma das Partes no conflito será obrigada aplicar, pelo menos, as seguintes disposições:

1) As pessoas que não tomem parte diretamente nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que tenham deposto as armas e as pessoas que tenham sido postas fora de combate por doença, ferimentos, detenção, ou por qualquer outra causa, serão, em todas as circunstâncias, tratadas com humanidade, sem nenhuma distinção de caráter desfavorável baseada na raça, cor, religião ou crença, sexo, nascimento ou fortuna, ou qualquer outro critério análogo.

Para este efeito, são e manter-se-ão proibidas, em qualquer ocasião e lugar, relativamente às pessoas acima mencionadas:

- a) As ofensas contra a vida e a integridade física, especialmente o homicídio sob todas as formas, mutilações, tratamentos cruéis, torturas e suplícios;
- b) A tomada de reféns;
- c) As ofensas à dignidade das pessoas, especialmente os tratamentos humilhantes e degradantes;
- d) As condenações proferidas e as execuções efetuadas sem prévio julgamento, realizado por um tribunal regularmente constituído, que ofereça todas as garantias judiciais reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados.

2) Os feridos e doentes serão recolhidos e tratados.

Um organismo humanitário imparcial, como o Comitê Internacional da Cruz Vermelha, poderá oferecer os seus serviços às partes no conflito.

As Partes no conflito esforçar-se-ão também por pôr em vigor, por meio de acordos especiais, todas ou parte das restantes disposições da presente Convenção.

A aplicação das disposições precedentes não afetará o estatuto jurídico das Partes no conflito.”

das Partes no conflito. Significa assegurar que os integrantes dos grupos armados seguem sendo criminosos, não têm legitimidade para confrontar as forças estatais, ainda que de fato o façam, e estão sujeitos aos rigores da lei penal pátria.

Não há que se falar em conferir poder de legitimidade para grupos armados combaterem contra as forças estatais. Nesse cenário, o Estado continua sendo o exclusivo detentor do monopólio do uso coercitivo da força.

Merece destacar que o Direito Internacional dos Conflitos Armados (*jus in bellum*) é o direito que rege a maneira como o conflito armado de fato é conduzido, visando a limitar meios e métodos, independentemente da justificativa ou os motivos que levaram às hostilidades.

No reconhecimento de conflito armado *stricto sensu*, importa reiterar, uma vez mais, que os grupos armados que confrontam o Estado, atacando as forças armadas, seguem sendo ilegítimos. Seu status de criminosos segue inalterado, permanecem jurisdicionados pelo direito penal interno e passam a ser jurisdicionados, também, pelas normas restritivas e repressivas do Direito dos Conflitos Armados. Assim está previsto no Artigo 3º Comum *in fine*: “A aplicação das disposições precedentes não afetará o estatuto jurídico das Partes no conflito.”

Na correta aplicação do Direito inerente aos conflitos armados, os criminosos dos grupos armados hostis que têm participação direta nas hostilidades (PDH) deixam de ser considerados civis, perdem a condição de pessoas protegidas e se convertem em objetivo militar legítimo para as Forças Armadas. Isso representa que, mediante sua identificação positiva, podem ser atacados em estrito cumprimento do dever legal, pois sua neutralização ou destruição confere uma vantagem direta e concreta às operações militares necessárias para pôr termo ao grave comprometimento da ordem pública.

O significado de participação direta das hostilidades é entendido quando se cumprem os seguintes requisitos, acumulativamente<sup>18</sup>:

<sup>18</sup> ICRC. *Interpretive Guidance on the Notion of Direct Participation In Hostilities Under Inter-*

- a) Deve haver probabilidade de que o ato tenha efeitos adversos sobre as operações militares ou sobre a capacidade militar de uma parte no conflito armado, ou que cause a morte, ferimento ou destruição às pessoas ou bens protegidos contra ataques diretos – nível de dano.
- b) Deve haver umnexo causal direto entre o ato e o dano que provavelmente resultará desse ato, ou da operação militar coordenada da qual esse ato é parte integrante – causalidade direta.
- c) O ato deve ser especificamente projetado para causar diretamente o nível exigido de dano em apoio a uma parte no conflito e em detrimento de outro – nexo beligerante.

Enquanto durar essa participação direta nas hostilidades, uma pessoa pode ser objeto de ataque direto, como está configurado no Artigo 3º Comum às quatro Convenções de Genebra de 1949 e em outros dispositivos aplicáveis, obviamente, considerando os princípios do Direito Internacional dos Conflitos Armados, como Distinção, Necessidade Militar, Limitação, Proporcionalidade e Humanidade.

Há de se ter a distinção entre as pessoas civis protegidas e aquelas que têm PDH, visando a atender ao princípio da proporcionalidade e afastar a incidência de danos colaterais injustificáveis.

Nessa circunstância de conflito armado, inexistente a obrigação de as tropas proferirem verbalização para a detenção dos criminosos que ameaçam a população e os próprios militares, com o terror revestido de odiosidade, usando armas de poder destrutivo superior à dotação das polícias.

---

**national Humanitarian Law.** Geneva, 2009. *In order to qualify as direct participation in hostilities, a specific act must meet the following cumulative criteria:*

1. *The act must be likely to adversely affect the military operations or military capacity of a party to an armed conflict or, alternatively, to inflict death, injury, or destruction on persons or objects protected against direct attack (threshold of harm), and*
2. *There must be a direct causal link between the act and the harm likely to result either from that act, or from a coordinated military operation of which that act constitutes an integral part (direct causation), and*
3. *The act must be specifically designed to directly cause the required threshold of harm in support of a party to the conflict and to the detriment of another (belligerent nexus).*

O uso seletivo da força letal passa a ser permitido pelas Forças Armadas em estrito cumprimento do dever legal, sendo aceitável como excludente de antijuridicidade<sup>19</sup>.

Sobre a questão, é elucidativa a abordagem do subprocurador-geral de Justiça Militar Carlos Frederico de Oliveira Pereira, quando justifica que o militar que mata elemento hostil em conflito armado está amparado por essa eximente, ao cumprir obrigação imposta normativamente.<sup>20</sup>

Rechaçando afirmações sensacionalistas, essa condição não se trata de “permissão para matar”. Muito ao contrário, é medida criteriosa e restritiva, contudo adequadamente harmônica, para fazer face aos grupos armados que utilizam armamento de uso restrito, obtido por meio do tráfico internacional, e proporcionar segurança jurídica para os agentes que atuam na defesa do Estado e sua população.

As violações às normas do regramento humanitário cometidas pelas tropas federais também serão objeto de persecução penal, o que faz os comandantes terem dever de precaução, exigível em qualquer modalidade de conflito armado, na forma do Artigo 57<sup>21</sup>, do Protocolo Adicional I de

<sup>19</sup> BRASIL. Decreto-Lei nº 1001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar, Art 42. No contexto apontado, as Forças Armadas podem fazer uso seletivo da força, ou seja, escolher o meio mais adequado para cumprir a missão recebida, sem ter que atravessar sucessivamente etapas para haver o aumento do poder letal. Já as polícias, *contrario senso*, devem obrigatoriamente com o uso progressivo da força, medindo a proporcionalidade e moderação dos meios. A proporcionalidade no marco legal do DICA está relacionada com a necessidade militar e danos colaterais. Quando aplicável somente Direitos Humanos, como é o caso da atuação policial, a proporcionalidade está adstrita a fazer cessar a ameaça com uso de força moderada.

<sup>20</sup> PEREIRA. Carlos Frederico de Oliveira. *Gangues Territoriais e Direito Internacional dos Conflitos Armados*. p. 247. Curitiba: Juruá, 2016.

<sup>21</sup> PROTOCOLO ADICIONAL I ÀS CONVENÇÕES DE GENEVRA DE 12 DE AGOSTO DE 1949

Artigo 57 — Precauções no ataque

(...)

2. No que respeita aos ataques, devem ser tomadas as seguintes precauções:

a) os que preparam e decidem um ataque devem:

I) fazer tudo que for praticamente possível para verificar se os objetivos a atacar não são civis, nem bens de caráter civil, nem se beneficiam de uma proteção especial, mas sim se são objetivos militares nos termos do parágrafo 2 do artigo 52, e se as disposições do presente Protocolo não proibem o seu ataque;

II) tomar todas as precauções praticamente possíveis quanto à escolha dos meios e métodos de ataque de forma a evitar ou, seja como for, reduzir ao mínimo, as perdas de vidas humanas na população civil, os ferimentos nos civis e os danos nos bens de caráter civil que puderem ser acidentalmente causados;

III) abster-se de lançar um ataque do qual se possa esperar que venha a causar acidentalmente perdas de vidas humanas na população civil, ferimentos nos civis, danos nos bens de caráter civil ou

1977, às Convenções de Genebra de 1949, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do 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”.

Na tramitação do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 352, de 2017, que propõe a alteração do Código Penal, para presumir a legítima defesa quando o agente de segurança pública mata ou lesiona quem porta ilegal e ostensivamente arma de fogo de uso restrito, verifica-se o seu relatório legislativo proposto no seguinte sentido<sup>22</sup>:

Nos últimos seis anos da guerra civil síria, 350.000 (trezentos e cinquenta mil) civis foram vitimados, segundo estimativas internacionais. Um país que está sendo disputado por terroristas, guerrilheiros e ditadores, sofrendo bombardeios das duas maiores potências internacionais.

No mesmo período, o Brasil alcançou os mesmos 350.000 mortos nesta guerra fratricida que alguns teimam em negar. É hora de encarmos a realidade de frente!

O crime organizado brasileiro – com ramificações internacionais – está cada dia mais forte, armado e audacioso. Este fortalecimento do inimigo se reflete nos desfiles diários de facções criminosas com seus fuzis à luz do dia, oprimindo o povo trabalhador e achincalhando o Estado. Mais importante, se traduzem vidas perdidas diariamente por bravos policiais civis e militares. Apenas

---

*uma combinação dessas perdas e danos que seriam excessivos relativamente à vantagem militar concreta e direta esperada;*

*b) um ataque deverá ser cancelado ou interrompido quando parecer que seu objetivo não é militar, ou é beneficiário de uma proteção especial, ou que possa vir a causar acidentalmente perdas de vidas humanas na população civil, ferimentos nos civis, danos em bens de caráter civil ou uma combinação dessas perdas e danos que seria excessiva em relação à vantagem militar concreta e direta esperada:*

*c) no caso de um ataque que possa afetar a população civil deverá ser dado um aviso, a tempo e por meios eficazes, a menos que as circunstâncias não o permitam.*

*3. Quando for possível a escolha entre vários objetivos militares que proporcionem vantagem militar equivalente, a escolha deverá recair sobre o objetivo cujo ataque parece representar o menor perigo para os civis ou para os bens de caráter civil.*

*4. Na condução das operações militares no mar ou no ar cada Parte em conflito deve tomar, em conformidade com os direitos e deveres decorrentes das regras do direito internacional aplicável aos conflitos armados, todas as precauções razoáveis para evitar perdas de vidas humanas na população civil e danos nos bens de caráter civil.*

*5. Nenhuma disposição do presente artigo poderá ser interpretada como autorização de ataques contra a população civil, os civis ou os bens de caráter civil.”*

<sup>22</sup> BRASIL. Senado Federal. PLS 352/2017. Autoria: Senador José Medeiros (MT) - <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/130958>.

entre 2015 e 2016 foram 821 (oitocentos e vinte e um) policiais mortos em confronto.

Porém, os corajosos policiais brasileiros estão de mãos atadas, sem poder defender a sociedade ou a si mesmos. Hoje o agente da lei que abre fogo contra um marginal ilegalmente armado – durante uma operação policial, ainda que este demonstre claramente sua hostilidade – será investigado, possivelmente afastado e corre risco de ser condenado, veja só, até mesmo por homicídio. Um completo e inaceitável absurdo. (Original sem grifos)

A proposta legislativa da legítima defesa “presumida” perquire o aperfeiçoamento do atual regramento jurídico, visando a fortalecer as polícias na luta contra o crime organizado. Nada obstante, cabe considerar que a sua promulgação estará sujeita à insegurança decorrente de interpretações divergentes de juízes e tribunais, até se obter uma manifestação conclusiva do Supremo Tribunal Federal, a respeito de dúvida suscitada sobre a sua inconstitucionalidade.

Cada situação fática, poderá ensejar a construção de teses divergentes quanto à legalidade da atuação dos agentes em legítima defesa “presumida”, como intenta o PLS 352/2017 e outros com indexação semelhante, ensejando *persecutio criminis* para verificar se o agente violou a norma penal incriminadora e se foram utilizados os meios necessários “com moderação”.

Nesse caso, observa-se diferença crucial em relação ao estrito cumprimento do dever legal, pois na legítima defesa de seu direito ou de outrem, o agente precisa ter somente – e tão somente – o *animus defendendi* no momento da ação, além dos elementos objetivos – perigo atual ou iminente, defender direito próprio ou de outrem, uso de meios moderados, agressão injusta etc.

O estrito cumprimento do dever legal, assim definido por Fernando Capez como sendo a causa de exclusão da ilicitude que consiste na realização de um fato típico, por força do desempenho de uma obrigação imposta por lei, nos exatos limites dessa obrigação, exige que o agente tenha consciência de que age sob essa causa de justificação<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. Vol 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.



O dever legal é uma obrigação imposta por lei no sentido lato, que significa que a atuação do agente foi lastreada no exercício de uma obrigação derivada de regramento normativo e ou comando judicial.

Os casos de estrito cumprimento de dever legal merecem ser analisados quando da verificação da tipicidade penal, sob a ótica da tipicidade conglobante antinormativa, como propõem ZAFFARONI e PIERANGELI (2016), que entendem que isso evita que coexistam dentro do ordenamento jurídico uma norma que ordena que se faça uma coisa, enquanto outra norma proíbe essa mesma conduta. Em outras palavras, deve-se buscar evitar que condutas impostas pelo ordenamento jurídico sejam consideradas típicas pelo próprio ordenamento jurídico, tornando este mais harmônico<sup>24</sup>.

Amoldando-se à teoria da tipicidade conglobante, o Direito dos Conflitos Armados contido no ordenamento jurídico brasileiro impõe a sua aplicação e a ação enérgica de uso da força letal no estrito cumprimento do dever legal, quando o cenário fático demonstra que os níveis de violência ultrapassam os inerentes a meros distúrbios ou tensões internas.

Esse é o contorno de legalidade desejável ao operador das Forças Armadas que atua nos confrontos com grupos armados hostis, como se poderia inferir no caso do Rio de Janeiro, para exercer seu mandato com a força que é necessária para desarmar os narcotraficantes.

Assim, no caso de conflito armado, analisando a suposta alegação de antinormatividade da conduta de uso da força letal fora dos casos de legítima defesa, verifica-se a presença de uma outra norma no ordenamento jurídico, cujo comando obriga o operador a dirigir o ataque aos objetivos militares legítimos, observados os princípios norteadores do regramento humanitário.

O grave comprometimento da ordem pública protagonizado pela insurgência criminal do Rio de Janeiro enseja a possibilidade de disparar a

---

<sup>24</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral. Tipicidade Conglobante como Corretivo da Tipicidade Legal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

aplicação do Decreto nº 42.121, de 21 de agosto de 1957, especificamente o Artigo 3º Comum, como norma do Direito dos Conflitos Armados, diante da violência dos grupos organizados contra o Estado, suas instituições e sua população.

Conhecer o Artigo 3º Comum e adotá-lo é uma questão de mitigar a assimetria imposta pelos grupos armados hostis, cada vez mais organizados e dotados de armamento de uso restrito, às vezes superiores aos das polícias.

A respeito da assimetria, cabe referenciar o apropriado estudo de VISACRO (2009) no sentido de que, em vez da confrontação militar formal, o mundo vem assistindo a uma série de “guerras irregulares”, incluindo os conflitos assimétricos em geral. Na sua concepção, a onipresença da mídia, o assédio de organizações humanitárias e a influência da opinião pública sobre a tomada de decisões políticas e militares têm caracterizado um cenário onde exércitos nacionais permanentes, com orçamentos dispendiosos e moderna tecnologia, parecem ineficazes e antiquados.

Há centros urbanos superpovoados, em que o Estado vem-se defrontando com ameaças difusas e complexas, as quais não consegue extinguir. A guerra no século XXI tem assumido, de fato, a feição do combate irregular<sup>25</sup>.

É uma cognição que se vem alastrando diante dos operadores das forças de segurança e dos operadores do Direito, com poder jurisdicional sobre a matéria, tempo e local.

A ocupação do Complexo da Maré foi considerada um conflito moderno. Uma guerra irregular, sem fronteiras, com inimigo difuso, contra organizações criminosas de alta periculosidade, verdadeiros grupos armados<sup>26</sup>, que praticaram atentados contra a vida de civis e militares, com armas de uso restrito, incluindo a morte de um Cabo do Exército.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> VISACRO, Alessandro. *Guerra Irregular*. Rio de Janeiro: Contexto, 2009.

<sup>26</sup> MINISTÉRIO DA DEFESA. Disponível em: <http://www.defesa.gov.br/noticias/16137-ocupacao-das-forcas-armadas-no-complexo-da-mare-acaba-hoje>. Acesso em: 8 maio 2018.

<sup>27</sup> BRASIL. Superior Tribunal Militar. Morte de cabo do Exército no Complexo da Maré é crime militar. Disponível em: <https://www.stm.jus.br/informacao/agencia-de-noticias/item/3760-assassinato-de-cabo-do-exercito-no-complexo-da-mare-e-crime-militar>. Acesso em: 8 maio 2018.

Em decisão de 19 de abril de 2017, do eminente Juiz Presidente do III Tribunal do Júri – 3ª Vara Criminal da Comarca da Capital, no Rio de Janeiro, nota-se a evidente percepção do Judiciário quanto à existência do confronto assimétrico no cenário carioca, quando o magistrado e o representante do Ministério Público descrevem como “situação de guerra” o terreno das operações em que agentes do Estado cumprem seu múnus, consignado *in verbis*<sup>28</sup>:

(...) DA PRISÃO PREVENTIVA – DESNECESSIDADE: O Ministério Público, em larga manifestação pontuou o seguinte:

(...)

Pois bem, verifica-se que os trágicos fatos em tela ocorreram em situação de confronto armado, ou, pelo menos, contra vítimas que estavam na posse de armas de fogo, inclusive, uma delas de grosso calibre. O palco dos fatos retrata local dominado por organização criminosas que explora o tráfico ilícito de entorpecentes, composta por numerosos integrantes fortemente armados, sempre prontos e estimulados para o combate, notadamente extermínio de policiais.

(...)

Ademais, não se pode ignorar a situação de “guerra” enfrentada diariamente por policiais, pelos moradores das comunidades, trabalhadores, enfim, a situação trágica de exacerbada violência que toda a sociedade fluminense vem enfrentando, a qual, notoriamente, vem resultando na morte de muitos inocentes, inclusive de policiais, os quais vêm sendo covardemente exterminados pela mera qualificação profissional que ostentam.

Certo é, porém, que mesmo na guerra há regras que devem ser observadas. Moradores das comunidades, trabalhadores, enfim, a situação trágica de exacerbada violência que toda a sociedade fluminense vem enfrentando, a qual, notoriamente, vem resultando na morte de muitos inocentes, inclusive de policiais, os quais vêm sendo covardemente exterminados pela mera qualificação profissional que ostentam. Poucos atentam para a gravidade desta situação. É a proteção da sociedade que está sendo caçada e assassinada. Certo é, porém, que mesmo na guerra há regras que devem ser observadas.

(...)

A sociedade, estou consciente, está desestruturada pela guerra assimétrica<sup>2</sup> enfrentada nesta ex-cidade maravilhosa. O cidadão, no final, pretende tão somente viver em paz e merece pelos altos preços que paga em todos os sentidos.

Apesar deste caos todo, as regras legais e constitucionais devem ser seguidas e justamente nelas encontro repouso para prolar a decisão devida, ainda que desta decisão surjam levianas conjecturas. (Original sem grifos)

<sup>28</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Ação Penal de Competência do Júri Processo nº 0076306-12.2017.8.19.0001. Juiz: Dr Alexandre Abrahão Dias Teixeira. Presidente III Tribunal do Júri. Decisão, 19 abr. 2017.

A multiplicação dos grupos armados hostis à margem da lei, como verdadeiras forças não estatais, providas de meios de fazer da violência impetuosa o instrumento para viabilizar suas pretensões criminosas, avançam na direção do colapso dos serviços do Estado e despontam em conflito assimétrico<sup>29</sup>.

No Rio de Janeiro, visualiza-se que a assimetria entre as forças estatais e os ameaçadores da ordem interna se dá pelas diferentes formas de confrontação, em sua concepção e desenvolvimento, revestidas de intensa violência cinética.

No sítio internet da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, a análise da vitimização policial classifica que o cenário do RJ é de “guerra de causa socioeconômica, irregular, de 4ª geração, assimétrica, de guerrilha, psicológica e local”<sup>30</sup>. Como exemplos extremos, a chance de ser ferido ou morto na condição de policial militar no RJ é muito superior à condição de militar na Guerra do Golfo Pérsico (Kuwait) ou na Guerra da Coréia e ou na Guerra do Vietnã<sup>31</sup>.

O desequilíbrio também tem sua vertente na vontade. A adaptação 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 tem de ser regido sob a norma adequada, ultrapassando paradigmas.

Subjugar as ameaças contemporâneas do mundo real no Rio de Janeiro exige a adequação dos sistemas decisórios tanto na parte operacional das forças repressoras, quanto nas estruturas de suporte às operações, incluindo robustecimento de ações integradas de investigação e inteligência – o que está ocorrendo com a intervenção federal – bem como a conscientização do

<sup>29</sup> PADECEME Nº 15 (2. quadrim. 2007). *Guerra assimétrica*: Adaptação para o êxito militar. Rio de Janeiro: Escola de Comando e Estado-Maior do Exército, 2007.

<sup>30</sup> PMERJ. Análise da vitimização policial. Disponível em: <http://www.pmerj.rj.gov.br/analise-da-vitimizacao-do-policial/>. Acesso em: 27 mar. 2018.

<sup>31</sup> PMERJ. A Guerra Urbana não declarada no RJ e seus efeitos na PMERJ. Disponível em: <http://www.pmerj.rj.gov.br/wp-content/uploads/2017/03/A-Guerra-Urbana-do-RJ-e-seus-efeitos-na-PMERJ-1.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2018.

Ministério Público, Judiciário e outras funções essenciais à Justiça, quanto à multiplicação de letalidade da insurgência criminal dos grupos armados hostis, que importam em ajustamento do marco legal aplicável.

Os narcotraficantes do mundo real exercem poder de mando em áreas delimitadas nas comunidades. Essa atuação do crime organizado, o desenvolvimento das ORCRIM, evoluídas à condição de grupos armados hostis, notoriamente bem estruturados e aparelhados, pode ser diagnosticada como uma atual ameaça à soberania nacional.

Esse cenário inspira a conclusão de que sendo ameaça à soberania nacional, a questão é afeta à defesa nacional, e não somente de comprometimento da ordem, ao nível da segurança pública, o que robustece o emprego das Forças Armadas sob o adequado marco legal aplicável.

Nessa atuação híbrida de vários atores, os profissionais escolhidos para representarem suas agências estatais necessitam estar na sintonia de que os instrumentos legais evocados, bem como as medidas, técnicas e táticas empregadas contra a criminalidade não surtiram efeito para sufocar as forças não estatais, acarretando a situação de colapso à segurança pública do Estado da Federação.

A regra é que a população local dentro da área operacional não é hostil e aceitará o ônus da repressão aos grupos armados, seja de modo negocial ou inevitável, pois os moradores que convivem com os narcotraficantes são vitimados pela coação brutal dos marginais, servindo a eles como seus escudos humanos, apesar de a conduta ser grave violação ao Direito dos Conflitos Armados<sup>32</sup>; 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.

Em síntese, a situação de excepcionalidade requisita meios e métodos excepcionais no enfrentamento aos grupos armados hostis, ameaçadores à soberania da autoridade estatal.

---

<sup>32</sup> 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.”

### 3 O CENÁRIO DE APLICAÇÃO DO DIREITO DOS CONFLITOS ARMADOS COMPLEMENTANDO OS DIREITOS HUMANOS

O Direito dos Conflitos Armados merece ser mais bem compreendido pelos órgãos de controle externo da atividade militar e policial, Poder Judiciário e demais instituições essenciais à função jurisdicional do Estado, bem como pelos observatórios e pesquisadores ligados à Defesa e Segurança Pública, como uma medida excepcional necessária.

Este estudo focaliza a ótica do marco legal aplicável às operações das Forças Armadas com controle operacional das forças de segurança, contudo com a máxima clareza que é imperiosa a ação de outros campos do poder estatal para a efetividade da repressão à insurgência criminal dos grupos armados.

Inexiste vácuo de poder. Onde o Estado não estiver, outrem assumirá a lacuna. Nesse entendimento, Forças Armadas e polícias formam apenas um vetor para se obter o Estado Final Desejado.

As políticas públicas, a governança e o combate à corrupção são as componentes de força mais almejadas pela população, para pôr fim ao grave comprometimento da ordem pública.

As invocações de garantias aos Direitos Humanos nas comunidades dominadas pelo tráfico têm de ser robustecidas proporcionalmente, relacionadas à existência de infraestrutura sanitária e facilidade no acesso à saúde e educação, como preceitos básicos.

A presença das Forças Armadas e das forças de segurança merece ser vista como instrumento garantidor dos direitos fundamentais para conferir proteção aos civis, causando inibição de práticas delituosas. É indesejável e nociva a interpretação contrária.

Há de se superar a barreira da distância entre as tropas e os moradores das favelas, que acreditam somente na deturpação da atuação das forças estatais, pois assim acabam criando a propagação do efeito antagônico, de que somente os traficantes, que compartilham o mesmo território, podem

desenvolver “espécies de ações sociais” e o controle muito mais rígido e personalizado sobre a população das comunidades.

O silêncio e a submissão diante da violência do tráfico constituem as respostas perceptíveis à opressão instituída pelos traficantes, com que os civis se obrigam a viver com isolamento e desamparo.

É necessário fazer presumir a confiança dos moradores de favelas nas instituições estatais encarregadas de fazer cumprir a lei, como instrumentos garantidores dos Direitos Humanos defendidos por todos e vistos com lupa de aumento pelos observatórios, quando da atuação das forças de segurança, sem, contudo, evidenciar o mesmo alinhamento de detalhes quando da crítica ao crime violento, cometido pelos grupos armados hostis dominantes das comunidades.

Nesse sentido, Alexandre de Moraes bem explica a finalidade precípua do Direito Internacional dos Direitos Humanos, consistente na concretização da plena eficácia dos direitos fundamentais, por meio de normas gerais tuteladoras de bens da vida primordiais (dignidade, vida, segurança, liberdade, honra, moral, entre outros).

São baseados na concepção de que toda nação tem o dever de respeitar os Direitos Humanos de seus cidadãos. E toda comunidade internacional tem o direito de impugnar as decisões dos Estados que não cumprirem essa obrigação.<sup>33</sup>

Cabe citar as violações praticadas pelos narcotraficantes às normas básicas contidas na Declaração Universal dos Direitos Humanos, como sendo aquelas que subtraem o Direito à Vida e à Segurança (art. 3º e 5º), Educação (art. 26), Justiça (art. 7º, 8º, 9º e 10º), à Informação e à Livre Expressão (art. 19), e outras mais, reinantes nas favelas.

Quanto às violações sistêmicas, nas comunidades, há o medo de se falar abertamente, pois impera o receio sobre os usos que os outros moradores com mais afinidade com os grupos armados podem dar ao que cada um diz, ao manifestar sua suposta liberdade de expressão. A possibilidade de serem definidos como alcaguetes, se atacarem publicamente os traficantes,

---

<sup>33</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

apontando as verdades, tem outras consequências, numa dosimetria que chega à execução extrajudicial<sup>34</sup>.

Tudo isso trunca a comunicação e leva os moradores a se calarem, mas a natureza e a extensão desse silêncio são variáveis, assim como variáveis são as formas de lidar com as condutas violentas. Nesse viés, o Direito dos Conflitos Armados exsurge para, principalmente, robustecer o resguardo às pessoas que não participam das hostilidades.

Em situações de conflito interno, 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 Humanos<sup>35</sup>.

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.

<sup>34</sup> SOCIEDADE E ESTADO. Brasília, v. 22, n. 3, p. 545-591, set./dez. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/se/v22n3/04.pdf>. Acesso em: 8 maio 2018.

<sup>35</sup> 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.”



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

O melhor e mais satisfatório resultado decorrente da desejável proteção tem de ser perseguido, de acordo com a interpretação extensiva das normas.

Nessa sintonia, a proteção à dignidade humana é bem enfatizada na Diretriz para Integração do Direito Internacional dos Conflitos Armados às Atividades do Exército Brasileiro<sup>36</sup>: “(...) antes que seja interpretado como obrigação decorrente de tratados internacionais, o respeito à dignidade da pessoa humana se constitui no alicerce do ordenamento jurídico que o povo brasileiro escolheu de maneira soberana”.

O direito interno elevou à categoria de Direitos Fundamentais aqueles que estão no art. 5º da Constituição Federal do Brasil, com plena eficácia em estado de normalidade institucional.

Acerca dessa normalidade, algumas indagações para construir o pensamento crucial que se almeja produzir com uma breve reflexão:

- a) O quadro de grave comprometimento da ordem pública é incompatível com o estado de normalidade?
- b) A resultante intervenção federal na segurança pública, na forma do art. 34 da Constituição Federal do Brasil, pelo quadro indicado alhures, significa excepcionalidade?

<sup>36</sup> Diretriz para Integração do Direito Internacional dos Conflitos Armados às Atividades do Exército Brasileiro (EB20-D-05.005), de 10 de fevereiro de 2016. (...) d. A presente Diretriz visa estabelecer as orientações básicas, de caráter geral, para subsidiar o planejamento e as ações de integração do Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA), em todos os níveis de ensino, preparo e emprego do Exército Brasileiro, por meio de operadores qualificados, fortificando a cultura de respeito aos direitos fundamentais da pessoa e aos bens protegidos, durante o cumprimento da missão constitucional da Força Terrestre.

e. Insere-se nesse contexto a necessidade de interpretar as normas, analisar suas implicações operacionais e determinar suas repercussões, coerentes com a Doutrina Militar Terrestre e com as necessidades da conjuntura estratégica, fazendo com que o regramento humanitário seja impulsionado por uma dinâmica multidisciplinar em todos os níveis hierárquicos, tendendo a incorporar o DICA ao planejamento, organização e execução das operações militares no amplo espectro.

c) A excepcionalidade indica o disparo de normas especiais para aplicação nos casos concretos, em que outras medidas foram esgotadas sem êxito, durante a situação de deturpação da normalidade, em que o Estado e sua população são atacados?

A resposta positiva para os questionamentos é um dos caminhos que constroem uma justificativa para o Estado se valer do Direito dos Conflitos Armados, como um conjunto de normas complementares aos Direitos Humanos, ambos com mesma validade no ordenamento jurídico brasileiro e componentes do bloco de constitucionalidade brasileiro.

Pode ser que haja algumas respostas contrárias, segundo a ótica sociológica e jurídica, contudo isso não nega a aplicação do Direito dos Conflitos Armados, haja vista que haver um conflito armado de fato é o bastante para disparar esse marco legal, independente de reconhecimento por meio de instrumento normativo<sup>37</sup>, como afirma PEREIRA (2016).

O Direito Internacional dos Conflitos Armados expressa uma força vinculante, uma vez que a jurisprudência e a doutrina internacionais reiteraram que suas normas são parte do direito positivo e consuetudinário e produzem eficácia. Isso é cristalino e não pode gerar dúvidas.

Portanto, em situação de conflito armado, o Estado brasileiro se obriga 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 degradantes<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. *Gangues Territoriais e Direito Internacional dos Conflitos Armados*. pp. 122 e 220. Curitiba: Juruá, 2016.

<sup>38</sup> *Diretriz para Integração do Direito Internacional dos Conflitos Armados às Atividades do Exército Brasileiro* (EB20-D-05.005), de 10 de fevereiro de 2016. Integração às repercussões disciplinares e jurídicas.

## 4 O CENÁRIO DA INDISPENSÁVEL SEGURANÇA JURÍDICA PARA OS DECISORES E OPERADORES MILITARES

A expressão que pode bem indicar uma situação dilemática é a popular afirmação de se estar “entre a cruz e a espada”. Quer dizer que eleger uma opção importa em renunciar a outra.

Ter de empregar forças armadas dentro do território nacional para pôr fim ao grave comprometimento da ordem importa em lidar com as características de uma operação militar.

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.

Como afirma o eminente Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz, do Superior Tribunal Militar, em síntese<sup>39</sup>:

(...) O Direito Operacional Militar é composto por todas as legislações que possuem pacto no desenrolar das operações militares e cuja aplicação auxilia seu êxito. Assim, é lícito afirmar que seu conteúdo é aberto e é sempre em expansão, o chamado check list jurídico, ou normativo.

(...)

O desiderato da disciplina é integrar o Direito das operações militares conferindo legitimidade e legalidade aos resultados operacionais e à proteção legal a quem delas participa. É o que referimos do aparato jurídico ao militar em operações.

(...)

Nesse viés, qualquer disciplina capaz de potencializar a concretização dos objetivos militares e atribuir maior grau de segurança jurídica integrará o nominado Direito Operacional Militar. Nesse aspecto, é reconhecida a sua multidisciplinaridade.

(...) (original sem grifos)

Na conclusão do magistrado, ocorre que, em razão da ausência de uma consolidação do Direito Operacional no Brasil, aliado ao seu desconhecimento por grande maioria dos operadores do Direito, as lides

<sup>39</sup> QUEIROZ, Péricles Aurélio Lima de. *Participação das FA na Segurança Pública: Amparo Jurídico*. Painel apresentado na Escola de Comando e Estado-Maior do Exército. XVI Ciclo de Estudos Estratégicos. Rio de Janeiro, 2017.

de toda ordem envolvendo o emprego das Forças Armadas e segurança pública, na sua esmagadora maioria, não têm sido apreciadas, nesse conjunto.

Nesse diapasão, cabe reforçar a percepção do Direito Internacional dos Conflitos Armados como regramento aplicável em situações que ultrapassam a normalidade e o nível de violência de meras tensões ou distúrbios.

O DICA 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, compete ao Estado determinar a forma de cumprir essas obrigações assumidas.

Um caminho para de dar cumprimento à aplicação direta do DICA, diante da constatação de que a existência do conflito armado é uma situação de fato, que independe de ato formal, e da lacuna legislativa a respeito da matéria, pode ser por meio das seguintes ações em conjunto:

- a) A cognição dos comandantes militares atuando no terreno, atestando o nível da violência de confrontos com os grupos armados, com reconhecimento de situação alcançada pelo Artigo 3º Comum.
- b) Manifestação do Ministério Público Militar, como fiscal da lei e órgão de controle externo das operações militares, acompanhando as atividades e na sua promoção junto aos casos concretos levados à prestação jurisdicional, com reconhecimento de situação alcançada pelo Artigo 3º Comum.
- c) Exercício da competência conferida aos órgãos do Poder Judiciário, principalmente a Justiça Militar da União, para processar e julgar os crimes militares definidos na lei, com reconhecimento de situação alcançada pelo Artigo 3º Comum.

No cenário de conflito armado, há de se considerar que o uso regular da força letal na neutralização de objetivos militares legítimos caracteriza

estrito cumprimento do dever legal, que serve de fundamento para os pedidos do Ministério Público de arquivamento ou de absolvição sumária, suportados pela excludente de ilicitude<sup>40</sup>.

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. Os fins, propósitos e objetivos pretendidos com a utilização das tropas federais estão colimados no conhecimento de que nada adianta manter as técnicas e táticas das polícias como “força policial convencional” contra grupos armados hostis, em territórios sob sua dominação.

A jurisprudência internacional tem recorrido a critérios para determinar se as hostilidades, ainda que episódicas, transcenderam o limiar necessário para serem classificadas como conflito armado interno: a intensidade do conflito e o nível de organização das partes<sup>41</sup>.

Um certo grau de organização das partes será suficiente para estabelecer a existência de um conflito armado.

As facções criminosas do RJ, organizadas com lideranças estabelecidas – algumas até conhecidas publicamente nas mídias – são grupos estruturados, que saem à luz do dia com armas de uso restrito, desencadeando cenas episódicas de violência contra a população civil, propriedades civis, forças de segurança ou até mesmo contra outros grupos armados.

O Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia (TPIY), na sua decisão Ljube Boskoski e Johan Tarculovski, identificou uma série de fatores que medem a intensidade do conflito, por exemplo<sup>42</sup>:

<sup>40</sup> PEREIRA, Carlos Frederico de Oliveira. *Gangues Territoriais e Direito Internacional dos Conflitos Armados*. p. 236. Curitiba: Juruá, 2016.

<sup>41</sup> O Tribunal Internacional para a Ex-Iugoslávia (TPIY) explicou a este respeito, ao orientar a avaliação de dois critérios para estabelecer a existência de um conflito armado interno: intensidade do conflito e a organização das partes [julgamento no Caso Tadic, par. 562]. Esses critérios são utilizados “apenas para o propósito, no mínimo, de distinguir um conflito armado de atos de delinquência, insurreições desorganizadas e de curto prazo, ou atividades terroristas, que não estão sujeitas ao Direito Internacional Humanitário” [julgamento do Caso Tadic, par. 562]. Consequentemente, um certo grau de organização das partes será suficiente para estabelecer a existência de um conflito armado.

<sup>42</sup> INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR THE FORMER YUGOSLAVIA (ICTY). The Prosecutor v Ljube Boskoski and Johan Tarculovski. Judgment. IT-04-82-T. 10 de julho de 2008. Par.177 e

- a) a gravidade dos ataques e seu aumento em quantidade ou dispersão no território;
- b) a propagação de enfrentamentos em um território e em um determinado período de tempo;
- c) o aumento de efetivo utilizado pelas forças militares de um país, a mobilização e a distribuição de armas;
- d) a atenção internacional que o conflito tenha recebido;
- e) o tipo de armamento empregado, o uso de equipamento militar, bloqueio ou o ataque a cidades e a extensão de sua destruição;
- f) o número de vítimas resultantes de ataques;
- g) o número de tropas e unidades destacadas;
- h) a ocupação de um território, cidades e vilas;
- i) o desdobramento das forças armadas em áreas críticas;
- j) o bloqueio de estradas.

Ainda que o conflito armado seja uma situação fática, independente de ato formal para seu reconhecimento, o agente estatal terá incremento da sua segurança jurídica, quando o Direito Operacional alcançar a definição clara da situação em que as tropas atuam, com o estabelecimento do correspondente marco legal aplicável.

A previsão em instrumento legislativo é um meio desejável e eficaz para o que se pretende, prevendo as regras de emprego das Forças Armadas em situações de decretação de estado de defesa ou estado de sítio, para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ameaçada por grupos armados hostis, incluindo a insurgência criminal. Por exemplo:

- a) a intervenção das forças armadas, em caso de grave comprometimento da ordem pública, deve ter a finalidade de enfrentar a capacidade armada de grupos hostis, no marco do Direito Internacional dos Conflitos Armados, mediante prévia

---

194. Disponível em: [http://www.icty.org/x/cases/boskoski\\_tarculovski/tjug/en/080710.pdf](http://www.icty.org/x/cases/boskoski_tarculovski/tjug/en/080710.pdf). Acesso em: 28 abr. 2018.

decretação de estado de defesa, quando um comando militar assume o controle da ordem interna;

b) o uso da força letal em estrito cumprimento do dever legal pelas Forças Armadas é procedente durante a vigência do estado de defesa ou estado de sítio, desde que assumam o controle da ordem interna para confrontar grupos armados hostis, assim classificados;

c) o uso da força letal pelas Forças Armadas contra um grupo armado hostil durante o estado de emergência ou estado de sítio está sujeito às regras de engajamento, elaboradas de acordo com o Direito Internacional dos Conflitos Armados.

Cabe ressaltar novamente que a inexistência da ideal previsão em lei não afasta o dever de aplicação do DICA, justamente por força dos compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro, ratificados com a internalização no seu ordenamento jurídico. É certo que sua aplicação não está condicionada a decreto formal de reconhecimento de situação excepcional – intervenção federal, estado de defesa, estado de sítio.

É possível combinar os estatutos de Direitos Humanos com Direito dos Conflitos Armados, a partir do atingimento do nível de violência alcançado pelo Artigo 3º Comum, ainda que restrito a uma área específica de um território, mesmo que episódico, como no caso La Tablada, na Argentina<sup>43</sup>.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos concluiu que o violento confronto entre os atacantes e membros das forças armadas argentinas, apesar de sua curta duração, desencadeou a aplicação das disposições do Artigo 3º Comum, bem como outras normas relevantes para a condução de conflitos armados internos<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso 11.137. Juan Carlos Abella vs Argentina. 18 de noviembre de 1997. “1 (...) El 23 de enero de 1989, 42 personas armadas protagonizaron un ataque al mencionado cuartel, resultando en un combate de aproximadamente 30 horas entre los atacantes y fuerzas de seguridad de Argentina, que resultó en las muertes de 29 de los atacantes y varios agentes del Estado. El cuartel del RIM contaba con un arsenal, de donde los atacantes se apoderaron de varias armas que utilizaron para defender sus posiciones luego de haber ingresado al mismo.”

<sup>44</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso 11.137. Juan Carlos Abella vs Argentina. 18 de noviembre de 1997. “(...) 154. La Comisión, después de haber evaluado los hechos

Registre-se que, naquele caso, inexistiu decreto reconhecendo situação excepcional para aplicação do DICA, pois de fato constatou-se a ocorrência de conflito armado, haja vista o nível de intensidade da violência empreendida pelo grupo armado invasor e a dimensão do efetivo de tropas militares empenhadas na repressão.

Situações excepcionais requerem medidas excepcionais.

O recomendável é definir em termos normativos qual a combinação de fatores que disparam a aplicação do DICA e ensejam derrogações de direitos fundamentais, nos casos de acionamento de mecanismos de proteção do Estado, para fazer face às situações de grave comprometimento da ordem pública, causadas pela violência das organizações criminosas elevadas à condição de grupos armados hostis, com certo grau de organização.

Reveste-se de grande importância unificar conceitos a respeito da denominação das atuais ameaças que afetam a plenitude da soberania nacional, como pode ser interpretado o cenário de violência episódica no Rio de Janeiro. Por exemplo, quais as características e o que se entende por grupos armados hostis, como evolução das ORCRIM, nível de organização desses grupos, grau de intensidade da violência, conflito armado não internacional de baixa intensidade.

---

de manera cuidadosa, considera que los actos violentos que ocurrieron en el cuartel de La Tablada los días 23 y 24 de enero de 1989, no pueden ser correctamente caracterizados como una situación de disturbios internos. Lo que allí ocurrió no equivale a demostraciones violentas en gran escala, estudiantes que arrojan piedras a policías, bandidos que toman rehenes para obtener rescate, o el asesinato de funcionarios del gobierno por razones políticas, todas ellas formas de violencia interna que no reúnen las características de conflictos armados.

155. Los hechos acaecidos en el cuartel de La Tablada se diferencian de las situaciones mencionadas, porque las acciones emprendidas por los atacantes fueron actos hostiles concertados, de los cuales participaron directamente fuerzas armadas del gobierno, y por la naturaleza y grado de violencia de los hechos en cuestión. Más concretamente, los incursores participaron en un ataque armado que fue cuidadosamente planificado, coordinado y ejecutado, v.gr. una operación militar contra un objetivo militar característico: un cuartel. El oficial a cargo del cuartel de la Tablada procuró, como era su deber, rechazar el ataque; y el Presidente Alfonsín, en el ejercicio de sus facultades constitucionales de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas, ordenó que se iniciara una acción militar para recuperar el cuartel y someter a los atacantes.

156. Por lo tanto, la Comisión concluye que el choque violento entre los atacantes y los miembros de las fuerzas armadas argentinas, a pesar de su corta duración, activó la aplicación de las disposiciones del artículo 3 común, así como de otras normas relevantes para la conducción de conflictos internos. (...) (original sem grifos)



A coordenação entre os decisores das operações militares, incluindo comandantes e agentes políticos, tem de contemplar as estratégias na repressão aos grupos armados hostis, com ações integradas e submissão de temas dilemáticos ao órgão consultivo competente<sup>45</sup> (considerando-se o Conselho de Defesa Nacional, no Nível Político, e o Conselho Militar de Defesa, no Nível Estratégico), para deliberar sobre caracterização e avaliação que influenciam no processo decisório, como por exemplo<sup>46</sup>:

- a) emitir instruções às Forças Armadas, no nível político, a respeito das estratégias de repressão aos grupos armados hostis, a fim de vincular entendimentos comuns entre os atores com capacidade de para avaliar o atingimento de situação alcançada pelo Artigo 3º Comum<sup>47</sup>;
- b) avaliar e decidir se um grupo armado hostil é a evolução de ORCRIM, como resultado da análise realizada com base em conhecimentos de inteligência. Se há o nível de organização necessário para configurar a aplicação do Artigo 3º Comum e considerá-lo objetivo militar legítimo, abrangendo os atores hostis encontrados em territórios dominados pela insurgência criminal;
- c) avaliar localidades críticas e definir as estratégias operacionais a serem desenvolvidas, em conformidade com a aplicação do Artigo 3º Comum;
- d) submeter relatórios de avaliação das operações militares, incluindo a ótica da inteligência, às instâncias de coordenação, periodicamente;

---

<sup>45</sup> No Nível Político, o Conselho de Defesa Nacional, como órgão de Consulta do Presidente da República nos assuntos relacionados com a soberania nacional e a defesa do estado democrático, na forma da Lei nº 8183, de 11 de abril de 1991. No Nível Estratégico, o Conselho Militar de Defesa, como órgão de assessoramento do Ministro de Estado da Defesa, para emitir diretrizes para o emprego das Forças Armadas, designar e ativar os Comandos Operacionais para planejamento de emprego previsto nas hipóteses de emprego, na forma do Decreto nº 7276, de 25 de agosto de 2010.

<sup>46</sup> Baseado na *Directiva Permanente Nr 015, de 22 de abril de 2016, del Ministerio de Defensa Nacional de la República de Colombia – Lineamientos del Ministerio de Defensa Nacional para Caracterizar y Enfrentar a los Grupos Armados Organizados (GAO)*.

<sup>47</sup> Mencionados neste cenário como sendo, principalmente, os comandantes militares, Ministério Público Militar, Justiça Militar da União e Supremo Tribunal Federal.

- e) submeter ao órgão consultivo as avaliações dos comandos operacionais, a fim de ratificar a avaliação sobre os grupos armados hostis e as decisões do Nível Estratégico quanto à concepção do uso da força, em conformidade com a aplicação do Artigo 3º Comum;
- f) encaminhar ao órgão consultivo no Nível Político a avaliação e decisão do Ministério da Defesa sobre a concepção estratégica para a repressão aos grupos armados hostis e a formulação de suporte à necessidade de aplicação do Artigo 3º Comum;
- g) definir qual órgão do Sistema Brasileiro de Inteligência será a instância técnica, para fins de caracterização de organizações, que atendam os níveis de violência e composição estrutural, a fim de qualificá-los como grupos armados hostis, visando à aplicação do Artigo 3º Comum.

Não se vence o conflito armado somente no terreno. O agente estatal tem de estar provido da confiança legítima de que o estrito cumprimento do dever legal estará suportado pela garantia da estabilidade jurídica das decisões.

Enquanto houver um agente sendo injustamente processado ou cumprindo os efeitos de uma condenação por ter participado da repressão à insurgência, as ações militares merecem continuar em todos os níveis de decisão.

## 5 CONCLUSÃO

É possível perceber a dilemática em torno da questão dos cenários do Rio de Janeiro.

Este breve estudo intentou esclarecer a existência de dispositivos legais do Direito dos Conflitos Armados, contidos no ordenamento jurídico brasileiro, resultantes de incorporação legislativa, que autorizam o uso de meios e métodos distintos das técnicas e táticas policiais, para atuar efetivamente contra a insurgência criminal no Rio de Janeiro.

O DICA é um ramo do Direito que merece ser estudado pelos decisores e operadores com responsabilidade de atuação nos cenários cariocas.

O Estado é o principal garantidor do Direito Internacional dos Conflitos Armados e assume obrigações para afastar e mitigar violações que possam ser cometidas por seus agentes, como também se torna responsável pela sua ação ou omissão diante de particulares ou grupos que realizem, inautorizadamente, funções próprias de Estado e incorram em infrações decorrentes desse exercício<sup>48</sup>.

Os homens de bem não podem ficar para trás. Nem a população civil. Os defensores fardados da Pátria, tampouco. Aplicar o marco legal adequado à situação de fato é equilibrar o Estado contra a insurgência criminal e garantir a necessária segurança jurídica para proteção do povo e seus agentes responsáveis por fazerem cumprir a lei.

É cristalino que a vertente militar e policial não são suficientes para o restabelecimento da ordem pública aos níveis de violência mais brandos, contudo são necessários para que outros vetores de atuação do Estado e do governo possam agir. Se as Forças Armadas não tiverem o suporte jurídico adequado e falharem, a quem o Estado brasileiro recorrerá?

O Supremo Tribunal Federal definiu que o direito à segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço<sup>49</sup>. Significa que a devolução do *status quo ante*, em relação ao grave comprometimento da ordem pública, é missão que vai além da atuação do braço armado do Estado.

Findando esta abordagem, toma-se por oportuna a citação de Clausewitz, quando afirmou hodiernamente que:

---

<sup>48</sup> Diretriz para Integração do Direito Internacional dos Conflitos Armados às Atividades do Exército Brasileiro (EB20-D-05.005), de 10 de fevereiro de 2016.

<sup>49</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 559.646/PR-AgR, Segunda Turma, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJe 24 jun. 2011.

o primeiro, o mais importante, o ato de apreciação mais decisivo que um homem de Estado ou um comandante-chefe executa consiste na apreciação correta do tipo de guerra que leva a efeito, a fim de não a tomar por aquilo que ela não é e não querer fazer dela aquilo que a natureza das circunstâncias lhe impede que seja.

Com isso, espera-se que o leitor, após decodificar este texto e verificar os fatores condicionantes para amoldar uma situação à aplicação do Artigo 3º Comum, poderá responder com certeza, para si, para a população civil carioca e para os operadores das forças estatais que atuam no terreno, quando haverá um conflito armado no Rio de Janeiro.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, DF, 1988.

\_\_\_\_\_. 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.

\_\_\_\_\_. 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.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 1001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. *Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]*, Brasília, DF, 1969.

# O valor das Convenções de Genebra à luz do princípio da humanidade: um estudo de caso

**Nelson Edson da Conceição Júnior**

Procurador da Fazenda Nacional. Mestre em Direito

**RESUMO:** O presente artigo tem como escopo analisar o valor das Convenções de Genebra à luz da evolução do direito humanitário a partir de um estudo de caso. Busca-se compreender as razões e os estágios de desenvolvimento do direito humanitário a partir da noção de guerra justa, do princípio da humanidade e da limitação da guerra pelos critérios da necessidade e da razoabilidade. O caso em estudo é descrito em livro autobiográfico que narra as consequências da invasão japonesa a Singapura durante a segunda grande guerra mundial em 1942, o ataque a um navio que retirava mulheres e crianças em busca de segurança e que veio a naufragar perto da ilha de Sumatra, e o tratamento dado aos náufragos, feitos prisioneiros de guerra, quando conseguiram chegar em terra firme. O estudo de caso apontará para a necessidade de regulamentação do tratamento de militares fora de combate, civis e prisioneiros de guerra, elementos que compõem regras das Convenções de Genebra de 1949, as quais lançaram uma luz sobre o Direito Humanitário demonstrando a absoluta necessidade de se impor limites ao modo de guerrear.

**PALAVRAS-CHAVES:** Direito internacional humanitário. Estudo de caso. Segunda Guerra. Invasão Japonesa. Aprisionamento. Náufragos. Excessos. Tratamento desumano. Regulamentação. Direito de Genebra. Princípio da Humanidade. Necessidade. Proporcionalidade. Meios e fins. Limites. Direito de guerrear. Convenções. Proteção. Civis. Feridos.

## ENGLISH

**TITLE:** The value of the Geneva Conventions according to the principle of humanity: a case study.

**ABSTRACT:** This article aims at analyzing the value of the Geneva Conventions in light of the evolution of humanitarian law from a case study. It seeks to understand the reasons and stages of humanitarian law development from the view of just war, the principle of humanity and the limitation of war by the criteria of necessity and reasonableness. The case which is being studied is described in an autobiographical book that tells the aftermath of the Japanese invasion of Singapore during the Second World War in 1942, the attack on a ship that withdrew women and children for safety reasons, which sank near the island of Sumatra. It also talks about the treatment given to the castaways, who were taken as prisoners of war when they managed to land. The case study will point to the need for regulation of the treatment given to the out-of-combat military personnel, civilians and prisoners of war, which are the elements of the 1949 Geneva Conventions, it shed light on humanitarian law by showing the absolute need to impose limits on the way of warfare.

**KEYWORDS:** International humanitarian law. Case study. Second war. Japanese invasion. Imprisonment. Castaways. Excess. Inhuman treatment. Regulation. Geneva law. Principle of Humanity. Necessity. Proportionality. Means and ends. Limits. Right to war. Conventions. Protection. Civil. Injured.

## SUMÁRIO

1 Introdução 2 – Jus in bello: as bases do direito humanitário – 2.1 O princípio da guerra justa: de Cícero a Agostinho – 2.2 Princípios relativos ao jus ad bellum – 2.2.1 Justa causa – 2.2.2 Justiça comparativa – 2.2.3

Intenção correta – 2.2.4 Autoridade competente – 2.2.5 Último recurso – 2.2.6 Declaração pública – 2.2.7 Razoável probabilidade de êxito – 2.2.8 Proporcionalidade – 2.2.9 Paz como objetivo final da guerra – 2.3 Princípios relativos ao jus in bello – 2.3.1 Proporcionalidade – 2.3.2 Discriminação entre combatentes e não combatentes 3 – A guerra sob a perspectiva jurídica: retrospectiva até o Direito de Genebra – 3.1 Guerra e racionalidade jurídica – 3.2 Código de Lieber de 1863 – 3.3 Tratado de Paris de 1865 – 3.4 Convenções de Genebra de 1864 e 1906 – 3.5 Conferências de Bruxelas de 1874 e Código de Oxford de 1880 – 3.6 Convenções de Haia de 1899 e de 1907 – 3.7 Convenção de Genebra de 1929 – 3.8 Convenções de Genebra de 1949: um contraponto aos excessos da segunda guerra sob os princípios da humanidade – 3.8.1 A proteção dos feridos e enfermos na guerra em campanha – 3.8.2 A proteção dos feridos, enfermos e náufragos na guerra marítima – 3.8.3 A proteção dos prisioneiros de guerra – 3.8.4 A proteção dos civis em tempo de guerra – 3.8.5 Dos protocolos adicionais – 3.8.6 Considerações sobre a viabilidade de punição aos infratores – 4 Imagens de uma guerra injusta: “cantos de sobrevivência” em Sumatra, 1945-1945 – 4.1 Contextualizando o caso em enfoque – 4.2 Nadando em direção do inimigo: o paradoxo da esperança – 4.3 A captura e o princípio das dores – 4.4 O cativo e o abuso da força – 4.5 O fim da guerra e o saldo negativo – 5 Conclusão.

## 1 INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva analisar a potencialidade do Direito Internacional Humanitário, em especial no contexto das Convenções de Genebra, como instrumentos de fazer prevalecer o princípio da necessidade e o princípio da humanidade, tanto na deflagração dos conflitos entre Estados, quanto, em especial, no modo como essas guerras são travadas entre eles.

Inicialmente, foi feita uma incursão retrospectiva no Direito Humanitário a partir de suas bases no pensamento clássico de Cícero, em Roma, onde emerge o conceito de Guerra justa, até o pensamento de Agostinho de

Hipona, onde o conceito é melhor desenvolvido, chegando-se à diferenciação entre as normas que legitimam a iniciativa da Guerra (*jus ad bellum*) e das normas que legitimam o esforço de guerra (*jus in bello*).

Uma análise histórica dos documentos que sistematizaram costumes de guerra e que se esforçaram por normatizar regras limitadoras do poder de fazer guerra perpassa pela ideia de racionalidade jurídica da guerra, do Código de Lieber de 1963 até as Convenções de Genebra de 1949.

Nesse ponto, foi feita uma análise detalhada das principais regras das Convenções de Genebra de 1949, à luz dos princípios da humanidade e da necessidade, detalhando os regimes jurídicos das quatro convenções em seus pilares essenciais: a proteção dos feridos em campanha, a proteção dos feridos, enfermos e náufragos na guerra marítima, a proteção dos prisioneiros de guerra e a proteção dos civis.

No desfecho, foi feita uma análise de caso real historiado no livro “*Songs of Survival*”, de Helen Colijn, a qual historiou os principais fatos acontecidos quando vivia no sudeste da Ásia, tendo sido forçada, com sua família, a mudar para a Austrália, quando o navio que os levava foi atacado por aviões de guerra japoneses, iniciando uma verdadeira luta pela sobrevivência, que em muito poderia ter sido atenuada se vigorassem as regras de Direito Internacional Humanitário em que consistem as Convenções de Genebra de 1949, parâmetro sobre o qual, ao final, consta uma análise dos fatos, confirmando o valor dessas convenções como instrumentos de proteção humanitária.

## **2 JUS IN BELLO E JUS AD BELLUM: AS BASES DO DIREITO HUMANITÁRIO**

### **2.1. O princípio da guerra justa: de Cícero a Agostinho**

O estudo do Direito Internacional Humanitário passa, ao longo dos vários documentos históricos que tentaram regular freios nos meios utilizados na guerra, pela noção de justiça no ato de guerrear.



Distein (2004, p. 21) definiu guerra como “a interação hostil entre dois ou mais Estados [...] produzida por uma declaração de guerra [...] gerada pelo uso de força armada, que deve ser extensiva e realizada por pelo menos uma das partes do conflito.

A Guerra parece ser uma realidade inerente às sociedades ao longo do tempo, e, embora seja uma situação excepcional nas relações internacionais, parte da ideia de necessidade para fazer prevalecer interesses precisos aos olhos de nações.

Para Distein (2004, pp. 87-88), desde Cícero que se reconhecem certos motivos legítimos para a declaração da guerra. A aprovação do início das hostilidades pelos *festiales* (corporações de sacerdotes encarregados, segundo o autor, dentre outras, de obrigações inerentes ao início da guerra) era, em Roma, condição para que uma guerra fosse considerada justa (*jus ad bellum*), o que somente poderia acontecer após o endereçamento de uma demanda ao oponente exigindo, em prazo estabelecido, a satisfação do dano ou ofensa causada a Roma.

Em Agostinho (2000), vemos que a justiça deve ser a motivação correta para a guerra, de modo que nem todas as guerras podem ser consideradas justas. Para alcançar o desiderato da justiça, em certas situações, a guerra seria algo necessário. Assim, era necessário distinguir duas questões fundamentais: em que circunstâncias é possível iniciar uma guerra (*jus ad bellum*) e quais os limites no modo de travar uma guerra (*jus in bello*).

De acordo com Mattox (2009, pp. 10-11), a principal diferença entre o *jus ad bellum* e o *jus in bello* é que, apesar da semelhança entre as expressões, o primeiro é o resultado de tudo o que se espera de um Estado antes da decisão de entrar em guerra, enquanto o segundo corresponde ao conjunto de ações permitidas após a entrada em guerra.

Costa (2004, pp. 126-127) analisa o conceito de “Guerra Justa” em Agostinho a partir da premissa de que “a paz entre o homem mortal e deus é a obediência ordenada pela fé sob a lei eterna”. A paz dos homens entre si, sua ordenada concórdia. E a paz da cidade, a ordenada concórdia entre os governantes e os governados”. A paz, portanto, diretamente relacionada às

concórdias divina, humana e política, seria, em Agostinho, o mais excelente de todos os bens, e até a guerra deve servir de instrumento justo de realização de paz; de tal modo que “a guerra justa” não é um bem em si mesmo, mas um instrumento que leva à paz. Daí o princípio da necessidade como critério reitor do chamado *jus ad bellum*.

Para traçar um paralelo entre o Direito Humanitário Internacional e os primórdios, é crucial entender que os princípios que orientam o conceito atual de “Guerra Justa” vêm da tradição agostiniana e, como acentua Mattox (2006, pp. 09-12), são nove relativos ao “Direito de ir à guerra” ou *jus ad bellum* e dois relativos ao “modo de guerrear” ou *jus in bello*.

## **2.2 Princípios relativos ao Jus ad bellum**

Embora a circunstância da presença desses nove requisitos não obrigue a declaração de guerra, na presença de seu conjunto, tradicionalmente, afirma Mattox (2006, p. 9), reconhece-se que o Estado está moralmente justificado para entrar em guerra. Vejamos quais são eles segundo o citado autor:

### **2.2.1 *Justa causa***

A razão determinante para a guerra deve ser uma causa justa, o que, em linhas gerais, significa apenas exercer o direito de defesa, inclusive de pessoas inocentes contra ataques armados, assim como recuperar pessoas e coisas subtraídas indevidamente, ou ainda para punir o mal injusto causado.

### **2.2.2 *Justiça comparativa***

Apesar de a guerra ser uma possibilidade ética, é presumível que o recurso à guerra deve ser uma forma excepcional de resolução de conflitos. Como diria Agostinho, “é mais justo manter a paz com a paz, do que com a guerra” (COSTA, 2004, p. 127).

### **2.2.3 *Intenção correta***

Mattox afirma (2009, p. 9) que “os motivos aparentes que justificam uma guerra não são os únicos a justificar o conflito: as razões implícitas também são importantes (tradução nossa)<sup>1</sup>. Em outras palavras, o que justifica as guerras não são apenas as razões declaradas, mas as razões não declaradas, os motivos interiores, os objetivos implícitos, que devem estar identicamente alinhados a uma motivação coerente com a preservação da paz e com a ideia de guerra como último e necessário recurso.

### **2.2.4 *Autoridade competente***

A decisão de declarar guerra deve estar a cargo apenas da autoridade ou grupo de autoridades reconhecidamente investidos no poder de declaração, autoridade máxima reconhecidamente competente para emitir a declaração.

### **2.2.5. *Último recurso***

Para que uma guerra seja justamente declarada, as circunstâncias devem claramente indicar que não há outros meios razoáveis de satisfazer as justas exigências contra o estado ofensor. Apesar de competente para declarar, a declaração deve ser evitada sempre que persistam razoáveis motivos para evitar a sua declaração.

### **2.2.6. *Declaração pública***

O esforço de guerra (que consome recursos e energia da nação) deve ser precedido de uma declaração formal ao estado ofensor demonstrando que foram esgotados os meios pacíficos de resolução da querela, em forma

---

<sup>1</sup> The outwar disposition of parties contemplating war is not a sufficient guide as to whether the resort to war is actually justified; the invisible (but no less real) inward disposition is also important.

de um ultimato, dando uma última oportunidade em tempo especificado para que o querelado adote medidas de solucionar a questão antes do início das operações.

### ***2.2.7. Razoável probabilidade de êxito***

Mesmo que a causa que impele à guerra seja tão nobre a merecer defesa, uma guerra que apresenta pouca ou nenhuma esperança de servir como meio de satisfação contra as justas queixas relativas ao estado ofensor não é moralmente justificável.

### ***2.2.8. Proporcionalidade***

Os valores morais desejados com o esforço de guerra devem superar o mal naturalmente esperável ou presumível do esforço de guerra.

### ***2.2.9. Paz como o objetivo final da guerra***

Segundo Mattox (2009, p. 10), “o fim da violência, a prevenção da violência futura e, na medida do possível, o estabelecimento ou restauração da felicidade e do florescimento humano, enfim, uma paz justa e duradoura, deve ser o objetivo final pelo qual a guerra é travada” (tradução nossa)<sup>2</sup>.

## **2.3. Princípios relativos ao jus in bello**

Ainda segundo Mattox (2009, pp. 10-11), há dois princípios que justificam os meios pelos quais a guerra é travada; são eles:

---

<sup>2</sup> The end of violence, the avoidance of future violence and, to the greatest extent possible, the establishment or restoration of happiness and human flourishing, in short, a just and lasting peace, must be the end toward the war is fought.

### **2.3.1. Proporcionalidade**

Também no modo de fazer guerra é exigida a noção de proporcionalidade, no sentido de que apenas a “força militar necessária” deve ser empregada e, ainda assim, apenas com o objetivo de concluir o conflito o mais breve possível. Esse princípio proíbe o uso de técnicas como a tortura, bem como limita a utilização de certos tipos de armas (ex. armas a laser).

### **2.3.2. Discriminação entre combatentes e não combatentes**

Apenas os combatentes podem ser objeto de emprego de violência. Tradicionalmente enquadram-se no conceito de não combatentes soldados feridos, prisioneiros de guerra, capelães, mulheres (não engajadas), crianças, idosos e doentes, além do pessoal sanitário, que se presumem não integrantes do esforço de guerra.

## **2 A GUERRA SOB A PERSPECTIVA JURÍDICA: RETROSPECTIVA ATÉ O DIREITO DE GENEVRA**

### **2.1 Guerra e racionalidade jurídica**

Como se percebe pelo rol de princípios que foram sendo incorporados aos costumes de guerra na experiência conflitiva das nações, percebe-se um quê de juridicidade no rol de princípios estudados, os quais correspondem, em certa medida, a direitos naturais, enquanto parcela de direitos na expressão mais ampla do termo (e independente de positivação em qualquer ordem internacional ou interna), os quais podem ser compreendidos, de acordo com a perspectiva de Grotius (2000, p. 78), como obrigações morais daqueles que são honestos.

Aos poucos, esses princípios foram sendo incorporados no Direito Interno de alguns países, bem como em tratados internacionais que passaram a vincular as partes contratantes.

É a fase do Direito Internacional Humanitário sendo consolidado no plano positivo, inspirados principalmente no *jus in bello*, ou seja, nos meios legítimos e necessários para se alcançar, ao menor sacrifício humano, ambiental e material e por meio de recursos razoáveis, os justos objetivos militares para por fim, no mais rápido intervalo de tempo possível, às hostilidades.

A positivação do Direito Internacional Humanitário ocorreu, principalmente, por meio das Convenções de Genebra de 1949 e seus protocolos adicionais de 1977 (textos reconhecidos, de uma maneira geral, como o próprio Direito Internacional Humanitário); mas, para se chegar ao conteúdo das referidas convenções, é importante o estudo dos documentos que as precederam.

## **2.2 Código de Lieber de 1863**

Produto da Guerra Civil americana, o Código elaborado por Francis Lieber foi uma compilação de vários costumes de guerra em vigor na comunidade internacional, elaborado a pedido do Presidente Estadunidense Abraham Lincoln em 1863, e que teve por objetivo uniformizar e coordenar a atuação do Exército dos Estados Unidos em guerra (GUEDES, 2018), reconhecendo, por exemplo, a proteção de bens culturais durante bombardeios, se evitável o dano; a proteção das mulheres, da família e da religião (com exceção do uso temporário dos bens); e a possibilidade de morte de todo militar que cometa roubo, pilhagem, saque, estupro ou homicídio, condutas terminantemente proibidas e puníveis com pena de morte.

## **2.3 Tratado de Paris de 1856**

Assinado pela França, Inglaterra e Rússia ao fim da Guerra da Crimeia em 30 de março de 1856, resultou em uma Declaração assinada por Inglaterra e França pela qual, as convenientes se comprometiam a diminuir a insegurança sempre relacionada à guerra marítima (principalmente por

conta da prática da pirataria), por meio do compromisso de não procederem ao sequestro de bens inimigos em navios neutros, nem de bens neutros em navios inimigos (ALTMAN, 2014). Trata-se de importante iniciativa histórica entre potências mundiais que decidiram limitar o seu direito de guerrear no tocante aos meios empregados.

## **2.4 Convenções de Genebra de 1864 e 1906**

De acordo com Laidler (2011, p. 1), reconheceu a recém-criada (por Henry Dunant) Cruz Vermelha e estabeleceu a neutralidade de ambulâncias e hospitais militares e de demais indivíduos que prestassem socorro a vítimas de conflitos.

Estabelecendo a base do Direito Internacional Humanitário (NÉS-POLI, 2013), chamada de Convenção de Genebra para Melhoria das Condições dos Feridos e dos Enfermos das Forças Armadas em Campanha, foi assinada por doze países estabelecendo a proteção em geral daqueles que cuidam dos feridos de guerra.

A convecção de 1906 estendeu as regras da Convenção de 1864 à guerra marítima.

## **2.5 Conferências de Bruxelas de 1874 e Código de Oxford de 1880**

Tratados, aqui, em conjunto, mais pela importância histórica como documentos que influenciaram a sistematização dos costumes internacionais de guerra do que pela própria juridicidade, visto que não foram submetidos a ratificação.

As conferências de Bruxelas de 1874, de acordo com Laidler (2011, p. 1), foram convocadas pelo governo da Rússia em razão do sucesso da campanha promovida por Henry Dunant em Paris, em defesa das vítimas de guerra, após ter participado e vivenciado os horrores da Guerra na Batalha de Solferino, na Itália, tendo realizado as primeiras definições da Guerra Terrestre.

Mais tarde, em 1880, um conjunto de 86 artigos sobre a guerra terrestre, elaborado por Gustave Monier, e aprovado pelo Instituto de Direito Internacional, em sessão realizada em Oxford, definiu uma série de princípios básicos de guerra, como a proibição do uso de substâncias tóxicas, a proibição de causar sofrimento desnecessário e a proibição de matar um oponente incapacitado, bem como a proibição da ordem de que nenhuma misericórdia seja dada.

Os princípios de ambos os textos inspiraram os documentos que foram assinados pelas nações durante todo o período que lhe foi posterior, até 1977.

## **2.6 Convenções de Haia de 1899 e de 1907**

Contêm uma série de artigos que disciplinam a conduta dos estados beligerantes e a solução pacífica dos conflitos, tendo assegurado a igualdade entre os Estados.

## **2.7 Convenção de Genebra de 1929**

Voltada para os prisioneiros de Guerra, obrigou os contratantes a tratar prisioneiros humanamente, proibiu tortura, pressão física e psicológica e tratamentos desumanos.

## **2.8 Convenções de Genebra de 1949: um contraponto aos excessos da segunda guerra sob o princípio da humanidade**

Dados disponíveis no sítio da Cruz Vermelha na Internet<sup>3</sup> dão conta de que as quatro Convenções de Genebra de 1949 são o eixo contemporâneo do Direito Internacional Humanitário, consistentes em tratados que foram ratificados por praticamente todos os Estados.

---

<sup>3</sup> Disponíveis em: <https://www.icrc.org/pt/publication/convencoes-de-genebra-de-12-de-agosto-de-1949>



Os textos são o produto da revisão dos documentos anteriormente citados, e voltam-se basicamente para quatro eixos: a proteção dos feridos e enfermos na guerra em campanha (terrestre); a proteção dos feridos, enfermos e náufragos na guerra marítima; a proteção no tratamento dos prisioneiros de guerra; e a proteção dos civis em tempo de guerra.

### ***2.8.1 A proteção dos feridos e enfermos na guerra em campanha***

Merecem destaque, para os fins deste artigo, a propósito da Primeira Convenção de Genebra de 1949 (adaptada às condições da guerra moderna após o primeiro conflito mundial), a irrenunciabilidade dos direitos dos feridos e enfermos (inclusive de serem assistidos pelo pessoal da Cruz Vermelha), a proteção em toda e qualquer circunstância dos membros das forças armadas e outros tipos de combatentes que venham a ser feridos ou que se encontrarem enfermos, bem como seus acompanhantes, membros de tripulação mercante e aviação civil, e integrantes da população civil que pegue em armas para defender o seu território.

A Convenção inclui o direito ao recolhimento dos feridos, ao sepultamento dos mortos, e a proteção contra maus tratos e a pilhagem.

Inclui o dever de identificação analítica dos feridos, a proteção dos estabelecimentos e do pessoal sanitário, a proteção dos portadores de sinais distintivos, dentre outros aspectos.

### ***2.8.2 A proteção dos feridos, enfermos e náufragos na guerra marítima***

A Segunda Convenção de Genebra de 1949 estendeu a proteção prevista na primeira convenção aos feridos, enfermos e náufragos da guerra marítima, bem como aos religiosos e aos sanitários, cujos direitos são, identicamente, irrenunciáveis.

Um dos aspectos de relevo dessa Convenção é a obrigação de, após um combate, as partes em conflito tomarem todas as precauções em busca de

náufragos e feridos em combate, para que recebam os cuidados necessários, bem como a busca pelos mortos para que sejam dignamente sepultados.

Os prisioneiros de guerra passam a ser protegidos pelo direito das gentes, e podem, inclusive, ser repatriados ou entregues em porto neutro, ficando impedidos de combater até o fim das hostilidades.

A Convenção também confere proteção especial às embarcações de qualquer tipo que tenham atendido ao pedido de caridade de recolhimento de feridos e náufragos em decorrência do conflito.

Os navios-hospital ganham proteção especial, não podendo ser atacados de forma nenhuma, nem ser capturados. Também gozam de proteção especial o pessoal sanitário e religioso que neles servem.

É assegurado o direito de transporte de medicamentos necessários ao tratamento dos feridos, dentre outros aspectos.

### ***2.8.3 A proteção dos prisioneiros de guerra***

A Terceira Convenção de Genebra de 1949 estende a proteção especial a todos os que não tomarem parte nas hostilidades, incluindo os militares que tiverem deposto suas armas. Também define como prisioneiros de guerra todas as pessoas que caírem em poder do inimigo quando estavam engajadas.

A proteção especial dos prisioneiros de guerra inclui, a título de exemplo, a impossibilidade de transferência de prisioneiros para países que não sejam signatários da Convenção, o tratamento com humanidade, sendo proibida a morte ou a exposição a perigo grave, o respeito à pessoa e à honra, e o tratamento igualitário, sem discriminação de raça, religião ou outro critério semelhante.

Os prisioneiros, quando interrogados, só possuem o dever de identificar-se. Ademais, têm o direito a carteira de identificação; à proteção contra a tortura física ou moral; bem como o direito de cativo, tão breve quanto possível, fora das zonas de combate; e não podem ser internados em penitenciárias, salvo no interesse de si próprios.

Também possuem o direito a instalações que garantam condições mínimas de higiene, bem como direito a uma alimentação e a cuidados sanitários que garantam a conservação de sua saúde.

Possuem, ainda, liberdade de culto e assistência religiosa, além de tratamento compatível com o grau hierárquico, ficando, a potência detentora, obrigada a reconhecer eventuais promoções de internos que lhes forem regularmente comunicadas.

Os oficiais não podem ser obrigados a trabalhar. Os suboficiais podem, apenas em serviços de vigilância. As praças, em serviços compatíveis com o seu estado de saúde, idade e capacidade física.

Os prisioneiros podem receber remessas de dinheiro que lhes sejam enviadas, entre outros direitos, inclusive o de ter uma conta aberta pela Potência Detentora para administração, pelo internado, dos seus rendimentos.

#### ***2.8.4 A proteção dos civis em tempo de guerra***

A última das convenções confere proteção especial aos civis, que tem direito ao respeito a sua pessoa, sua honra, seus direitos de família, suas convicções e práticas religiosas, hábitos e costumes.

Fica proibida a utilização de civis como escudo humano, assim entendida a situação em que os civis são colocados em locais que se deseje, com as suas presenças, colocar ao abrigo de operações militares.

Fica proibida a adoção de medidas que causem sofrimento físico ou extermínio de pessoas, tortura, assassinato, mutilações, experiências científicas ou médicas que não sejam necessárias para o tratamento da pessoa protegida.

O direito de saída do território em conflito pode ser exercido mediante processo de solicitação, e a saída pode ser condicionada em face dos interesses do Estado em que se encontram, assegurado o direito de recurso.

É garantido o direito a uma oportunidade de trabalho aos que perderam sua fonte de renda em razão da guerra.

É garantido o direito à proteção especial dos nacionais do Estado ocupado pela nação inimiga.

Fica proibido o alistamento obrigatório de civis da potência ocupada, nas forças armadas da potência ocupante, bem como a destruição de bens de particulares, a menos que necessário para as operações militares, entre outros.

#### ***2.8.5. Dos protocolos adicionais***

Ao conjunto de direitos previstos nas quatro convenções de 1949, três protocolos adicionais foram assinados em 1977, acrescentando outros direitos como aqueles relativos a restrições à utilização de embarcações ou instalações sanitárias, a proibição de navios sanitários sobrevoarem ou aterrissarem em território neutro, estabelecendo o dever de realizar buscas a pessoas desaparecidas, bem como proteção às sepulturas e despojos dos falecidos em razão do conflito.

Também foi proibida a utilização de armas capazes de causar danos ou sofrimento desnecessários, bem como a morte por perfídia (a exemplo de uma simulação de rendição), bem como o uso de uniformes, símbolos e distintivos de estados neutros.

Fica, também, proibida a ordem de denegação de quartel (para que não haja sobreviventes), bem como a morte ou ataque a indivíduos fora de combate.

Fica proibido o ataque a paraquedistas durante a descida.

Perde o direito à proteção especial todo aquele que for praticante de espionagem, bem como negado o conjunto de direitos do prisioneiro de guerra e do combatente aos mercenários.

A fome dos civis fica proibida como método de guerra.

O meio ambiente passa a ser sujeito de proteção especial.

#### ***2.8.6 Considerações sobre a viabilidade de punição aos infratores***

Um aspecto distintivo das Convenções de Genebra de 1949 é a assunção da obrigação de punir os infratores das regras estipuladas nas convenções.

Os Estados assumem o compromisso de viabilizar (por exemplo, por iniciativas de lei) a punição criminal dos infratores.

De um modo geral, procurou-se mitigar bastante o conceito de Guerra Justa que surgiu por influência das teologias antiga e medieval, havendo, hoje, um complexo rol de normas por meio das quais os Estados limitaram bastante o seu *jus in bello*,

Com certeza, os avanços legislativos historiados contribuíram muito para o desenvolvimento do direito internacional humanitário cujo eixo central são as Convenções de Genebra de 1949.

## **4 IMAGENS DE UMA GUERRA INJUSTA: “CANTOS DE SOBREVIVÊNCIA” EM SUMATRA, 1942-1945**

### **4.1 Contextualizando o caso em enfoque**

O caso em enfoque foi extraído do Livro “Songs of Survival”, da sobrevivente Helen Colijn (holandesa) que, em 1942, foi feita prisioneira de guerra na Ilha de Sumatra, após um naufrágio causado por ataque aéreo quando o navio em que fugia para a Austrália foi interceptado pela Força Aérea japonesa, em pleno Oceano Índico.

De acordo com a autora, cujo livro tem tom biográfico e narra acontecimentos verídicos, sua família vivia em uma ilha situada no Sudeste da Ásia, em uma ilha chamada Tarakan, quando, em fevereiro de 1942, as forças japonesas, em plena segunda guerra mundial, invadiram Cingapura, ficando próximos o suficiente para colocar em risco a população europeia que ocupava a região, então sob o domínio das índias orientais (possessão Holandesa).

De Tarakan para Bandung, na Ilha de Java, de Bandung para buscar asilo na Austrália, deixando sua mãe, enfermeira, Zus Colijn, nas mãos dos japoneses em Tarakan. E os japoneses iam se acercando de suas bases.

O plano de fuga envolvia a evasão de Helen, suas irmãs Anoinette e Alette, e seu pai Anton, e continha um cenário de risco, dado que a autonomia

de voo das forças japonesas era de doze horas da porção de terra firme, tempo durante o qual navegariam em águas perigosas e sob a constante expectativa de um ataque inimigo, embora a embarcação, a Nau Puelau Bras, contivesse, em sua maioria, mulheres, crianças e homens civis em fuga diante dos perigos da guerra.

Coletes salva-vidas foram ajustados com um laço forte por Anton, no convés da embarcação, pouco antes de ingressarem em águas seguras, e eis que se depararam com nove aeronaves de guerra prateadas, as quais arremeteram contra a nau persistentemente disparando torpedos e projéteis de menor calibre, até que o navio veio a pique.

#### **4.2 Nadando em direção do inimigo: o paradoxo da esperança**

O esforço de salvamento resultou numa luta incessante contra a morte, para Helen, que, apesar de ter conseguido se salvar em bote salva-vidas, perdeu o seu abrigo em ataque relutante por um inimigo que não queria deixar sobreviventes, ou, ao menos, matar tantos quanto fosse possível.

Novamente jogada ao mar, Helen foi finalmente recolhida a outro bote salva-vidas, ao custo de muito esforço, mesmo bote em que seu pai, Anton, se encontrava.

Depois de passar pela apreensão pelo risco de não ser recolhida por falta de espaço na embarcação, angústia foi recompensada pela alegria de rever seu pai a salvo, fato que em nada diminuiu o desafio da sobrevivência que apenas se iniciava.

Um dos sobreviventes era Terceiro Oficial do navio Puleau Bras, que agora tinha, com base na sua carta náutica, nos instrumentos de navegação disponíveis e nas suas habilidades de navegador decidir para onde navegar.

A conclusão foi surpreendente e indignou a maioria dos integrantes da pequena embarcação: estando longe demais a costa da Austrália, destino final não fosse o fatídico ataque inimigo, a porção de terra mais viável para garantir a sobrevivência de todos era a Ilha de Sumatra, território sabidamente ocupado pelos inimigos japoneses.

Dez dias se passaram ao custo de racionamento de água doce e da pouca comida disponível, até que, em 13 de março de 1942, chegaram a terra firme em território sob a ocupação japonesa, com a firme esperança de conseguirem algum transporte fretado para a Austrália, antes de serem capturados pelos japoneses.

Para infelicidade dos naufragos que salvaram juntamente com Helen, e de tantos outros que chegaram a diferentes localidades da Ilha de Sumatra, os inimigos os capturaram, sendo separados por sexo, mulheres e crianças dos homens, e sido enviados a campos de concentração como prisioneiros de guerra.

A esperança de sobreviver ao naufrágio se converteria na esperança de sobreviver ao inimigo em terra firme, nas piores condições que seriam possíveis naquele contexto.

### **4.3 A captura e o princípio das dores**

Após serem capturados por tropa que se movia com bicicletas, e passarem por detalhado interrogatório para serem identificados, tiveram uma longa caminhada até o lugar indicado pelo oficial responsável pelo seu interrogatório, de onde foram mandados para campos de internação “provisoriamente” (até a guerra acabar) em Java.

As condições não eram as melhores nem de longe. Comida escassa, freiras e enfermeiras feitas prisioneiras de guerra, espaço precário para acomodação de quatrocentas mulheres e crianças sem redes contra mosquitos, sem sapatos ou roupas que ficaram para trás, tendo que se curvar para os guardas em sinal de submissão ao Imperador Hirohito, sem notícias do exterior, sem dinheiro, sofrendo privações de remédios dentre outras mais diversas.

### **4.4 O cativo e o abuso da força**

O tratamento recebido no cativo, relata a autora (no capítulo sete), foi marcado por soldados rudes, sem instrução e desleixados, que ignoravam

todos os pedidos das internas, e que, ocasionalmente, as tratavam com muita grosseria.

Castigos cruéis para os infratores, espetáculos de particular crueldade que duravam dias até a morte dos prisioneiros, separação de crianças de doze anos de suas mães mediante agressões físicas, condições desumanas e degradantes que duraram até o fim do cativeiro, que coincidiu com o fim da guerra em 1945.

Uma das coisas boas relatadas foi o surgimento de um coro de mulheres que trouxe algum alívio aos espíritos atormentados pelas condições do campo de internação, fato que justificou o título do livro com base no qual é feito o relato de caso “Cantos de Sobrevivência” (tradução nossa), e o título em português do filme que foi feito sob inspiração nessa obra, “Canto de Esperança”.

Ao contrário do que se passou em outros campos de concentração em que a prática da arte havia sido proibida, para Helen e suas companheiras, a permissão para o funcionamento do Coral foi um contraponto à desumanidade com que eram comumente tratadas.

#### **4.5. O fim da guerra e o saldo negativo**

O cativeiro chegou ao fim após três longos anos, em 24 de agosto de 1945, o que permitiu que os homens saíssem de seus cativeiros e fossem ao encontro das mulheres e das crianças. Muitos, porém, faltavam, inclusive Anton, pai de Helen.

Aos poucos, tropas aliadas foram chegando para resgatar os internos, de onde foram levados para hospitais para tratamento médico, antes de serem repatriados.

Muitos morreram pelo caminho, mortes que poderiam ter sido evitadas com a adoção de cuidados mínimos, mas essenciais. Como o acesso de pessoal sanitário, de medicamentos; como a permissão para o recebimento de dinheiro; como o tratamento mais humano.

A evacuação total do Campo de Belalau, último campo em que as sobreviventes ficaram, ocorreu em outubro de 1945. Depois de algum tem-



po, a família de Helen, exceto seu pai, que havia falecido, mudou-se para a Califórnia, nos Estados Unidos da América.

As músicas do campo de concentração foram apresentadas com sucesso em vários musicais, como saldo positivo daquele difícil período, em que muitos danos desnecessários poderiam ter sido evitados, se as Convenções de Genebra já estivessem em vigor, ou mesmo se os japoneses tivessem tido a disposição de observar o incipiente rol de normas que já existiam.

## 5 CONCLUSÕES

Analisando os fatos narrados no caso estudado à luz do Direito Internacional Humanitário, percebe-se que houve sistemático desrespeito às normas existentes, desde o abuso da força ao atingir um navio que não era objetivo militar, passando pela agressão a tiros dos náufragos em busca de sobrevivência, até as péssimas condições a que foram submetidos nos campos de concentração.

As prerrogativas dos integrantes da Cruz Vermelha foram sistematicamente ignoradas, civis foram feitos prisioneiros de guerra sem se terem engajado nos combates; mulheres, crianças e homens foram submetidos a tratamento desumano e degradante.

Muitas mortes poderiam ter sido evitadas se as Convenções de 1949 já existissem ao tempo dos eventos, e se o Japão fosse, então, subscritor dessas normas, como veio a ser posteriormente.

Percebe-se que as matérias de interesse moral e humanitário contidas nas quatro convenções de Genebra e seus protocolos adicionais seriam suficientes para evitar muitos dos danos diretos e colaterais vivenciados por aquelas pessoas vítimas do maior conflito bélico de todos os tempos.

O espetáculo de horror vivenciado por Helen Colijn lança luz sobre o conceito de Guerra Justa do ponto de vista da guerra como ultimíssima razão, e, em vindo a ocorrer, segundo critérios normativos que, hoje, limitam bastante o *jus in bello*.

Ao que parece, as Convenções de Genebra foram um salto civilizatório importante para todos os que as subscreveram; resta, no entanto, que países como o Brasil adotem meios de efetivação das normas nelas contidas, em especial a tipificação de vários crimes de guerra que ainda não fazem parte do nosso arcabouço jurídico..

## REFERÊNCIAS

- AGOSTINHO, S. *A cidade de Deus*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.
- ALTMAN, Max. Hoje na História: 1856 – Guerra da Crimeia chega ao fim. 30/03/2014. *Opera Mundi*. Disponível em: <https://operamundi.uol.com.br/historia/34601/hoje-na-historia-1856-guerra-da-crimea-chega-ao-fim>, acesso em: 31 ago. 2019.
- ÁVILA, Flávia de. *Direito e direitos humanos: uma abordagem histórico-filosófica e conceitual*. 1. ed. Curitiba: Appris, 2014.
- CÍCERO. *Da República*. Trad. de Amador Cisneiros. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- COIJN, Helen. *Songs of Survival*. White Cloud Press, 1995.
- COSTA, Marcos Roberto Nunes. O lugar da justiça na doutrina ético-política de Santo Agostinho. In *A cidade de Deus e a cidade dos homens*. De Agostinho a Vico. Org. Ernildo Stein. Porto Alegre: Edipucrs, 2004.
- DISTEIN, Yoram. *Guerra, agressão e legítima defesa*. /Yoram Distein [tradução Mauro Raposo de Mello]. Barueri: Manoel, 2004.

GUEDES, Maria Tarsila Ferreira. A proteção dos bens culturais em tempos de guerra e de paz: a participação brasileira na Conferência de Haia, no Pacto de Röerich e na Convenção de Haia. In *An. mus. paul.* Vol.26. São Paulo, 2018. Epub Nov 14, 2018. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-47142018000100409](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-47142018000100409), acesso em: 31 ago. 2019.

GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz.*/Hugo Grotius; tradução Ciro Mioranza. Ijuí: Editora Unijuí, 2004.

MATTOX, John Mark. *Saint Augustine and the theory of Just War.* New York: Continuum, 2006.

NÉSPOLI, Gabriela. Hoje na História: 1864 - É estabelecida a primeira Convenção de Genebra. 22/08/2013. *Opera Mundi.* Disponível em: <https://operamundi.uol.com.br/historia/30731/hoje-na-historia-1864-e-estabelecida-a-primeira-convencao-de-genebra>, acesso em: 31 ago. 2019.



# Terrorismo na sociedade de risco: aproximações ao problema jusumanístico

**Isaac Sabbá Guimarães**

Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina  
Professor de graduação e pós-graduação do Curso de Direito nos campi de  
Itajaí e Balneário Camboriú, Santa Catarina  
Doutor em Ciência Jurídica pela UNIVALI  
Professor na Escola do Ministério Público de Santa Catarina  
Doutor em Direito pela Università Degli Studi di Perugia  
Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra

**RESUMO:** O presente artigo tem como objetivo fazer aproximações ao conflito existente entre o fenômeno do terrorismo e a concepção de Direitos Humanos. Será lícito dizer, por um lado, que os atos violentos acompanham a humanidade desde os tempos mais remotos, podendo, inclusive, falar-se do terror impingido por grupos de combatentes em batalhas, como os atos promovidos pelos zelotes, durante a ocupação romana das terras de Israel, cuja finalidade era a de enfraquecer o moral dos soldados e que, em boa medida, a violência também acompanhou as revoluções pelo ocidente, ganhando maior força após as Grandes Guerras Mundiais e, neste sentido, a prática do terror poderá erguer bandeiras ideológicas, conseqüentemente, podendo ser vista como expressão de liberdade política ou, de consciência. Por outro lado, o terrorismo da contemporaneidade é dirigido contra quaisquer pessoas ou uma multidão delas, expondo-as a riscos de morte ou de sua integridade física, também, bens de interesse geral da humanidade. O problema que nos propomos a tratar, portanto, diz respeito à tensão dialética ocorrente entre o terrorismo e Direitos Humanos. Para tanto, num primeiro momento, especularemos noções acerca da globalização e o surgimento da sociedade de riscos, onde encontramos a ameaça do terrorismo; depois, abordaremos a dialética moral recorrente na análise do fenômeno

do terrorismo. Ao final, procuraremos estabelecer um diálogo crítico entre o terrorismo e a política jurídica dos Direitos Humanos. Este artigo científico foi idealizado segundo o método dialético, operacionalizado pela técnica de pesquisa bibliográfica.

**PALAVRAS-CHAVES:** Terrorismo. Globalização de risco. Direitos Humanos.

## ENGLISH

**TITLE:** Terrorism in risk society: approaches on issues concerning human rights.

**ABSTRACT:** This paper aims to approach the existing conflict between the phenomenon of terrorism and the concept of Human Rights. It shall be legitimate to say, on the one hand, that acts of violence have coexisted with mankind since early ages; it acknowledges, for instance, the horror caused by combating groups in battles, such as the zealots' acts during the Roman occupation over Israel territory, whose aim was to weaken soldiers morale; also, violence has been on throughout Western world revolutions, being strengthened after World War I and II; in this sense, the terror practice may bring about ideological discussions, thus being seen as a demonstration of political freedom or consciousness. On the other hand, contemporary terrorism is addressed against any people or a crowd, exposing them to the risk of death or to the threat of their bodily integrity, which also represents general welfare. The problem we are facing, therefore, concerns the dialectical conflict that occurs between terrorism and Human Rights. For such, firstly we speculate on notions regarding globalisation and the emergence of the 'risk society', where we find the threat of terrorism; secondly, we approach the dialectics of morality, recurrent in the analysis of terrorism phenomenon; finally, we seek to establish a critical discussion between terrorism and legal policy of Human Rights. This paper has been

idealised through dialectical method, and carried out through bibliographic research.

**KEYWORDS:** Terrorism. Risk Globalisation. Human Rights.

## SUMÁRIO

1 Introdução – 2 A globalização dos riscos – 3 Aproximações à definição de terrorismo e o problema da neutralidade moral sobre o enfrentamento problemático – 4 O (inexaurível) diálogo entre práticas terroristas e direitos humanos: pontos de interseção – 5 Conclusão.

### 1 INTRODUÇÃO

Há imensa dificuldade por parte dos estudiosos de assumirem um conceito definitivo acerca do ato de terrorismo. Isto porque, embora reconhecamos como eixo central desse fenômeno o aspecto de alguém ou de um grupo querer infligir situação de terror em um número não determinado de pessoas – e, portanto, o efeito pretendido será essencialmente a causação de pavor, de estupefação, de choque e de medo às pessoas –, suas causas ou são voláteis (esfumam-se em um ambiente de opiniões divergentes ou não chegam sequer a ser explicadas – daí a falta de credibilidade daqueles que invocam o terror como manifestação legítima), ou, mesmo que padronizadas segundo determinadas categorias (podendo falar-se em terrorismo religioso, político, do Estado etc.), seus esquemas genéticos esgotam-se a cada arrasto histórico.

Apesar de estudiosos fazerem menção ao terror causado pelos zelotes contra os romanos – o que, portanto, remete-nos ao período bíblico – o fenômeno é mais perceptível a partir do século XX, quando movimentos separatistas que passaram a postular a autodeterminação de povos – como aqueles que se formaram no período tardio do colonialismo em África, e, ainda, no País Basco, na Irlanda, nos territórios sob domínio de Israel,

durante a Guerra dos Bálcãs – causaram a morte de combatentes ou de determinadas personalidades. Escolhiam-se os alvos, o momento e a causa. Já o início do presente século é marcado pelos atentados de 11 de setembro, nos Estados Unidos, dos quais sobressaem como aspectos distintivos, por um lado, o caráter da desterritorialização do terrorismo (trata-se do terrorismo transnacional, operado à distância por meio de células da organização terrorista em território diverso de onde está sediado) e, por causa disso, a percepção do imponderável, pois as ações de terroristas podem ocorrer em qualquer lugar, a qualquer momento, atingindo uma quantidade indefinida de pessoas insuspeitas e absolutamente alheias à causa dos grupos terroristas (e por mais que se fale de ações violentas dos chamados lobos solitários, como as que foram perpetradas ao longo de 2016 em Paris, na Bélgica e na Alemanha, o fato é que eles ou foram cooptados por associações criminosas, ou mantêm um vínculo virtual ao aderirem à causa de algum grupo terrorista). Por outro, o então presidente Bush, escudado no raciocínio maniqueísta de dualidade, inaugura uma guerra messiânica dos bons contra os maus e promove a guerra preventiva ao terror – a todas as luzes, uma novidade no moderno concerto internacional, que conduz ao perigo de internacionalização de conflitos armados e de agressão aos Direitos Humanos de civis.

Esse estado de coisas levou a comunidade internacional à adoção de Convenções que tratam do combate ao terrorismo. Dá-se a criminalização de um fenômeno de contornos imprecisos e de difícil definição. O Brasil também adere à onda político-criminal de repressão ao terrorismo, tendo a Constituição estabelecido no art. 5º, XLIII, diretrizes para a criminalização e para o tratamento jurídico-penal mais gravoso para seus autores. No entanto, a Lei 13.260/2016, que disciplina a matéria penal, teve longo processo legislativo permeado por acerba oposição. Afinal, para além de entender-se que o País está a salvo de manifestações terroristas, não é desprezível o conjunto de argumentos que procuram justificar os riscos para algumas liberdades clássicas, iniludivelmente protegidas pelo Estado democrático de direito.



O presente artigo procurará estabelecer uma noção sobre o fenômeno do terrorismo mundial, alicerçando-se na questão problemática resultante das tentativas de sua justificação como *ultima ratio* para transformações políticas (pretensamente) legítimas. Para tanto, utilizaremos o método dialético, que melhor servirá para o intuito maior aqui objetivado, que é o de provocar o olhar crítico para a matéria.

## 2 A GLOBALIZAÇÃO DOS RISCOS

O fenômeno do comércio cultural (econômico-político) entre os povos pode ser observado desde a remota antiguidade clássica. Seja em razão do natural expansionismo territorial, seja pela tendência humana de conflagrar e dominar. Assim, os romanos cobriram a Europa, parte da África e do Oriente Próximo, mantendo seu governo pela política da *pax romana*. No período, houve não apenas a difusão da mundividência dos conquistadores, com a latinização das populações subjugadas, mas, também, a troca. Não por outro motivo, o código ético estabelecido pelos judeus atravessou as fissuras daquele robusto edifício civilizacional. Embora possamos nos referir a muitos outros episódios históricos, como o império carolíngio; a onda de colonização favorecida pelas explorações marítimas e por novas técnicas náuticas<sup>1</sup>; a transmigração de regras de condutas e de Direito determinada pela Revolução Industrial, do século XIX, iniciada na Grã-Bretanha, depois difundindo-se por França, Bélgica, Prússia, Alemanha, mais tarde, pelos Estados Unidos e, no início do século passado, chegando ao Japão<sup>2</sup>; e, ainda, à mundialização do sistema de Estados de tradição europeia, descendente do Tratado de Vestfália, de

---

<sup>1</sup> DEFARGES, Philippe Moreau. *A mundialização*. O fim das fronteiras. Tradução de António de Moreira Neves. Lisboa: Instituto Piaget, 1993, p. 15.

<sup>2</sup> GIL, Thomas. Le processus empirique de la globalisation e les droits fondamentaux. In PALLARD, Henri; TZITZIS, Stamatios. *La mondialisation et la question de les droits fondamentaux*. Quebec: Presses de l'Université Laval, 2003, p. 24, destaca o fato de que há autores que buscam nas antigas expansões de mundialização pretexto para refutarem a atualidade da discussão acerca da globalização.

1648<sup>3</sup>; a globalização deverá ser entendida como um fenômeno que se destaca por suas extensões e efeitos.

É lícito estabelecermos como seu marco inicial o período de após-Segunda Guerra Mundial, quando os Estados europeus, combalidos moral e materialmente, vão aos poucos formando comunidades econômicas, que requererão o fim das fronteiras. Assim, a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, formada pela Alemanha Ocidental, França, Itália, Bruxelas, Holanda e Luxemburgo, em 1951, foi o gérmen para que em 1957 fosse criada a Comunidade Econômica Europeia<sup>4</sup>. Nesta organização regional, já se veem as primeiras tentativas de superação do modelo vestfaliano de Estado, especialmente no que diz respeito ao conceito de soberania (que já não poderá ser caracterizada como o poder político incontestável) e à mitigação da aplicação do princípio *rebus sic stantibus* quanto aos Estados pactuantes. Era, pois, necessário impedir que a Europa se tornasse “[...] colônia econômica e tecnológica das empresas norte-americanas e japonesas [...]”<sup>5</sup>, fazendo frente àquelas hegemonias que sobreviveram às crises, inclusive a do petróleo, ao longo da década de 1970.

Os arranjos comunitários, que numa outra etapa de evolução darão origem à União Europeia, antes de circunscreverem-se aos limites político-econômicos do continente, inter-relacionam-se com fenômenos que gravitam em torno de um período histórico de crescimento econômico em outros polos mundiais e de revolução tecnológica. O sistema de produção fordista dá lugar a processos de produção flexíveis; os investimentos ocorrem em escala global; e surgem três grandes eixos econômicos, o dos Estados Unidos, em torno do qual estão Canadá, México e países da América Latina; o japonês, à frente dos tigres asiáticos; e o europeu<sup>6</sup>. Por outro lado, assiste-se ao incremento das comunicações, favorecido

<sup>3</sup> PUREZA, José Manuel. *O património comum da humanidade: rumo a um direito internacional da solidariedade?* Porto: Edições Afrontamento, 1998, p. 25.

<sup>4</sup> CASTELLS, Manuel. *Fim de milênio*. V. III. 4.ed. Tradução de Klaus Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2007, 386 e s.

<sup>5</sup> SANTOS, Boaventura Sousa. *Linhas de horizonte*. In: SANTOS, Boaventura Sousa. *A globalização e as ciências sociais*. 3.ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 388.

<sup>6</sup> SANTOS, Boaventura Sousa. *Linhas de horizonte*, cit., p. 29.

pela internet e pela imprensa televisiva. Os acontecimentos tornam-se de domínio de todos quantos estejam conectados. Portanto, o espaço já não será impeditivo para a ampliação de informação. Os fatos são transmitidos em tempo real, tornando-se, pelo seu volume, voláteis no curso histórico. As dimensões do espaço e do tempo, portanto, sofrem um achatamento que, de alguma forma, repercute no modo como o homem da modernidade tardia passa a agir.

Se as oportunidades econômicas abrem flancos para as ondas migratórias, que hoje seguem para diversas direções, causando o que Sousa Santos denomina de desterritorialização<sup>7</sup>, os meios de comunicação de massa permitem novas formas de relações, de postulações e de expressão. O homem já não pertence a um espaço histórico-cultural, mas está pulverizado pelo globo, sendo vítima de um incontornável estranhamento consigo mesmo. Aspectos da civilização ocidental, desde o período das navegações transoceânicas, espargidos pelos continentes e sufragados pela comunidade internacional após a Segunda Grande Guerra e pela onda do neoconstitucionalismo, que evidencia a criação de Estados seguindo o modelo europeu, tornaram-se proeminentes por meio das comunicações de massa e da internet. A política, que tinha nos grupos de pressão um de seus principais êmulos, havendo estudantes que se organizavam nas universidades para irem às ruas, como na Primavera de 1968, é igualmente refém das opiniões divulgadas pelas redes sociais que, talvez, sejam mais efetivas do que as marchas de milhares de pessoas (e vê-se uma certa reverência de altos dignitários às opiniões estampadas nas redes, muitas vezes dando explicações ou retratando-se pelo Twitter).

Mesmo destacando-se os aspectos positivos inerentes à globalização, que, como refere Sahlin-Anderson, estabeleceu uma nova *global order*, na medida em que os elementos de organização política, econômica e cultural estão dispersos “sobre o cenário social sem ser integrado em organizações formais”<sup>8</sup> (tradução nossa), como se pode constatar nas ONGs, como o

<sup>7</sup> SANTOS, Boaventura Sousa. Linhas de horizonte, cit., p. 45.

<sup>8</sup> SAHLIN-ANDERSON, Kerstin. *Transnational governance*. Institutional dynamics of regulations.

Greenpeace ou Médicos sem Fronteiras, fomentando, *v.g.*, a solidariedade e a preocupação com problemas que ocupam territórios transnacionais (ou mesmo de todo o planeta), não se podem desprezar os malefícios que provoca<sup>9</sup>. Os localismos e as culturas tradicionais sofrem o impacto da hegemonia ocidental, e hoje não deixa de ser interessante constatar que jovens do Irã tentam livrar-se do regime político-religioso, expressando-se quase como ocidentais.

A essa onda de hegemonia cultural, no entanto, se opõem algumas minorias que se mantiveram guetizadas nas zonas periféricas do Ocidente ou que não se submeteram à assimilação na terra onde escolheram para ser seu lar. A lógica da globalização hegemônica, que transborda “da economia para todas as áreas da vida social”, provoca reações às quais o sociólogo Sousa Santos denomina de movimentos contra-hegemônicos<sup>10</sup>. Parece confluir como manifestação de resistência o fato de jovens mulheres, francesas de várias gerações, vivendo num Estado laico e de tolerância religiosa, passarem a usar o lenço que distingue as muçulmanas, que antes de ser apenas manifestação religiosa, é um signo identitário.

A insatisfação contra o domínio de valores ocidentais, aliada à guetização e à falta de oportunidades de mobilidade social, são importantes ingredientes para que se passe da oposição branca (pela ostentação de signos identitários, *v.g.*) à revolta armada e clandestina. Daí o fenômeno do terrorismo, praticado, atualmente e em geral, por pessoas insatisfeitas com sua circunstância, cooptadas e instrumentalizadas por guerrilheiros que usam táticas terroristas, operando à distância<sup>11</sup>. Os atos de terror não

---

Nova Iorque: Cambridge University Press, 2008, p. 81. Texto original: over the social landscape without being integrated in formal organizations.

<sup>9</sup> A propósito, SANTOS, Boaventura Sousa. *Linhas de horizonte*, p. 26, refere que a globalização caracteriza “um fenômeno multifacetado com dimensões econômicas, sociais, políticas, culturais, religiosas e jurídicas interligadas de modo complexo. Por esta razão, as explicações monocausais e as interpretações monolíticas deste fenômeno parecem pouco adequadas”, deixando de incluir, concluímos nós, seus aspectos problemáticos.

<sup>10</sup> SANTOS, Boaventura Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006, p. 84.

<sup>11</sup> POJMAN, Louis. *Terrorismo, Direitos Humanos e a apologia do governo mundial*. Tradução de Célia Teixeira. Lisboa: Editorial Bizâncio, 2007, pp. 40-41, refere que o terrorismo moderno é fruto do globalismo e “É em grande medida uma reação islâmica contra o secularismo ocidental e aquilo que o islão vê como decadência ocidental e desrespeito pelo islão.”

mais ficam restritos a locais onde outrora havia conflagração por razões de nacionalismo ou étnicas (Irlanda, País Basco, Sérvia, Israel, Angola, v.g.): por um lado, podem ocorrer em qualquer lugar e a qualquer momento, sem que se possam adotar medidas preventivas; por outro, já não terão como bandeira questões políticas, mas, fundamentalmente, pretensões de domínio religioso e a repulsa aos valores ocidentais<sup>12</sup>. Esse ambiente de suspense constante é maximizado pelas informações midiáticas a cada novo atentado, gerando uma espécie de paranoia social. Os riscos detectados por estrategistas da área de segurança e os avisos de uma *jihad* contra os valores ocidentais, causam, iniludivelmente, perturbação à qualidade de vida das pessoas.

### **3 APROXIMAÇÕES À DEFINIÇÃO DE TERRORISMO E O PROBLEMA DA NEUTRALIDADE MORAL SOBRE O ENFRENTAMENTO PROBLEMÁTICO**

O tráfico de relações humanas desde sempre supôs manifestações de violência. Por vezes, como a história nos mostra, porque se visa o puro e simples domínio sobre o outro. Mas, normalmente, se se quiser procurar um étimo fundante do fenômeno, em razão dos precários meios de comunicação – a comunicação humana, terá dito Tomás de Aquino, é imperfeita<sup>13</sup>, e essa imperfeição é fonte de desentendimentos. Contudo, a agressão insidiosa, o ataque perpetrado de maneira desleal, colocando a vida e a integridade física de pessoas insuspeitas, ou absolutamente neutras em relação ao objeto de disputa – que pode ser pela primazia de posições políticas, morais, religiosas –, causarão enorme perplexidade sobre a comunidade-alvo, já para não se falar nos efeitos imediatamente pretendidos por quem age dessa forma.

---

<sup>12</sup> TOWNSHEND, Charles. *Terrorismo. Una breve introducción*. Tradução ao espanhol de Jorge Braga Riera. Madri: Alianza, 2008, p. 162 e s., cita os estudos do Canadian Security Intelligence Service 2000 Public Report, além de outros estudiosos da matéria para afirmar que o terrorismo contemporâneo tem no extremismo religioso seu principal fundamento.

<sup>13</sup> TOMÁS DE AQUINO. *Verdade e conhecimento*. Tradução de Luiz Jean Lauand e Mario Bruno Sproviero. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 293.

A insídia parece, de alguma forma, um artifício reprovável pelo conjunto de valores éticos da civilização ocidental (é verdade que se pode enumerar aqui uma série de atos em si antagônicos dos valores judaico-cristãos abrigados na Europa ou em qualquer outro lugar da face ocidental do mundo, mas normalmente o senso comum dirige-lhes repulsa. Não se vê, *v.g.*, a pregação de uma guerra santa contra determinado povo ou contra seu modo de vida. E a tolerância, “apanágio da humanidade”, como escreveu Voltaire, deve coordenar a vida em sociedade. O pensador iluminista, ao tratar do tema, arremata o ensaio sobre tolerância afirmando: “Mas é ainda mais claro que devemos nos tolerar mutuamente, porque somos todos fracos, inconsistentes, sujeitos a mutabilidade, a erro”<sup>14</sup> – tradução nossa). Por isso, a perplexidade diante de um ato terrorista, como os atentados de 11 de setembro (apenas para lembrar o que se tornou mais emblemático neste século, e o que representa uma viragem do fenômeno). Num segundo plano, surge o temor, o medo de que, a qualquer momento e lugar, uma bomba seja plantada com potencial destrutivo. Claro que a capitulação de um Estado não é algo que se logre por meio de atos de terror<sup>15</sup>. A força moral que o mantém transcende os males praticados (basta pensar-se que Israel convive com essa circunstância desde 1948); mas a pouco e pouco pode dissuadir ou enfraquecer seus alicerces. A Comissão britânica, que exercia o mandato sobre as terras de Israel (e mesmo Churchill), referiu terem sido os britânicos alvo de atos terroristas praticados pelo Irgun Tzvai Leumi e pelo grupo Stern (o Lohamei Herut Israel), tendo o primeiro se notabilizado por atacar o forte de Acco, plantado bombas no King David Hotel e lutado uma guerrilha que fez vítimas de ambos os lados, que

<sup>14</sup> VOLTAIRE. *Dictionnaire philosophique*. Paris: Garnier-Flammarion, 2008, p. 368 (verbete Tolérance). Texto original: Mais il est plus claire encore que nous devons nous tolerer mutuellement, parce que nous sommes tous faibles, inconséquents, sujets à la mutabilité, à l'erreur.

<sup>15</sup> Há estudiosos céticos que procuram minimizar os efeitos do terrorismo. HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*. Tradução ao português de Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 201 e ss., afirma que atentados terroristas nunca terão condições de abalar politicamente um Estado. Além do que, em termos comparativos, a humanidade sofreu muito mais com as guerras e com outras causas de morte, como acidentes viários ou com o diabetes, do que com o terrorismo. O historiador israelense, contudo, deixa de mencionar o aspecto moral que causa a repulsa ao terrorismo e o aspecto psicológico, que provoca desestabilização e mal-estar às pessoas.

culminou com o enfraquecimento das forças militares inglesas ali sediadas, até que a ONU reconhecesse o Estado judeu.

Begin, líder do Irgun, e quem viria anos mais tarde a comandar o Estado judeu como seu Primeiro-Ministro, em páginas eloquentes de *A rebelião na Terra Santa*<sup>16</sup>, busca, nos traços históricos do terrorismo, argumentos para refutar a opinião britânica. Estará o termo terrorismo, refere, fortemente vincado no que ocorreu na França *révolutionnaire*, quando a deposição do *ancien régime* deu cabimento ao uso demasiado da guilhotina. Portanto, o terrorismo adjetivou a sensação de desproteção, de pavor, de insegurança que preponderou em 1789 até o fim da Revolução. Daí pensar-se que o terror vem atrelado às revoluções e a ambos os lados que estão em disputa por suas posições, mas tudo depende, adverte o maior dos comandantes da rebelião judaica, “de quem usa o termo”. Assim, “Uma revolução pode causar o que costumamos chamar de terror, como ocorreu na França; o terror pode ser o prenúncio de uma revolução, como sucedeu na Rússia.”<sup>17</sup>

O relativismo fundamental do argumento de Begin, no entanto, leva-nos a uma questão problemática. Se o apodo de terrorista dado a um movimento de resistência ou de luta armada contra uma situação política se sujeita à perspectiva a partir de onde se a observe, então entra em jogo o problema da legitimidade. Por outras palavras, há quem se veja na condição legítima de perpetrar atos de terror contra outrem, em nome de sua causa ou de uma ideologia. É esta a perspectiva de Begin ao enfatizar que o Irgun lutava pela liberdade do povo judeu e o emprego de força contra os britânicos teria despertado “sentimentos de terror” – entre “[os] governantes tirânicos” que, por sua vez, passaram “a semear terror entre os combatentes ou no ambiente de onde surgiram os combatentes”. Contudo, o intento do grupo paramilitar não era outro senão “derrubar o

---

<sup>16</sup> BEGUIN, Menahem. *A rebelião na Terra Santa*. Tradução de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, s/d., maxime, pp. 102-103.

<sup>17</sup> BEGUIN, Menahem. *A rebelião na Terra Santa*, cit., p. 102.

regime de tirania armada”, ao passo que, da parte dos britânicos, o terror era disseminado para manterem-se no poder.<sup>18</sup>

Há uma disputa moral no palco da legitimidade. Begin acentua o fato de que os judeus haviam sido desumana e impiedosamente perseguidos na Europa sob o regime nazista. O holocausto extinguiu 6 milhões de vidas. Os que escapavam dos campos de concentração não tinham para onde ir, e o reino Britânico, adotando um viés imoral (a política, diria Maquiavel, é amoral; mas esta posição não se confunde com a imoralidade de certos regimes políticos), impedia que os judeus aportassem nas terras onde os britânicos exerciam seu mandato. A lei marcial levou para o cadafalso inúmeros insurgentes. O toque de recolher impunha uma vida precária aos judeus. Por outro lado, os métodos utilizados pelo Irgun, que sempre visava atingir a estrutura militar britânica, sendo seus ataques precedidos por avisos em panfletos, não colocavam em risco a vida de civis. A luta era desigual. Os judeus não tinham a cultura militarizada dos reinóis, nem armas, nem contingente suficiente para a luta aberta.

Ao tratar da questão moral em sua obra *Guerras justas e injustas*, Walzer relatou um incidente envolvendo o grupo Stern, no qual rebeldes judeus teriam sido presos pela polícia egípcia após a execução de um atentado contra o lorde Moyne, Ministro de Estado britânico no Oriente Médio. A prisão só ocorreu porque evitaram atirar contra o soldado não britânico que os perseguia. A ação do Stern não visava a nenhuma outra pessoa que não estivesse diretamente relacionada ao mandato em terras de Israel<sup>19</sup>. Não havia, pois, a intenção de causar mal a pessoas insuspeitas, ou “inocentes”. Contudo, o problema moral que recai sobre a legitimação de atentados que aterrorizam pessoas também padece de melhor definição, uma vez que o terror impingido por um regime político pode ter sua justificativa.

<sup>18</sup> BEGUIN, Menahem. *A rebelião na Terra Santa*, cit., p. 102.

<sup>19</sup> WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas*. Uma argumentação moral com exemplos históricos. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 339.



Pensadores de matriz marxista como Hobsbawm, colocam o problema da legitimidade da luta no centro de suas análises. O historiador inglês, que se debruçou sobre o terror político, toma como paradigma a situação no Sri Lanka, onde as tensões etnolinguísticas entre os tâmeis e os cingaleses degenerou para uma série de atentados terroristas que ceifou em torno de 60 mil vidas até os anos 90 do século passado<sup>20</sup>. A questão aqui é saber se os ataques perpetrados pelo Front de Libertação do Povo, organizado por cingaleses, tinham o apoio popular, ou seja, se tinha um suporte moral e político.

No prosseguimento da análise da imbricação política com atos de terror, Hobsbawm passa a preocupar-se especialmente com o crescimento da violência a partir das duas Grandes Guerras Mundiais, fenômeno que estaria radicado em “países com Estados fortes e estáveis e instituições políticas liberais (em teoria), em que o discurso público e as instituições políticas distinguem apenas dois valores absolutos e mutuamente excludentes – a violência e a não-violência”<sup>21</sup>. É neste ponto que divaga sobre a presença de diferentes graus de violência em qualquer sociedade, o que não seria prontamente aceito pela retórica liberal.

A violência certamente existe em qualquer sociedade como linguagem de quem pretende impor medo e domínio a terceiro. Nisto o historiador está certo. Mas merece alguma reflexão seu entendimento de que a brutalidade praticada por revoltosos camponeses, como a que se viu em países sul-americanos e da América Central, é menos criticável do que a opressão que sofreram por regimes fortes. As rebeliões dos camponeses são em geral “menos sangrentas do que a repressão que sofrem”<sup>22</sup>, deixando, pois, entredito que aquelas se justificam moralmente ante posições políticas criticáveis.

O relativismo histórico delineado pelo autor chega ao ápice quando passa a deblaterar o “caráter imoral” dos regimes militares latino-

---

<sup>20</sup> HOBBSAWM, Eirc. *Globalização, democracia e terrorismo*. Tradução de José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, pp. 121-137.

<sup>21</sup> HOBBSAWM, Eirc. *Globalização, democracia e terrorismo*, cit., p. 125.

<sup>22</sup> HOBBSAWM, Eirc. *Globalização, democracia e terrorismo*, cit., p. 126.

americanos, onde se treinaram e se procriaram torturadores no período da Guerra Fria. Destaca as mazelas derivadas de regimes como o do Uruguai, o do Chile de Pinochet, o da África do Sul do período do *apartheid* e o do domínio israelense após a guerra de 1967 que impôs horror à população palestina<sup>23</sup>. Nenhuma palavra, contudo, contra a opressão exercida pelo regime castrista, que não apenas estabeleceu a doutrinação do povo cubano, não admitindo, por isso, qualquer dissensão política (todos sabem que até há pouco nem a greve de fome de opositores de Fidel dissuadia o ditador, que sempre se mostrou inclemente com a sorte de ativistas políticos), como, também, promoveu a morte de milhares.

Se a questão posta por Hobsbawm é a de justificar determinadas ações violentas contra a opressão de dominantes – assim, seria moralmente justificável a luta de camponeses contra regimes fortes de governo –, serão legítimas as atentados de grupos fundamentalistas islâmicos contra quaisquer cidadãos ocidentais, como os que foram perpetrados pela Al-Qaeda e mais recentemente por integrantes do Estado Islâmico, pelo fato, *tout court*, de viverem os valores do Ocidente? A resposta a este problema é de difícil sondagem e mesmo autores que se dedicaram aos estudos dos tempos da modernidade tardia, como Beck, que denomina esta era de pós-modernidade, não chegam a uma solução. O sociólogo alemão, *v.g.*, limita-se a interpretar o fenômeno como um produto da globalização. Ou seja, a difusão de aspectos econômicos e culturais pelo mundo teria espicado o sentimento dos não ocidentais, gerando a nova forma de terrorismo, inaugurada com os atentados de 11 de setembro.<sup>24</sup>

Zolo, por sua vez, ao fazer sua leitura do terrorismo global, vincada na relação com as guerras promovidas pelo imperialismo norte-americano, a partir de 1991, entende que o fenômeno que se desenvolveu acentuadamente no mundo árabe-islâmico, “é uma resposta estratégica à hegemonia do mundo ocidental, uma insurreição contra o poder avassalador de seus instrumentos de destruição em massa e o amplo controle militar que exerce

<sup>23</sup> HOBBSAWM, Eirc. *Globalização, democracia e terrorismo*, cit., pp. 128-134.

<sup>24</sup> BECK, Ulrich. *Cosmopolitan vision*. Cambridge: Polity Press, 2007, pp. 112-114.

sobre os territórios dos países que foram, historicamente, o berço do Islã” (tradução nossa)<sup>25</sup>. Com isso, o professor da Universidade de Florença deixa de responder à pergunta inicial de seu texto, se devemos aceitar a convivência com o terrorismo, ao passo que assume, tal como Becker, que o ocidente é o grande responsável pelo fomento e alastramento do fenômeno.

O critério moral (da moral tisonada por impressões ideológicas de política, de religião) utilizado por quem trata do assunto, como se vê, resvala por respostas insatisfatórias. Quando se estabelece a dialética da violência entre opressores e oprimidos, claudica-se no relativismo acerca de um fenômeno complexo em relação ao qual não se pode simplesmente calar uma parte do problema. Afinal, mesmo que justa a causa de quem pega em armas, sempre estará no horizonte do terrorismo o potencial (ou efetivo) risco para a vida, a integridade física ou a tranquilidade de pessoas inocentes ou insuspeitas. De ambos os lados. E a causa da violência é, em certa medida, posta de lado, ou analisada segundo o perspectivismo do estudioso, o que resulta no problema do solipsismo.

#### **4 O (INEXAURÍVEL) DIÁLOGO ENTRE PRÁTICAS TERRORISTAS E DIREITOS HUMANOS: PONTOS DE INTERSEÇÃO**

As questões até agora bosquejadas sugerem uma aporia: de um lado, não se pode negar a hipótese da luta legítima, apesar de desleal, levada a efeito por meio de atos que aterrorizam as pessoas, como se vê em guerras e em ações de grupos clandestinos; por outro, as dimensões dos atentados terroristas não se circunscrevem a um determinado alvo, ou seja, atingem pessoas não diretamente envolvidas com a causa sustentada pelos terroristas, provocando, assim, a intranquilidade e o medo a um número indeterminado de pessoas, as quais não sabem quando e onde ocorrerá um atentado. Por

---

<sup>25</sup> ZOLO, Danilo. *La justicia de los vencedores*. De Nuremberg a Bagdad. Tradução ao espanhol de Elena Bossi. Córdoba: 2007, p. 154. Texto original: “es una respuesta estratégica a la hegemonía del mundo occidental, una insurrección contra el poder avasallador de sus instrumentos de destrucción masiva y el extenso control militar que ejerce sobre los territorios de los países que fueron, históricamente, la cuna del islam”.

outras palavras, não é de todo incorreta a afirmação de que há expressões terroristas que encontram um étimo fundante em alguma pretensão justificável, como, *v.g.*, a autodeterminação política (como outrora se viu na luta do ETA, no País Basco, onde se pretendia a libertação nacional<sup>26</sup>); mas, também, nunca se poderá desconsiderar que a difusão de atentados, agora utilizando-se de artefatos potencialmente lesivos a centenas ou a milhares de pessoas (como se viu, *v.g.*, nos atentados de 11 de setembro, na estação ferroviária de Madri, em março de 2004, nos ataques suicidas que ocorrem no Iraque ou em Israel, e na Síria com o uso de armas químicas), coloca em causa valores jusumanísticos reconhecidos pela comunidade internacional por meio das Convenções de Direitos Humanos ou por sua inclusão nas Constituições. Mas se pensarmos em termos desses princípios de Direitos Humanos, será lúdima a tentativa de estabelecer pontos de contato entre as expressões de terrorismo e a proteção do homem?

A questão problemática parece ter-se agudizado com a reação norte-americana aos ataques do 11 de setembro, quando George W. Bush, partindo de uma lógica maniqueísta, declara guerra do bem contra o eixo do mal<sup>27</sup>, deixando, pois, entredito, que os valores seculares do Ocidente representam o bem, ao passo que o fundamentalismo islâmico encarna o mal. A partir desse marco histórico, giram em torno do problema questionamentos diversos: o Ocidente não estará a trair seus valores ao ser menos tolerante com as diferenças, especialmente quando rotula determinados povos como o mal? Há, de fato, respeito à pluralidade quando se propagam como justos os valores éticos de cariz ocidental? O discurso jusumanístico é, realmente, universal (ou universalizável)?

<sup>26</sup> TOWNSHEND, Charles. *Terrorismo*. Una breve introducción. Tradução ao espanhol de Jorge Braga Riera. Madri: Alianza, 2008, pp. 142-148.

<sup>27</sup> ZOLO, Danilo. *Terrorismo humanitario*. De la guerra del Golfo a la carnicería de Gaza. Tradução ao espanhol de Juan Vivanco Gefaell. Barcelona: Bellaterra, 2011, p. 47-101; LUZ, Cícero Krupp da. O paradoxo da manutenção do status quo da política internacional: as quatro falácias do código binário terrorismo/Direitos Humanos. In BORGES, Rosa Maria Zaia; AMARAL, Augusto Jobim do; PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima (orgs.). *Direitos Humanos e terrorismo*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2014, pp. 35-51.

Podemos encontrar o fio da meada desse sistema problemático já no Pacto da Sociedade das Nações, que no art. 22, 1, proclama a existência de “povos ainda não capazes de se dirigir”, reconhecendo, por um lado, a liberdade irrestrita dos impérios que tutelavam as colônias ou exerciam mandato sobre extensões conquistadas, por outro, negando a autodeterminação dos povos<sup>28</sup>. O mundo até então era o Velho Continente. Tudo o mais era o desconhecido (ou negado). Mas quando se instala a Conferência de São Francisco, que é o marco inicial da formação da comunidade internacional reunida em torno de um organismo internacional – significando uma importante mudança de paradigma em relação à antiga Sociedade das Nações – e quando Roosevelt discute os quatro pontos fundamentais da liberdade – liberdade da palavra e do pensamento, liberdade religiosa, liberdade de autorrealização e mitigação do medo –, vertente ideológica para o reconhecimento de Direitos Humanos e, *ipso facto*, dos outros – ou de todos –, há já aqui uma situação emblemática: o discurso jusumanista, proferido pelos vencedores da Segunda Grande Guerra, pretende, *tout court*, a propagação de valores desde longa data abrigados na civilização ocidental.

A partir daí assiste-se a uma querela entre os defensores da política jurídica dos Direitos Humanos, concebendo-os como universais e atemporais, e os relativistas, que não só protestam contra a provocação de fraturas nas culturas de fora do ocidente em razão do discurso jusumanista, como, também, afirmam operar-se a hegemonização prepotente da civilização ocidental<sup>29</sup>. Esta posição torna-se algo mais plausível quando se tenta justificar a existência de pontos de contato entre os dois polos problemáticos.

Ao empreender uma abordagem dialética sobre o problema do terrorismo *versus* Direitos Humanos, Luz estabelece um quadro de códigos binários representativos da falácia da contraposição entre estrangeiro e

---

<sup>28</sup> ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de. *Direito Internacional Público*. Parte I. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 29.

<sup>29</sup> SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. *Direitos Humanos e UNASUL*. Entre o sistema internacional e o de associação regional de Estados. Curitiba: Juruá, 2014, pp. 41-102.

universalização; religião e secularização, guerra e paz, desordem e ordem, pretendendo demonstrar haver “uma grande proximidade entre os dois objetos”, ou seja, terrorismo e Direitos Humanos<sup>30</sup>. Em realidade, afirma o professor da Faculdade de Direito do Sul de Minas, o binômio Direitos Humanos-terrorismo seriam “códigos de poder da política internacional”, dos quais sobressai o “discurso autoritário e armamentista contra o terrorismo e em favor da segurança pública, tanto pela, e fundamentado por, uma proteção fragilizante (*sic*) e improdutiva que pretende dar aos direitos humanos uma roupagem civilizatória ao mundo”.<sup>31</sup>

Para dar fundamento ao seu diagnóstico, o autor refere que a política de internacionalização dos Direitos Humanos está calcada no suposto da universalidade deles e na ligação à ideia de dignidade da pessoa humana. Mas estes princípios éticos, a todas as luzes radicados nos dogmas do cristianismo e, portanto, abrigados entre os valores do Ocidente, ao serem transplantados para outros povos, concretizam “o colonialismo (*sic*) americano-europeu”.<sup>32</sup>

Ao tratar da contraposição religião-secularização, Luz infere, da situação decorrente do 11 de setembro, quando o presidente norte-americano George W. Bush reage contra a onda terrorista de fundamentalistas islâmicos, que se aproximava do messianismo, como se houvesse recebido a missão divina de combater o mal. Nisso, a feição de Estado secular, alicerçado na tolerância, revela-se uma falácia.<sup>33</sup>

Quanto à antinomia guerra-paz, Luz discreta sobre as consequências danosas provocadas tanto pela guerra quanto pelo terrorismo, salientando que a destruição de fontes de comunicação e de redes de alimentação e de

<sup>30</sup> LUZ, Cícero Krupp da. *O paradoxo da manutenção do status quo da política internacional: as quatro falácias do código binário terrorismo/Direitos Humanos*, p. 38.

<sup>31</sup> Idem, p. 41.

<sup>32</sup> SANTOS, Boaventura Sousa. Linhas de horizonte. In: SANTOS, Boaventura Sousa. *A globalização e as ciências sociais*. 3.ed. São Paulo: Cortez, 2005, p. 43.

<sup>33</sup> SANTOS, Boaventura Sousa. Linhas de horizonte. In: SANTOS, Boaventura Sousa. *A globalização e as ciências sociais*. 3.ed. São Paulo: Cortez, 200, pp. 44-47.

formas de transporte, os bombardeios provocando expressiva quantidade de mortos nas guerras, é, também, terrorismo<sup>34</sup>.

Finalmente, do aparente antagonismo existente entre desordem-ordem, Luz pondera sobre a pretensão embutida nas ações terroristas, afirmando que elas almejam, em realidade, não a desordem, mas, antes, a instauração de uma nova ordem, ao passo que os Direitos Humanos não refletem, necessariamente ordem, mas apenas uma ordem. E arremata seu entendimento afirmando que “o terrorismo é simbólico na medida em que é um meio de expressar o seu descontentamento com a realidade posta, com a realidade imposta. Os Direitos Humanos, de maneira falaciosa em que são (im)postos, são reflexos dessas realidades.”<sup>35</sup>

Ao expor dialeticamente o sistema de significações que envolve terrorismo e Direitos Humanos, em forma apenas de contraposições decorrentes do sistema binário apoiadas em *topoi*, no entanto, o autor deixa de estabelecer um ponto de interseção, entre os dois fenômenos, capaz de dissolver toda a questão problemática. A nosso ver, o fato de não ultrapassar os esquemas dos *topoi* atrelados a significados herméticos, impede que se alcance um juízo referencialmente destinado a um desate do nó; este, a nosso ver, só será viável com apoio no exame axiológico da problemática. Assim, a nós nos parece necessário escrutinar as modernas manifestações de terrorismo, perpetradas, maciçamente, por grupos fundamentalistas islâmicos, numa espécie de *jihad* contra o ocidente. Aqui, o *punctum crucis* é encontrado na indagação da legitimidade ou da razoabilidade das ações violentas contra ocidentais pelo simples e só fato de as vítimas serem ocidentais.

## 5 CONCLUSÃO

O terrorismo, como se pretendeu deixar assente nestas páginas, apresenta vieses fenomênicos de alta complexidade. Não permite, como

<sup>34</sup> SANTOS, Boaventura Sousa. *Linhas de horizonte*, cit., pp. 47-48.

<sup>35</sup> SANTOS, Boaventura Sousa. *Linhas de horizonte*, cit., pp. 49.

tentamos referir, um conceito fechado, já que a forma de expressar-se é variegada. Assim, por um lado, embora não se confunda com guerra, os combatentes podem perpetrar atos de terror com intuito estratégico; mas nem todas as guerras já travadas concretizam o terror, se se afastar de seu âmbito os ataques insidiosos contra não combatentes. Por outro lado, o terrorismo, mesmo causando reflexos negativos a valores humanos reconhecidos pelo consenso ético-jurídico (a qualidade de vida, a própria vida e a integridade física das pessoas), inapelavelmente condenáveis, pode apresentar um substrato justificante ou legitimador, como se depreende da onda de terrorismo que permeou o século XX e que tinha na autodeterminação dos povos seu mote.

No entanto, com o esgotamento das lutas pela autodeterminação política de grupos étnicos ou de povos, e com o advento da globalização hegemônica da cultura e do modelo econômico do ocidente, houve um sensível impacto sobre o modo de vida não ocidental. Por isso, foram surgindo novas frentes de resistência (ou de reação), especialmente entre fundamentalistas islâmicos, que se manifestam sem aviso e atingindo já não mais um alvo determinado, mas qualquer um. Assim, o terrorismo de hoje causa temor de forma difusa.

Dessa suma, resta apenas a hipótese de conjecturar sobre os elementos de definição do terrorismo, a saber: trata-se de fenômeno radicado na violência, que tem como fim a dissuasão de grupos sociais e a mudança do *statu quo* político-social-religioso; serve-se do discurso de difusão do medo e da intranquilidade de um grande contingente de pessoas; a consecução disto se dá pela ameaça sempre presente, mas velada, contra qualquer grupamento humano que represente o seu contrário<sup>36</sup>.

Se antes era talvez possível encontrar um ponto de interseção entre terrorismo e Direitos Humanos, na medida em que as reações contra o domínio, embora atingindo valores humanos, encontravam alguma

---

<sup>36</sup> Para uma definição mais aturada de terrorismo, veja-se SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. *Terrorismo: definição, apontamentos de criminologia e de política criminal. Fundamentação constitucional. Com comentários à Lei 13.260/2016*. Curitiba: Juruá, 2019, pp. 38 e ss.



justificativa no âmbito moral, atualmente, ao perspectivar-se o terrorismo de fundo religioso, do qual não se depreende a dialética entre oprimidos e opressores, parece não se encontrar legitimidade de contornos éticos. Em suma: a reação por meio de políticas criminais de criminalização, disseminadas por convenções internacionais e assumidas por países da comunidade internacional, como o Brasil, encontra suficientes justificativas.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Francisco António de Macedo Lucas Ferreira de. *Direito Internacional Público*. Parte I. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

BECK, Ulrich. *Cosmopolitan vision*. Cambridge: Polity Press, 2007.

BEGUIN, Menahem. *A rebelião na Terra Santa*. Tradução de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, s/d.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. Associação dos juízes para a democracia. Disponível em: [http://www.ajd.org.br/documentos\\_ver.php?idConteudo=186](http://www.ajd.org.br/documentos_ver.php?idConteudo=186). Acesso em: 1º maio 2017.

CASTELLS, Manuel. *Fim de milênio*. V. III. 4. ed. Tradução de Klaus Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

DEFARGES, Philippe Moreau. *A mundialização*. O fim das fronteiras. Tradução de António de Moreira Neves. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.

GIL, Thomas. Le processus empirique de la globalisation e les droits fondamentaux. In PALLARD, Henri; TZITZIS, Stamatios. *La mondialisation et la question de les droits fondamentaux*. Quebec: Presses de l'Université Laval, 2003.

HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*. Tradução ao português de Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. 2. ed. Seleção, tradução e introdução de Pedro Cruz Villalón. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

HOBBSAWM, Eirc. *Globalização, democracia e terrorismo*. Tradução de José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

KHALED JR., Salah. *Sim, je suis Charlie*. Mas e quanto ao desprezo francês pelo outro e o ódio que ele pode fomentar? Disponível em: <http://justificando.com/2015/01/08/sim-je-suis-charlie-mas-e-quanto-ao-desprezo-frances-pelo-outro-e-odio-que-ele-pode-fomentar/>. Acesso em: 09 jan. 2015.

LUZ, Cícero Krupp da. O paradoxo da manutenção do status quo da política internacional: as quatro falácias do código binário terrorismo/ Direitos Humanos. In BORGES, Rosa Maria Zaia; AMARAL, Augusto Jobim do; PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima (orgs.). *Direitos Humanos e terrorismo*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2014, pp. 35-51.

POJMAN, Louis. *Terrorismo, Direitos Humanos e a apologia do governo mundial*. Tradução de Célia Teixeira. Lisboa: Editorial Bizâncio, 2007.

PUREZA, José Manuel. *O património comum da humanidade: rumo a um direito internacional da solidariedade?* Porto: Edições Afrontamento, 1998.

SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. *Direitos Humanos*. Uma abordagem epistemológica a partir do perspectivismo histórico e do geracionismo. Curitiba: Juruá, 2013.

SABBÁ GUIMARÃES, Isaac. *Terrorismo: definição, apontamentos de criminologia e de política criminal. Fundamentação constitucional. Com comentários à Lei 13.260/2016*. Curitiba: Juruá, 2019.

SAHLIN-ANDERSON, Kerstin. *Transnational governance. Institutional dynamics of regulations*. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2008.

SANTOS, Boaventura Sousa. Linhas de horizonte. In: SANTOS, Boaventura Sousa. *A globalização e as ciências sociais*. 3.ed. São Paulo: Cortez, 2005.

SANTOS, Boaventura Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006.

TOMÁS DE AQUINO. *Verdade e conhecimento*. Tradução de Luiz Jean Lauand e Mario Bruno Sproviero. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

TOWNSHEND, Charles. *Terrorismo. Una breve introducción*. Tradução ao espanhol de Jorge Braga Riera. Madri: Alianza, 2008.

VOLTAIRE. *Dictionnaire philosophique*. Paris: Garnier-Flammarion, 2008.

WALZER, Michael. *Guerras justas e injustas. Uma argumentação moral com exemplos históricos*. Tradução de Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ZOLO, Danilo. *La justicia de los vencedores. De Nuremberg a Bagdad*. Tradução ao espanhol de Elena Bossi. Cordoba: 2007.

ZOLO, Danilo. *Terrorismo humanitario. De la guerra del Golfo a la carnicería de Gaza*. Tradução ao espanhol de Juan Vivanco Gefaell. Barcelona: Bellaterra, 2011.



# Zonas cinzentas e repressão penal: entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito internacional dos conflitos armados

**Carlos Frederico de Oliveira Pereira**  
Subprocurador-Geral de Justiça Militar

## SUMÁRIO

1 Introdução 2 – Gangues territoriais, insurgência criminal e CANI – 3 – Zona Cinzenta. Conceito – 4 Zona Cinzenta. Visão internacional e oscilação entre problema de aplicação da lei penal e superação do limite mínimo do artigo 3º comum às Convenções de Genebra – 5 Interação entre o DICA e o DIDH. Qual sistema deve ser considerado *lex specialis*? – 6 Zona Cinzenta. Marco legal em construção – 7 Legítima defesa contra o uso de armas de guerra por atores não estatais – 8 O risco da violação aos dois sistemas protetivos (DICA e DIDH) em operações policiais. O exemplo da ação em helicópteros – 9 A regulamentação legal da zona cinzenta através do tratamento legal do uso de armas pelas forças policiais – 10 Conclusão.

## 1 INTRODUÇÃO

Em primeiro lugar, desejo aplaudir a iniciativa em se abrir um volume específico da nossa revista sobre os 70 anos das Convenções de Genebra. Esses acordos internacionais, que representam o marco mais importante do direito internacional dos conflitos armados (DICA), erigido após o mais sangrento dos conflitos armados no mundo, para nós, do MP Militar, tem

significação importantíssima, dado que a nossa instituição se debruça mais diretamente que os demais Ramos do Ministério Público brasileiro sobre esse conjunto de normas, que têm por objetivo primordial limitar o uso da força para evitar sofrimentos desnecessários em relação aos que combatem, como também, proteger ao máximo a população civil e bens de caráter civil que não estejam diretamente relacionados aos conflitos armados.

O nosso país de há muito não se envolve em conflito armado internacional, mas poderia, ou pode, estar vivenciando um conflito armado não internacional (CANI), considerando os enfrentamentos contra o crime organizado violento e entre esses mesmos grupos de criminosos? Essa seria a única hipótese, pois não existem casos de insurgência política armada no nosso território. Em outras palavras, as frases muito comuns vistas no noticiário, tais como: vivemos uma verdadeira guerra; no Brasil mata-se mais do que em muitas guerras; o Rio de Janeiro assiste a uma guerra às drogas, dentre outras, seriam essas expressões meramente retórica ou, de fato, exprimiriam situação que se adéqua ao conceito de CANI?

## 2 GANGUES TERRITORIAIS, INSURGÊNCIA CRIMINAL E CANI

Esta situação de violência extrema acontece na repressão às chamadas gangues territoriais, gangues de terceira geração<sup>1</sup>, na expressão de John P. Sullivan, hipótese em que se vivencia uma verdadeira insurgência criminal. Diante do emprego de Forças Armadas (FFAA) na repressão às ações criminosas desses grupos criminosos, no nosso entendimento haveria, sim, a presença dos elementos que compõem o conceito de CANI, considerando-se a evolução do conceito normativo, atualmente também materializado no Estatuto de Roma, no artigo 8º, 2, "f", a partir do limiar mínimo do artigo 3º comum às Convenções de Genebra de 1949: *No caso de conflito armado que não apresente um carácter internacional e que ocorra no território de*

---

<sup>1</sup> São gangues que exercem domínio territorial, exercendo, de fato, funções de governo, excluindo o poder estatal e impondo regras próprias. As gangues quando evoluem para a terceira geração o desafio à soberania do Estado as eleva à categoria de insurgência criminal. Conferir da minha autoria: *Gangues Territoriais e Direito Internacional dos Conflitos Armados*. Juruá, 2016, pp. 205-207.

uma das Altas Partes contratantes, cada uma das Partes no conflito será obrigada aplicar, pelo menos, as seguintes disposições e não do seu Protocolo II, de 1977<sup>2</sup>. Para tanto, é fundamental saber se a situação conflitiva, isto é, decorrente dos confrontos armados dos criminosos organizados com as forças de segurança e entre eles, ultrapassou o limite mínimo dos distúrbios internos, pois abaixo desse patamar o problema se circunscreve à aplicação da lei penal nacional, inspirada pelos tratados internacionais sobre o uso da força nas ações policiais onde prevalece o uso proporcional, progressivo e seletivo<sup>3</sup>, ao contrário do uso letal, próprio do DICA. A nosso sentir, a

<sup>2</sup> O conceito de CANI, nos moldes do Protocolo II às Convenções de Genebra, de 1.977, diferentemente do que acontece frente ao artigo 3º comum, é de grande intensidade, a ponto da dissidência dominar parte do território do país e excluir o poder do Estado impondo regras próprias de convivência à população civil, substituindo-se à jurisdição do estado: 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 desenolem 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 controle 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.*

O limite mínimo a ser considerada a violência como alcançando o conceito de CANI, para os casos que analisamos, têm por base o conceito inicial de CANI a partir do artigo 3º comum às Convenções de Genebra, levando em consideração que devem ultrapassar o limite mínimo dos distúrbios internos. Nesse sentido o conceito do Protocolo II, embora relacionado a conflitos armados não internacionais de grandes proporções, também limita o alcance do artigo 3º comum, de modo que o conflito que não ultrapassa as características de **distúrbios e tensões internos** continua como problema de aplicação da lei penal. O conceito de **distúrbios internos** envolve mais diretamente confronto armado. O conceito dado pelo artigo 8º, 2, "f do Estatuto de Roma reforça esse entendimento, de que se deve ultrapassar o limite dos distúrbios internos para entrar em vigência as normas do DICA, o que ocorre em *conflitos prolongados*, índice de *grave intensidade* do conflito e mesmo envolvendo grupos armados entre si, não necessariamente contra o Estado. Essa última característica é uma novidade em relação ao conceito dado pelo Protocolo II de 1.977. Pessoalmente, entendemos que se trata de um terceiro conceito de CANI, mas não é assim que a maioria da doutrina conclui. Ou seja, em algumas hipóteses de grave perturbação da ordem envolvendo gangues territoriais, notadamente quando o Estado lança mão das FFAA para auxiliar as forças policiais na repressão ao crime, a nosso sentir, existe a intensidade requerida pelo DICA, em face do artigo 3º comum, mas o domínio territorial não chega a criar uma zona de exclusão ao Estado como exige o Protocolo II de 1.977. A tendência da doutrina é ou continuar vendo o problema exclusivamente dentro do âmbito de aplicação da lei penal ou, no máximo, enxergar essa situação como *zona cinzenta* e não propriamente como um CANI.

<sup>3</sup> As principais regras são encontradas no PBUFA, Princípios Básicos sobre o Uso da Força e Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis Pela Aplicação da Lei cfr. [http://pfdc.pgr.mpf.br/atuacao-econteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/principios\\_basicos\\_armas\\_fogo\\_funcionarios\\_1990.pdf](http://pfdc.pgr.mpf.br/atuacao-econteudos-de-apoio/legislacao/segurancapublica/principios_basicos_armas_fogo_funcionarios_1990.pdf)... e o Código de Conduta para Os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei cfr: [http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao\\_criminal/CAOCri\\_ControlExtAivPol/CCC-](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_criminal/CAOCri_ControlExtAivPol/CCC-)

resposta é positiva nas situações em que há necessidade do emprego das FFAA em Operações para Garantia da Lei e da Ordem (GLO), bem como considerando-se presentes os demais elementos que compõem o conceito de CANI, ou seja, intensidade do conflito e suficiente organização do grupo armado. Trata-se de verdadeira insurgência criminal. Com a intervenção da União no Estado do Rio de Janeiro, instituída com o Decreto 9.288, de 16 de fevereiro de 2018, o quadro ficou ainda mais claro, a nosso sentir<sup>4</sup>. Mas não se pode negar que existem situações que tangenciam o conceito de CANI, inclusive dentro da repressão penal, que necessitariam uma regulação parecida para melhor proteger a sociedade. São as tais situações de zona cinzenta.

### 3 ZONA CINZENTA. CONCEITO.

O artigo se debruça sobre os conflitos em “zona cinzenta”, normalmente analisados pela doutrina internacional sob o enfoque de conflitos de origem política<sup>5</sup>, cujos parâmetros doutrinários nós importamos para a análise desse gravíssimo problema de segurança pública. Isso acontece, da forma como analisamos o problema, nas situações em que os confrontos alternam entre ficar abaixo do limite mínimo (distúrbios internos) e esporadicamente alcançar e superar esse limite, porém, em seguida retornam para a gravidade típica dos enfrentamentos na aplicação da lei penal<sup>6</sup>. Ou seja, é

<sup>3</sup>CB3digoC20deC20CondutaC20paraC20osC20FuncionCC3CA1riosC20ResposCC3CA1veisC20pe-laC20AplicaCC3CA7CC3CA3oC20daC20Lei\_2.pdf

<sup>4</sup> A Constituição prevê três hipóteses de medidas extraordinárias, que buscam restabelecer a normalidade constitucional: intervenção, estado de defesa e de sítio. A menos grave é a intervenção e a com maior restrição de direitos é o estado de sítio. A intervenção, hipótese em que se afasta momentaneamente a autonomia do Estado Membro, tem justamente como um dos seus objetivos por termo o grave comprometimento da ordem pública. Evidentemente que isso só pode acontecer quando ultrapassado o limite dos distúrbios internos, diante da necessidade do emprego episódico das FFAA. Mas lembre-se que o conceito de conflito armado decorre da análise da situação de fato, não necessitando de reconhecimento jurídico-formal. Mesmo sem o reconhecimento dessas hipóteses de medidas constitucionais de exceção pode-se entender caracterizado o CANI. O reconhecimento é a prova inequívoca da existência do CANI, a nosso sentir.

<sup>5</sup> Os países do norte, que produzem a maior parte da doutrina do DICA, não vivenciam os gravíssimos confrontos armados decorrentes da repressão ao crime organizado violento, logo, a tendência natural é restringirem a análise do problema da insurgência apenas sob o viés da insurgência política, mas existe a insurgência de índole criminal, realidade vivenciada pela América Latina.

<sup>6</sup> *Law-intensity conflicts: a grey area of legal regulation*

The dynamics of asymmetric conflict as described earlier lead to what can be described as



naturalmente um problema de aplicação da lei penal, mas que, esporadicamente, evolui para a gravidade do CANI. Essa é uma hipótese muito comum na repressão à criminalidade violenta na América Latina, destacando o nosso país, alguns países da América Central e o México. O problema consiste em saber se a repressão à criminalidade interna, fora dos casos que já consideramos como CANI, pode eventualmente implicar na aplicação de algumas normas do DICA, que regem os CANI.

Como a repressão ao crime é um problema atinente à soberania das nações, quanto à imposição do seu ordenamento jurídico-penal dentro do seu território, a doutrina internacional tende naturalmente a excluir os conflitos daí decorrentes do conceito de CANI, tema pertencente à seara do direito internacional, embora este entendimento esteja mudando<sup>7</sup>. Some-se a isso a

---

low intensity hostilities that represent a grey area for legal regulation. Low-intensity hostilities are recognized by the US military as being a key feature of contemporary conflicts and are defined as being protracted “political-military” confrontations between states and armed groups that persisted below and sometimes at the threshold of conventional conflict.<sup>85</sup> As indicated in Figure 1.2, this grey area of military operations other than war may comprise counterinsurgency and counterterrorist operations. Van Creveld has suggested that future “wars” will be “overwhelmingly” low intensity in character. In this strategic environment, Van Creveld suggests that

*Organizationally and in terms of the equipment at their disposal, the armed forces of the world will have to adjust themselves to this situation by changing their doctrine, doing away with much of their heavy equipment and becoming more like the police*<sup>86</sup>.

Tradução livre:

A dinâmica do conflito assimétrico, como descrito anteriormente, leva ao que pode ser descrito como hostilidades de baixa intensidade que representam uma área cinzenta para a regulação legal. As hostilidades de baixa intensidade são reconhecidas pelos militares dos EUA como sendo uma característica fundamental dos conflitos contemporâneos e são definidas como sendo confrontos políticos prolongados entre estados e grupos armados, que persistiram abaixo e às vezes no limiar do conflito convencional.<sup>85</sup> Como indicado na Figura 1.2, essa área cinzenta de operações militares que não a guerra pode compreender operações de contra-insurgência e contraterrorismo. Van Creveld sugeriu que as futuras “guerras” seriam de caráter “enorme” baixa intensidade. Neste ambiente estratégico, Van Creveld sugere que Organizacionalmente e em termos do equipamento à sua disposição, as forças armadas do mundo terão que se ajustar a essa situação mudando sua doutrina, eliminando grande parte de seu equipamento pesado e tornando-se mais parecidos com a polícia. Hopkins, Michael John. *The rule of law in crisis and conflict grey zones-regulating the use of force in a global information environment*, Routledge, Lomdon, 2.019 p. 39, 383 p.

<sup>7</sup> A Academia de Direito Internacional Humanitário e de Direitos Humanos, ao relacionar os conflitos armados em 2017, incluiu os decorrentes da repressão às gangues de narcotraficantes da Colômbia, México e El Salvador. Não incluiu na lista os conflitos decorrentes da repressão ao crime no Brasil, o que não significa que não tenham essa característica, pois se trata de opinião doutrinária. Ao mesmo tempo fez as observações abaixo que coincidem com o que estamos dizendo aqui sobre a possibilidade de conflitos decorrentes da repressão criminal ingressarem no conceito de CANI:

“...Organized armed groups are those with a command-and-control structure, who typically possess and use a variety of weapons and control a significant logistical capacity that gives them the capability to conduct regular military operations. When engaged in regular and intense armed

natural resistência dos Estados em não reconhecer a situação conflitiva como CANI, mesmo que inequivocamente se apresentando como insurgência, sob o temor, absolutamente infundado, em conferir legitimação à ação dos atores não estatais.

A própria natureza não política dos enfrentamentos com o crime organizado, no sentido de que não buscam a tomada do poder como acontece na insurgência política, já dificulta muito a análise do problema à luz das normas do DICA. A doutrina internacional, quando trata de CANI, normalmente refere-se à insurgência política. O quadro começa a mudar porque é inequívoco hoje que existem hipóteses em que a repressão penal se desenvolve com gravíssimos enfrentamentos armados, o que, convenhamos, não existia quando da entrada em vigência do artigo 3º comum às Convenções de Genebra em 1949, como é o caso, por exemplo, do Rio de Janeiro ou em alguns lugares no México. Sustenta-se que estas situações poderiam ingressar pelo menos no conceito de zona cinzenta, mas só alguns poucos autores admitem que, em algumas situações, se trata mesmo é de CANI, como é o caso do subscritor deste artigo. Tratando-se de zona cinzenta, quais seriam as consequências jurídicas à aplicação da lei penal? Poderia ser aplicado o DICA?

---

confrontations with armed forces or other organized armed groups, such groups are ‘party’ to a NIAC. These groups are sometimes called rebels, insurgents, terrorists, criminal gangs or anti-government elements by states or other entities such designations have no consequence for the determination of their status under international law with respect to an armed conflict. It is not, however, necessary that an armed group have a particular political or religious agenda for it to be party to a NIAC;<sup>31</sup> therefore, an organized armed group whose aim is purely lucrative, such as a drugs cartel or an organized crime network, can be a party to an armed conflict<sup>32</sup> This discussion takes place in The War Report 2017 with regard specifically to the situation in Mexico.

Tradução livre:

Grupos armados organizados são aqueles com estrutura de comando e controle, que tipicamente possuem e usam uma variedade de armas e controlam uma capacidade logística significativa que lhes dá a capacidade de conduzir operações militares regulares. Quando envolvidos em confrontos armados regulares e intensos com forças armadas ou outros grupos armados organizados, esses grupos são parte do NIAC (Conflito Armado Não Internacional). Esses grupos são às vezes chamados de rebeldes, insurgentes, terroristas, gangues criminosas ou elementos contra o governo por estados ou outras entidades tais designações não têm consequências para a determinação do seu estatuto ao abrigo do direito internacional em relação a um conflito Não é, contudo, necessário que um grupo armado tenha uma política particular. -agenda religiosa ou religiosa para que seja parte de um NIAC,<sup>31</sup> portanto, uma organização armada grupo cujo objetivo é puramente lucrativo, como um cartel de drogas ou um crime organizado pode ser parte de um conflito armado.<sup>32</sup> Essa discussão ocorre em The War Report 2017 em relação especificamente à situação no México.” (The war report, armed conflicts in 2017, Geneva Academy. Cfr: <https://www.geneva-academy.ch/joomlatools-fles/docmanfiles/TheC20WarC20ReportC202017.pdf>)

#### 4 ZONA CINZENTA. VISÃO INTERNACIONAL E OSCILAÇÃO ENTRE PROBLEMA DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL E SUPERAÇÃO DO LIMITE MÍNIMO DO ARTIGO 3º COMUM ÀS CONVENÇÕES DE GENEBRA

Zona cinzenta, tal como utilizamos a expressão, refere-se às situações de violência armada na repressão a hipóteses graves de criminalidade organizada violenta, que tangenciam o conceito de CANI. Esse é o sentido que empregamos para expressão “zona cinzenta”, que, no âmbito do direito internacional, não coincide totalmente com o sentido aqui empregado. Observa-se na doutrina internacional a utilização da expressão “zona cinzenta” para caracterizar as diversas formas de conflitos assimétricos, dentro dos chamados conflitos de quarta geração, onde se situam as diversas formas de insurgência, terrorismo, que ultrapassam a visão binária de paz-guerra, ou seja, paz e conflito armado internacional e não internacional, por exemplo<sup>8</sup>. São as situações em que o conflito armado é intercalado por períodos de paz, em que se faz presente a política internacional paralelamente às ações militares.<sup>9</sup> Ou então envolve atividade coercitiva, porém deliberadamente abaixo do limite de ações militares em conflito armado interno<sup>10</sup>. Pode-se encontrar como traço comum a essa abordagem, as situações de desestabilização, métodos de agressão que não necessariamente envolvem ação militar, mas buscam os mesmos resultados da vitória na guerra, por exemplo, ataques cibernéticos,<sup>11</sup>. Ou ainda, as situações de conflitos e enfrentamentos cujas características não se enquadrem nas exigências das categorias que são pró-

<sup>8</sup> Brooks, Rosa. Rule of law in the gray zone, Modern War Institute, 02 de julho de 2018. <https://mwwi.usma.edu/rule-laww-gray-zone/>

<sup>9</sup> Cfr <https://ndupress.ndu.edu/JFQ/Force-Quarterly-80/Article/643108/unconventional-wwarfare-in-the-gray-zone/>

<sup>10</sup> Brands, Hal. Paradoxes of the gray zone, Foreign Policy Research Institute, <https://www.fpri.org/article/2016/02/paradoxes-gray-zone/>

Aqui se incluem ações militares rápidas, com emprego de Forças Especiais, com enfrentamento militar de curta duração, situações que normalmente não são regidas pelo DICA: cfr: Votel, Joseph e outros. Unconventional warfare in the gray zone, Small Wars Journal, disponível em <https://smallwarsjournal.com/blog/unconventional-wwarfare-in-the-gray-zone>

<sup>11</sup> Cfr. Grange, Miranda. CYBER WARFARE AND THE LAW OF ARMED CONFLICT, LAWS 533: LAW OF ARMED CONFLICT RESEARCH PAPER, Victoria University of Wellington, 2014, pp. 1-35. Disponível em <https://core.ac.uk/download/pdf/41339676.pdf>

prias do DICA, tais como, combatentes, participação direta nas hostilidades, ataque e etc, ou seja, as mais variadas formas de enfrentamento armado que não possam ser enquadradas nos rígidos parâmetros normativos sobre o conceito de conflito armado internacional ou não internacional, de que é melhor exemplo o combate ao terrorismo. Ou seja, são temas que, de fato, implicam em constatar a existência de uma lacuna no direito internacional para essas situações.

Como dito, não empregamos o termo zona cinzenta tendo como parâmetro a visão binária conflito-paz, precisamente porque a zona cinzenta que nos interessa é aquela que se refere a confrontos armados com as forças de segurança em sede de aplicação da lei penal, ou entre os grupos de criminosos que, embora os enfrentamentos sejam gravíssimos, não preencheriam o conceito de CANI, por faltar a necessária intensidade, sobretudo porque existe oscilação na superação do limite dos distúrbios internos. Nesses confrontos observa-se alternância da intensidade, que varia entre evoluir de problema de aplicação da lei penal ultrapassando o limite do distúrbio interno para, em seguida, retornar à gravidade normal da repressão ao crime. Em suma, o problema cinge-se em buscar o marco legal adequado para um conflito que alterna entre problema de repressão penal e de CANI. Consequentemente, o problema colocado implica na interação entre o DICA e a proteção internacional dos direitos humanos nesse tipo de conflito, que fornece muitos dos princípios atinentes ao uso da força na aplicação da lei penal. Nesse sentido, o estudo dos conflitos do tipo “gray zone” envolve análise da proteção aos civis nas situações que se situam entre a proteção conferida pelo direito internacional dos direitos humanos (DIDH) e o direito de guerra. As situações de zona cinzenta envolveriam uma lacuna entre os dois sistemas de proteção, frente a um quadro em que se tem como duvidoso se é CANI, em outras palavras<sup>12</sup>.

---

<sup>12</sup> Também podemos encontrar a utilização dessa expressão em referência ao estudo de situações sobre determinadas áreas em que existe uma lacuna na aplicação da soberania do Estado, que entra em disputa com outros grupos nacionais, insurgentes ou criminosos, como na Colômbia e no México: cfr. Diaz, Omar Huertas Vasquez, Henry e Berkes Antal. “Grey zones” in international law: areas controlled by the Colombian FARC-EP, Jusiiia 4/11/2016, p. 65/91.

Os conflitos em zona cinzenta sob qualquer perspectiva enfrentam, de plano, como primeiro desafio a interação entre as regras do DIDH e DICA. Qual seria então o marco legal adequado para essas hipóteses?

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<sup>13</sup>. No 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.

## 5 INTERAÇÃO ENTRE O DICA E O DIDH. QUAL SISTEMA DEVE SER CONSIDERADO LEX SPECIALIS?

Como o conceito de CANI não necessita de motivação política e é orientado pela intensidade e pelo nível de organização dos atores não estatais, em tese, é perfeitamente possível algumas hipóteses de repressão penal preencher o conceito. Ou então se trata de zona cinzenta. Em quaisquer dessas hipóteses, por força de entendimento já de há muito pacificado, as normas que regem aplicação da lei penal, orientadas pelo DIDH continuam devendo ser observadas<sup>14</sup>. A jurisprudência internacional orienta-se pela aplicação das normas do DICA como *lex specialis* quando caracterizado o conflito armado, mas que não afastariam as normas referentes à aplicação

<sup>13</sup> <http://www.rulac.org/classification/non-internaional-armed-conflicts>  
<https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict.pdf>

<sup>14</sup> Sassoli, Marco. The relationship between international humanitarian and human rights law where it matters: admissible killing and internment of fighters in non-international armed conflicts, *International Review of Red Cross*, Volume 90, n. 871, set/ 2008. pp. 599-627

da lei penal. No entanto, pode acontecer que não o DICA, mas o DIDH, possa ser norma especial nos conflitos de zona cinzenta como mostraremos a final<sup>15</sup>.

Um outro aspecto importante deve ser notado. Como o conceito de conflito armado decorre de análise de fato, não haveria necessidade de que a situação conflitiva se enquadrasse em alguma hipótese de restrição consti-

<sup>15</sup> É como enfatiza Lartmer:

“... *The maxim lex specialis derogat legi generali provides that a more specialized law, specifically addressing the subject mater at hand, takes precedence over more general law. Exactly how the ICJ intended this maxim to apply was not explained in the judgments and has been the subject of some scholarly debate. It is clear from the context, however, that ICJ did not envisage IHL, as the alex specialis, displacing IHRL as a while during armed conflict. Rather it suggests that the general rules of human rights, applicable at all times, would need to be interpreted at times of armed conflict in light of the more specialized rules of IHL, specific to that context. The prohibition in arbitrary killing under IHRL, for example, would continue to apply, but the assessment of what was meant by “arbitrary” in the context of armed conflict would be interpreted in the light of IHL principles on distinction, military necessity and proportionality.*

UN human rights bodies, for their part, have noted the application of *lex specialis* while seeking to emphasize “that human rights and humanitarian law are complementary and mutually reinforcing.”<sup>22</sup> Both IHRL and IHL practitioners have subsequently promoted a range of approaches which seek to articulate both branches in a case-by-case or rule-by-rule basis, filling perceived gaps or resolving uncertainties in one branch by recourse to a more detailed or specialized rule in the other branch. Crucially this appears to recognize that, in some cases, human rights law may constitute the *lex specialis*. Thus Louise Doswald-beck (giving the human right to life as an example): Where there is any kind of doubt, or where the (IHL) rules are too general to provide all the answers, then human rights law will fill the gap, provided that this law is not incompatible the overall fundamental and purpose of IHL 23. (Lartimer, Mark; Sands, Philippe. *The grey zone, civilian protection between human rights and the laws of war*, Hart, 2.017, p. 6/7, 448 p.

Tradução livre: A máxima *lex specialis derogat legi generali* prevê que uma lei mais especializada, especificamente abordando o assunto em questão, tem precedência sobre a lei mais geral. Exatamente como a CIJ (Corte Internacional de Justiça) pretendia que essa máxima fosse aplicada não foi explicada nos julgamentos e tem sido objeto de algum debate acadêmico. No entanto, fica claro no contexto que a CIJ não imaginou o DIH (direito internacional humanitário), como a *lex specialis*, afastando o IHRL (direito internacional dos direitos humanos) como um todo durante o conflito armado. Pelo contrário, sugere que as regras gerais dos direitos humanos, aplicáveis em todos os momentos, precisariam ser interpretadas em tempos de conflito armado à luz das regras mais especializadas do DIH, específicas para esse contexto. A proibição de assassinatos arbitrários sob o DIH, por exemplo, continuaria a ser aplicada, mas a avaliação do que se entende por “arbitrário” no contexto de conflito armado seria interpretada à luz dos princípios do DIH sobre distinção, necessidade militar e proporcionalidade. Os órgãos de direitos humanos da ONU, por sua vez, notaram a aplicação da (regra) *lex specialis* ao mesmo tempo em que procuravam enfatizar que os direitos humanos e o direito humanitário são complementares e se reforçam mutuamente.<sup>22</sup> Os profissionais do IHRL e do DIH promoveram posteriormente uma série de abordagens que buscam articular os dois ramos, caso a caso ou regra por regra, preenchendo as lacunas percebidas ou resolvendo incertezas em um ramo, recorrendo-se a regra especializada no outro ramo. Crucialmente isso parece reconhecer que, em alguns casos, o direito dos direitos humanos pode constituir a *lex specialis* (grifo nosso). Assim, Louise Doswald-beck (dando o direito humano à vida como um exemplo): Onde há qualquer tipo de dúvida (grifo nosso, zona cinzenta, por exemplo), ou onde as regras do DIH são muito gerais para fornecer todas as respostas, então o direito dos direitos humanos preencherá a lacuna, desde que esta lei não seja incompatível com o fundamento e propósito geral do DIH<sup>23</sup>.

tucional de direitos, como estado de defesa, de emergência ou de sítio, nem mesmo intervenção da União, como aconteceu no Rio de Janeiro. Ademais porque muitas vezes são conflitos episódicos, não havendo sequer vontade política para decretar-se a restrição de direitos. Mas cuidado, mesmo episódicos, não sendo decorrentes de conflitos prolongados, podem dar ensejo a considerar-se uma situação de CANI, como aconteceu em La Tablada. Nos conflitos de zona cinzenta, quando referidos especificamente no que diz respeito aos que envolvem a repressão penal, os confrontos tendem a se agravar porque os atores não estatais estão agrupados em gangues que não interrompem a sua evolução organizacional, pelo contrário, cada vez mais se tornam sofisticadas e internacionalizadas, diante da ampliação das suas fontes de financiamento, notadamente o tráfico internacional de entorpecentes. Logo, acirram a violência e a insegurança social.

## **6 ZONA CINZENTA. MARCO LEGAL EM CONSTRUÇÃO**

Chegamos então ao ponto de saber qual o marco legal para essas hipóteses. Nessas hipóteses, entendemos perfeitamente possível cogitar-se de aplicar-se algumas normas mínimas do DICA, que limitam o uso da força e estabelecem meios adequados de combate para, ao máximo, evitar atingir reflexamente a população civil. As normas que regem os conflitos armados são muito mais detalhadas na proteção à população civil do que as normas que regem a atividade policial. As normas que regem a atividade policial orientam-se pelo princípio do uso progressivo e seletivo da força, sem qualquer regra detalhada sobre meios e métodos de combate de modo a proteger ao máximo a população civil, o que é típico do DICA. E a proporcionalidade da ação policial refere-se sobretudo às pessoas objeto da repressão ao crime. No DICA a proporcionalidade deve ser observada primordialmente em relação a quem não participa do conflito, ou seja, a população civil.

Aliás, a nosso sentir, mesmo que a situação não se enquadre em zona cinzenta, ou seja, se situe dentro dos limites do uso da força na repressão ao crime, o que é proibido em conflito armado, não pode ser admitido na

repressão penal. Colocar em prática este princípio, ao mesmo tempo regular a zona cinzenta, é tarefa que melhor deve ser feita pelo próprio direito interno, alterando-se a legislação penal e processual penal, que pode nesse mister se inspirar no DICA. Entenda-se bem, o vácuo normativo na zona cinzenta existe no plano do direito internacional. Dentro da perspectiva do direito interno das nações é perfeitamente possível a criação de normas de aplicação da lei penal (de direito material e processual) adequadas para essas hipóteses, que podem se inspirar nas normas que regulam o uso da força no DICA, mas sem estender todos os seus efeitos, apenas naquilo que pode contribuir para minorar os reflexos dos enfrentamentos sobre a população civil.

## **7 LEGÍTIMA DEFESA CONTRA O USO DE ARMAS DE GUERRA POR ATORES NÃO ESTATAIS**

Vejamos a hipótese que tem acontecido no Rio de Janeiro, quanto a criminosos portando fuzis e outros armamentos de calibre de guerra. O disparo letal das forças policiais contra esses marginais é inevitável porque é impossível dar-se voz de prisão nessas circunstâncias diante da extrema letalidade do armamento utilizado pelo criminoso. A justificativa sobre iminência da agressão a se enquadrar dentro da legítima defesa, o que nos parece plausível, enfrenta com facilidade restrições conceituais dentro do próprio tipo permissivo da legítima defesa. Dentro das normas que regem a situação como conflito armado seria de plano autorizado o disparo mortal com amparo no uso letal da força. Mas e quanto às situações quando não há o encravamento territorial ou quando, ainda que dentro de um contexto de repressão a um grupo criminoso com histórico de atividades criminosas violentas, a violência aconteceu em episódio determinado e não dentro de um contexto crônico, ou seja, não ingressou no conceito de CANI? Aí pensamos que melhor seria que a situação viesse detalhada em lei para que a regulação pudesse se utilizar de normas do DICA. O uso letal da força nessas condições, para guardar semelhança com o que acontece nos confli-



tos armados, demanda um conceito legal, ampliando o conceito de legítima defesa, ainda que seja inegável existir iminência de agressão em relação a quem, por exemplo, porta em via pública um fuzil. Por mais grave que seja a situação, não se enquadrando dentro do conceito de conflito armado, a morte do ator não estatal não pode ser legitimada pelo estrito cumprimento do dever legal, a nosso sentir. O uso letal da força só é de plano legitimado no direito de guerra<sup>16</sup>.

Ora, se o direito internacional não regula o tema, o direito interno deve fazê-lo conferindo-se um quadro normativo proporcional ao tipo de enfrentamento, sob pena de se deixar as forças de segurança sem baliza jurídica adequada, ao mesmo tempo sem impor normas regulatórias às forças de segurança para melhor proteger a população civil.

O cuidado que se deve ter nesse tema é como legitimar o uso da força pela polícia para que não se equipare ao uso letal da força próprio do DICA, pois a sua utilização irregular pode caracterizar execução sumária, o que enseja à violação aos direitos humanos e humanitário. No entanto, para construir-se essas hipóteses legais de tratamento às situações de gravíssimas violações praticadas por estes grupos de criminosos, os próprios parâmetros legais da legislação interna fornecem elementos para isso. Com efeito, a Constituição estabelece um padrão de gravidade diferenciado para crimes que considera mais graves, como os crimes hediondos, os atentados praticados

---

<sup>16</sup> Registre-se o pensamento em sentido contrário dos Procuradores da República Cleber de Oliveira Tavares Neto e Douglas Santos Araújo, ainda não publicado ( A legitimidade do uso de força letal por agentes de segurança pública), no sentido de que a legítima defesa é exercida dentro de uma faculdade legal, o que não se coaduna com o uso da força pela polícia, inspirado em um dever de agir. Dessa forma, o policial ao defender um terceiro de um ataque criminoso e ao reprimir o crime, usando da força, eventualmente matando ou lesionando, não está em legítima defesa e sim no estrito cumprimento do dever legal, pois age na defesa da sociedade em face de um dever imposto pela lei e não porque exercita um direito. O raciocínio é bem fundamentado no plano do direito interno. Mas é pouco compatível com o direito internacional, cujas normas inspiram o uso da força pelas polícias no mundo inteiro. Os tratados que regem a atividade policial (cfr nota n. 2) não dão margem a essa conclusão, a nosso sentir. Em hipótese alguma a morte causada pelos policiais em ação está plenamente legitimada como acontece quando um soldado mata outro em uma guerra. O conceito de Target killings do direito de guerra não tem como ser trasladado para a aplicação da lei penal. Como estrito cumprimento do dever legal, o que se ajusta ao uso letal da força tal como regulado pelo DICA, não se poderia cogitar sequer iniciar-se uma investigação prévia contra os policiais. Ocorre que toda ação policial que resulta em lesão à vida ou integridade física demanda investigação caso a caso. Um bom método para se conferir maior proteção legal ao policial é a imunidade qualificada do direito americano, mas não chega jamais a equiparar policial em ação a soldado em guerra.

por grupos armados contra o estado, a discriminação racial. Não bastasse isso, a própria situação fática, como já foi dito aqui, demonstra claramente que reprimir um grupo que toma de assalto uma cidade, fortemente armado com fuzis, por exemplo, é situação cujo emprego de força contrária pela polícia, rigorosamente, não vem regulamentado nos tratados já referidos que regem a atividade policial. O uso progressivo da força é impraticável em muitas dessas hipóteses, como também é certo que as táticas policiais necessariamente deverão ceder às do tipo militar, sob pena de exacerbar-se os riscos aos próprios agentes da lei, como também à população civil. Em tal situação, as normas que regem o uso da força na aplicação da lei penal são insuficientes para proteger a população civil, ao contrário do que acontece com o DICA.

## **8 O RISCO DA VIOLAÇÃO AOS DOIS SISTEMAS PROTETIVOS (DICA E DIDH) EM OPERAÇÕES POLICIAIS. O EXEMPLO DA AÇÃO EM HELICÓPTEROS**

Também é certo que as regras do DICA mais importantes, cuja inobservância podem dar ensejo às violações graves, também poderiam funcionar como um norte para as ações policiais. O que não pode ser feito em conflitos armados, com mais razão não poderia ocorrer nas atividades de repressão ao crime. O que se observa muitas vezes é que as operações policiais não têm regimentos detalhados sobre meios e métodos de combate, até porque não foram pensadas para situações como as que estamos aqui tratando. Dessa forma, uma operação policial contra uma gangue armada à maneira de um grupo insurgente no Afeganistão, usando da mesma violência, corre o risco de violar os dois sistemas, o que regula o uso da força em operações policiais e o próprio das FFAA em conflitos armados.

Um bom exemplo é o uso de helicóptero, que até colocamos em nosso livro. Por absoluto desconhecimento das regras de DICA, a polícia utiliza helicópteros contra criminosos em operações policiais, mas que, na prática, muitas vezes é um ataque vertical, que só pode ser realizado pelas FFAA em conflitos

armados. O caso emblemático foi a perseguição ao traficante conhecido como “matemático”. Durante a intervenção no Rio de Janeiro, independentemente de se entender ou não as operações como situadas dentro do contexto de CANI, os membros do MP Militar no Rio de Janeiro fizeram uma recomendação ao Comando das Operações no sentido de que a aeronave fosse utilizada como *apoio* às operações terrestres<sup>17</sup>. Nessa hipótese poderiam efetuar disparos em defesa própria, dos militares em terra nas operações ou de outras pessoas. É o normal em uma atividade policial e, malgrado a situação de repressão a esses grupos de criminosos, naquelas condições em que se desenvolveu a intervenção, na nossa opinião, seja caso de CANI, era o suficiente, principalmente para evitar-se ao máximo dano colateral à população civil. Aliás, toda vez que se fala em “bala perdida” atingindo civis, curiosamente, só se lembra das forças

17

RECOMENDAÇÃO N° 002, de 25 de junho de 2018

O Ministério Público Militar, com fundamento nos arts. 6º, XX, da Lei Complementar nº 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 I 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: 4.a. As operações aéreas, sendo operações policiais, não podem ter a iniciativa de realizar ataques verticais, salvo a hipótese em que a aeronave está sendo objeto de ataque ou nas hipóteses de legítima defesa de terceiros e no estritamente necessário para a efetivação dessa defesa, sem dar continuidade ao enfrentamento pela via aérea. 4.b. O tiro automático deve ser evitado ao máximo.

5. As operações devem ser precedidas de prévio levantamento de inteligência sobre os locais dentro das áreas da comunidade onde os enfrentamentos acontecerão. Os relatórios respectivos serão arquivados. 6. A população deve ser orientada sobre a possibilidade de absorção dos efeitos colaterais em caso de confronto nos locais utilizados pelos criminosos. Rio de Janeiro, 25 de junho de 2018. MARIA DE LOURDES S. GOUVEIA Procuradora de Justiça Militar JORGE AUGUSTO LIMA MELGAÇO.

policiais disparando, como se a bala que sai do cano dos potentes fuzis dos bandidos corrigisse o alvo por vontade própria. A Recomendação também se referia à observância de várias disposições sobre regras a serem observadas pelas FFAA em conflito, que são próprias do DICA. Em suma, são regras que podem muito bem serem observadas na atividade policial em qualquer situação. Não são incompatíveis com a atividade de repressão penal.

Em um artigo sobre a zona cinzenta em conflitos decorrentes da repressão ao crime organizado, Sven Peterke<sup>18</sup> sugeriu como a busca da norma adequada o método funcional para melhor regular o problema, a fim de fugir da análise de sobreposição de normas de DICA e DIDH. Esta Recomendação talvez seja um exemplo concreto desse método. Para se chegar a este tipo de solução foi necessário partir-se do princípio de que deve prevalecer a máxima proteção em direitos humanos. As normas que regulam o uso da força no DICA são também normas de direitos humanos. É só observar atentamente o artigo 3º comum para se concluir que a regulação ali existente em nada diferencia do sistema protetivo do direito interno das nações. Daí então não é difícil concluir que o método de enfrentamento proibido em conflito armado não pode ser permitido em uma operação policial. Essa conclusão acaba sendo válida para qualquer enfrentamento policial.

Recentemente se seguiu um movimento de impedir a utilização dos helicópteros como plataforma para disparo contra os criminosos que dominam as favelas no Rio de Janeiro. Ora, o helicóptero não pode ser plataforma para disparo na forma de ataque<sup>19</sup>, mas como se vai impedi-lo de realizar disparos até para a tripulação se defender dos criminosos? Nesse e em outros temas pula-se facilmente para os extremos no nosso país.

<sup>18</sup> Cfr. <https://igarape.org.br/www-content/uploads/2016/04/Regulaing-Drug-Wars.pdf>

<sup>19</sup> O conceito de ataque é próprio do DICA e vem disposto no artigo 49 do Protocolo 1, de 1.977: Art. 49. Definição de ataques e âmbito de aplicação:

1. A expressão "ataques" designa atos de violência contra o adversário, quer sejam atos ofensivos, quer defensivos.

3. As disposições do presente Protocolo aplicam-se a qualquer operação terrestre, aérea ou naval, podendo afetar, em terra, a população civil, as pessoas civis e os bens de caráter civil. Aplicam-se também a todos os ataques navais ou aéreos dirigidos contra objetivos em terra, mas não afetam de qualquer outra forma as regras do direito internacional aplicável nos conflitos armados no ar ou no ar.

A recomendação do MPM implicou em uma solução funcional, casuística, para o problema do uso do helicóptero na situação vivenciada na intervenção, justamente para que se evitasse ao máximo danos colaterais sobre a população civil. A proporcionalidade no uso da força no DICA objetiva diretamente a proteção da população civil. Mas, para melhor regular o problema das situações de zona cinzenta, melhor que venha através da lei. Por exemplo, dentro da regulação do uso progressivo e seletivo das forças policiais, tendo como base a ideia de que *aquilo que for proibido em conflito armado não pode ser utilizado em uma operação policial*. Nesse sentido, algumas normas que limitam o uso da força no DICA podem ser trasladadas para o direito interno, via alteração legislativa. No nosso entendimento, não é possível enfrentar os conflitos de zona cinzenta sem alteração da legislação penal e processual penal interna. Trata-se de inovar o sistema repressivo penal, tendo como parâmetro normas que limitam o uso da força somente vigentes em situações de conflito armado. Quem sabe o direito internacional no futuro crie um terceiro sistema. A doutrina do direito internacional já começa a se debruçar sobre essa possibilidade. Um outro detalhe importante é que, no nosso entendimento, a despeito daquela situação ser nitidamente de CANI, a recomendação do MPM sobre o uso do helicóptero pelos Membros do MPM, que é uma norma, ainda que não oriunda de lei em sentido formal, do ponto de vista de zona cinzenta, colocou limitações ao uso do helicóptero como plataforma de tiro, mas que podem ser aplicadas para qualquer operação policial. Ou seja, a recomendação na verdade regula um caso que se pode considerar como zona cinzenta, ou como uma situação de CANI, como também funciona até em enfrentamentos normais da atividade policial. A combinação dos dois sistemas para melhor tratar da zona cinzenta pode ser feita com normas desse tipo. Poderia e pode ser feita através de Portarias e Instruções do Ministério da Defesa, por exemplo, mas o ideal é que venha através de lei ordinária, pois as limitações ao uso da força com inspiração no DICA podem até ser trasladadas para a atividade rotineira do policiamento armado, por exemplo.

## 9 A REGULAMENTAÇÃO LEGAL DA ZONA CINZENTA ATRAVÉS DO TRATAMENTO LEGAL DO USO DE ARMAS PELAS FORÇAS POLICIAIS

A regulamentação legal, estabelecendo regras específicas sobre meios e métodos de combate, inspiradas no DICA, é a solução adequada ao problema de como solucionar adequadamente os enfrentamentos nas zonas cinzentas, pois, além da matéria de aplicação da lei penal dever vir sempre implementada através de lei, a solução legal evita casuísmos<sup>20</sup>. Princípios como o da distinção entre objetivos militares e civis, proibição de algumas hipóteses de meios e métodos de combate, proibição de ataques indiscriminados, prevenção no ataque, necessidade de atividade de inteligência prévia, responsabilidade de comando, dentre outros, podem ser perfeitamente trasladados para a atividade policial, conferindo maior segurança jurídica aos seus integrantes e dando maior garantia à população civil contra efeitos colaterais. *O uso da força, mesmo na zona cinzenta, continua progressivo*, mas não perde de vista que a legítima defesa não pode ser irreal, desconsiderando que a posse de armas de guerra é inequivocamente iminência de ataque mortal.

Objetivando conferir maiores garantias à atividade policial, mas sem equiparar legítima defesa a estrito cumprimento do dever legal, enviamos ao Ministério da Justiça um anteprojeto de lei regulando a imunidade qualificada do direito norte-americano, que se situa no plano processual. A adoção do instituto implica em só excepcionalmente admitir-se o processamento de policiais que nos confrontos armados venham a ferir ou matar.

---

<sup>20</sup> Do ponto de vista material registrem-se as alterações promovidas pela Lei de organização criminosa, Lei 12.850/13, que não apenas define o conceito de organização criminosa, artigo 1º, § 2º, como também criou o tipo de participação em organização criminosa, artigo 2º, além de prever diversos instrumentos importantes para o enfrentamento do problema e o desmantelamento dessas organizações criminosas, como a colaboração premiada, infiltração de agentes, ação controlada e captação ambiental de sinais, dentre outros. A lei de organização criminosa aplica-se tanto à criminalidade violenta como a criminalidade astuta, de que é exemplo melhor a corrupção. Nos Estados Unidos, quanto à criminalidade violenta, existem disposições legais de vários estados sobre “gangues de rua”, cujo tratamento penal leva em consideração que esses grupos praticam atos que espalham terror à população, ou seja são tratados como grupos terroristas. Pex: California : [https://leginfo.ca.gov/faces/codes\\_displayText.xhtml?lawCode=PEN&division=&title=7.&part=1.&chapter=11.&article=](https://leginfo.ca.gov/faces/codes_displayText.xhtml?lawCode=PEN&division=&title=7.&part=1.&chapter=11.&article=)

Isso só acontece na hipótese de violação consciente da ordem jurídica. A experiência tem demonstrado que a legítima defesa e o estrito cumprimento do dever legal funcionam bem até o momento em que ocorrem lesões à vida e à integridade física das pessoas.

O anteprojeto também visou estabelecer modificações na Lei 13.060/14, que trata do uso de armas de fogo pelas forças policiais, de modo a adequar o uso proporcional da força às hipóteses de enfrentamento dentro da zona cinzenta, mas que também se estendem perfeitamente às atividades policiais diárias. Enfrentar um bandido com fuzil não é a mesma coisa contra um bandido empunhando um revólver 38. As táticas de enfrentamento nessas graves situações necessariamente se assemelham às utilizadas em conflitos armados. É impossível cogitar-se dar voz de prisão. Mas também é forçoso concluir que mesmo em enfrentamentos de gravidade abaixo da zona cinzenta pode acontecer o emprego de táticas e métodos que até na guerra são proibidos. O Anteprojeto busca alterar a referida lei introduzindo conceitos próprios do direito de guerra não para impedir a ação policial, mas para adequá-la ao tipo de enfrentamento que estamos aqui tratando, que supera em violência ao que comumente os policiais lidam no cotidiano. No entanto, vai além ao materializar o princípio de que o aquilo que é proibido em conflito armado não pode ser admitido na atividade policial, de modo que coloca limites também aos enfrentamentos abaixo da zona cinzenta.

## 10 CONCLUSÃO

A combinação dos dois sistemas, por nós idealizada, foi materializada através de proposta de alteração na legislação sobre uso de armas de fogo por agentes das forças de segurança, Lei 13.060/14, atualmente em estudo no Ministério da Justiça. Dentro dessa visão, o DIDH, consubstanciado nas regras de aplicação do direito penal, do direito interno, é que se torna lei especial, porém utilizando-se dos limites do uso da força do DICA<sup>21</sup>. O sistema

---

<sup>21</sup> Nas situações de enfrentamento às gangues territoriais, com a utilização das FFAA, situação que considero caracterizado o CANI, acontece o oposto, ou seja, embora haja a combinação dos dois sistemas,

protetivo do DICA em relação à população civil é muito mais eficaz, por ser mais detalhado sobre limites ao uso da força, principalmente considerando-se as peculiaridades dos conflitos no Rio de Janeiro, por exemplo, ou em qualquer área urbana densamente povoada. No entanto, nos conflitos urbanos em zona cinzenta não há falar em uso letal da força nos moldes do DICA, mas a ampliação do conceito de legítima defesa alcança efeitos semelhantes, sobretudo se acompanhada da imunidade qualificada, conferindo-se maiores garantias às forças policiais. Claro, jamais terá a amplitude da excludente de ilicitude do estrito cumprimento do dever legal, que, modernamente, exclui a própria adequação típica do comportamento à norma incriminadora, pois o comportamento não é antinormativo. A legítima defesa deve sempre ser aferida caso a caso, não podendo figurar abstratamente como uma norma excludente de forma direta, como seria o caso, por exemplo, de oficiais de justiça que fossem cumprir um mandado de penhora com arrombamento da porta de uma residência.

Não se perdeu de vista que conferir-se a maior segurança jurídica às forças de segurança implica, também, em ampliar o limite ao uso da força, como também estabelecer maior controle às operações policiais, razão pela qual o nosso anteprojeto incluiu a penalização da responsabilidade de comando, em caso de controle deficiente da ação dos subordinados.

De resto, buscou-se no anteprojeto trasladar para a atividade de repressão penal algumas hipóteses de restrição ao uso da força nos conflitos armados, que podem plenamente serem observadas na aplicação da lei penal, quando em confrontos armados. Essas normas, quando corretamente observadas, sem dúvida, diminuem enormemente a possibilidade de danos colaterais sobre a população civil.

---

o DICA é que deve ser considerado norma especial, até porque aplica-se automaticamente diante da constatação de que a situação de fato ultrapassou o limite mínimo dos distúrbios internos e existe a inequívoca organização dos grupos de criminosos em nítida insurgência criminal.



# Rio de Janeiro: violência urbana exacerbada, não uma guerra

**Najla Nassif Palma**

Promotora de Justiça Militar no Rio de Janeiro  
Mestre em Direito Internacional Humanitário pela Universidade de Genebra  
Secretária de Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário do  
Ministério Público Militar  
Diretora-Geral do Instituto Brasileiro de Direito Militar e Humanitário (IBDMH)

**RESUMO:** De acordo com o Direito Internacional Humanitário, a resposta estatal à criminalidade violenta no Rio de Janeiro não constitui um conflito armado não-internacional, pois não atende aos seguintes critérios: (I) a intensidade do confronto armado; e (II) o grau de organização dos agentes não estatais. Se for necessário que as Forças Armadas executem ações de garantia da lei e da ordem em apoio às forças de segurança pública, deverão ser aplicados os padrões internacionais de aplicação da lei e o direito interno, particularmente o uso progressivo da força. Embora a intensa violência urbana no Rio de Janeiro apresente sérios desafios aos sistemas de segurança pública e Justiça Criminal, as “leis e guerra”, em especial o uso de força letal contra um objetivo militar na condução de hostilidades, não tem lugar nesta discussão. A segurança jurídica daqueles que bravamente atuam com ou como forças de segurança pública na luta contra o crime, deve advir de uma sólida aplicação/interpretação, e do aperfeiçoamento normativo, dos institutos jurídicos existentes no Direito Penal.

**PALAVRAS-CHAVES:** Direito Internacional dos Direitos Humanos. Direito Internacional Humanitário. Conflito armado não-internacional. Uso da força. Ações de Garantia da Lei e da Ordem. Violência urbana.

## ENGLISH

**TITLE:** Rio de Janeiro: exacerbated urban violence, not a war.

**ABSTRACT:** Under international humanitarian law, the state's response to violent crime in Rio de Janeiro does not constitute a non-international armed conflict, as it does not fulfil the following criteria: (I) the intensity of armed confrontation; and (II) the degree of organization of non-state agents. If the Armed Forces are to be required to perform law enforcement actions in support of security forces in future, international law enforcement standards and domestic law, particularly the progressive use of lethal force, should apply. Although intense urban violence in Rio de Janeiro presents serious challenges to security and criminal justice systems, the law of armed conflict, including the usage of lethal force against a military objective in the conduct of hostilities, has no place in this discussion. Those who bravely serve in security forces should benefit from a strong legal protection based on a solid application/interpretation of existing legal norms.

**KEYWORDS:** International Human Rights Law. International Humanitarian Law. Non-International Armed Conflict. Use of Force. Law Enforcement Operations. Urban violence.

## SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Relação entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional Humanitário – 3 Conceito de Conflito Armado Não-Internacional – 4 Paradigma do uso da força - 5 Ações de garantia da lei e da ordem – 6 O combate à criminalidade violenta no Rio de Janeiro à luz do Direito Internacional Humanitário - 7 Conclusão.

## 1 INTRODUÇÃO

Distinguir de forma precisa a violência urbana exacerbada de conflitos armados não internacionais constitui um dos maiores desafios contemporâneos colocados aos operadores do Direito Internacional.

Sem ter a pretensão de esgotar o assunto, o presente artigo tem o objetivo de demonstrar que o fenômeno de criminalidade urbana na região metropolitana do Rio de Janeiro não configura um conflito armado à luz do Direito Internacional Humanitário e, portanto, não clama por soluções oriundas das “leis de guerra”<sup>1</sup>. As linhas que seguem também têm a finalidade de fomentar a reflexão sobre as interações entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) e o Direito Internacional Humanitário (DIH), com foco nas ações de garantia da lei e da ordem (GLO) executadas nos últimos tempos pelas Forças Armadas na capital fluminense e suas adjacências.

A narrativa será inaugurada com algumas considerações acerca da relação entre DIDH e DIH, avançando para o desenho do conceito de Conflito Armado Não-Internacional (CANI). Os poucos requisitos trazidos pelos tratados internacionais de DIH e os comentários do Comitê Internacional da Cruz Vermelha sobre os patamares de caracterização de um CANI serão evocados.

O paradigma do uso da força foi o aspecto escolhido para ser avaliado sob a perspectiva do DIDH e do DIH.

Serão ainda referidas as mais importantes e recentes ações de garantia da lei e da ordem no Rio de Janeiro executadas pelas Forças Armadas, contextualizando-se a natureza dessas operações das tropas militares no terreno.

Por fim, algumas considerações serão feitas sobre a atual situação da violência urbana na região metropolitana da capital fluminense, sob a perspectiva dos requisitos de um Conflito Armado Não-Internacional.

---

<sup>1</sup> Expressão usada como equivalente a Direito Internacional Humanitário. Conferir nota 19.

## 2 RELAÇÃO ENTRE O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E O DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO

Não é de hoje que a relação entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) e o Direito Internacional Humanitário (DIH) é objeto de debate entre os internacionalistas. A própria nomenclatura similar destes ramos do Direito Internacional pode induzir à confusão.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) tem como objetivo garantir o exercício pleno da dignidade humana. Os Direitos Humanos regulam a relação do Estado com seus nacionais, foram concebidos para serem plenamente garantidos em tempo de paz, mas se aplicam em qualquer tempo e lugar, podendo sofrer algumas suspensões em épocas de exceção, como na situação de estado de sítio e em tempo de guerra<sup>2</sup>.

O movimento de internacionalização dos Direitos Humanos ganhou força depois dos horrores da Segunda Guerra Mundial e foi evoluindo, por meio da elaboração de novos tratados, para que os indivíduos, uma vez oprimidos em seus direitos pelos seus próprios Estados, pudessem ter instâncias internacionais para reclamar suas garantias fundamentais.

O DIDH é composto por atos convencionais universais normalmente elaborados pelos Estados no seio da Organização das Nações Unidas (ONU) e regionais em regra produzidos no âmbito de Organizações Regionais, como, por exemplo, a Organização dos Estados Americanos (OEA).

Dentre os tratados universais de Direitos Humanos podem ser citados<sup>3</sup> o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966; a Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discrimi-

---

<sup>2</sup> Para saber mais sobre o Direito Internacional dos Direitos Humanos, conferir a obra “Manual prático dos Direitos Humanos Internacionais”, da Escola Superior do Ministério Público da União, de 2010. Disponível em: [file:///C:/Users/usuario/Downloads/Manual+Pr%C3%A1tico+de+Direitos+Humanos+Internacionais%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/usuario/Downloads/Manual+Pr%C3%A1tico+de+Direitos+Humanos+Internacionais%20(3).pdf). Acesso em: 31 jul. 2019.

<sup>3</sup> Os atos internacionais citados são as principais convenções de Direitos Humanos no seio da ONU. São denominados de “The Core International Human Rights Instruments”. O Brasil faz parte de todos esses instrumentos internacionais, exceto a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, de 1990.

nação Racial, de 1965; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979; a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984; a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989; a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias, de 1990; a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado, de 2006; e a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2007.

Já a Convenção Europeia de Direitos Humanos, de 1951; a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969; e a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, de 1981, configuram exemplos de tratados regionais de Direitos Humanos.

Cada espécie de tratado dispõe de um mecanismo de controle próprio para sua aplicação. Os universais normalmente instituem comitês<sup>4</sup>, enquanto os regionais geralmente criam comissões<sup>5</sup> e cortes<sup>6</sup> de Direitos Humanos. O sistema universal e o sistema regional de Direitos Humanos complementam-se na proteção das garantias fundamentais.

Já o Direito Internacional Humanitário, também conhecido como Direito Internacional dos Conflitos Armados<sup>7</sup>, é o ramo do Direito Inter-

---

<sup>4</sup> Mais informações sobre os comitês em: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Pages/TreatyBodies.aspx>. Acesso em: 31 jul. 2019.

<sup>5</sup> Informações sobre a Comissão Interamericana de Direitos Humanos em: <http://www.oas.org/pt/cidh/>. Acesso em: 31 jul. 2019.

<sup>6</sup> Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/v.Estatuto.Corte.htm>. Acesso em: 31 jul. 2017.

<sup>7</sup> Por ordem de antiguidade, três expressões foram cunhadas para designar esse ramo do Direito Internacional: Direito da Guerra ou “Leis de Guerra”, “Direito Internacional dos Conflitos Armados” e “Direito Internacional Humanitário”. A nomenclatura Direito da Guerra reinou soberana por muito tempo, tendo sido abandonada com a criação da Organização das Nações Unidas, que considerou a guerra uma conduta proibida. As Convenções de Genebra de 1949 acrescentaram a expressão “conflitos armados” para estender a proteção jurídica às vítimas de confrontos que não poderiam ser tecnicamente classificados como guerras e esta foi a certidão de nascimento da expressão Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA). Já a terminologia Direito Internacional Humanitário (DIH) foi primeiramente utilizada no âmbito do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV), nos anos 50, sendo que passou a ser a expressão preferida da doutrina e atualmente tende a ser dominante. As três expressões podem ser consideradas equivalentes, e a escolha de uma ou de outra dependerá essencialmente do costume e do público. Constata-se que as organizações internacionais, as universidades ou ainda alguns Estados preferem a terminologia Direito Internacional Humanitário ou Direito

nacional Público que tem como objetivo regulamentar a mais excepcional das circunstâncias: a guerra. Suas normas, de origem convencional e consuetudinária, visam restringir meios e métodos de combate e proteger quem não participa, ou não participa mais, das hostilidades, além de bens e locais culturais e religiosos, instalações de saúde e meio ambiente.

O Direito Internacional Humanitário foi desenhado especialmente para tempos de conflitos armados e é composto de duas vertentes: uma disciplina a condução das hostilidades, sendo especialmente endereçada aos combatentes<sup>8</sup>; a outra regulamenta o tratamento das pessoas em poder do inimigo, podendo alcançar tanto militares quanto civis<sup>9</sup>.

Independentemente das razões<sup>10</sup> que deflagram o conflito armado, o Direito Internacional Humanitário ambiciona limitar a violência aos níveis

---

Humanitário, enquanto no seio das Forças Armadas utiliza-se, com mais frequência, as expressões Direito da Guerra ou Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA).

<sup>8</sup> Convencionou-se chamar essa vertente mais antiga do DIH, de cunho restritivo, de “Direito de Haia” porque o início da codificação da matéria deu-se naquela cidade holandesa, como testemunham as duas Conferências Internacionais da Paz, de 1899 e 1907. Essa vertente baseia-se no princípio da limitação e objetiva regulamentar a condução das hostilidades restringindo meios e métodos de combate e proibindo o uso de determinadas armas.

<sup>9</sup> Essa vertente mais protetiva do DIH costuma ser chamada de “Direito de Genebra” cuja base é o princípio da humanidade, que visa à proteção das pessoas que não participam das hostilidades ou estão fora de combate por motivo de ferimentos, doenças, naufrágios ou detenção pelo inimigo. O início do desenvolvimento deste ramo do *ius in bello* remonta à primeira Convenção de Genebra, de 1864, e encontra seu ápice nas Convenções de Genebra de 1949.

É bem verdade que não há divisão estanque entre as o Direito de Haia e o Direito de Genebra, existindo uma considerável permeabilidade entre ambas, pois, afinal, quando o “Direito de Haia” proíbe o combatente de atacar pessoas civis, indiretamente está emanando normas do “Direito de Genebra”, porque cobre os civis com um manto de proteção. Alguns internacionalistas têm advogado que, a partir dos Protocolos Adicionais às Convenções de Genebra de 1977, a divisão entre “Direito de Haia” e “Direito de Genebra” perdeu objeto, já que um mesmo instrumento internacional tratou de regras restritivas e protetivas do DIH. No entanto, muitos mantêm o uso da terminologia em respeito aos desenvolvimentos históricos e perspectivas distintas destes dois ramos do DIH. “O Direito de Haia tem sua perspectiva centrada nos operadores da guerra, no pessoal ativo enquanto tomadores de decisão ou enquanto soldados. O Direito de Haia se opõe idealmente ao Direito de Genebra que é centrado na vítima da guerra, nos agentes passivos, fora de combate, prisioneiros de guerra ou civis que sofrem no conflito e precisam de proteção.”

<sup>10</sup> As razões que deflagram um conflito armado não se inserem no contexto do DIH e sim do Direito ao Uso da Força no cenário internacional ou direito relativo a manutenção da paz (*ius ad bello*). Esse ramo do Direito internacional se refere ao direito de ir à guerra, de fazer a guerra, de iniciar hostilidades armadas. Aqui a análise recai sobre a licitude do uso da força pelos Estados a título singular, e, desde 1945, o assunto se circunscreve à esfera de competência da ONU, que tem a missão de manter a paz no mundo. Segundo a Carta das Nações Unidas na qual os Estados se abstiveram de usar a força para resolução de suas questões, somente são excepcionadas a legítima defesa do Estado, ações autorizadas pelo Conselho de Segurança e situações decorrentes do princípio da autodeterminação dos povos.

estritamente necessários para que se atinja o objetivo da batalha, que não deve ser outro além do enfraquecimento das forças militares inimigas, para o consequente retorno à paz.

Os princípios fundamentais do DIH são a humanidade, a limitação dos meios e métodos de combate, a proporcionalidade que deve existir entre a humanidade e a necessidade militar, a distinção fundamental entre civis e combatentes e a proibição de causar males supérfluos e sofrimento desnecessário<sup>11</sup>.

O coração normativo<sup>12</sup> contemporâneo do DIH é composto pelas quatro Convenções de Genebra de 1949, que foram elaboradas pela comunidade internacional depois das atrocidades do Segundo Conflito Militar Global. O foco desses tratados internacionais é a proteção, em tempos de

<sup>11</sup> Não há unanimidade entre os autores quanto aos princípios do DIH. A título de ilustração, Nils Melzer na obra *International Humanitarian Law – A comprehensive introduction*. International Committee of the Red Cross, Geneva, 2016, pp. 18-20 acrescenta a precaução e o tratamento humano.

<sup>12</sup> Além das quatro Convenções de Genebra de 1949 e seus dois Protocolos adicionais de 1977, existe um grande inventário de atos convencionais que compõe esse ramo do Direito Internacional Humanitário: Declaração de São Petersburgo sobre a proibição do uso de certos projéteis em tempo de guerra (1868); IV Convenção de Haia sobre as leis e costumes da guerra terrestre e seu regulamento anexo (1907); Convenção de Haia sobre a proteção de bens culturais em caso de conflito armado (1954); Protocolo para a proteção de bens culturais em caso de conflito armado (1954); Convenção sobre a proibição do desenvolvimento, produção e estocagem de armas bacteriológicas (biológicas) e à base de toxinas e sua destruição (1972); Convenção internacional sobre a eliminação e repressão do crime de apartheid (1973); Convenção sobre a interdição de utilizar técnicas de modificação do meio ambiente para fins militares ou outros fins hostis (1976); Convenção sobre a interdição ou a limitação do emprego de certas armas convencionais que podem ser consideradas excessivamente lesivas ou geradoras de efeitos indiscriminados (1980); Protocolo relativo a estilhaços não-localizáveis (Protocolo I à Convenção de 1980 sobre armas convencionais) – (1980); Protocolo sobre a interdição ou limitação do emprego de minas, armadilhas e outros artefatos (Protocolo II à Convenção de 1980 sobre armas convencionais) – (1980); Protocolo sobre a interdição ou limitação do emprego de armas incendiárias (Protocolo III à Convenção de 1980 sobre armas convencionais) – (1980); Convenção internacional sobre a proibição do desenvolvimento, produção, estocagem e uso de armas químicas e sobre a destruição das armas químicas existentes no mundo (1993); Protocolo relativo a armas cegantes a laser (Protocolo IV à Convenção de 1980 sobre armas convencionais) – (1995); Protocolo relativo à limitação do emprego de minas, armadilhas e outros artefatos (Protocolo II à Convenção de 1980 sobre armas convencionais, modificado em 3 de maio de 1996); Convenção sobre a proibição do uso, armazenamento, produção e transferência de minas antipessoal e sobre sua destruição (1997); Segundo Protocolo relativo à Convenção de Haia sobre a proteção de bens culturais em caso de conflito armado (1999); Protocolo facultativo referente à Convenção sobre os direitos da criança, concernente ao envolvimento de crianças em conflitos armados (2000); Emenda do art. 1º da Convenção sobre a interdição ou a limitação do emprego de certas armas convencionais que podem ser consideradas excessivamente lesivas ou geradoras de efeitos indiscriminados (2001); Protocolo relativo aos restos explosivos de guerra (Protocolo V à Convenção de 1980 sobre armas convencionais) – (2003); Protocolo Adicional III às Convenções de Genebra, que adota um sinal distintivo adicional (2005).

guerra, da pessoa fora de combate: a I Convenção de Genebra protege os feridos e doentes das Forças Armadas em campanha; a II Convenção de Genebra protege os feridos, doentes e náufragos das Forças Armadas no mar; a III Convenção de Genebra protege os prisioneiros de guerra; e a IV Convenção de Genebra protege a população civil.

Os dois Protocolos Adicionais às Convenções de Genebra, de 1977, também são tratados fundamentais do DIH. O Protocolo Adicional I (PAI) reforça a proteção das vítimas de conflitos armados internacionais e amplia a definição destes para incluir às guerras de libertação nacional. O Protocolo Adicional II (PAII), por sua vez, reforça a proteção das pessoas afetadas por conflitos armados internos.

Como referência institucional, quando se cogita do DIH, vem à mente o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV)<sup>13</sup>, instituição guardiã e promotora desse ramo do Direito Internacional.

A implementação do DIH revela-se um dos seus maiores desafios. Para tentar fazer valer esse ramo do Direito Internacional foram pensados mecanismos de controle da aplicação das normas restritivas e protetivas em tempos de guerra. Os tratados de DIH endereçaram comandos aos Estados Partes, criaram órgãos de controle e tipificaram, como crimes de guerra, suas graves violações.

Traçadas as linhas gerais do DIDH e do DIH, referem-se três concepções doutrinárias acerca da relação entre esses dois ramos do direito internacional.

Aqueles que preconizam uma fusão entre os dois ramos do direito são chamados de “integracionistas”. Essa fusão pode-se dar sob a ótica do DIH, que englobaria o DIDH ou, ao inverso, sob a ótica do DIDH, que conteria o DIH. O fundamento dessa concepção é o objeto comum de ambos os corpos jurídicos: a proteção da pessoa. A crítica que se faz a essa abordagem é que ela despreza a natureza, os princípios, a evolução histórica, o contexto de aplicação e as regras diferenciadas desses dois ramos do direito.

---

<sup>13</sup> Para saber mais sobre o CICV conferir o site <https://www.icrc.org/pt>



Em oposição, a doutrina “separatista” condena toda justaposição entre o DIH e o DIDH porque a considera desnecessária e perigosa. Segundo esses autores, as normas de um e de outro ramo do direito são incompatíveis devido aos seus objetos distintos e naturezas peculiares. Essa teoria é considerada ultrapassada.

Entre essas duas concepções acomoda-se a “doutrina complementarista” que, embora defenda a distinção entre o DIH e o DIDH pelas suas lógicas e princípios diferenciados, admite pontos de contato entre os dois ramos do direito, os quais se devem completar a fim de proporcionar uma proteção mais abrangente ao indivíduo.

Segundo os complementaristas, essa aproximação deve ser funcional, de sorte que um corpo jurídico possa colmatar as lacunas do outro, o que se revela extremamente importante nos Conflitos Armados Não-Internacionais, ocasião na qual os Direitos Humanos sofrem suspensões e as regras do Direito Internacional Humanitário são mais escassas. Essa é a concepção mais técnica e mais moderna da relação entre os dois ramos do direito internacional. A doutrina complementarista é preconizada pelo Comitê Internacional da Cruz Vermelha<sup>14</sup> e acatada pela Organização das Nações Unidas.

### **3 CONCEITO DE CONFLITO ARMADO NÃO-INTERNACIONAL (CANI)**

O espectro de aplicação do DIH são os conflitos armados e existem duas espécies principais: conflitos armados internacionais (CAI) e conflitos armados não-internacionais (CANI).

O regime jurídico destinado aos conflitos armados internacionais é complexo e bem elaborado, enquanto aquele que contempla os conflitos armados de natureza não-internacional (guerras internas) é ainda bastante rudimentar.

---

<sup>14</sup> Cf. <https://www.icrc.org/pt/guerra-e-o-direito/dih-e-outros-regimes-legais/dih-e-direitos-humanos>

O CAI é tradicionalmente definido como o enfrentamento armado entre, no mínimo, dois Estados, podendo-se distinguir 4 categorias<sup>15</sup>: guerra declarada; confronto armado de fato; ocupação militar não-resistida; e guerras de libertação nacional.

Enquanto o conceito de CAI é bem definido pelo DIH, a noção de CANI é ainda muito precária. Essa discrepância justifica-se pelo fato de os Estados terem pudor em conceituar situações que tangenciam a esfera de seu domínio reservado decorrente da própria noção de soberania.

Ainda que o reconhecimento estatal não seja um pré-requisito, é difícil para os Estados admitirem para a sociedade internacional que existe a possibilidade de perderem o controle de seu território e de seu povo. Há um temor de legitimar uma insurreição. A existência de um conflito armado interno parece ser percebida como uma valorização da parte adversa que, sob o manto da reciprocidade, passa a ser agente e sujeito de direitos endereçados também às Forças Armadas estatais durante as hostilidades armadas.

Os Estados são reativos porque concebem o impacto calamitoso para seu povo em vivenciar uma guerra civil, além de recearem a potencial ameaça de flexibilização da soberania.

Esse receio estatal é sintetizado pelo art. 3º do PAII o qual, sob a rubrica “Não intervenção”, reza que nenhuma disposição do Protocolo II será invocada para atentar contra a soberania ou a responsabilidade estatal em manter ou restabelecer a ordem pública interna ou defender a unidade nacional e a integridade territorial por todos os meios legítimos. Também está consignado que nenhuma norma será invocada como justificação de uma intervenção direta ou indireta, seja qual for a razão, no conflito armado ou nos assuntos internos ou externos do Estado em cujo território o conflito se desenrola.

Não obstante o que preconiza o PAII, a doutrina internacionalista, já há algum tempo, tem contraposto os princípios da não-intervenção e o da intervenção humanitária, assunto que se tornou um dos grandes motes do Direito Internacional Público na atualidade, especialmente em função da

---

<sup>15</sup> Cf art. 2º da CGI e art. 1º do PAI.

eclosão dos conflitos no Iraque (nos tempos de Saddam Hussein), na Síria e, mais recentemente, na própria Venezuela.

Essas são as mesmas razões que explicam a gritante diferença quantitativa e qualitativa entre as normas do DIH que contemplam os conflitos armados internacionais (CAI) e as normas do DIH que se destinam aos conflitos armados não-internacionais (CANI). Do universo normativo composto pelas quatro Convenções de Genebra de 1949 e os dois Protocolos Adicionais de 1977, que totalizam 559 artigos, apenas 29 são dedicados aos conflitos armados não-internacionais. Trata-se de uma constatação alarmante, sobretudo considerando que a grande maioria dos conflitos armados da atualidade configuram conflitos armado internos<sup>16</sup>.

Embora a definição de conflito armado não-internacional se encontre em uma zona nebulosa existente entre as tensões e perturbações internas (limite inferior) e os conflitos armados internacionais (limite superior), dependendo do ato convencional invocado, podem-se distinguir três noções de conflitos armados não-internacionais nos tratados de DIH:

A primeira vem disciplinada no art. 3º, comum às quatro Convenções de Genebra de 1949. Depreende-se desse dispositivo uma definição genérica negativa consubstanciada em uma simples oposição ao conflito armado internacional. A noção é bastante abrangente e não traz elementos objetivos de delimitação: um conflito que não tenha um caráter internacional e ocorra no território de um Estado.

Considerando a falta de clareza desse conceito, houve uma grande variedade de interpretações e, na prática, a aplicabilidade aos casos concretos foi frequentemente negada. Para melhorar a proteção das vítimas em conflitos armados não internacionais, mostrou-se necessário não apenas desenvolver as regras, mas também encontrar critérios mais objetivos e reduzir a discricionariedade deixada a cada Estado.

Com esse foco, depois de longa negociação entre os Estados, chegou-se à noção prevista no art. 1º do Protocolo Adicional II de 1977. Segundo

---

<sup>16</sup> Cf. <https://www.icrc.org/pt/document/cicv-mais-conflitos-mais-lados-em-um-conflito-igual-um-maior-perigo-estudo>

esse dispositivo, para a caracterização de um CANI, o conflito armado deve se desenrolar no 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 controle tal que lhes permita levar a cabo operações militares contínuas e organizadas. Também é imprescindível que os grupos armados (agentes não estatais) tenham a capacidade de respeitar o DIH, pois esse é o critério fundamental que, sob o prisma da reciprocidade na proteção normativa, justifica os outros elementos da definição.

Por fim, o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional de 1998<sup>17</sup> acrescentou um elemento temporal e deixou expressa a possibilidade de conflito entre grupos armados também configurar um CANI, independentemente do engajamento das Forças Armadas estatais. Nessa linha, o art. 8º “f” do ER dispõe sobre conflitos armados que tenham lugar no território de um Estado, quando exista um conflito armado prolongado entre as autoridades governamentais e grupos armados organizados ou entre esses grupos.

Os comentários do Comitê Internacional da Cruz Vermelha<sup>18</sup> e a jurisprudência internacional<sup>19</sup> indicam o nível de intensidade das hostilidades e o grau de organização dos agentes não estatais envolvidos nos confrontos como critérios fundamentais para a qualificação de uma situação como um CANI.

<sup>17</sup> Íntegra disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4388.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm) Acesso em: 31 jul. 2019.

<sup>18</sup> Cf. no site do CICV ([www.icrc.org](http://www.icrc.org)) os novos comentários, de 2016, ao art. 3º da CG I e os comentários ao PAII. Também conferir ICRC, How is the term “armed conflict” defined in International Humanitarian Law?, Opinion Paper, March 2008.

<sup>19</sup> Cf. o caso Tadic do Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia que se tornou referência sobre os critérios de classificação de um CANI (The Prosecutor v. Dusko Tadic, Sentença, IT-94-1-T, 7 de maio de 1997). No mesmo tribunal também trataram da questão os seguintes casos: Prosecutor v. Ramush Hadadinaj et al, Câmara de Julgamento I (Julgamento), Caso IT-04-84-T, 3 de abril de 2008, parágrafo 60; Prosecutor v. Limaj, parágrafo 84; Prosecutor v. Boskoski, Processo nº IT04-82, Sentença (Câmara de Julgamento), 10 de julho de 2008, parágrafo 175. Esses critérios foram adotados desde então por outros organismos internacionais: Tribunal Penal Internacional para Ruanda (Prosecutor / Rutaganda, Processo nº ICTR-96-3, Sentença (Câmara de Julgamento I), 6 de dezembro de 1999, parágrafo 93); Comissão Internacional de Inquérito sobre Darfur, relatório em conformidade com a resolução do Conselho de Segurança 1564, de 18 de setembro de 2004, 25 de janeiro de 2005, parágrafos 74–76.

Em apertada síntese, para valorar o grau de intensidade dos enfrentamentos armados, alguns aspectos podem ser mensurados, como o caráter coletivo das hostilidades, a seriedade dos ataques, o tipo de armamento e método de combate utilizados, o número de civis forçados a deixar seus lares, a extensão da destruição, o número de mortos e feridos, o bloqueio de estradas, a ocupação territorial, a quantidade de tropas desdobradas, a atenção de instâncias internacionais, como o Conselho de Segurança da ONU, ou até mesmo a tentativa de seus representantes de intermediar um acordo de cessar fogo<sup>20</sup>.

Evocando os elementos contidos no PAII e interpretações jurisprudenciais<sup>21</sup>, os critérios de avaliação do grau de organização dos grupos armados são a estrutura de comando, regras disciplinares e mecanismos de controle no grupo, a existência de um “quartel-general”, o controle territorial, a habilidade de ter acesso a armas e equipamentos de uso exclusivo de tropas militares; recrutamento e treinamento militar; habilidade de planejar, coordenar e executar operações militares contínuas, incluindo movimentos de tropas e logística; capacidade de definir uma estratégia militar unificada e usar táticas militares; capacidade de falar um só voz e negociar e concluir acordos de cessar fogo ou de paz e de implementar e respeitar as obrigações básicas do DIH.

As normas do DIH serão aplicáveis quando as circunstâncias de fato caracterizarem um conflito armado, independentemente do reconhecimento de uma das partes (Estado ou agentes não estatais).

Como os Estados, para se protegerem de ingerências externas, fizeram questão de registrar que as situações de distúrbios e tensões internas não configuram conflitos armados não-internacionais, convém perquirir acerca das suas definições. Essas circunstâncias excepcionais representam o limite inferior do conceito de CANI.

---

<sup>20</sup> Cf. Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, *Prosecutor v. Ramush Hadadinaj et al*, Câmara de Julgamento I (Julgamento ), Caso IT-04-84-T, 3 de abril de 2008, parágrafo 49;

<sup>21</sup> Cf. Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia, *Prosecutor v. Ramush Hadadinaj et al*, *op. cit.* (nota 32), parágrafo 60.

O Comitê Internacional da Cruz Vermelha definiu distúrbios internos<sup>22</sup> como situações nas quais, sem que haja um conflito armado propriamente dito, existe, no plano interno, um confronto que apresenta um certo caráter de gravidade ou de duração e comporta atos de violência. Esses últimos podem-se revestir de formas variadas, indo da geração espontânea de atos de revolta à luta entre grupos, com variados estágios de organização, e as autoridades no poder.

Sobre as tensões internas, o CICV esclarece que se trata notadamente de situações de tensão grave (política, religiosa, racial, social, econômica, etc.) ou ainda de sequelas de um conflito armado ou de distúrbios internos. Essas situações apresentam características como: prisões massivas; um elevado número de presos políticos; a provável existência de maus-tratos ou de condições desumanas nas prisões; a suspensão de garantias judiciais fundamentais em razão da decretação de um estado de exceção ou de uma situação de fato; alegações de desaparecimentos.

Em resumo, há distúrbios internos quando, sem que haja conflito armado, o Estado necessariamente precisa utilizar a força armada para manter a ordem; há tensões internas quando, sem que haja distúrbios internos, o emprego da força é uma medida preventiva para manter o respeito à lei e à ordem.

#### **4 PARADIGMA DO USO DA FORÇA**

A defesa da pátria é a missão precípua das Forças Armadas de qualquer Estado soberano, e servir e proteger a sociedade é o objetivo maior das polícias e demais forças de segurança. Os padrões normativos internacionais do uso da força na condução das hostilidades em tempo de guerra e nas ações de aplicação da lei têm contornos diferentes.

Considerando a complexidade das situações de violência urbana da atualidade, essa divisão de funções não é mais estanque. As Forças Armadas têm sido demandadas pelas sociedades para missões de não guerra, como ações de garantia da lei e da ordem (GLO).

---

<sup>22</sup> Cf. comentário do CICV ao art. 1º do Protocolo Adicional II de 1977.

O paradigma do uso da força na condução das hostilidades, decorrente das regras e dos princípios que regulam os meios e métodos de combate em conflitos armados, pertence exclusivamente ao Direito Internacional Humanitário. Já o paradigma do uso da força para aplicação da lei encontra fundamento no Direito Internacional dos Direitos Humanos. Os princípios de necessidade, proporcionalidade e precauções existem em ambos, mas têm significados distintos e operam de maneira diferente.

A força letal em ações de GLO que, por essência, configuram operações de natureza policial, apenas pode ser empregada como último recurso contra agentes perturbadores da ordem e da segurança pública, em necessidade estrita ou absoluta. Trata-se do princípio do uso progressivo da força, ou do uso diferenciado da força<sup>23</sup>.

É criminosa a privação de vida arbitrária pelas autoridades do Estado para manter ou restaurar a segurança, lei e ordem públicas. Em regra, as pessoas que representam uma ameaça devem ser capturadas em vez de mortas, a menos que seja necessário proteger a vida de pessoas contra ameaças iminentes de morte ou ferimentos graves ou impedir a perpetração de um crime particularmente grave que envolva grave ameaça à vida.

No Direito Penal interno esta situação que exclui a antijuridicidade da conduta é materializada no instituto da legítima defesa e cada caso deve ser responsabilmente avaliado pelos operadores do Direito considerando todas as suas singulares especificidades, em especial o contexto no qual a ação ocorreu.

Já na condução das hostilidades em conflito armado, a força letal pode ser direcionada contra um objetivo militar como primeiro recurso, sem que o alvo legítimo (combatente inimigo, ou agente não estatal participando das hostilidades) necessariamente represente uma ameaça naquele momento.

---

<sup>23</sup> Cf. Princípios Básicos sobre Utilização da Força e de Armas de Fogo por Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei” (BPUFF), adotados no Oitavo Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento de Infratores, realizado em Havana, Cuba, em 1990, e “Código de Conduta para os funcionários responsáveis pela aplicação da lei” (CCEAL), adotado pela Assembleia Geral da ONU (Resolução 34/169, de 1979).

Na aplicação da lei, o princípio da proporcionalidade exige um equilíbrio entre os riscos apresentados por um indivíduo e os possíveis danos a si próprio, bem como a terceiros. Por seu turno, o princípio da proporcionalidade do DIH<sup>24</sup> equilibra a vantagem militar direta e concreta prevista com um ataque a um objetivo militar com o dano incidental/colateral esperado a pessoas e objetos protegidos.

Em tempos de paz, ou mesmo de distúrbios ou tensões internas nos quais alguns direitos podem ser restritos, o paradigma do uso da força para aplicação da lei deve imperar. Já em tempos de conflitos armados não-internacionais poderão coexistir os paradigmas do uso da força para a condução das hostilidades, quando as ações forem direcionadas para agentes não estatais que participam das hostilidades, e do uso da força para aplicação da lei, quando as ações forem dirigidas para aqueles que cometem crimes ou perturbam a ordem e a segurança públicas<sup>25</sup>. Na prática, em casos de CANI, pode ser extremamente difícil traçar uma linha entre essas situações.

## 5 AÇÕES DE GARANTIA DA LEI E DA ORDEM

A violência urbana exacerbada, em especial na cidade do Rio de Janeiro e suas adjacências, resultou, em novembro de 2010, em um modelo de atuação das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem (GLO) com foco predominante na segurança pública.

Houve a delimitação de uma área de atuação em comunidades cariocas, com a respectiva ocupação territorial, na qual o contínuo policiamento ostensivo e outras ações de natureza policial no combate à criminalidade ficaram sob a responsabilidade de militares das Forças Armadas, sem prejuízo da atuação sempre conjunta das forças de segurança pública.

<sup>24</sup> Cf. relatório da reunião de especialistas do CICV e da Universidade de Laval (Quebec) sobre o Princípio da Proporcionalidade no DIH realizado em 2016. Disponível em: [file:///C:/Users/usuario/Downloads/4358\\_002\\_expert\\_meeting\\_report\\_web\\_1%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/usuario/Downloads/4358_002_expert_meeting_report_web_1%20(3).pdf). Acesso em: 30 ago. 2019.

<sup>25</sup> Cf. relatório da reunião de especialistas do CICV intitulado “The Use of Force in Armed Conflicts: Interplay between the Conduct of Hostilities and Law Enforcement Paradigms” realizado em 2013. Disponível em: <https://shop.icrc.org/the-use-of-force-in-armed-conflicts-expert-meeting.html?>. Acesso em: 30 ago. 2019.



Foi assim no Complexo do Alemão<sup>26</sup>, de 2010 a 2012, e no Complexo da Maré<sup>27</sup>, de 2014 a 2015.

Já em julho de 2017<sup>28</sup>, o formato foi redesenhado para uma ação não mais de presença ostensiva, com ocupação de uma área delimitada por longo período, mas sim de apoio aos órgãos de segurança pública em ações com prazo de duração mais curto, com grandes contingentes, sem prévia divulgação do local.

As tropas, por conseguinte, passaram a atuar no sentido de prover uma estabilização dinâmica, com cerco afastado, cerco aproximado e, se necessária, a incursão para possibilitar o trabalho das polícias, como cumprimentos de mandados de prisão e de busca e apreensão em comunidades dominadas por facções criminosas. Os militares também participaram, ainda que não de forma continuada em local determinado, de patrulhamentos ostensivos, remoção de barricadas e abordagem de civis para revista.

Esse novo modelo de atuação das tropas militares em ações de GLO foi mantido durante a Intervenção Federal na segurança pública do Estado do Rio de Janeiro<sup>29</sup>. Essa medida excepcional, temporária e temática do Estado Democrático de Direito durou de fevereiro a dezembro de 2018 e teve como objetivos principais restaurar a capacidade operativa das forças de segurança pública, reduzir gradativamente os índices de criminalidade e, em consequência, aumentar a percepção de segurança na sociedade fluminense<sup>30</sup>.

Para orientar as normas de comportamento dos militares, sobretudo no que se refere ao uso progressivo ou diferenciado da força e ao exercício do

---

<sup>26</sup> Mais informações do Ministério da Defesa disponíveis em: <https://www.defesa.gov.br/noticias/3588-06122010-defesa-exercito-comandara-forca-de-pacificacao-fpaz-no-rio-com-efetivos-federais-e-estaduais>.

<sup>27</sup> Mais informações do Ministério da Defesa disponíveis em: <https://www.defesa.gov.br/noticias/16137-ocupacao-das-forcas-armadas-no-complexo-da-mare-acaba-hoje>.

<sup>28</sup> Cf. Decreto de 28/07/2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/dsn/Dsn14485.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/dsn/Dsn14485.htm).

<sup>29</sup> Cf. Decreto nº 9.288/2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/decreto/D9288.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9288.htm).

<sup>30</sup> Para saber mais sobre a Intervenção Federal na Segurança Pública do Rio de Janeiro, conferir seu respectivo Plano Estratégico. Disponível em: <http://www.intervencaofederalrj.gov.br/arquivos/plano-revisado.pdf>.

poder de polícia na abordagem de civis, foram elaboradas as denominadas regras de engajamento<sup>31</sup>.

As próprias Forças Armadas vêm aperfeiçoando os termos das regras de engajamento ao longo das ações de GLO, afastando-se de termos mais bélicos e incorporando a terminologia e os princípios mais adequados às ações de natureza policial<sup>32</sup>.

## **6 O COMBATE À CRIMINALIDADE VIOLENTA NO RIO DE JANEIRO À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO**

Sem analisar em profundidade as questões da segurança pública na área metropolitana do Rio de Janeiro, as linhas que se seguem comentam apenas alguns aspectos necessários à análise do nível de intensidade dos confrontos armados e do grau de organização dos agentes não estatais, pré-requisitos caracterizadores de um CANI.

O número de vítimas fatais da criminalidade no Rio de Janeiro é alarmante e pode até superar o número de vítimas em regiões de guerra<sup>33</sup>. Contudo, por si só, o número de mortes não é suficiente para atestar o patamar de intensidade de um CANI, até porque precisa ser avaliado em relação ao tamanho do país, sua população e as circunstâncias da violência. Em geral, a forma como as mortes acontecem não advém de um contexto de ataque orquestrado por determinado grupo armado organizado, mas sim como resultado de violência crônica perpetrada por facções criminosas, ou individualmente, com as mais variadas motivações.

Com efeito, não há um caráter coletivo das hostilidades, nem tampouco fica configurada a seriedade dos ataques necessária à configuração de

<sup>31</sup> Regras de Engajamento da Operação Rio de Janeiro estabelecidas pela Diretriz Ministerial 16/2017, de 21/07/2017, firmada pelo Chefe de Estado-Maior Conjunto das Forças Armadas.

<sup>32</sup> Expressões como “ato hostil” ou “intenção hostil” foram substituídas por “ato ameaçador” ou “intenção ameaçadora” e expressões como “adversário” ou “inimigo” foram substituídas por “agente perturbador da ordem pública”.

<sup>33</sup> Segundo dados do Instituto de Segurança Pública, de janeiro a julho de 2019 houve 1.743 vítimas de crime de homicídio doloso na região metropolitana do Rio de Janeiro. Cf. <http://www.ispvisualizacao.rj.gov.br/>

um CANI, eis que, em regra, não há um único evento, com grande número de vítimas fatais ao mesmo tempo e com extensa destruição.

Sem desprezar a gravidade da situação, em comparação com outras áreas urbanas do mundo, o Rio de Janeiro não figurou entre as 50 cidades mais violentas no ano de 2018<sup>34</sup>. Desde 1º de janeiro de 2019, não há novas ações de GLO por parte das Forças Armadas em apoio às polícias, e o Instituto de Segurança Pública registrou que o número de homicídios caiu em 23% no primeiro semestre de 2019 se comparado ao primeiro semestre de 2018, embora as mortes por intervenção de agentes do Estado (outrora denominadas mortes por intervenção policial) tenham aumentado em 15%<sup>35</sup>.

Autores de crimes nas comunidades do Rio de Janeiro usam armas de grande potencial destrutivo, muitas de uso restrito às Forças Armadas. Tal circunstância, ainda que absolutamente grave e preocupante, não transforma o combate ao crime em um conflito armado interno, não obstante tenham sido necessárias operações policiais cada vez mais vigorosas para responder ao potencial de violência na repressão criminosa. Se o acesso criminoso a armas de uso restrito de militares não for combatido nas suas raízes, nem mesmo o clamor por um aspecto do “direito da guerra” – a neutralização/eliminação do inimigo – representaria uma solução.

Embora seja notório que muitos moradores de comunidades necessitem deixar seus lares devido à violência ou às ameaças de criminosos, ainda não há um estudo efetivo dos números de deslocados internos em decorrência da violência urbana no Rio de Janeiro. O fluxo migratório forçado em regiões de conflitos armados, no entanto, é consideravelmente mais expressivo e evidente, resultando na necessidade de construção de campos de deslocados<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> Ranking das 50 áreas urbanas mais violentas do mundo elaborado pela Organização não Governamental mexicana “Seguridad, Justicia y Paz” levando-se em conta o número da população e o número de homicídio de cada cidade. 17 cidades brasileiras aparecem no ranking: Natal (RN), Fortaleza (CE), Belém (PA), Vitória da Conquista (BA), Maceió (AL), Aracaju (SE), Feira de Santana (BA), Recife (PE), Salvador (BA), João Pessoa (PB), Manaus (AM), Porto Alegre (RS), Macapá (AP), Campos de Goycatazes (RJ), Campina Grande (PB), Teresina (PI) e Vitória (ES). Cidades estadunidenses como Baltimore e Detroit também figuram na lista. Cf.: <http://www.seguridadjusticiaypaz.org.mx/>

<sup>35</sup> Cf. <http://www.isp.rj.gov.br/Noticias.asp?ident=424>

<sup>36</sup> Na Síria há 6,2 milhões de pessoas, incluindo 2,5 milhões de crianças, deslocadas. Trata-se da maior

O contingente militar desdobrado pelas Forças Armadas na mais recente operação de GLO implementada no Rio de Janeiro foi de grandes efetivos, havendo operações com a mobilização de até 4000 militares. Contudo, a atuação não era contínua, nem tampouco a missão era o confronto direto com autores de crimes. As operações desenvolvidas foram de apoio ao trabalho das polícias, em ações rápidas, com a função de prover um ambiente seguro, com uma estabilização dinâmica, a fim de que os agentes de segurança pudessem cumprir mandados de prisão e de busca e apreensão. Naturalmente isso não significa que não houve resistência armada por parte de criminosos e que não houve a necessidade de uso da força, inclusive letal, diante das ameaças.

Ainda que a violência urbana impacte fortemente no cotidiano dos moradores das comunidades por meio de eventuais interrupções de serviços públicos que exigem a presença de funcionários das empresas públicas ou concessionárias, o fenômeno não se compara ao colapso das instituições em tempo de conflito armado<sup>37</sup>.

Nesse contexto, no intuito de criar espaços humanitários, mesmo reconhecendo que as consequências humanitárias da população local não chegam ao nível de um conflito armado, o CICV desenvolveu o “Projeto Rio” em comunidades cariocas de 2009 a 2013<sup>38</sup>. Tratou-se de um conjunto de iniciativas em parceria com órgãos municipais e estaduais, associações de moradores e a Cruz Vermelha Brasileira (CVB) visando mitigar as consequências humanitárias da violência armada. Em contextos nos quais o Estado e suas estruturas continuam em funcionamento, inclusive com a promoção

---

população deslocada internamente do mundo e o ritmo do deslocamento permanece implacável. Mais de 1,8 milhão de pessoas foram deslocadas em 2017, muitas pela segunda ou terceira vez. Cf. <https://www.unhcr.org/sy/internally-displaced-people>

<sup>37</sup> Sobre o impacto de situações de conflitos armados nos serviços públicos essenciais das populações afetadas, conferir: ICRC 2015, “Urban services during protracted armed conflict: a call for a better approach to assisting affected people”, p.11; “The effects of the armed conflict on the life and health in Colombia”, Revista Ciência & Saúde Coletiva, vol.11, no. 2, publ. ABRASCO – Associação Brasileira de Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, Abril/Junho 2006; v. <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81232006000200013>); “The protection of water during and after armed conflicts”, Summary Report by the Geneva Water Hub for the Global High-Level Panel on Water and Peace – Faculty of Law of the University of Geneva, 14 June 2016; in [https://www.genevawaterhub.org/sites/default/files/atoms/files/gwh\\_ghlp\\_roundtable\\_armedconflicts\\_rev\\_march2017nomail\\_0.pdf](https://www.genevawaterhub.org/sites/default/files/atoms/files/gwh_ghlp_roundtable_armedconflicts_rev_march2017nomail_0.pdf)

<sup>38</sup> Cf. <https://www.icrc.org/pt/document/projeto-rio>

de políticas públicas, o CICV adapta sua experiência e trabalha em apoio às autoridades locais, em vez de substituí-las na oferta de serviços básicos, além de contribuir para a ampliação das ações.

Dentre as atividades do CICV que continuam a ser desenvolvidas no Rio de Janeiro, pode-se citar o apoio a iniciativas relacionadas ao acesso seguro das populações afetadas pela violência urbana a serviços públicos essenciais, além de treinamentos para oficiais militares e policiais com orientação sobre os padrões internacionais da aplicação da lei<sup>39</sup>.

Superada a análise dos níveis de intensidade, seguem alguns comentários sobre o critério cumulativo do grau de organização dos agentes não estatais.

Não é tarefa simples determinar a organização e composição hierárquica de cada facção criminosa que atua nas comunidades cariocas. Em um grande esforço de simplificação, pode-se dizer que, além das mais conhecidas, como o Comando Vermelho (CV), o Terceiro Comando Puro (TCP) e Amigos dos Amigos (ADA), há ramificações menores dessas facções, milícias e até mesmo incursões do paulista Primeiro Comando da Capital (PCC). Em regra, algumas têm o narcotráfico como atividade principal, enquanto outras exploram a população local com cobranças ilegais de serviços, sob o pretexto de provimento de uma falsa segurança.

Os critérios necessários à configuração de um CANI teriam que ser aplicados a enfrentamentos armados entre as forças regulares e cada uma das facções criminosas, caso a caso, ou a confrontos entre elas, não sendo possível, para os critérios de análise de classificação de um CANI, a generalização de Forças Armadas de um lado e a criminalidade de outro. As facções criminosas e as milícias cariocas não falam uma só voz.

Em geral, esses grupos de criminosos não têm uma estrutura hierárquica de liderança muito fortalecida.

O CV já foi descrito como uma rede de atores independentes, em vez de uma organização hierárquica estrita liderada por um único agente,

---

<sup>39</sup> Cf. <https://www.icrc.org/pt/document/brasil-violencia-armada-em-cidades-e-o-acesso-mais-seguro>

apesar de existirem chefes de destaque dentro da estrutura<sup>40</sup>. O Terceiro Comando Puro, em vez de uma organização vertical tipo máfia, funciona como uma coalizão horizontal de chefes do crime local que forjam alianças baseadas em interesses mutuamente benéficos<sup>41</sup>. O líder da facção Amigos dos Amigos foi capturado pela polícia em 2011 e, embora seja relatado que o traficante continuou dirigindo o grupo da prisão, na sua ausência grupos rivais como o Comando Vermelho e ex-membros dissidentes têm lutado pelo controle das fortalezas do grupo<sup>42</sup>. Já as milícias, muitas contando com a participação de ex-policiais militares, têm uma organização mais estruturada, contudo adotam a postura de evitar o enfrentamento armado com as forças de segurança.

A expressão grupo criminoso organizado, prevista na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional e incorporada pelo Direito Penal interno<sup>43</sup>, tem critérios diferentes dos previstos no PAII. Embora as facções criminosas territoriais no Rio de Janeiro possam configurar grupos criminosos organizados para fins de responsabilização criminal, não atingem o grau de organização necessário para serem considerados “agentes não estatais em um conflito armado não internacional”.

Ainda sobre a reflexão do nível de organização, também é muito difícil determinar que as facções criminosas, apesar do domínio territorial, têm a capacidade de efetivamente planejar, coordenar e executar operações militares contínuas, incluindo movimentos de tropas e logística, de prover treinamento militar regular para seus integrantes, de definir uma estratégia militar unificada, de negociar e concluir, sob unidade de liderança, acordos de cessar fogo ou de paz e de implementar e respeitar as obrigações básicas do DIH.

<sup>40</sup> Cf. <https://www.insightcrime.org/brazil-organized-crime-news/red-command-profile/>

<sup>41</sup> Cf. <https://www.insightcrime.org/brazil-organized-crime-news/pure-third-command/>

<sup>42</sup> Cf. <https://www.insightcrime.org/brazil-organized-crime-news/amigos-dos-amigos/>

<sup>43</sup> Cf. Lei 12.850/2013. Íntegra disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm) . Acesso em: 30 ago. 2019.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Rio de Janeiro não se encontra imerso em uma espécie de conflito armado interno, não obstante o intenso combate à criminalidade violenta possa, aqui e acolá, parecer uma “guerra” no cotidiano dos cariocas.

A violência urbana exacerbada na capital fluminense é tema que se insere nos imensos desafios dos dirigentes e agentes da segurança pública e dos operadores do sistema de Justiça Penal. Ressalvadas as ações de GLO e as atividades de polícia judiciária militar na investigação de crimes militares, essas searas escapam das atribuições das Forças Armadas em um Estado Democrático de Direito.

A preservação ou o restabelecimento da ordem pública abalada por essa violência urbana excessiva já foi – e pode voltar a ser – o foco de atuação de tropas militares no Rio de Janeiro. Contudo, se eventualmente novas ações de GLO não alcançarem o resultado esperado, a decretação de estado de defesa<sup>44</sup> revela-se uma medida jurídica mais adequada do que a forçada caracterização de um conflito armado interno.

O fracasso estatal no arrefecimento da criminalidade violenta, determinado por longos anos de corrupção sistêmica dos agentes públicos e de desinvestimento nas forças de segurança pública, precisa ser enfrentado de forma determinada, ética, profissional, competente, integrada e desafetada de interesses partidários ou ideológicos.

Ainda que a peculiar geografia da “Cidade Maravilhosa” configure uma condição agravante no combate à criminalidade, não parece ser a possibilidade de tropas militares “alvejarem o inimigo” – no caso, criminosos em comunidades densamente povoadas – por meio de incursões de natureza bélica, a solução permanente e efetiva para a grave situação de insegurança.

Nesse sentido cremos que a utilização política da expressão “guerra”, inclusive por agentes públicos, para justificar uma resposta militarizada à

---

<sup>44</sup> Cf. art. 136 da CRFB: O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

questão da segurança pública e tentar isentar militares ou policiais de responsabilização criminal por eventual uso excessivo e desproporcional da força letal é perigosa para a sociedade.

A pretensão de resolver falhas e omissões históricas na administração da segurança pública por meio de suposta vantagem militar tática/operacional resultante do paradigma do uso letal da força vigente nas “leis de guerra” significa desrespeito ao direito aplicável e transferência da responsabilidade de questões do Estado do Rio de Janeiro para as Forças Armadas. Além disso, pode representar maior exposição da população das comunidades, não abordagem das reais causas do problema e desconsideração de fundamentais aspectos estratégicos e políticos do Estado Brasileiro.

Todo o poder brando (*soft power*) projetado internacionalmente pelo exitoso comportamento militar construído por anos de participação brasileira em missões de paz<sup>45</sup> poderia restar comprometido, ou mesmo esfacelado com o envolvimento de tropas militares numa situação de enfrentamento armado de contornos nebulosos dentro de seu próprio território.

O impacto na economia, provavelmente, também seria desastroso. O Brasil, que já vive um baixo nível de confiança do mercado internacional, poderia inviabilizar a retomada do seu crescimento econômico devido à evasão de investimentos internacionais em países em situação de possíveis conflitos armados.

Ademais, em um contexto de CANI, é sempre presente a possibilidade de ingerências internacionais, inclusive com apoio a uma das partes, circunstância que pode assombrar os corações e as mentes impregnados de sentimentos nacionalistas.

O escopo essencial do DIH é a proteção, limitando o uso da violência e protegendo as vítimas da guerra. Na situação vivenciada atualmente, o aporte que o DIH pode dar à situação do Rio de Janeiro é uma inspiração/

---

<sup>45</sup> Para saber mais sobre o comportamento dos integrantes do contingente militar brasileiro na Missão das Nações Unidas para a Estabilização do Haiti ( MINUSTAH) à luz do sistema de Justiça Penal Militar, conferir o artigo “Diagnóstico penal militar do *peacekeeper* brasileiro no Haiti”, publicado na coletânea “A participação do Brasil na MINUSTAH”, organizada pelo Centro Conjunto de Operações de Paz do Brasil (CCOPAB) e pelo Instituto Igarapé em outubro de 2017. Disponível em: <https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2018/03/2018-03-06-AE-MINUSTAH-PT.pdf> . Acesso em: 30 ago. 2019.



diretriz normativa restritiva e protetiva – um referencial de humanidade – às robustas ações de natureza policial empregadas no enfrentamento da criminalidade. Se nem em tempos de guerra certas ações na condução das hostilidades são permitidas, mais ainda deverão ser proibidas nas operações de repressão ao crime.

No debate acerca da “policialização” das Forças Armadas e da “militarização” das polícias, a pleiteada segurança jurídica daqueles que bravamente atuam com ou como forças de segurança pública na luta contra o crime, não pode advir da aspiração de aplicabilidade de um aparato jurídico internacional não condizente com as circunstâncias de fato, e sim da aplicação razoável, responsável e justa, e do aperfeiçoamento normativo, dos institutos jurídicos já existentes no Direito Penal interno.

## REFERÊNCIAS

BELLAL, A (org). *The War Report – Armed Conflicts in 2018*. Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, Geneva, 2018.

CINELLI, C. F. G. *Que guerra é essa? Ou melhor... Que civil é esse?*. Artigo publicado no Blog do Exército Brasileiro. Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <http://eblog.eb.mil.br/index.php/menu-easyblog/que-guerra-e-essa-ou-melhor-que-civil-e-esse.html>. Acesso em: 30 ago. 2019.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. *Normas e Padrões Internacionais relativos à Função Policial*, Genebra, 2016.

EPRAMENDORFER, E. *Favela Wars – Between Law Enforcement and Armed Conflict: The Legal Implications for Rethinking Intensity and Organisation of Urban Violence in Latin America. The Case of Rio de Janeiro, Brazil*, Dissertation, Graduate Institute of International and Development Studies, Geneva, 2018.

MELZER, N. *International Humanitarian Law – A comprehensive introduction*. International Committee of the Red Cross, Geneva, 2016.

MUGGAH, R. *Rio de Janeiro: A War by Any Other Name*. Small Wars Journal. 2017. Disponível em: <https://smallwarsjournal.com/jrnl/art/rio-de-janeiro-a-war-by-any-other-name>. Acesso em: 30 ago. 2019.

PEREIRA, C. F. O. *Gangues Territoriais e Direito Internacional dos Conflitos Armados*. Juruá, Curitiba, 2016.

PETERKE, S. *Urban insurgency, drug war and International Humanitarian Law: the case of Rio de Janeiro*, Journal of International Humanitarian Legal Studies, 2010.

# Os Direitos Humanos como limite material do Direito Internacional Humanitário

**Helen Fabricio Arantes**

Especialista em Direito Militar  
Servidora da Justiça Militar da União

“as necessidades da guerra devem cessar ante as exigências da humanidade”

**RESUMO:** O Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Direitos Humanos são complementares: buscam a proteção da vida, da saúde e da dignidade da pessoa, embora tenham focos diferentes. O legado da Batalha de Solferino e o fim das Guerras do século XIX tiveram um papel importante nessa aproximação e impulsionaram o enfrentamento das questões humanitárias, seja em tempo de guerra ou de paz. A Carta das Nações Unidas bem retratou o sentimento universal de descontentamento com as consequências deixadas pelas Grandes Guerras e representou um marco para a humanidade, pois colocou a proteção da vida humana no centro do ordenamento jurídico, além de proibir o uso da força pelos Estados. Nesse contexto, o texto traça linhas gerais pertinentes ao conceito, origens, regras e princípios fundamentais de ambos os ramos do Direito, a fim de contribuir para o debate e a divulgação desse arcabouço jurídico. Retrata ainda, em breve passagem, a missão do Comitê Internacional da Cruz Vermelha e a criação do Tribunal Penal Internacional como instrumento de enfrentamento de graves violações dos direitos humanos. Aborda o princípio da humanidade como regra fundamental e traça um paralelo das principais coincidências e distinções entre o Direito da Guerra e os Direitos Humanos. O debate se faz necessário, pois o conhecimento dessas normas é o primeiro passo para sua aplicação e efetividade.

**PALAVRAS-CHAVES:** Direito Internacional Humanitário. Direitos Humanos. Sistemas de Proteção dos Direitos Humanos. Tribunal Penal Internacional. Dignidade da pessoa humana. Princípio da Humanidade.

## ENGLISH

**TITLE:** Human Rights as a material limitation to the Humanitarian International Law.

**ABSTRACT:** The International Humanitarian Law and the International Human Rights Law are complementary: they aim towards the protection of life, health and dignity of people. The legacy of the Battle of Solferino and the end of the wars of the nineteenth century had an important role in this approximation and boosted the discussions of the humanitarian matters, be it in times of war or peace. The Charter of the United Nations portrayed the universal feeling of discontent left by the Great Wars and represented a historic mark for humanity because it placed the protection of human life at the center of the legal system, in addition to restricting the use of strength by the nations. In this context, the text draws general lines pertinent to the concept, origins, rules and fundamental principles of both branches of law, in order to contribute to the debate and dissemination of this legal framework. The text also briefly portrays the mission of the International Committee of the Red Cross and the creation of the International Criminal Court as an instrument for facing serious human rights violations. It approaches the humanitarian principles as a fundamental rule and draws a parallel of the main similarities and distinctions between the Law of the War and Human Rights. The debate is necessary, because the knowledge of these norms is the first step towards their application and effectiveness.

**KEYWORDS:** International Humanitarian Law. Human Rights. International Human Rights Law. Human Rights Protection Systems.

International Criminal Court. Rights and dignity of persons. Humanitarian Principles.

## SUMÁRIO

1 Introdução – 2 O Direito Internacional Humanitário (DIH) – 2.1 Conceito – 2.2 Origens do DIH – 2.3 – Arcabouço jurídico do DIH – 2.4 O Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV) – 2.5 Regras e princípios fundamentais do Direito Internacional Humanitário – 2.5.1 Princípio da humanidade (cláusula Martens) – 2.5.2 Princípio da necessidade militar – 2.5.3 Princípio da proporcionalidade – 2.5.4 Princípio da limitação – 2.5.5 Princípio da distinção – 3 O Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) – 3.1 Conceito – 3.2 Origens do DIDH – 3.3 Arcabouço jurídico do DIDH – 3.3.1 Sistema universal de proteção dos direitos humanos – 3.3.2 Sistemas regionais de proteção dos direitos humanos – 3.4 Características dos direitos humanos – 3.4.1 Historicidade – 3.4.2 Inalienabilidade – 3.4.3 Imprescritibilidade – 3.4.4 Universalidade – 3.4.5 Indivisibilidade e interdependência – 4 O Tribunal Penal Internacional – 5 Direito Internacional Humanitário e Direitos Humanos: comparações e distinções – 6 Conclusão..

### 1 INTRODUÇÃO

As sequelas deixadas pelos enfrentamentos bélicos denunciaram (e denunciam ainda hoje) uma desvalorização da vida e do sofrimento humano. O Direito Internacional Humanitário nasceu a partir da complacência por essa aflição e mantém-se vivo, apesar de não conseguir evitar novos combates. Dessa forma, a codificação de direitos humanos universais fundamentais pelas Nações Unidas veio em boa hora, a fim de ratificar a compaixão pelo inimigo nos campos de batalha.

Nesse contexto, o trabalho abordará o conceito, as origens e os principais acordos internacionais legais pertencentes ao mundo jurídico

dos Direitos Humanos e do Direito da Guerra, nas suas duas vertentes. Para tanto, dissertará acerca dos sistemas de proteção dos Direitos Humanos, a trajetória da criação do Comitê Internacional da Cruz Vermelha e do Tribunal Penal Internacional, enfatizando-os como importantes instrumentos na luta pela dignidade humana e no combate dos crimes internacionais mais sérios contra a humanidade.

Ademais, o texto enfatizará a importância da aplicação prática do princípio da humanidade, quando a legislação não mais alcançar os casos concretos; sem deixar de dissertar, em breves linhas, sobre os demais princípios que regem os meios e os métodos de guerra e ainda sobre a importância da Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Dessa forma, o trabalho coloca a preservação da vida e da dignidade humana no centro das atenções, mesmo quando houver, devido à falta de paz, derrogação das normas de Direitos Humanos. Através de uma singela, mas não desimportante comparação entre os Direitos Humanos e o Direito Internacional dos Conflitos Armados, o texto aborda o lugar de cada um desses ramos no contexto internacional.

O tema é relevante, pois a divulgação das normas de DICA faz parte de um compromisso assumido pelos Estados para com a sociedade internacional, a fim de fazer cumprir as determinações das Nações Unidas de tornar o assunto mais conhecido da comunidade jurídica e da população em geral, e principalmente dos integrantes das Forças Armadas.

## **2 O DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO (DIH)**

### **2.1 Conceito**

O Direito Internacional Humanitário (DIH) é também conhecido como “Direito da Guerra” ou “Direito dos Conflitos Armados” (DICA) e traduz-se no ramo do Direito Internacional que tem por finalidade regulamentar os conflitos armados, com o intuito de proteger aqueles que não

participam ou que deixaram de participar das hostilidades, e ainda estabelecer e limitar meios e métodos de combate.<sup>1</sup>

Nesse contexto, é bastante didática a definição dada por Christophe Swinarski:

É o conjunto de normas internacionais, de origem convencional ou consuetudinária, especificamente a ser aplicado nos conflitos armados, internacionais ou não internacionais, e que limita, por razões humanitárias, o direito das Partes em conflito de escolher livremente os métodos e os meios utilizados na guerra, ou que protege as pessoas e os bens afetados, ou que possam ser afetados pelo conflito. (SWINARSKI, 1996)

O DIH tem como destinatários principais as partes beligerantes e ambiciona limitar a violência aos níveis estritamente necessários, para que se atinja o objetivo da batalha com o menor dano possível, além de buscar proteger os civis e os combatentes que estejam fora de combate, como os feridos, doentes e náufragos ou os prisioneiros de guerra.

## 2.2 Origens do DIH

As “leis da guerra” existem desde quando há guerras entre os povos. Embora esse Direito na sua forma atual seja relativamente recente, sempre existiram normas costumeiras relativas aos meios de combates. O estudo aponta que em certas civilizações antigas já havia uma preocupação com os limites das hostilidades e com o tratamento dado ao inimigo, de forma que, “a opressão dos mais fracos não era necessária para se alcançar os verdadeiros objetivos buscados nas guerras” (GUERRA, 2011). Portanto, pode-se afirmar que o homem, em todas as épocas e nas mais diversas culturas já procurava estabelecer condutas para seus exércitos no campo de batalha.

Todavia, as primeiras tentativas de uma sistematização internacional do Direito Humanitário de Guerra tiveram início no ano de 1859, a partir de iniciativas do cidadão suíço Henry Dunant, que, em viagem de negócios a

---

<sup>1</sup> O que é o Direito Internacional Humanitário? disponível em: <https://www.icrc.org/pt/doc/resources/documents/misc/5tndf7.htm>

Itália, foi testemunha das consequências devastadoras da Batalha de Solferino e ali mesmo improvisou socorro e buscou aliviar o sofrimento dos feridos. Ao retornar a Genebra, Dunant publicou o livro “Lembrança de Solferino”. Mais de que um relato da sua experiência vivida naquele contexto de guerra, o escrito revelou propostas para o futuro, a fim de evitar a repetição do sofrimento vivenciado naquela batalha.

O objetivo de Dunant era criar em todos os países “sociedades voluntárias de socorro com o propósito de garantir que os feridos em períodos de guerra sejam assistidos” e formular um “princípio internacional sancionado por uma Convenção de caráter inviolável” que serviria como base e apoio para as sociedades de socorro (DUNANT, 2016).

A partir de então, o nobre cidadão não economizou esforços para viabilizar instrumentos de proteção aos feridos no campo de batalha. Em 1863, Dunant reuniu um comitê particular formado por cinco homens – o “Comitê dos Cinco” e organizou uma conferência que contou com a presença de representantes de dezesseis países, na qual resultou na fundação da Cruz Vermelha Internacional (DUNANT, 2016).

Em agosto de 1864, foi adotada a “Convenção de Genebra para a Melhoria da Condição dos Feridos dos Exércitos em Campanha”, cujo texto reconheceu a neutralidade dos hospitais e ambulâncias militares e do pessoal médico militar das Forças Armadas. Adicionalmente, estabeleceu o compromisso de os exércitos recolherem e tratarem os militares feridos e doentes, independentemente de suas nacionalidades.

A Convenção elegeu ainda a cruz vermelha sobre o fundo branco (cores da bandeira suíça invertida), como distintivo e símbolo para proteção das pessoas e dos estabelecimentos envolvidos no socorro médico militar. A organização da Cruz Vermelha Internacional desenvolveu-se e evoluiu com o passar dos tempos para “Sociedades Nacionais da Cruz Vermelha” e se tornou no atual Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV).

Paralelamente, em 1863, no contexto da Guerra de Secessão, a pedido do Presidente Abraham Lincoln, o professor de Direito Francis Lieber elaborou um documento para instruções sobre o comportamento dos exér-



bitos dos Estados Unidos em campanha. O Código de *Lieber* foi a primeira experiência de codificação de leis e costumes de guerra existentes à época. Contudo, não possuía a característica de um tratado, pois fora pensado somente para os soldados da União da Guerra Civil dos EUA (PALMA, 2016).

Seguidamente, vários textos foram elaborados, dos quais se destacam: a Declaração de São Petersburgo (1868) sobre proibição de projéteis explosivos que pesam menos que 400 gramas; a Declaração de Haia (1899) sobre proibição de balas que se expandem ou se achatam no corpo humano; e o Protocolo de Genebra (1925) sobre armas biológicas; entre outros.<sup>2</sup>

Ademais, a partir do contexto das duas Grandes Guerras por quais passaram a humanidade na segunda metade do século XIX<sup>3</sup>, desenvolveram-se instrumentos legais universais de regramento para as situações de conflitos armados (ROVER, p. 112, 2005). As consequências devastadoras daquelas hostilidades contribuíram de forma relevante para a positivação das normas do Direito da Guerra.

### 2.3 Arcabouço jurídico do DIH

O Direito Internacional Humanitário possui uma legislação bastante vasta e diversificada proveniente de acordos internacionais que representam um compromisso estabelecido entre os Estados quanto à proteção da dignidade e da vida humana por ocasião de conflitos armados. Divide-se em duas grandes vertentes: o “Direito de Genebra” e o “Direito de Haia”. O primeiro trata principalmente da proteção às vítimas de guerra e protege as pessoas que se encontram fora de combate (os que não participam ou não participam mais das hostilidades); e o segundo, regulamenta os meios e métodos de guerra, quanto à condução das operações militares.

Atualmente, existem vários instrumentos jurídicos internacionais que visam proteger civis e combatentes em situação de conflito armado; e

---

<sup>2</sup> Site do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (<https://www.icrc.org/pt/doc/war-and-law/weapons/overview-weapons.htm>)

<sup>3</sup> Primeira Grande Guerra (1914-1918) e Segunda Grande Guerra (1939-1945).

também, os que proíbem o manejo de certas armas e táticas militares. Notadamente, os mais importantes documentos elaborados sobre o DICA são as quatro Convenções de Genebra e seus Protocolos Adicionais, que compõem o arcabouço jurídico principal do Direito Internacional Humanitário, a saber (CICV, 2016):

- a) Primeira Convenção de Genebra (1864), acerca da proteção dos feridos e enfermos das forças armadas em campanha;
- b) Segunda Convenção de Genebra (1907), acerca da proteção de feridos, enfermos e náufragos das forças armadas do mar;
- c) Terceira Convenção de Genebra (1929), que instituiu regime jurídico e proteção dos prisioneiros de guerra;
- d) Quarta Convenção de Genebra (1949), que revisou as convenções anteriores e acrescentou a proteção em relação aos civis, inclusive em territórios ocupados.

Seguidamente às Convenções, advieram seus três Protocolos Adicionais:

- a) Protocolo I (1977), sobre proteção das vítimas dos conflitos armados internacionais, considerando que conflitos armados contra dominação colonial, ocupação estrangeira ou regimes racistas devem ser considerados como conflitos internacionais;
- b) Protocolo II (1977), sobre proteção de vítimas em conflitos armados não internacionais (guerras civis);
- c) Protocolo III (2007), que adicionou o emblema do cristal vermelho ao lado da cruz vermelha e do crescente vermelho.

As normas que regem a condução das hostilidades estão definidas nas Convenções de Haia, de 1899 e 1907, as quais determinam limitações quanto aos meios e métodos de guerra (CICV, 2016).

O “Direito de Haia”, em síntese, tem o condão de reger a condução das operações militares em um conflito armado e definir o uso adequado e lícito de táticas e armamentos militares. Essa vertente do DIH<sup>4</sup> estabelece,

---

<sup>4</sup> A dicotomia Direito de Haia/Genebra não carrega conotação geográfica dos instrumentos interna-

entre outras questões, as proibições de atacar os civis, seus bens, bens culturais, religiosos, lugares de cultos e a proibição de ataques indiscriminados. Também estabelece quais armas são vedadas, a proibição de causar graves danos ao meio ambiente e de atos terroristas, além de medidas de precaução. (CICV, 2016)

Incumbe aos Estados respeitar e fazer respeitar as normas do DIH, em quaisquer circunstâncias. Essa obrigação é de tamanha importância e foi inserida tanto na Convenção de Genebra quanto em seu Protocolo Adicional I, ambos no artigo 1, a saber:

**CONVENÇÃO DE GENEBRA PARA A MELHORIA DAS CONDIÇÕES DOS FERIDOS E DOS DOENTES DAS FORÇAS ARMADAS EM CAMPANHA** – Art. 1. As Altas Partes contratantes comprometem-se a respeitar e a fazer respeitar a presente Convenção em todas as circunstâncias (SEITENFUS, 2009, grifo nosso)

**PROTOCOLO ADICIONAL I** – Art. 1. As Altas Partes contratantes comprometem-se a respeitar e a fazer respeitar o presente Protocolo em todas as circunstâncias.<sup>5</sup> (grifo nosso)

Extraí-se dos referidos textos que os Estados não somente têm a obrigação de cumprir e aplicar os tratados, mas também têm o dever de zelar para que outros Estados Partes também os cumpram e os apliquem. Isso inclui a adaptação de suas respectivas legislações nacionais aos ditames do Direito Internacional Humanitário.

Vale ressaltar que é compromisso dos Estados a difusão das normas de DICA, uma vez que o conhecimento desse ramo do Direito é essencial para o seu cumprimento e a consequente proteção das vítimas dos conflitos armados. As quatro Convenções de Genebra trazem em seu bojo assertivas quanto a esta exigência. Nesse sentido, segue o texto abaixo relativo ao artigo 47 da I Convenção:

Artigo 47. As Altas Partes Contratantes comprometem-se a difundir o mais amplamente possível, tanto em tempo de paz como em tempo de guerra, o texto da presente Convenção em seus próprios países

---

cionais, mas refere-se à natureza da norma. Também costuma ser usado de forma didática.

<sup>5</sup> CICV. Protocolos Adicionais as Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949. Genebra, Suíça. 2017.

e, especialmente, incluir o seu estudo nos programas de instrução militar e, se possível, de instrução civil, de tal maneira que esses princípios sejam conhecidos pelo conjunto das forças armadas e da população civil.

Ademais, diversos instrumentos legais<sup>6</sup> verbalizam este compromisso em divulgar e dar amplo conhecimento das normas de DICA, não somente entre os militares, mas também entre a população civil.<sup>7</sup>

## 2.4 O Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV)

Fundado em 1863, o CICV é uma organização imparcial, neutra e independente cuja missão exclusivamente humanitária é proteger a vida e a dignidade das vítimas dos conflitos armados e outras situações de violência, de prestar-lhes assistência e evitar-lhes o sofrimento. Busca a promoção e o fortalecimento do direito e dos princípios humanitários universais.<sup>8</sup>

Dessa forma, a organização trabalha no mundo todo para levar assistência humanitária às pessoas afetadas pelas guerras, pois é instituição promotora e guardiã do DIH. Dentre as atividades do Comitê incluem-se as visitas aos prisioneiros de guerra e dos civis internados, a promoção do reencontro entre familiares separados pelas hostilidades e a assistência à população civil, a fim de proporcionar-lhes um mínimo de dignidade em tempos de conflito armado. (PALMA, 2016)

Durante as ações militares, o uso dos emblemas de símbolo visível destina-se à proteção conferida pela legislação aos colaboradores humanitários, ao pessoal médico e religioso das Forças Armadas, os serviços sanitários, às unidades e aos meios de transporte sanitários. Os emblemas indicam que uma pessoa ou um bem deve ser protegido de ataques.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> Convenções de Genebra I, 47, II, 48, 127 III e IV, 144; PI, art. 83; PII, art. 19; Haia (1954), art. 25, entre outros.

<sup>7</sup> Site da Cruz Vermelha. <https://www.icrc.org/pt/doc/resources/documents/misc/5ybl8t.htm>

<sup>8</sup> Site da Cruz Vermelha. <https://www.icrc.org/pt/o-cicv>

<sup>9</sup> Site da Cruz Vermelha <https://www.icrc.org/pt/o-cicv>

Atualmente, além da cruz vermelha, são utilizados também o crescente vermelho e o cristal vermelho como símbolos do Movimento da Cruz Vermelha.<sup>10</sup>

## 2.5 Regras e princípios fundamentais de Direito Internacional Humanitário

Além dos acordos e tratados inerentes ao DIH, este ramo do Direito conta com algumas regras e princípios basilares, os quais fundamentam e norteiam a condução dos conflitos armados. É premissa básica que a escolha dos meios e métodos para se atacar o inimigo não é sem limites e as pessoas fora de combate devem ser respeitadas.

Dessa forma, o Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV) buscou sintetizar sete regras fundamentais<sup>11</sup> que compõem o *ius in bello*:<sup>12</sup>

- a) as pessoas fora de combate e aquelas que não participam diretamente das hostilidades têm direito ao respeito a sua vida e a integridade moral e física. Devem, em qualquer circunstância, ser protegidas e tratadas com humanidade, sem nenhuma distinção adversa;
- b) é proibido matar ou ferir um inimigo que tenha se rendido ou que esteja fora de combate;
- c) os feridos e doentes devem ser recolhidos e tratados pela Parte no conflito que os tem em seu poder. A proteção também abrange a equipe médica, os estabelecimentos, os transportes e os equipamentos médicos. O emblema da cruz vermelha e do crescente vermelho são os sinais desta proteção e devem ser respeitados;
- d) os combatentes capturados e os civis que se encontram sob a autoridade da Parte Adversa têm direito ao respeito a sua vida, a

<sup>10</sup> Site da Cruz Vermelha. <https://www.icrc.org/pt/o-cicv>

<sup>11</sup> Site da Cruz Vermelha: <https://www.icrc.org/pt/doc/resources/documents/misc/basic-rules-ihl-311288.htm>

<sup>12</sup> Sinônimo de DIH, sua função é minimizar o sofrimento durante os conflitos armados; proteger e auxiliar às vítimas do conflito.

sua dignidade, aos seus direitos individuais e as suas convicções pessoais. Eles serão protegidos contra todo ato de violência e represálias. Eles terão direito de trocar correspondências com seus familiares e de receber socorro;

e) toda pessoa se beneficiará das garantias judiciárias fundamentais. Ninguém será responsabilizado por um ato que não cometeu. Ninguém será submetido à tortura física ou mental, nem a penas corporais ou tratamentos cruéis ou degradantes;

f) as Partes no conflito e os membros de suas forças armadas não têm direito ilimitado quanto à escolha de métodos e meios de guerra. É proibido empregar armas ou métodos de guerra que causem perdas inúteis ou sofrimentos excessivos; e

g) as Partes no conflito farão, a todo tempo, a distinção entre a população civil e os combatentes, de maneira a poupar a população e os bens civis. Nem a população civil como tal, nem as pessoas civis devem ser objeto de ataques. Os ataques somente serão dirigidos contra os objetivos militares.

Importante consignar que a resolução das controvérsias internacionais por meios pacíficos é medida que se impõe aos Estados a partir da Carta da ONU (1948), conforme consta no seu artigo 2, parágrafos 3 e 4:

3. Todos os membros deverão resolver suas controvérsias internacionais por **meios pacíficos**, de modo que não sejam ameaçadas a paz, a segurança e a justiça internacionais.

4. Todos os membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o **uso da força** contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas. (grifo nosso)

O texto traz a expressão “uso da força” em substituição à palavra guerra e também consagra o princípio da resolução dos conflitos internacionais por meios pacíficos. Contudo, o artigo 51 da referida Carta permite aos Estados o uso da força em resposta a um ataque armado ou para fins de manutenção ou restabelecimento da paz e segurança internacionais, a saber:

**Artigo 51.** Nada na presente Carta prejudicará o **direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva** no caso de ocorrer um ataque armado contra um membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. As medidas tomadas pelos membros no exercício desse direito de legítima defesa **serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança** e não deverão, de modo algum, atingir a autoridade e a responsabilidade que a presente Carta atribui ao Conselho para levar a efeito, em qualquer tempo, a ação que julgar necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais. (grifo nosso)

O artigo estabelece ainda que os atos de legítima defesa praticados devem ser comunicados ao Conselho de Segurança da ONU e só são lícitos se praticados até que o órgão tome as medidas necessárias para se reestabelecer a paz e a segurança internacional.

Portanto, fica evidenciado que a resposta armada por um Estado é medida excepcional e que a comunidade internacional elegeu a paz como regra. Assim, os Estados devem buscar, a todo o tempo, soluções pacíficas para os conflitos.

### **2.5.1 Princípio da humanidade (cláusula Martens)**

O princípio da humanidade é considerado um princípio geral pelo DIH e está inserido em diversos instrumentos legais<sup>13</sup>, dos quais vale destacar a redação do Artigo 1, inciso 2 do Protocolo Adicional I:

Artigo 1. (...) 2. nos casos não previstos pelo presente Protocolo ou por outros acordos internacionais, os civis e os combatentes ficarão sob a proteção e a autoridade dos princípios de direito internacional, tal como resulta do costume estabelecido, dos **princípios humanitários** e das exigências da consciência pública. (grifo nosso)

O enunciado acima é fruto da proposta do professor Fyodor Fyodorovich *Martens*, delegado russo, na Primeira Conferência Internacional da Paz de 1899, em Haia. Consagrado como “cláusula *Martens*”, o postulado tem

<sup>13</sup> Além do Protocolo Adicional I, nas Convenções de Genebra I, II, III e IV, artigos 63, 62, 142 e 158, respectivamente.

por escopo evitar e aliviar, a todo custo, o sofrimento humano. (CINELLI, 2016)

Conseqüentemente, o significado da cláusula permite uma interpretação de que “qualquer ato que não seja proibido explicitamente pelo DIH, não é automaticamente permissível.” Assim, em caso de lacunas por parte do DIH, ou no caso de denúncia aos tratados, os civis e combatentes ficam cobertos sob o manto da dignidade da pessoa humana e dos princípios do direito internacional, derivados dos costumes e dos princípios da humanidade. (PALMA, 2016)

Cabe evidenciar que o preâmbulo da Declaração de São Petersburgo (1868) sobre a proibição do uso de certos projéteis em tempo de guerra, dispõe que “os limites técnicos ou as necessidades da guerra deveriam cessar diante das exigências da humanidade.” (PALMA, 2016)

Assim, pode-se afirmar que o princípio em questão traduz-se na razão de existência do DICA, uma vez que a legislação sobreleva a humanidade ao *status* de princípio geral. Logo, a solução deve pautar-se, em última análise, pelo respeito à dignidade da pessoa.

### ***2.5.2 Princípio da necessidade militar***

O princípio da necessidade militar “permite o uso proporcional da força durante um conflito armado para conseguir que o inimigo se renda ou para degradar suas forças armadas.” (CINELLI, 2016)

Por outro lado, este princípio não é absoluto, ao passo que impede que uma Parte em um conflito armado empregue força além da necessária para atingir seus objetivos. Nesse sentido, o artigo 54 do Protocolo Adicional I, de 1997, regulamenta:

**1.** É proibido utilizar a fome dos civis como método de guerra. **2.** 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, seja para provocar nos civis a fome, seu deslocamento ou outros motivos. (...) 5. Tendo em conta as exigências vitais de qualquer Parte em conflito, para a defesa de seu território nacional contra invasão, são permitidas a uma Parte em conflito, em território sobre seu controle, derrogações das proibições previstas no parágrafo 2, **se necessidades militares imperiosas** assim o exigirem.<sup>14</sup> (grifo nosso)

Nessa esteira, o Estado não pode dirigir ataques ao inimigo “a qualquer preço”, antes, porém, deve avaliar o ganho militar advindo da ação. Ademais, a valoração errada da necessidade militar em atacar pode configurar um crime de guerra, nos termos do artigo 8, do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.<sup>15</sup>

### ***2.5.3 Princípio da proporcionalidade***

Por este princípio os ataques não podem causar perdas e danos excessivos em relação à vantagem militar concreta e direta esperada. “É proibido lançar um ataque que provavelmente cause a morte incidental ou danos aos civis e/ou estragos excessivos aos bens civis em relação à vantagem militar concreta e direta prevista.” (CICV, 2015). O aludido princípio encontra-se evidenciado no artigo 57 do Protocolo Adicional I:

**Artigo 57** – Precauções no ataque: 1. (...) (III) abster-se de lançar um ataque do qual se possa esperar que venha a causar acidentalmente perdas de vidas humanas na população civil, ferimentos nos civis, danos nos bens de caráter civil ou uma combinação dessas **perdas e danos que seriam excessivos relativamente à vantagem militar concreta e direta esperada**; (grifo nosso)

### ***2.5.4 Princípio da limitação***

As partes não têm o direito ilimitado na escolha de meios e métodos de combate durante um conflito armado. Além disso, o princípio da limitação norteia todo o regramento da condução das hostilidades cujas normas são

<sup>14</sup> CICV. Protocolos Adicionais as Convenções de Genebra de 12 de agosto de 1949. Genebra, Suíça. 2017.

<sup>15</sup> O Estatuto do Tribunal Penal Internacional traz no seu artigo 8º o rol dos crimes de guerra.

particularmente destinadas aos combatentes (PALMA, 2016). Este princípio encontra-se delineado no inciso 1 do artigo 35 do Protocolo Adicional I:

**Artigo 35** – Regras fundamentais

1. Em qualquer conflito armado, o direito de as Partes em conflito escolherem os métodos ou os meios de guerra **não é ilimitado**. (grifo nosso)

Logo, seu objetivo é o de limitar o uso de determinados meios de combate que possam causar danos desnecessários ou excessivos, que vão além do objetivo definido pela guerra, que é derrotar o inimigo.

O princípio da limitação abrange três âmbitos de aplicação: restringe os ataques aos objetivos militares; protege a população civil contra ataques, de modo que somente os combatentes podem ser alvos de ataques; tenta estabelecer limitações aos ataques, de maneira que não haja sofrimentos excessivos, danos inúteis ou intoleráveis (CINELLI, 2016). Nesse sentido, segue o Protocolo Adicional 1:

**Artigo 51** – os civis e a população gozam de proteção geral contra os perigos resultantes de operações militares. **Nem a população civil em conjunto, nem as pessoas civis, devem ser objeto de ataque**. São proibidos atos ou ameaças de violência com o objetivo principal de espalhar o terror no meio da população civil. (grifo nosso)

### ***2.5.5 Princípio da distinção***

O princípio da distinção encontra-se insculpido no Artigo 48 do Protocolo Adicional I, como regra fundamental, a saber:

**Artigo 48** – Regra fundamental – com vista a assegurar o respeito e a proteção da população civil e dos bens de caráter civil, as Partes em conflito devem sempre fazer a **distinção entre população civil e combatentes**, assim como **entre bens de caráter civil e objetivos militares**, devendo, portanto, dirigir suas operações unicamente contra objetivos militares. (grifo nosso)

O artigo acima é bastante elucidativo, uma vez que deixa claro que os ataques somente podem ser dirigidos aos combatentes e aos objetivos

militares. Desta forma, os civis e seus bens não podem ser alvejados, pois tem direito à proteção do DICA. Fazer essa distinção é uma regra fundamental para se obter legitimidade em um ataque.

Assim, para a aplicação adequada do referido princípio, é preciso saber identificar, a todo o tempo, o que é objetivo militar ou bem civil, de um lado; e combatente e população civil, de outro. No caso de dúvida sobre se a pessoa é ou não um civil, esta pessoa deve ser considerada como civil. (CICV, 2016)

Em consequência, o princípio em questão também veda os ataques indiscriminados, não dirigidos a um objetivo específico ou que usem armas que não tem capacidade de mirar o alvo e possam causar danos indiscrimináveis. (PALMA, 2016).

Nesse contexto, a quarta Convenção de Genebra e o seu Protocolo Adicional I<sup>16</sup>, juntamente com a Convenção de Haia, trazem os conceitos de combatente, civil e objetivos militares.<sup>17</sup> Assim, é essencial um conhecimento mais aprofundado das normas de DICA para que possa haver a sua correta e adequada aplicação.

### **3 O DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS (DIDH)**

#### **3.1 Conceito**

O Direito Internacional dos Direitos Humanos ou simplesmente Direitos Humanos são direitos inerentes a todos os seres humanos, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição.<sup>18</sup>

Juridicamente, pode ser definido como “o conjunto de normas internacionais estabelecidas por tratados ou costumes, com base nas quais indivíduos e grupos podem esperar e/ou exigir determinados direitos que

<sup>16</sup> C. Genebra. PA I, 43 (2) (combatente); C. Genebra IV, 4 e C. Genebra. PA I, 50 (civil); C. Genebra PA I, 52 (bem civil).

<sup>17</sup> C. Genebra PA I, 43,50-52 e Haia IX, 2.

<sup>18</sup> O que são os direitos humanos? Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/>

devem ser respeitados e protegidos pelos seus Estados. O conjunto de padrões internacionais de direitos humanos também contém inúmeros princípios e diretrizes que não figuram em tratados (também conhecidas como *soft law* ou normas não vinculantes).” (CICV, 2015)

Outrossim, é o

[...] conjunto de regras jurídicas internacionais (convencionais ou consuetudinárias) que reconhecem aos indivíduos, sem discriminação, direitos e liberdades fundamentais que assegurem a dignidade da pessoa humana e que consagrem as respectivas garantias desses direitos.” (GUERRA, p. 24, 2012)

A definição de Direitos Humanos é um tanto quanto complexa, haja vista que são direitos que se expandem com o passar dos tempos, de acordo com a evolução da sociedade. Por isso, os direitos humanos não possuem um rol taxativo e nem representam um conjunto de normas fechadas (LEITE, 2012).

A doutrina menciona que os Direitos Humanos podem ser divididos em três gerações, de acordo com sua formação histórica e evolução. A primeira geração busca tutelar valores como liberdade e democracia e inclui os direitos civis e políticos (vida, liberdade, propriedade, etc). A segunda geração é formada por direitos sociais, econômicos e culturais, os quais reclamam prestações por parte do Estado. Incluem-se o direito ao trabalho, à saúde, à alimentação, à moradia, etc. A terceira geração engloba os direitos coletivos e difusos, nascidos a partir de um sentimento de solidariedade, pois visam à preservação e a qualidade de vida. Destacam-se o direito ao meio ambiente e a autodeterminação dos povos. (FERREIRA FILHO, 2002)

Os Direitos Humanos, então, seriam a soma dos direitos civis, políticos, econômicos, culturais e coletivos estipulados em tratados ou costumes internacionais.

### 3.2 Origens do DIDH

A doutrina dos Direitos Humanos tem seu berço já na Antiguidade, a partir das lições de “direito natural”, cuja concepção passou por várias teorias

filosóficas no decorrer da história da filosofia do Direito. Um dos primeiros relatos, que referencia a existência de um direito superior revelado pelos deuses, pode ser evidenciado em “Antígona” de Sófocles, cujo drama retrata um embate entre as tradições religiosas e o poder humano. (FERREIRA FILHO, p. 9, 2002)

No século XIII, São Tomás de Aquino, que de certa forma “fragmentou” e “hierarquizou” o Direito entre lei divina (só o próprio Deus conhece), lei natural (própria da natureza humana e o homem a descobre por meio da razão) e lei humana (lei positivada), revelou ser indispensável que toda a lei humana fosse derivada da lei divina. Desta forma, a conservação da vida seria um preceito da lei natural, advinda de uma lei suprema dada por Deus. (NADER, p. 166, 2011)

A laicização do direito natural ocorreu no final do Século XVI, a partir da teoria da “reta razão” de Hugo Grócio. Para ele, o direito natural existiria independente da existência de Deus ou ainda que Deus não cuidasse das coisas humanas. Nasceu, então, um jusnaturalismo racionalista que reconheceu a existência de um direito natural inerente aos indivíduos, inalienáveis e imprescritíveis, oponíveis ao Estado. (NADER, p. 173, 2011)

Logo, “os homens por serem criados à imagem e semelhança de Deus, possuem direitos que devem ser respeitados por todos e pela sociedade política”. Daí, o postulado da teoria iluminista de que os soberanos deveriam exercer sua autoridade com submissão do direito natural do homem. (CUNHA JÚNIOR, pp. 178-180, 2008)

Nesse contexto, os Direitos Humanos começaram a ser formalmente reconhecidos a partir do século XIII, com as primeiras Declarações escritas, iniciando-se com a Magna Carta de 1215. Após, sucederam-se a *Petition of Rigts* (1628), o *Habeas Corpus* (1679) e a Declaração de Direitos (1689). Esse processo de positivação ganhou força com a independência das colônias inglesas na América do Norte e o advento da Revolução Francesa, a partir de dois importantes instrumentos, respectivamente, a Declaração do Bom Povo da Virgínia (1776) e a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Sendo assim, os Direitos Humanos firmaram-se

definitivamente e abriu-se o caminho para sua universalização. (CUNHA JÚNIOR, p. 180, 2008)

O período pós-guerra foi bastante significativo do ponto de vista da codificação dos Direitos Humanos, tendo em vista que a humanidade reclamava uma resposta aos horrores vivenciados pelos regimes totalitários, em especial o nazismo (LEITE, p. 21, 2012). Com o surgimento das Nações Unidas surgiu também instrumentos internacionais de proteção ao indivíduo, e em 1948 foi elaborada a Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH), de forma que os Direitos Humanos alcançaram a universalidade, no sentido de que seus destinatários são todos os homens.

Dessa forma, conclui-se que os Direitos Humanos são consequências da própria evolução da humanidade, cujas ideias de liberdade e dignidade vêm desde a Antiguidade, a partir da concepção de direitos humanos inatos, em razão unicamente da condição humana do indivíduo.

### **3.3 Arcabouço jurídico do DIDH**

O arcabouço jurídico de proteção aos Direitos Humanos é formado pelo Sistema Universal de Proteção e por três Sistemas Regionais: o interamericano, o europeu e o africano, cujos instrumentos normativos que mais se destacam são respectivamente, a Convenção Americana de Direitos Humanos, a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos e a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos. (PETERKE, 2009)

O Direito Internacional dos Direitos Humanos é composto por um conjunto de normas e princípios, os quais estabelecem padrões de proteção, de condutas ou de benefícios aos indivíduos, por parte dos Estados.

A Organização Mundial mais importante no processo de codificação dos Direitos Humanos é a ONU – Organização das Nações Unidas, estabelecida em outubro de 1945, pela Carta das Nações Unidas. Trata-se de um tratado internacional, que desencadeou o processo de positivação dos Direitos Humanos, em âmbito universal. Seu preâmbulo revela o sentimento da comunidade internacional àquela época e o desejo de compro-

metimento pelos Estados para com os direitos humanos e a preservação da vida:

Nós, os povos das nações unidas, **resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra**, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e **a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano**, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla.

E PARA TAIS FINS, praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos, e unir as nossas forças para **manter a paz** e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum, a empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos. RESOLVEMOS CONJUGAR NOSSOS ESFORÇOS PARA A CONSECUÇÃO DESSES OBJETIVOS.

Em vista disso, nossos respectivos Governos, por intermédio de representantes reunidos na cidade de São Francisco, depois de exibirem seus plenos poderes, que foram achados em boa e devida forma, concordaram com a presente Carta das Nações Unidas e estabelecem, por meio dela, uma organização internacional que será conhecida pelo nome de Nações Unidas.<sup>19</sup> (grifo nosso)

Vale ressaltar que a proteção da vida humana ganha importante relevo no âmbito das normas de Direitos Humanos. A redação do artigo 6.1 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (PIDCP) também coloca em evidência essa disposição: “o direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.”

Ademais, o artigo 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos proclama o direito de todos à vida, à liberdade e à segurança pessoal. Tais direitos são reforçados em instrumentos regionais: na Convenção Europeia (artigos 2º e 5.1), na Convenção Americana (artigo 4.1 e 7.1) e na Carta Africana (artigos 4º e 6º).

<sup>19</sup> Preâmbulo da Carta da ONU: <https://nacoesunidas.org/carta/>

A proteção dos Direitos Humanos implica, primeiramente, na proteção à vida humana, sendo esta um direito humano supremo, pois em não havendo sua efetividade, os demais direitos humanos não teriam sentido. Por isso, a proteção da vida humana traduz-se no esteio de todo o sistema jurídico desse ramo do Direito.

### ***3.3.1 Sistema universal de proteção dos direitos humanos***

O Sistema Universal dos Direitos Humanos é regido, no plano normativo, pela Carta Internacional de Direitos Humanos (International Bill of Human Rights) composta pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH); pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e seus protocolos; e pelo Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e seu protocolo facultativo. (PETERKE, 2009)

Esses dois tratados representaram pontos de vistas diferentes decorrentes da cisão ideológica do período da “Guerra Fria”, uma vez que o bloco encabeçado pelos Estados Unidos enfatizava a importância dos direitos civis e políticos, enquanto que o bloco soviético realçava a importância dos direitos econômicos, sociais e culturais. (LEITE, p. 23, 2012)

Importante consignar que a Declaração Universal inaugurou a era da universalização dos Direitos Humanos e é um documento amplo e bastante aberto para que possa atender a todas às nações, respeitando-se suas peculiaridades, seus costumes e suas tradições. Nela estão contidos os direitos considerados fundamentais à sobrevivência e à dignidade da pessoa humana que consistem principalmente no direito à igualdade, sem discriminações (artigos II e VII), à vida, à liberdade e à segurança pessoal (artigo III), à liberdade de locomoção (artigo XIII), à nacionalidade (artigo XV), à propriedade (artigo XVII), ao pensamento, à consciência e à religião (artigo XVIII), à liberdade de opinião e de expressão (artigo XIX), à reunião e à associação (artigo XX). A Declaração também prevê a proibição de escravidão, servidão e tortura (artigos IV e V), inclui ainda a proibição de prisão arbitrária (artigo IX), o direito a um julgamento justo e imparcial



(artigo X), a presunção de inocência (artigo XI), os direitos políticos (artigo XXI) e os direitos sociais (artigos XXII ao XXV), que englobam: seguridade, trabalho, lazer, saúde, educação, vida cultural, alimentação, entre outros, os quais representam meios de subsistência e de vida saudável.<sup>20</sup>

Vale lembrar que a DUDH foi aprovada pela Assembleia Geral da ONU na forma de Resolução, e por isso, não é dotada de caráter jurídico. Contudo, é um documento internacional fundamental para as Nações Unidas, cuja força moral e legitimidade não podem ser ignoradas pelos Estados. (LEITE, pp. 64-65, 2012)

Além dos instrumentos normativos acima citados, os principais textos de proteção aos direitos humanos, no âmbito internacional, incluem: (PETERKE, 2009)

- a) a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, de 1966;
- b) a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979;
- c) a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penais Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984;
- d) a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989;
- e) a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Migrantes Trabalhadores e dos Membros de suas Famílias, de 1999;
- f) a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, de 2006;
- g) a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra Desaparecimento Forçado, de 2006.

### ***3.3.2 Sistemas regionais de proteção dos direitos humanos***

O primeiro sistema regional para a proteção dos Direitos Humanos foi inaugurado pela Convenção Europeia de Direitos Humanos, seguiram-se os sistemas americano e africano. (PETERKE, 2009)

---

<sup>20</sup> <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>

O Conselho da Europa acolheu a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, que entrou em vigor em 1953. Inicialmente, foram instituídas uma Comissão e uma Corte Europeias, as quais foram posteriormente extintas com a assinatura do Protocolo 11, em novembro de 1998, dando lugar a uma nova Corte Europeia de Direitos Humanos com caráter permanente.<sup>21</sup>

O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos é o sistema regional aplicável ao Estado brasileiro, cujos principais instrumentos normativos são a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como *Pacto de San José da Costa Rica*, de 1969 e a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, de 1948. (LEITE, p. 160, 2012)

No âmbito dos Estados Americanos coexistem a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgãos com competência de zelar pelos direitos humanos nas Américas. À Comissão cabe emitir pareceres e recomendações. A Corte Interamericana é órgão judicante e funciona como um Tribunal Internacional Supranacional.<sup>22</sup>

O sistema regional mais recente é o Sistema Africano inaugurado em 1981 pela Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos e posteriormente complementado, em 2004, com a criação da Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos pela União Africana. A Corte foi oficialmente inaugurada em 2006.

O Sistema Africano instituiu a Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, órgão técnico encarregado de receber as demandas sobre violações de direitos humanos.<sup>23</sup>

Vale registrar que os Sistemas Regionais de proteção dos Direitos Humanos têm por escopo zelar pela efetividade da proteção desses direitos em cada continente, a partir de um aparato jurídico próprio. O acolhimento dos direitos humanos na esfera regional é posto a partir de aspectos locais baseados em uma tradição política, histórica, cultural e jurídica de uma

---

<sup>21</sup> MELO, Brielly Santana de. Os Sistemas Regionais de Direitos Humanos. <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d1f2767f75c7a38b>

<sup>22</sup> Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/index.cfm>.

<sup>23</sup> Corte Africana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.african-court.org/pt/>

determinada população, sem implicar em anulação das normas universais. Do contrário, buscam complementar e reforçar a implementação dos direitos fundamentais da pessoa humana, em âmbito regional. (PIOVESAN, 2014)

### **3.4 Características dos Direitos Humanos**

#### ***3.4.1 Historicidade***

Os Direitos Humanos possuem caráter histórico, na medida em que nascem de forma gradativa das lutas que o homem trava por sua própria emancipação. Em consequência, são também mutáveis e sujeitos a transformações e ampliações. (CUNHA JÚNIOR, pp. 228-229, 2008)

Nesse contexto, pode-se afirmar que, por serem direitos que surgem de acordo com as demandas sociais, costumam nascer de crises ou de uma carência por parte da humanidade. Uma vez admitidos, evoluem e se ampliam, pois são dinâmicos.

#### ***3.4.2 Inalienabilidade***

São indisponíveis, não se pode aliená-los por não terem conteúdo econômico-patrimonial. Ninguém pode abrir mão da própria natureza. (FERREIRA FILHO, p. 22, 2002)

Portanto, são intransferíveis e inegociáveis, uma vez que seu titular não pode deles dispor.

#### ***3.4.3 Imprescritibilidade***

Os direitos humanos não se perdem com o passar do tempo, pois “se prendem à natureza imutável do ser humano”, de modo que são exigíveis a qualquer tempo. (FERREIRA FILHO, p. 22, 2002)

### **3.4.4 Universalidade**

A partir da criação das Nações Unidas, em 1945, e a adoção de diversos instrumentos jurídicos internacionais voltados à proteção da pessoa humana, dentre os quais destaca-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem, os Direitos Humanos deixaram de ser questão interna dos Estados e passaram a ser de interesse de toda a comunidade internacional, inclusive mediante a criação de organismos judiciais internacionais de proteção. (CUNHA JÚNIOR, p. 228, 2008)

Nessa esteira, é da essência desses direitos a sua generalidade, pois são imprescindíveis a uma existência humana digna, livre e igualitária e “destinam-se de modo indiscriminado a todos os seres humanos.” (LENZA, p. 1060, 2014)

### **3.4.5 Indivisibilidade e interdependência**

A indivisibilidade pressupõe a sistematicidade e interdependência dos direitos humanos, pois todos possuem igual peso e valor, de modo que não existe uma hierarquia ou prevalência entre eles.

Na prática, o exercício direto de um direito pode estar relacionado ao exercício de outro direito, com base no fundamento da dignidade humana. Pode ainda ocorrer que a violação de um direito afete a fruição de outro. (LEITE, p. 27, 2012)

## **4 O TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL**

As consequências deixadas pelas duas Grandes Guerras chocaram fortemente a comunidade global, de modo que foram instaurados alguns tribunais internacionais *ad hoc*, com o fim de punir os delitos cometidos em decorrência de graves violações de Direitos Humanos, provenientes das ações de guerras. O mais conhecido foi o Tribunal de Nuremberg, que julgou os crimes praticados contra os judeus na Alemanha. Na década de 90, outros

tribunais foram instaurados, a exemplo do Tribunal Criminal Internacional para a Antiga Iugoslávia e o Tribunal Criminal Internacional para Ruanda. (LEITE, p. 27, 2012)

Nessa esteira, e a fim de evitar questionamentos quanto à legitimidade desses tribunais instaurados pós-crime, em julho de 1998, foi assinado o Estatuto de Roma (ER), que criou o Tribunal Penal Internacional (TPI). Trata-se de uma corte internacional permanente e independente com competência para processar e julgar indivíduos acusados de crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crimes de agressão, cometidos após 2002, ano de sua vigência.<sup>24</sup>

O TPI tem sede em Haia, na Holanda, e é o principal órgão jurisdicional internacional voltado ao enfrentamento de crimes contra a humanidade. Atua em cooperação com as Nações Unidas na prevenção e reparação da ocorrência de violações dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário, uma vez que julga também os crimes de guerra.

O Estatuto de Roma é ainda o instrumento legal que estabelece os procedimentos de apuração e punição dos delitos de competência do TPI. Assim dispõe o artigo 1º do Estatuto:

É criado, pelo presente instrumento, o Tribunal Penal Internacional. O Tribunal será uma instituição permanente, com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade com alcance internacional, de acordo com o presente Estatuto, e será complementar às jurisdições penais nacionais, **A competência e o funcionamento do Tribunal rege-se pelo presente Estatuto.** (grifo nosso)

Os processos se iniciam mediante provocação das Partes, do Conselho de Segurança da ONU ou de ofício pelo órgão de promotoria do próprio Tribunal, que age de forma subsidiária, quando não houver reparação por parte do Estado. (LEITE, p. 41, 2012)

Vale destacar que, de acordo com o artigo 29 do ER, os crimes da competência do TPI não prescrevem. As penas de prisão chegam até trinta

<sup>24</sup> Site do Itamaraty: <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/paz-e-seguranca-internacionais/152-tribunal-penal-internacional>

anos, mas, a depender da gravidade do crime e das circunstâncias pessoais, pode ser admitida a prisão perpétua do condenado (artigo 77). Além das sanções penais, o TPI pode determinar a reparação às vítimas e seus familiares (artigo 75).

A consagração da responsabilidade penal internacional individual é, sem dúvidas, uma importante conquista para a humanidade. Portanto, é fundamental para o verdadeiro sucesso do procedimento criminal perante o TPI, que os Estados colaborem. Dessa forma, o próprio ER prevê, no artigo 86, que as Partes deverão cooperar plenamente com o Tribunal, no inquérito e no procedimento criminal, em relação aos crimes de sua competência. E também o artigo 88 diz que os Estados devem assegurar-se de que os seus direitos internos estabeleçam procedimentos que permitam responder a todas as formas de cooperação especificadas no Estatuto.

## **5 DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO E DIREITOS HUMANOS: COMPARAÇÕES E DISTINÇÕES**

O Direito Internacional Humanitário (DIH) e o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) possuem pontos em comum, ao passo que ambos se destinam à tutela da vida humana, da saúde e da dignidade das pessoas, embora em contextos diferentes. O primeiro reserva-se às situações de conflitos armados, enquanto o segundo aplica-se a todo o tempo, independentemente da situação de guerra ou de paz.

Quanto à origem, ambos os ramos do Direito remontam à Antiguidade, mas alçaram seus pontos altos de codificação em períodos distintos. As primeiras leis do DIH iniciaram-se no século XIX, sob a influência de Henry Dunant (1863); ao passo que, o primeiro tratado internacional de Direitos Humanos foi a Declaração Universal da ONU (1948) motivada a partir das consequências deixadas pelas Grandes Guerras. Muito embora as primeiras Declarações tenham surgido já no século XIII, a exemplo da Carta Magna de 1215, as mesmas não representaram normas de caráter universal, uma vez que foram concebidas para determinados povos.

O DICA possui um aparato jurídico próprio de Direito Internacional Público, com acordos universais que alcançam os Estados Partes que se comprometerem perante a comunidade internacional, de modo que existe uma igualdade de direitos e obrigações entre os Estados. Já os Direitos Humanos, apesar de preverem regras universais, as mesmas são efetivadas precipuamente pela legislação interna, geralmente por meio das Constituições dos Estados, cujas normas criam obrigações de prestação por parte destes para com os seus nacionais. Embora os sistemas de proteção universal e regional dos Direitos Humanos se prestem à busca da efetivação de suas normas em níveis externos aos Estados, o faz com espreque nessa relação vertical. (CICV, p. 37, 2015)

Nesse passo, faz parte da legislação de ambos os ramos dos Direitos, temas como a proibição de torturas<sup>25</sup> e a proteção às crianças.<sup>26</sup> Porém, os Direitos Humanos tratam ainda de questões jurídicas alheias ao DICA, afetas às liberdades fundamentais e aos direitos sociais, conforme pode-se observar no Artigo 1 da DUDH que trata dos propósitos e princípios das Nações Unidas:

**Artigo 1.** Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de **caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais** para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião. (grifo nosso)

O Direito Internacional dos Direitos Humanos, alcança aspectos que o Direito da Guerra não comporta, como direitos de liberdade de expressão, de imprensa, políticos, de greve, entre outros direitos fundamentais inseridos nos Pactos Internacionais pertencentes aos Sistemas de Proteção dos Direitos Humanos.

Por vezes, as normas de DICA mostram-se contraditórias às normas de Direitos Humanos, de modo que é inerente àquele Direito o uso da força

---

<sup>25</sup> A tortura é proibida no Artigo 3º comum às Convenções de Genebra, no Artigo 12, Primeira e Segunda Convenções, entre outros instrumentos de DIH e no Artigo 7 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (DIDH).

<sup>26</sup> O Protocolo Opcional de 2000 da Convenção sobre os Direitos da Criança, que trata do envolvimento de crianças nos conflitos armados e a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989).

e o direito de atacar o inimigo. A violência não é proibida e faz parte do contexto das hostilidades. No DIDH o uso da força implica em um último recurso para a proteção da vida e seu objetivo deve ser legítimo, quando for possível evitar o cometimento de um delito ou para a manutenção da ordem e da segurança pública. (CICV, p. 37, 2015)

Substancialmente, o DIH se difere do DIDH, pois o primeiro visa regulamentar situações as quais os Direitos Humanos foram, de alguma forma, alijados, haja vista a ausência de paz e a conseqüente ameaça de sofrimento em decorrência das hostilidades. Atua na regulamentação da condução das regras de combate e no uso de determinadas armas, além de tratar da condição dos prisioneiros de guerra e do estatuto dos combatentes. (CICV, p. 39, 2015)

De outro modo, a aplicação de ambos os direitos também se diferencia, tendo em vista que o DIH seleciona uma parcela de pessoas e bens que devem ser protegidos, de modo que os civis e aqueles que estejam fora de combate tem a proteção do DICA. Do contrário, no DIDH não ocorre essa distinção, pois todos são merecedores de proteção de direitos, mesmo que seja em parcela mínima à sobrevivência e à dignidade. (CICV, p. 38, 2015)

Quanto à detenção de pessoas, ambos os ramos do Direito estabelecem normas para a condução de tratamentos de detidos e o direito a um julgamento imparcial, todavia, há diferenças marcantes. No DIH, há possibilidade de detenção não penal de indivíduos (internamento) com base na gravidade da ameaça que a sua atividade apresenta para a segurança da autoridade que a detém. (CICV, p. 40, 2015)

Enquanto o internamento é permitido durante conflitos armados e, em geral, sem revisão judicial da legalidade da detenção, no DIDH, a prisão administrativa é raríssima (normalmente reservada aos casos de disciplina militar). Fora da situação de conflitos armados, o encarceramento ocorre, geralmente, devido a uma suspeita de cometimento de um delito ou por motivo de condenação, e as razões da prisão devem passar pelo crivo da autoridade judiciária.



Tem-se que as normas de Direito Internacional Humanitário são especiais em relação às normas de Direitos Humanos, uma vez que as primeiras se destinam a regulamentar uma situação de ruptura da ordem jurídica, ocasião em que podem ser suspensos alguns direitos fundamentais.

Contudo, uma vez instaurado o conflito armado, tem-se como limite, em última instância, o princípio da humanidade, bem resumido na cláusula *Martens*. Logo, o DICA destina-se ao regramento de situações excepcionais, na qual há ausência de paz e os direitos humanos fundamentais provavelmente restam prejudicados. Daí surge a necessidade de haver um escopo de normas que, de algum modo, possa assegurar um mínimo de dignidade às pessoas afetadas pelos conflitos armados.

## 6 CONCLUSÃO

No presente trabalho debatemos acerca das peculiaridades que distinguem e aproximam o Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Constatou-se que tanto um quanto outro têm por princípio basilar a proteção da vida humana, da saúde e da dignidade das pessoas, embora em perspectivas diferentes. Também existem diferenças quanto às origens, à natureza, ao escopo de aplicação e aos meios de implementação de suas normas.

As normas de DICA foram sedimentadas com base em experiências concretas de uma desvalorização da vida e da dignidade humana, constatadas pelas barbáries vividas nos campos de batalha. Por isso, o DICA regula os meios e métodos de guerra e busca o equilíbrio entre os objetivos militares legítimos e a finalidade humanitária de reduzir o sofrimento, especialmente entre os civis.

É o ramo do Direito que intervém em caso de ruptura da ordem jurídica, com a preservação da vida humana sempre em foco, mesmo em meio às hostilidades. Nesse contexto, destaca-se a missão do Comitê Internacional da Cruz Vermelha.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos possui raízes filosóficas, provenientes da ideia de um “direito natural” e inerente ao ser humano, pela sua simples condição de pessoa, e assim, instaurou-se como um direito fundamental, inalienável, imprescritível e irrenunciável, entre outras características. Enquanto os Direitos Humanos aplicam-se principalmente em tempo de paz, há disposições que, em tempo de guerra, são de difícil aplicação.

Nesse passo, a Carta das Nações Unidas representou o clamor da sociedade internacional pela preservação da vida e da dignidade humana, em resposta aos massacres vivenciados pelo holocausto. A Declaração Universal dos Direitos do Homem inaugurou a era da universalização dos Direitos Humanos e estabeleceu direitos fundamentais inerentes a todos, sem distinção.

Ademais, o desenvolvimento dos Sistemas de Proteção dos Direitos Humanos revelou a busca da efetividade dessas normas e permite que as diferenças regionais possam determinar novos direitos ou circunstâncias especiais e ainda oferecer vantagens em relação ao padrão universal, uma vez que os Direitos Humanos não são estáticos.

A comunidade internacional também estabeleceu o Estatuto de Roma e criou o Tribunal Penal Internacional, um importante órgão jurisdicional de coibição e punição dos crimes de guerra, que implementou a responsabilidade penal internacional individual.

Embora alguns Direitos Humanos possam ser parcialmente suspensos em períodos de conflitos armados, existe um núcleo duro desses direitos que devem ser respeitados, sob pena de extinção da própria humanidade. Nesse contexto, o trabalho buscou nas regras e princípios de Direitos Humanos um limitador para o Direito Internacional Humanitário.

## REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO INTERNACIONAL DAS JUSTIÇAS MILITARES. *Humanitas et Militaris*. Florianópolis: AIJM, 2010

CINELLI, Carlos Frederico. *Direito Humanitário: ética e legitimidade no uso da força em conflitos armados*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. *Direito Internacional Humanitário: Respostas às suas perguntas*. Genebra: CICV, 2015. Disponível em: <https://www.icrc.org/pt/publication/direito-internacional-humanitario-dih-respostas-suas-perguntas>. Acesso em: 20 ago. 2019.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. *Integração do Direito*. Genebra: CICV, 2011. Disponível em: <https://www.icrc.org/pt/publication/integracao-do-direito>. Acesso em: 19 ago. 2019.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. *Violência e Uso da Força*. Genebra: CICV, 2016. Disponível em: <https://www.icrc.org/pt/publication/violencia-e-uso-da-forca>. Acesso em: 19 ago. 2019.

Corte Africana de Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.african-court.org/pt/>. Acesso em: 20 ago. 2019.

Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/index.cfm>. Acesso em: 20 ago. 2019.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do poder público: em busca de uma dogmática constitucional reformadora à luz do direito fundamental à efetivação da constituição*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

DUNANT, Henry. *Lembrança de Solferino*. Genebra: CICV, 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

GUERRA, Sidney, MESQUITA, Gabriela Pinheiro. *O Direito Internacional Humanitário: eficácia da subsunção das normas do DIH no âmbito dos conflitos armados*. Rio de Janeiro: Revista de Direito da UNIGRANRIO, 2011

LEITE, Rafael Soares. *Direitos Humanos. Coleção Leis Especiais para Concursos*. Salvador: Juspodivm, 2012.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELO, Brielly Santana de. *Os Sistemas Regionais de Direitos Humanos*. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=d1f2767f75c7a38b>. Acessado em: 21 ago. 2019.

NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PADOIN, Maria Medianeira. *O “direito natural” e “das gentes” e o federalismo no processo de independência na América*. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/39719-170121-1-PB.pdf>. Acesso em: 20 ago. 2019.

PALMA, Najla Nassif. *Material didático Direito Internacional dos Conflitos Armados*. CBPEJUR, 2016.

PETERKE, Sven (Cord.). *Manual prático de direitos humanos internacionais*. Colaboradores: André de Carvalho Ramos ... [et al.]. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2009. 374 p. ISBN 9788588652286 Disponível em: <http://www.esmpu.gov.br/linha-editorial/outras-publicacoes/>. Acesso em: 20 ago. 2019.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROVER, Cees de. *Para servir e proteger. Direitos humanos e direito internacional humanitário para forças policiais e de segurança: manual para instrutores*. Trad. Sílvia Backes e Ernani S. Pilla. Genebra: CICV, 1998.

SEITENFUS, Ricardo (Org.). *Legislação internacional*. 2 ed. São Paulo: Manole, 2009.

SWINARSKI, Chritopher. *Introdução ao Direito Internacional Humanitário*. Brasília: Instituto Interamericano de Direitos Humanos, 1996.



Artigos de temas variados





# A competência para o julgamento de ex-militares, no âmbito da Justiça Militar da União, após a entrada em vigor da Lei n. 13.774/18

**Verônica Freitas Moura**

Assessora Jurídica do Ministério Público Militar  
Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Goiás  
Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário do Distrito Federal  
Especialista em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios

**RESUMO:** A Lei nº 13.774/18, ao inserir o inciso I-B ao art. 30, da Lei nº 8.457/92, estabeleceu a competência monocrática do Juiz Federal da Justiça Militar para o julgamento de civis que cometem crimes militares. Essa inovação legislativa contribuiu para sanar antigo debate que existia sobre a constitucionalidade da submissão de civis à Justiça Militar em tempo de paz. Contudo, após a entrada em vigor da referida lei, surgiu um novo foco de discussão, relacionado à competência para o processo e julgamento de ex-militares. Nesse cenário, o presente trabalho tem por objetivo enfrentar a questão mediante a análise de argumentos doutrinários e entendimentos jurisprudenciais. Para tanto, realizou-se um breve exame de importantes institutos diretamente envolvidos no tema, como o princípio do juiz natural e o escabinato. Foram expostas as razões fundamentais para a criação da nova competência e a relevância da condição que ostentava o agente no momento da prática delituosa para a definição do órgão julgador competente. Por fim, apresentou-se o panorama jurisprudencial sobre a questão e o atual entendimento pacificado no âmbito do Superior Tribunal Militar.

**PALAVRAS-CHAVES:** Competência. Crime militar. Ex-militares. Teoria da atividade. Escabinato.

## ENGLISH

**TITLE:** The competence for the trial of ex-military personnel, within the scope of the Union Military Justice, after the entry into force of Law nº. 13.774/18.

**ABSTRACT:** Law nº 13.774/18, by inserting item I-B into article 30 of Law nº 8.457/92, established the monocratic jurisdiction of the Federal Judge of Military Justice for the trial of civilians who commit military crimes. This legislative innovation helped to resolve the old debate that existed on the constitutionality of the submission of civilians to the Military Justice in peacetime. However, after that law came into force, a new focus of discussion arose, related to the competence for the prosecution and trial of former military personnel. In this scenario, the present work aims to address the issue through the analysis of doctrinal arguments and jurisprudential understandings. To this end, a brief examination of important institutes directly involved in the matter, such as the principle of the natural judge and the scabinate, was carried out. The fundamental reasons for the creation of the new jurisdiction and the relevance of the condition that the agent had at the time of the criminal practice for the definition of the competent judging body were explained. Finally, the jurisprudential panorama was presented on the issue and the current peaceful understanding within the Superior Military Court.

**KEYWORDS:** Competence. Military crime. Ex-military. Activity theory. Scabinate.

## SUMÁRIO

1 Introdução 2 – Princípio do juiz natural 3 – Teleologia do escabinato 4 – Julgamento de civis na Justiça Militar da União: divergências pretéritas e atual cenário normativo 5 – Diferenciação entre civis “stricto sensu” e ex-militares 6 – Panorama das primeiras interpretações judiciais do art. 30, I-B, da Lei nº 8.457/92. 7 – Conclusão.

### 1 INTRODUÇÃO

Recentemente, duas novas leis realizaram grandes modificações no sistema normativo aplicável à Justiça Militar. Trata-se das Leis nº 13.491, de 13 de outubro de 2017, e nº 13.774, de 19 de dezembro de 2018.

A primeira norma alterou o inciso II e o parágrafo único do art. 9º do Código Penal Militar. No tocante ao inciso II, a inovação legislativa ampliou consideravelmente a competência da Justiça Militar, pois passou a prever como crimes militares não apenas os tipificados no diploma penal castrense, mas em toda a legislação penal, desde que cometidos em uma das hipóteses descritas nas alíneas do referido inciso. Essa nova categoria de crime militar recebeu algumas denominações doutrinárias como “crimes militares extravagantes” (NEVES, 2017, pp. 23-28), “crimes militares por equiparação” (ASSIS, 2018, p. 39) e “crimes militares por extensão” (ROTH, 2018, pp. 143-171). A seu turno, o antigo parágrafo único do art. 9º do CPM foi desmembrado em dois pela Lei nº 13.491/17: o primeiro tratando da competência para o julgamento de crimes dolosos contra a vida de civil cometidos por militares federais e estaduais, em qualquer situação; e o segundo para os crimes dolosos contra a vida de civil cometidos por militares das Forças Armadas, nas circunstâncias mencionadas nas alíneas do novel parágrafo 2º do supracitado dispositivo.

Por sua vez, a Lei nº 13.774/18 promoveu uma verdadeira reforma na Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992 – Lei de Organização da Justiça Militar da União. Entre as modificações realizadas nessa norma encontra-se

a previsão da competência monocrática dos magistrados da Justiça Militar da União para processar e julgar civis nas hipóteses de crime militar previstas nos incisos I, II e III do art. 9º do Código Penal Militar. Tal inovação foi trazida pelo novo inciso I-B incluído do art. 30 da Lei nº 8.457/92. Ressalte-se que, embora esse dispositivo não faça referência expressa ao inciso II do art. 9º, as hipóteses de crime militar nele contidas também estão alcançadas pela competência monocrática, haja vista que o inciso III do art. 9º faz explícita menção ao aludido inciso.

No entanto, no art. 30, I-B, a Lei 8.457/92 refere-se a civis de forma genérica, sem especificar como seria tratada a situação das pessoas que, à época do cometimento do crime, ostentavam a condição de militar e, posteriormente, foram licenciados ou, por qualquer outro motivo, tiveram rompido o vínculo com as Forças Armadas.

Nessa perspectiva, o presente trabalho tem por objetivo enfrentar a questão, iniciando pela análise do princípio do juiz natural e da essência do escabinato, passando pela reflexão acerca da teleologia da criação da competência monocrática para o julgamento de civis na Justiça Militar da União e da relevância da condição do agente no momento da prática delituosa para a definição do órgão competente para o julgamento do crime militar. Alfim, serão demonstradas as linhas de entendimento sobre a competência para o julgamento de ex-militares, após o advento da Lei nº 13.774/18, mediante uma breve análise do cenário da interpretação do inciso I-B do art. 30 da Lei nº 8.457/92, na primeira e segunda instâncias da Justiça Militar da União.

## **2 PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL**

Em um abreviado histórico, atribui-se a origem positivada do princípio do juiz natural à Magna Carta Inglesa de 1215. Posteriormente, na *Petition of Rights* (1627) e no *Bill of Rights* (1688), o princípio em análise ganhou contornos mais aproximados com a sua conformação normativa atual.

Preconiza o aludido princípio que todo cidadão tem o direito a julgamento por um juiz imparcial e independente, o qual é definido segundo

regras de competência fixadas previamente ao cometimento do fato típico. Em consequência, é vedada a criação de juízos e tribunais de exceção. É de se concluir que o princípio do juiz natural configura, ao mesmo tempo, uma garantia para os jurisdicionados e uma limitação ao poder do Estado-juiz.

Embora não conste com essa denominação na Constituição Federal de 1988, o princípio do juiz natural está nela albergado nos incisos XXXVII e LIII do art. 5º, os quais estabelecem, respectivamente, que “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Também se encontram sob a égide do referido princípio a competência do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida e as hipóteses de foro por prerrogativa de função.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, internalizada em nosso ordenamento jurídico pelo Decreto nº 678/1992, estabelece em seu art. 8, n. 1, que toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Conforme bem salientado por Renato Brasileiro de Lima, a criação de justiças ou varas especializadas em nada contraria a vedação à existência de juízos e tribunais de exceção (LIMA, 2019, p. 339). Ao contrário, a própria Constituição Federal atribui a determinados órgãos jurisdicionais a competência para o processo e julgamento de matérias específicas, considerando a existência de um fator de *discrímen* (ou seja, o tipo de delito praticado) que justifica o exercício jurisdicional por uma Justiça especializada.

Nessa tônica, o legislador Constituinte estabeleceu, nos arts. 122 a 125 da nossa Lei Suprema, os órgãos jurisdicionais competentes para o julgamento de crimes militares, em âmbito federal e estadual. É de se notar que existem algumas distinções fundamentais entre as duas Justičas Militares brasileiras.

A primeira distinção diz respeito à competência “*ratione materiae*”. Com efeito, de acordo com o art. 124 da Constituição Federal de 1988, observa-se que atualmente compete à Justiça Militar da União apenas o julgamento de crimes militares. Por sua vez, a Justiça Militar Estadual julga, além de crimes militares, as ações judiciais contra atos disciplinares militares, consoante se observa do art. 124, § 4º, da CRFB/1988.

Outra diferença diz respeito às pessoas que estão submetidas à competência dessas Justiças especializadas (competência “*ratione personae*”). Nesse sentido, à Justiça Militar federal compete o processo e julgamento tanto de civis quanto de militares das Forças Armadas. Por sua vez, estarão sujeitos à competência Justiça Militar estadual apenas os integrantes da Polícia Militar ou do Corpo de Bombeiros.

Especificamente em âmbito federal, o juízo natural para o julgamento de civis e militares que cometam crimes previstos no Código Penal Militar ou na legislação penal comum (desde que caracterizada uma das hipóteses mencionadas no inciso II do art. 9º do diploma penal castrense) é a Justiça Militar da União, mediante seus órgãos, estes definidos nos arts. 122 da Constituição Federal de 1988 e 1º da Lei nº 8.457/92.

Superada a análise do princípio do juiz natural, tendo por foco a Justiça Militar, é oportuno tecermos algumas considerações acerca do escabinato, haja vista que as peculiaridades desse tipo de órgão julgador são de fundamental relevância para a melhor compreensão da questão ora em exame e do caminho que tem sido adotado pela egrégia Corte Castrense no tocante à competência da Justiça Militar para o julgamento de ex-militares.

### 3 TELEOLOGIA DO ESCABINATO

Marcante característica da Justiça Militar, tanto em âmbito federal quanto estadual, é a presença do escabinato ou escabinado – órgão jurisdicional colegiado formado por juízes togados e juízes militares. Com efeito, o escabinato é o juízo composto pelos sabres e pelas togas, como diz Ronaldo Roth, referindo-se a conceito formulado por Hélio Lobo (ROTH, 2003, p. 102).

Esse tipo de tribunal possui raízes históricas bem remotas. Ricardo Vergueiros Figueiredo destaca que os juristas romanos já consideravam a necessidade da existência de uma legislação própria e de juízes especializados para julgar os fatos ocorridos nos campos de batalha (FIGUEIREDO, 2011, p. 854).

Ainda segundo esse autor, o julgamento pelo escabinato existe no Brasil desde a época da colonização, tendo por origem normativa as Ordenações Afonsinas de Portugal, que estabeleciam como órgãos jurisdicionais para o julgamento das condutas dos militares os Conselhos de Guerra e as Juntas Militares (FIGUEIREDO, 2009, p. 14).

Insta mencionar que o Tribunal do Júri também se estrutura em escabinato, pois é formado pelo Conselho de Sentença – composto por juízes leigos – e pelo juiz togado, que preside o referido órgão colegiado, embora não o componha. No entanto, várias são as diferenças entre os escabinatos do Júri e da Justiça Militar, cuja análise refoge ao escopo deste trabalho.

Em relação à Justiça Castrense, Ricardo Vergueiros ressalta que a forma de escabinato é imprescindível e fundamental para a entrega da tutela jurisdicional, pois assim se obtém a apreciação da situação fática “tanto sob o prisma das peculiaridades da vida militar, que certamente não serão esquecidas diante da vivência e da prática dos juízes militares, quanto do ponto de vista técnico-jurídico, este último intrínseco à pessoa do juiz togado”. (FIGUEIREDO, 2011 p. 856)

Na mesma linha de entendimento, afirma Ronaldo João Roth (ROTH, 2003, p. 93):

O exame das peculiaridades da caserna e dos misteres enfrentados pelos militares encontram mais facilidade de compreensão quando realizados pelo próprio militar que, uma vez guindado ao exercício da judicatura militar, deverá – aplicando a lei penal militar, sob os cânones processuais penais militares –, decidir no caso concreto, situação essa que, de modo contrário, pode trazer ao juiz togado certa dificuldade de apreciação fática, levando-o a aplicar a lei sem a mesma acuidade própria dos militares.

Na primeira instância da Justiça Militar da União, temos os Conselhos de Justiça – Permanente e Especial – como órgãos constituídos em escabinato. Ambos são compostos por um juiz togado e por quatro juízes militares, conforme previsto nos incisos I e II do art. 16 da Lei n. 8.457/92, incluídos pela Lei 13.774/18.

O escabinato também está presente na segunda e última instância na Justiça Militar federal, haja vista que, nos termos do art. 123 da Constituição Federal de 1988, o Superior Tribunal Militar é composto por quinze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo dez militares – oficiais-generais da Marinha, do Exército e da Aeronáutica – e cinco civis – três dentre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de dez anos de atividade profissional, e dois, por escolha paritária, dentre Juízes Federais ou Juízes Federais Substitutos da Justiça Militar (considerando a nova nomenclatura trazida pela modificação realizada pela Lei nº 13.774/18 ao inciso IV do art. 1º da Lei n. 8.457/92).

Em tempo de guerra, os órgãos da Justiça Militar da União também serão formados em escabinato, conforme estabelecem os arts. 91 e 93 da Lei n. 8.457/92.

Portanto, o que se observa é que o escabinato tem uma finalidade bem delineada: a de conferir um julgamento com mais equilíbrio, uma vez que os juízes militares possuem uma visão prática dos ditames e especificidades da caserna que são, não raras vezes, abstratas ou teóricas para os juízes togados.

No entanto, o julgamento de civis na Justiça Militar, pelo escabinato, sempre foi alvo de grandes dissensões, conforme ver-se-á.

#### **4 JULGAMENTO DE CIVIS NA JUSTIÇA MILITAR – DIVERGÊNCIAS PRETÉRITAS E ATUAL CENÁRIO NORMATIVO**

Não é recente a discussão sobre a possibilidade de civis serem submetidos a julgamento na Justiça Castrense, em tempo de paz, e a divergência



de entendimentos sobre o tema. O principal fundamento para a corrente que se posiciona contrariamente a essa competência da Justiça Militar reside na suposta violação a tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil.

O entendimento que sempre predominou no Supremo Tribunal Federal é o de que a submissão de civis à competência da Justiça Castrense em tempo de paz deve ser excepcional. Nesse sentido, manifestou-se o Ministro Carlos Ayres Britto, Relator do Habeas Corpus 86.216-MG:

(...) Esta Suprema Corte, por algumas vezes, já enfrentou o tema da caracterização de crimes militares por agentes civis, em tempo de paz. Nestas oportunidades, fixou o entendimento de que a configuração do delito militar é de caráter excepcional, decorrente, portanto, de uma interpretação restritiva do art. 9º do CPM. Interpretação, essa, a vincular a configuração do delito militar à ofensa daqueles bens jurídicos tipicamente associados à função de natureza castrense, cujos contornos estão tracejados pela Constituição Federal (...).

(HC 86216, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 19/02/2008, DJe-202 DIVULG 23-10-2008 PUBLIC 24-10-2008 EMENT VOL-02338-01 PP-00153 RTJ VOL-00208-01 PP-00228)

Nessa perspectiva, foi ajuizada pelo Procurador-Geral da República a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 289, em agosto de 2013, com o objetivo de conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 9º, incisos I e III, do Código Penal Militar, excluindo-se da competência da Justiça Militar o julgamento de civis, em tempo de paz.

Contudo, outra corrente sustentava que a conformação constitucional conferida à Justiça Militar brasileira permite que um civil seja por ela julgado, ainda que em tempo de paz.

Nesse sentido Luís Octavio Rabelo Neto, em artigo publicado antes da entrada em vigor da Lei nº 13.774/18, após detida análise do tema à luz dos principais sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos, conclui que não há óbice em tais regramentos para o julgamento de civis pela Justiça Militar da União brasileira, haja vista que esta não é uma corte marcial, pois faz parte do Poder Judiciário e é integrada não apenas por juízes militares,

mas também por magistrados civis. Prossegue o referido autor defendendo que, para que seja assegurada a imparcialidade e a independência exigida pelas normas internacionais protetivas de direitos humanos, seria necessária uma evolução na regulamentação da matéria, atribuindo-se o julgamento de civis ao Juiz togado, monocraticamente, uma vez que o acusado civil não está sujeito às normas de hierarquia e disciplina militares (RABELO NETO, 2018, pp. 101-102).

Ante os anseios, debates e divergências existentes, criou-se um caminho intermediário com a Lei nº 13.774/18, pois não se retirou da Justiça Militar da União a competência para o julgamento de civis que cometem crimes militares. No entanto, com a entrada em vigor da referida lei, esses agentes serão julgados não mais pelo Conselho Permanente de Justiça, mas apenas pelo juiz togado. É o que prevê o inciso I-B incluído ao art. 30, da Lei nº 8.457/92, incluído pela Lei nº 13.774/18, cuja redação possui o seguinte teor, *in verbis*:

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

(...)

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

(...)

Em harmonia com esse dispositivo, foi alterada também a competência do Conselho Permanente de Justiça, substituindo-se a palavra “acusados” por “militares”. Esta a nova redação do inciso II do art. 27, da Lei nº 8.457/92:

Art. 27. Compete aos conselhos:

(...)

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

Embora superado um primeiro foco de discussão, outro surgiu após a entrada em vigor da Lei nº 13.774/18. Com efeito, passou-se a indagar: todo aquele que é civil tem o direito a ser julgado monocraticamente pelo

juiz togado? Ou seja, até mesmo os acusados que eram militares à época da conduta delituosa, mas durante o processo perderam tal condição, estariam alcançados pela nova regra de competência mencionada alhures? Esses questionamentos ganham especial relevância na medida em que é comum que um militar venha a perder essa condição após o recebimento da denúncia (como ocorre na deserção), tornando-se civil durante o processo. E não há obviedade nas respostas, como se verá.

Como bem ponderou Cícero Robson Coimbra Neves<sup>1</sup>, dois posicionamentos podem advir de tais questões. O primeiro admitindo que, em face da redação do art. 30, I-B, da Lei nº 8.457/92, no momento em que o autor do delito adquire a condição de civil, está fixada a competência monocrática do juiz togado. Em um outro sentido, haveria o entendimento de que a definição da competência ocorre no momento do crime; desse modo, se o autor do fato típico era militar no momento da prática delituosa, deverá ser julgado pelo escabinato, mesmo que venha a se tornar civil durante o processo.

Essa divisão interpretativa passou a ganhar contornos práticos em decisões de juízes de primeiro grau reconhecendo sua competência monocrática para o julgamento de ex-militares, conforme será demonstrado em tópico específico deste trabalho.

## 5 CIVIS “STRICTO SENSU” E EX-MILITARES

Sem embargo da existência de posicionamentos em sentido contrário, entendemos que a relação entre a condição do agente no momento da prática de um crime militar e a definição do órgão competente para julgá-lo é de fundamental relevância.

Como se sabe, o Código Penal Militar, em seu art. 5o, adotou a Teoria da Atividade, segundo a qual considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o do resultado. Embora

---

<sup>1</sup> NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2019/03/24/Lei-n-1377418-e-a-incompet%C3%Aancia-absoluta-do-ju%C3%ADzo-monocr%C3%A1tico-para-ex-militares>. Acesso em: ago 2019.

não esteja diretamente relacionada a aspectos processuais, entendemos que a referida teoria é plenamente cabível para a definição do órgão jurisdicional competente para julgar o delito. Com efeito, é no momento do crime que serão aferidas as condições pessoais do agente, as quais influenciarão tanto em questões de índole material (como a imputabilidade), quanto de cunho processual (como a competência).

A propósito, em comentários à Lei de Organização da Justiça Militar da União, Jorge César de Assis e Mariana Queiroz Aquino Campos, referindo-se à competência para o julgamento dos oficiais da reserva não remunerada, ponderam (ASSIS; CAMPOS, 2019, pp. 81-82):

Nos parece que o ponto nevrálgico, na discussão dos oficiais da reserva não remunerada, quando cometerem crimes militares é, exatamente, o momento da consumação do delito militar, já que pela regra *tempus regit actum*, é este marco temporal que define a submissão, estreme de dúvidas, ao Conselho Especial de Justiça. Se o crime foi cometido pelo oficial temporário quando se encontrava na ativa, o simples fato de ter passado para a inatividade não remunerada, por ter sido licenciado a pedido ou *ex officio*, e aí adquirir a condição de civil, por si só não tem o condão de impedir a deflagração de ação penal ou mesmo de interferir no seu prosseguimento, e nem alterar o órgão jurisdicional da competência inicial.

Há que se ressaltar que a *mens legis* da criação da competência monocrática para o julgamento de civis, na Justiça Militar da União, foi a de não mais submeter ao Conselho de Justiça aqueles que não estão sujeitos aos preceitos de hierarquia e disciplina. É o que se observa da justificativa de encaminhamento do Projeto nº 7.683/2014, que deu origem à lei nº 13.774/18:

Nesse contexto, destaca-se a necessidade do deslocamento da competência do julgamento dos civis, até então submetidos ao escabinato dos Conselhos de Justiça, para o Juiz-Auditor: se por um lado é certo que a Justiça Militar da União não julga somente os crimes dos militares, mas sim os crimes militares definidos em lei, praticados por civis ou militares; de outro, é certo também que os civis não estão sujeitos à hierarquia e à disciplina inerentes às atividades da caserna e, conseqüentemente, não podem continuar tendo suas condutas julgadas por militares. Assim, passará a julgar os civis que cometerem crime militar.

Portanto, numa interpretação teleológica do inciso I-B do art. 30 da Lei nº 8.457/92, é possível concluir que o novo dispositivo legal buscou afastar do julgamento do escabinato apenas os civis “stricto sensu”, ou seja, aqueles que, no momento da conduta delituosa, não estavam sujeitos à disciplina e hierarquia militares.

Por outro lado, um militar que, nessa condição, comete um crime militar e durante o processo não integra mais as fileiras das Forças Armadas, passa a ser civil, mas o fato delituoso que está sob processo e julgamento foi cometido enquanto ele era militar. Desse modo, fica evidente que os preceitos da hierarquia e disciplina foram violados no momento da prática delitiva e, em razão disso, a competência para o julgamento deve ser do Conselho de Justiça.

É nítida a diferença entre os dois tipos de civis: o que nunca foi militar e aquele que um dia o foi. Não há que se olvidar que a faceta material do princípio da isonomia impõe que situações distintas sejam tratadas de forma diferenciada. Nesse sentido, admitir que um juiz togado possa julgar, de forma monocrática, tanto um civil que nunca foi militar, quanto aquele que já o foi – e mais – que ostentava essa condição (de militar) à época da conduta delituosa, pode representar violação ao aludido princípio.

Na mesma linha de raciocínio pela qual não se deve submeter um civil que não está sujeito aos ditames castrenses – em especial à hierarquia e à disciplina – ao julgamento por militares, também não se pode aceitar que um indivíduo que cometeu um crime enquanto era militar e, desse modo, estava sob o pálio dos referidos ditames, seja processado e julgado por um juiz togado, monocraticamente, e não por um órgão colegiado composto também por militares, os quais possuem uma compreensão diferenciada dos valores violados com a conduta delitiva.

Insta destacar que, se um civil, nessa condição, comete um crime militar e, posteriormente, vem a adquirir o “status” de militar, a competência para julgá-lo por aquele crime continuará sendo do juiz togado, monocraticamente, e não do Conselho de Justiça. Fica patente, mais uma vez a incidência do princípio “*tempus regit actum*”.

## 6 PANORAMA DAS PRIMEIRAS INTERPRETAÇÕES JUDICIAIS DO ART. 30, I-B, DA LEI Nº 8.457/92

Após a entrada em vigor da Lei nº 13.774/18, diversos magistrados de 1º grau da Justiça Militar da União, atuando em processos nos quais o acusado era militar à época do crime, mas havia sido licenciado, proferiram decisões deixando de convocar o Conselho Permanente de Justiça para os atos subsequentes, com fulcro no art. 30, I-B da Lei nº 8.457/92, passando a exercer a competência monocrática para atuar no feito. Em alguns casos houve, inclusive, a prolação de sentença pelo Juiz togado, sem a participação do Conselho.

Colhe-se, entre os fundamentos constantes das referidas decisões, o de que a intenção do legislador, com a criação da competência monocrática prevista no dispositivo legal supracitado, foi a de afastar qualquer possibilidade de que os civis fossem submetidos ao julgamento pelo escabinato. Outro argumento é o de que a condição de militar à época do delito é determinante para fixar a competência da justiça especializada, mas não a do órgão julgador. Em outros termos, a teoria da atividade deveria ser utilizada apenas para definir se o crime é militar ou não, e, para efeitos de competência, seria necessário observar as regras estabelecidas pela Lei de Organização Judiciária.

Contra as decisões interlocutórias em que o Juiz togado passava a atuar monocraticamente no processo, houve a interposição de recursos em sentido estrito pela Procuradoria-Geral de Justiça Militar, com fulcro no art. 516, “e” do Código de Processo Penal Militar. Em sede de preliminar, arguiu-se a nulidade da decisão por omissão a formalidade essencial do processo, haja vista que a questão da competência para o julgamento de civis deveria ser decidida pelo Conselho, nos termos do art. 28, V, da Lei nº 8.457/92.

Com efeito, de acordo com o preceito alemão “*kompetenz-kompetenz*”, todo juiz possui competência para reconhecer sua própria incompetência. Nesse sentido, considerando o disposto no art. 28, V, da Lei nº 8.457/92, o eventual deslocamento de competência para o Juiz togado dependeria de

decisão do Conselho de Justiça, pois somente este órgão poderia decidir sobre a sua eventual incompetência.

No mérito, um dos principais fundamentos para o pedido de reforma da decisão monocrática é o de que o afastamento da competência do Conselho de Justiça para o julgamento de um indivíduo que era militar à época da conduta delituosa viola os princípios constitucionais do juiz natural e da segurança jurídica. Em sentido diametralmente oposto ao contido nas decisões recorridas, entendem os Membros do *Parquet* Castrense que a competência pauta-se pela condição que o agente ostentava à época da conduta delitiva. Ou seja, se era civil, há de ser julgado monocraticamente; se era militar, pelo escabinato.

A propósito, sobre a matéria, a Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Militar editou o Enunciado nº 19, em 12 de fevereiro de 2019, com o seguinte teor, verbis:

Para aferimento da competência dos Conselhos de Justiça e do Juiz Federal da Justiça Militar, órgão judiciais da 1ª Instância da Justiça Militar da União, nos termos do art. 27 e art. 30 da LOJM (Lei nº 8.457, de 04/09/1992, com a redação dada pela Lei nº 13.774, de 19 de dezembro de 2018) deve ser considerada a condição do agente (civil ou militar), no momento do fato, não alterando esta competência a posterior modificação de tal condição.

Por outro lado, a Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados da Justiça Militar da União (ENAJUM) formulou, na 1ª Jornada de Direito Militar, o Enunciado nº 01, o qual estabelece que “a competência dos órgãos da JMU é definida pela condição que o acusado ostentar no curso do processo e não pela sua condição ao tempo do crime”.

Em percuciente análise da questão, Cícero Robson Coimbra Neves<sup>2</sup> ressalta que a possibilidade de deslocamento da competência do Conselho de Justiça para o juízo monocrático apenas em razão da perda da condição de militar do acusado configura evidente afronta aos princípios do juiz natural

---

<sup>2</sup> NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2019/03/24/Lei-n-1377418-e-a-incompet%C3%Aancia-absoluta-do-ju%C3%ADzo-monocr%C3%A1tico-para-ex-militares>. Acesso em: ago. 2019.

e da segurança jurídica, pois permite que o réu escolha, em momento que lhe aprouver, o órgão pelo qual será julgado.

Diante da multiplicidade de processos discutindo a mesma questão de direito e do risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, em face da possibilidade de decisões diferentes para casos semelhantes, o Procurador-Geral de Justiça Militar ajuizou Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas perante o Superior Tribunal Militar em 30 de abril de 2019 (Processo 7000425-51.2019.7.00.0000). Na petição do referido incidente, o Chefe do *Parquet Milicens* requer que seja firmada, com efeito vinculante (art. 985, I e II, do CPC), a tese jurídica de que a competência para processar e julgar civis que, à época do cometimento do delito, ostentavam a condição de militar permanece com o escabinato. Sustenta, em síntese, que, se no momento do crime o agente era militar, a hierarquia e a disciplina foram efetivamente violadas, razão pela qual deverá ser julgado pelo escabinato, sob pena de afronta ao princípio do juiz natural. Aduz, ainda, que considerar o “status” do acusado durante o processo, para efeito de definição da competência, representa evidente afronta à segurança jurídica, uma vez que, durante o trâmite processual, um indivíduo pode perder e readquirir a condição de militar (como ocorre no crime de deserção), o que acarretaria, em um mesmo processo, a alternância entre competência colegiada e monocrática, a depender de quantas deserções o acusado viesse a praticar.

O referido IRDR foi admitido pela egrégia Corte Castrense em 16 de maio de 2019, por maioria, em acórdão que restou assim ementado:

EMENTA: INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS (IRDR). PREVISÃO NOS ARTIGOS 976 E SEQUINTE DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (CPC). JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. DECISÃO PLENÁRIA. CABIMENTO DO INSTITUTO NO PROCESSO PENAL E NA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. REQUISITOS. NECESSIDADE DE EFETIVA REPETIÇÃO DE PROCESSOS QUE CONTENHAM CONTROVÉRSIA SOBRE A MESMA QUESTÃO UNICAMENTE DE DIREITO. RISCO DE OFENSA À ISONOMIA E À SEGURANÇA JURÍDICA. CASO CONCRETO. COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO DE CIVIS QUE OSTENTAVAM A CONDIÇÃO DE MILITAR DA ATIVA À ÉPOCA DO COMETIMENTO DO DELITO CASTRENSE. INTERPRETAÇÃO DO ART. 30, INCISO I-B, DA LEI 8.457/1992,



INSERIDO PELA LEI 13.774/2018. EXISTÊNCIA DE DIVERSOS RECURSOS EM SENTIDO ESTRITO (RSE) E AÇÕES PENAIS MILITARES (APM) EM TRÂMITE. SUSPENSÃO DOS PROCESSOS EM CURSO. I – O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é procedimento previsto no Código de Processo Civil de 2015 – art. 976 e seguintes – e tem por objetivo concentrar, em uma só causa, o julgamento de determinada tese jurídica. Julgado procedente, será de adoção obrigatória ao Tribunal julgador e todos os juízos a ele subordinados. II – Apesar da previsão no CPC, a doutrina e a jurisprudência são pacíficas pela possibilidade do ajuizamento do IRDR no âmbito do processo penal. Precedentes. III – Plenamente cabível o Instituto perante o Superior Tribunal Militar (STM), sob a competência do Plenário, órgão responsável pela uniformização da jurisprudência da Corte Castrense. IV – O Juízo de Admissibilidade, a ser realizado pelo órgão colegiado com atribuição julgadora, deve verificar a presença dos requisitos previstos no art. 976 do CPC: efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito; e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica. V – Caso concreto. Divergência acerca do órgão de 1º grau competente para o julgamento de civis que ostentavam a condição de militar da ativa à época do cometimento do delito castrense, em função da inserção do inciso I-B no art. 30 da Lei 8.457/1992 – Lei de Organização Judiciária Militar da União (LOJM) – pela Lei 13.774/2018. VI – Constatado o ajuizamento, neste STM, de mais de 27 Recursos em face de decisões monocráticas de Juizes Federais da Justiça Militar que avocaram a competência para o julgamento de ex-militares, comprova-se o preenchimento do primeiro requisito. VII – Presente, também, o risco de ofensa à isonomia, pela fixação de juízos diversos, monocrático e colegiado (escabinato), para o processamento de réus na mesma situação jurídica. Possibilidade de mácula à segurança jurídica, diante do dever do Estado-juiz de atuar de forma a garantir a estabilidade da interpretação das normas. VIII – IRDR admitido. Maioria.

No acórdão determinou-se a suspensão do Recurso em Sentido Estrito 7000144-95.2019.7.00.00, que deu origem ao aludido Incidente. No entanto, os demais recursos em sentido estrito versando sobre a matéria continuaram a ser julgados pelo STM, sendo predominante o entendimento de que a competência para o julgamento de civis que ostentavam a condição de militar no momento da conduta delituosa é do escabinato e não do juiz togado, monocraticamente. Nesse sentido, citamos, a título exemplificativo, a seguinte ementa de julgado da egrégia Corte Castrense:

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. MPM. DESERÇÃO. CRIME PRATICADO POR MILITAR DA ATIVA. LICENCIAMENTO DAS FORÇAS ARMADAS. LEI Nº 13.774/2018. COMPE-

TÊNÇÃO DO CONSELHO PERMANENTE DE JUSTIÇA PARA O PROCESSAMENTO E O JULGAMENTO DO FATO DELITUOSO. PROVIMENTO. DECISÃO POR MAIORIA. Se o acusado era militar da ativa quando consumou o crime militar, momento em que estava sujeito aos princípios da hierarquia e da disciplina, a perda da condição de militar durante a tramitação do processo não afasta a competência do escabinato para o processamento e o julgamento do ex-militar, sob pena de violação dos princípios do juiz natural e da segurança jurídica. A distribuição de competência contemplada pela Lei nº 13.774/2018, para julgar réus submetidos à jurisdição da Justiça Militar da União, não tem o condão de alterar, em favor do juiz singular, a competência dos Conselhos de Justiça para processar e julgar fato delituoso praticado por militar da ativa que, mesmo antes do recebimento da denúncia ou no curso do processo, perde a qualidade de militar, passando à condição de civil. Provimento do recurso ministerial, para, cassando a decisão recorrida, reconhecer a competência do Conselho Permanente de Justiça, determinando a baixa dos autos à instância de origem para o regular prosseguimento do feito. Decisão majoritária. (Superior Tribunal Militar. Recurso em Sentido Estrito nº 7000449-79.2019.7.00.0000. Relator(a): Ministro(a) ALVARO LUIZ PINTO. Data de Julgamento: 17/06/2019, Data de Publicação: 31/07/2019)

Finalmente, em 22 de agosto de 2019, o IRDR foi julgado pelo STM, e foi definida, por unanimidade, a seguinte tese jurídica com aplicação imediata aos feitos em curso no 1º e no 2º grau da Justiça Militar da União: “compete aos Conselhos Especial e Permanente de Justiça o julgamento de civis que praticaram crimes militares na condição de integrantes das Forças Armadas”. Esse, portanto, o entendimento que deve ser adotado atualmente.

A título de registro, cumpre mencionar que ainda é possível levar a matéria à apreciação do Supremo Tribunal Federal mediante a interposição de recurso extraordinário contra a decisão no IRDR, nos termos do art. 987 do Código de Processo Civil.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inovações legislativas costumam acarretar, em um primeiro momento, divergências de interpretação, na doutrina e na jurisprudência, bem como suscitam questões até então inexistentes.

No presente trabalho, analisamos as divergências de entendimento em relação à nova competência monocrática para o julgamento de civis (especificamente ex-militares), no âmbito da Justiça Militar da União.

Como vimos, a intenção do legislador, com a inclusão do inciso I-B ao art. 30 da Lei nº 8.457/92, foi a de retirar da competência do escabinato pessoas que não estavam sujeitos à disciplina e hierarquia castrenses, exatamente por serem civis.

Com efeito, antes da entrada em vigor da Lei nº 13.774/18, havia intenso debate sobre a constitucionalidade do julgamento de civis pela Justiça castrense, em tempo de paz. Uma corrente doutrinária afirmava que a submissão de civis à Justiça Militar violaria tratados internacionais sobre direitos humanos. Criada a competência monocrática para o julgamento de civis, esse argumento não mais subsiste, haja vista que os civis serão julgados apenas pelo juiz togado e não mais pelo escabinato. No entanto, em decorrência dessa alteração normativa, surgiu um novo questionamento divisor de opiniões e que foi enfrentado neste trabalho: até mesmo ex-militares não estão submetidos à competência do escabinato?

A divisão de entendimentos tomou feições práticas após as decisões de magistrados da primeira instância da Justiça Militar da União que passaram a deixar de convocar o Conselho de Justiça, atuando de forma monocrática no processo. Consoante já exposto, tais decisões foram levadas à apreciação do egrégio Superior Tribunal Militar mediante a interposição de recursos em sentido estrito. De forma predominante, a Corte Castrense passou a decidir pela competência do escabinato para o julgamento de ex-militares, haja vista que o juízo natural é fixado no momento da prática do crime, conforme preveem a Teoria da Atividade e o princípio do “*tempus regit actum*”, porque é naquele instante que houve (ou não) a violação aos valores da hierarquia e disciplina.

Com efeito, se o crime foi cometido quando o agente ostentava a condição de militar, e o juízo natural, nesse caso, é um órgão colegiado (à exceção da hipótese de coautoria entre militar e civil, quando a competência

será do Juiz Federal da Justiça Militar), não seria cabível o julgamento monocrático pelo juiz togado tendo por justificativa o licenciamento do acusado.

É de se notar, ainda, que a permanência da competência com o Conselho de Justiça, quando se tratar de ex-militar, resguarda a segurança jurídica, uma vez que, fixada a competência no momento da prática delitativa, não se terá a situação de transferência do órgão colegiado para o juízo monocrático e vice-versa, nas hipóteses em que o acusado venha a perder e readquirir a condição de militar durante a marcha processual.

Além disso, impede-se que a regra de competência seja manipulada pelo autor do delito, bastando que este dê causa ao seu licenciamento, vindo, assim, a escolher o órgão pelo qual será julgado, em evidente afronta ao princípio do juiz natural.

Atualmente, a questão encontra-se pacificada no âmbito da Justiça Militar da União, com o julgamento realizado pelo Superior Tribunal Militar, em 22 de agosto de 2019, do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas ajuizado pelo Procurador-Geral de Justiça Militar. Naquela assentada, fixou-se a tese jurídica, com caráter vinculante para a 1ª e 2ª instâncias da JMU, de que a competência para o julgamento de civis que praticaram crimes militares na condição de integrantes das Forças Armadas é dos Conselhos Permanente e Especial de justiça.

## REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge Cesar de. *Crime militar & processo: comentários à Lei 13.491/2017*. Curitiba: Juruá, 2018.

ASSIS, Jorge Cesar de; CAMPOS, Mariana Queiroz Aquino. *Comentários à Lei de Organização da Justiça Militar da União*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2019.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. Lei n. 13.774/18 e a incompetência absoluta do juízo monocrático para ex-militares. *Observatório da Justiça*

*Militar*. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2019/03/24/Lei-n-1377418-e-a-incompet%C3%A4ncia-absoluta-do-ju%C3%ADzo-monocr%C3%A1tico-para-ex-militares>. Acesso em: ago. 2019.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. Tipicidade dos crimes militares em tempo de paz: proposta de subsunção de condutas após a Lei 13.491/17. *Revista do Ministério Público Militar*, n. 29, Brasília: Procuradoria-Geral de Justiça Militar, 2018. pp. 41-66.

FIGUEIREDO, Ricardo Vergueiro. Colegiados julgadores da Justiça Militar da União e o Tribunal do Júri: similitudes e diferenças. *Revista Direito Militar*, n. 75, Florianópolis: AMAJME, 2009. pp. 12-18.

FIGUEIREDO, Ricardo Vergueiro. O escabinato na Justiça Militar e o julgamento na primeira instância. *Direito Militar: doutrina e aplicações*. Dircêo Torrecillas Ramos, Ilton Garcia da Costa, Ronaldo João Roth, coordenadores. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, pp. 852-876.

RABELO NETO, Luiz Octavio. Julgamento de civis na Justiça Militar no Brasil e nos sistemas internacionais de proteção aos Direitos Humanos. *Perspectivas da Justiça Militar contemporânea* / Fernando Pessoa da Silveira Mello (coordenador). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. pp. 83-125.

ROTH, Ronaldo João. *Justiça Militar e as peculiaridades do juiz militar na atuação jurisdicional*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

ROTH, Ronaldo João. Lei 13.491/17: os crimes militares por extensão e o princípio da especialidade. *Revista do Ministério Público Militar*, n. 29, Brasília: Procuradoria-Geral de Justiça Militar, 2018. pp. 143-174.



# **A Medida de Abate inserta no §2º, art. 306, da Lei nº 7.565/1.986 (Código Brasileiro de Aeronáutica) como hipótese de atuação em Estrito Cumprimento de um Dever Legal: uma breve análise a luz do direito penal brasileiro**

**Luiz Eduardo de Paula Ponte**

Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza/UNIFOR  
Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Universidade Estácio de Sá e Direito Militar pela Universidade Cândido Mendes/RJ  
Professor de Direito Penal da UNINASSAU-Fortaleza. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais  
Tenente-Coronel do serviço ativo da Polícia Militar do Ceará  
Mestrando em Análise GeoAmbiental', pela UNIVERITAS/UNG

**RESUMO:** A vida (humana) se trata de um bem jurídico fortemente protegido pelo Poder Público, nada obstante no Brasil não ostentar um caráter absoluto, a exemplo da possibilidade de aplicação da pena criminal fatal de morte, em caso de guerra declarada. A causa de justificação (legal) estampada pelo Código Brasileiro de Aeronáutica se traduz, ao fim e ao cabo, cumpridas as formalidades legais e regulamentares, devidamente positivadas, em uma nova mitigação ao direito à vida em nosso país, haja vista que, mesmo não concretizada à extinção, no caso de execução da “medida de abate”, podemos entender, ao menos, na hipótese mais extrema, numa tentativa via dolo eventual (assentimento no risco de produção do resultado). Também não podemos olvidar que os agentes públicos envolvidos no cenário que leva à “medida de abate”, *a priori*

membros da Força Aérea Brasileira, quando atuam nesse sentido, estarão acobertados pelo manto do estrito cumprimento de um dever legal, instituto alcunhado pela doutrina atrelada ao conceito significativo de ação como uma das modalidades penais de permissão forte e inserto nos Códigos Penais pátrios, Comum e Militar.

**PALAVRAS-CHAVES:** Código Brasileiro de Aeronáutica. Medida de abate. Soberania. Causas de permissão. Estrito cumprimento de um dever legal.

## ENGLISH

**TITLE:** The Slaughter’s Measure inserted in §2, article 306, of Law No. 7.565/1.986 (Brazilian Aeronautics Code) as a hypothesis of acting in Strict Compliance with a Legal Duty: a brief analysis in the light of Brazilian criminal law.

**ABSTRACT:** The (human) life is a legal asset strongly protected by the Public Power, although in Brazil it does not have an absolute character, such as the possibility of applying the death penalty in case of declared war. The (legal) justification stated by the Brazilian Aeronautical Code translates, after all, the legal and regulatory formalities, duly positive, into a new mitigation of the right to life in our country, given that even in the case of execution of the “slaughter’s measure”, we can understand, at least in the most extreme hypothesis, an attempt by potential fraud (assent in the risk of production of the result). We must not forget that the public agents involved in the scenario that leads to the “slaughter’s measure”, *a priori* members of the Brazilian Air Force, when acting in this direction, will be covered by the mantle of strict compliance with a legal duty, by the doctrine attached to the meaningful concept of action as one of the criminal modalities of strong permission and inserted in the Penal, Patriotic, Common and Military Codes.



**KEYWORDS:** Brazilian Aeronautical Code. Slaughter's mesaure. Sovereignty. Causes of permission. Strict fulfillment of a legal duty.

## SUMÁRIO

1 Introdução – 2 O espaço aéreo e a soberania nacional – 3 O Código brasileiro de aeronáutica e o conceito de aeronave hostil – 4 O direito fundamental à vida – 5 “O tiro de destruição” no cenário Internacional – 5.1 O estrito cumprimento de um dever legal: causa permissiva para a execução da medida de abate – 6 Conclusão.

### 1 INTRODUÇÃO

Reza nossa legislação sobre a possibilidade de atuação dos nossos agentes públicos, que venham a lesionar bens jurídicos de terceiros, acobertados por ordens exaradas pelo direito positivado.

É cediço, e até intuitivo, a inafastável necessidade de uma Nação independente, como a nossa, defender-se de afrontosos ataques, seja envidando esforços violentos, seja com adoção de medidas de caráter econômico no cenário internacional, estas mais atuais e próprias de Estados que repudiam atos belicosos, como a guerra, a exemplo, novamente, do Brasil.

Nesse sentido, o penalista espanhol Muñoz Conde nos informa que o “exercício legítimo de um Direito, ofício ou cargo descansa, muitas vezes, no Direito consuetudinário e não em uma lei”, e assim, a depender da formação histórica de uma Nação, em casos como que tais (agressões externas), ora tenderá a uma contramedida combativa, ora a instrumentos internacionais, não violentos, a postos.

Cumprir ainda arguir que diversos podem ser os ataques aos interesses estatais, sem podermos sindicá-los, logicamente, todas essas formas.

Em tal espaço temos a formulação pela legislação pátria da “medida de abate”, por alguns alcunhada por “tiro de destruição” (denominação por nós preferível em face, a uma, à própria dicção legal, a duas, pela facilidade

de compreensão, mas não adotada por nós neste trabalho), encampada pelo Código Brasileiro de Aeronáutica-CBA, em que o Poder Público, autorizado por lei, poderá alvejar aeronave considerada hostil para nossa soberania, seguindo um verdadeiro *iter legis* a ser cumprido para tanto.

Nada obstante algumas questões de ordem fundamental, em que a efetivação de uma medida desse porte possa redundar, a exemplo da matização ao próprio direito à vida, o cerne aqui externado será, ao fim e ao cabo, a busca pela adequada justificação criminal da conduta daqueles que, insertos no teatro de operações, executam tal permissão.

Sem olvidarmos da polêmica, e da precária doutrina existente sobre o tema, debruçamo-nos em pesquisa bibliográfica sobre as matérias jurídicas envoltas (constitucional, administrativo e civil) e, primordialmente, nos institutos de exclusão da responsabilidade criminal, palco de um rosário de debates pela dogmática penal.

Desse modo, nas seções que seguem, e sem incorrer em pretenciosismos, debruçaremos-nos sobre o objeto proposto e as temáticas envoltas.

## 2 O ESPAÇO AÉREO E A SOBERANIA NACIONAL

A soberania brasileira, como é cediço, estende-se em todos os seus limites territoriais, incluindo o mar territorial<sup>1</sup> e o espaço aéreo correspondente, inclusive as chamadas “extensões territoriais”, a exemplo das sedes de embaixadas, embarcações e aviões a serviço do Governo Brasileiro.

Portanto, podemos conceituar soberania, nas lições do Lusitano Marcelo Caetano (*Apud* MORAES, pg. 73) como, *in verbis*:

um poder político supremo e independente, entendendo-se por poder supremo aquele que não está limitado por nenhum outro na ordem interna e por poder independente aquele que, na sociedade internacional, não tem de acatar regras que não sejam voluntariamente aceites e está em pé de igualdade com os poderes supremos de outros povos.

---

<sup>1</sup> Em que pese discussões acaloradas no âmbito do direito internacional público, ainda sobrevive em nosso ordenamento jurídico, mormente o criminal, que o mar territorial se estende a 12 milhas náuticas, contados a partir da linha de baixa-mar, aferido a partir de um traço mediano em suas partes entrecortadas.

Desse modo, *ab initio*, qualquer ingresso de pessoas alienígenas, ou não, nessa delimitação geográfica e fictícia (como no caso de embaixadas), sob suspeita de qualquer motivação, deverá vir a reboque de uma prévia autorização nesse sentido, ficando a cargo da Nação Brasileira responsabilizar, em suas instâncias punitivas (administrativa, civil, internacional, e, por fim, penal, por exemplo), os possíveis violadores de tais preceitos.

Assim dispõe a Lei nº 7.565/1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica) sobre os limites de atuação da soberania pátria, *in verbis*: “Art. 11. O Brasil exerce completa e exclusiva soberania sobre o espaço aéreo acima de seu território e mar territorial”.

Cumprе esclarecer que nosso país, em face das suas relações com as demais nações do mundo civilizado, rege-se ainda pela independência nacional, *ex vi legis* art. 4º, I, da Constituição Republicana (CRFB): “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I – independência nacional;”.

Desse modo, o conceito de independência nacional não se afasta do conceito de soberania, apenas aplicando àquele, como se retira da doutrina transcrita pelo mestre português evidenciado, em nosso entendimento, quando inserto no contexto das relações internacionais, tudo a fim de demonstrar uma posição autônoma do Brasil naquele cenário.

Dentro desse aspecto, e buscando adentrar em nosso objeto de discussão acadêmica, no dia 25 de junho de 2017, restou veiculado pela mídia<sup>2</sup> nacional uma abordagem realizada pela Força Aérea Brasileira-FAB em relação a certa aeronave bimotor, sobrevoando a Região Centro-Oeste brasileira, mais especificamente entre os estados de Mato Grosso e Goiás.

Na ocasião, apesar de não haver sido adotada a medida extrema inserta em lei (“tiro de destruição”), a aludida aeronave “hostil”, por não obedecer aos respectivos comandos militares de pouso no aeródromo de Aragarças-Goiás, recebeu disparos de advertência, vindo a efetivar a aterrissagem em pista informal no município de Jussara-Goiás. Foram localizados

---

<sup>2</sup> <http://g1.globo.com/goias/noticia/fab-intercepta-aviao-com-cerca-de-500-kg-de-cocaina-em-jussara-go.ghml>.

no interior do Bimotor aproximadamente 600 kg de cocaína, segundo o periódico; tripulantes e passageiros não foram localizados.

Mais recentemente, no dia 25 de abril de 2018, a Força Aérea pátria realizou, efetivamente, a medida extrema do “tiro de destruição”, após um ingresso em nosso espaço aéreo de novo bimotor, mais precisamente em Corumbá, Mato Grosso do Sul (fronteira Brasil-Bolívia), forçando a aterrissagem da sobredita aeronave que, por sua vez, afundou em um lago da região; ressalte-se que, em ação idêntica, em 2015, na mesma localidade, outra aeronave bimotor foi abatida pela Aeronáutica<sup>3</sup>.

Percebamos que o ingresso forçoso em território nacional, incluindo aqui o espaço aéreo, significa uma verdadeira mitigação do nosso poder político, uma vez que a soberania resta afrontada diretamente, e assim passível da adoção de medidas extremas.

Seguindo as lições de Dalmo Dallari (*Apud* AGRA, 2014, pg. 95), *verbum ad verbum*: “A noção de soberania está sempre ligada a uma concepção de poder, pois, mesmo concebida como o centro unificador de uma ordem, está implícita a ideia de poder de unificação [...]”.

Desse modo, a exemplo dos fatos indigitados, sempre que a soberania de um Estado for atacada, o seu poder imanente, que será exercido precipuamente nos seus limites territoriais, segundo Walber de Moura Agra, deverá soerguer-se inafastavelmente mediante ação enérgica emanada pelo Poder Público, como sói a suceder com o exemplo da utilização do “tiro de destruição”.

Reza o Código Brasileiro de Aeronáutica-CBA acerca da possibilidade da adoção de tais medidas imperativas quando determinada aeronave invadir o espaço aéreo brasileiro, devendo haver, para tanto, uma correta subsunção às hipóteses elencadas no *caput* do art. 303, da encimada lei.

Em virtude da importância do dispositivo supramencionado à pesquisa em pauta, segue a sua devida transcrição, *in totum*:

---

<sup>3</sup> <http://www.jb.com.br/pais/noticias/2018/04/25/fab-intercepta-aviao-proximo-a-fronteira-com-a-bolivia-por-suspeita-de-traffic/>.

Art. 303. A aeronave poderá ser detida por autoridades aeronáuticas, fazendárias ou da Polícia Federal, nos seguintes casos:

I – se voar no espaço aéreo brasileiro com infração das convenções ou atos internacionais, ou das autorizações para tal fim;

II – se, entrando no espaço aéreo brasileiro, desprestigiar a obrigatoriedade de pouso em aeroporto internacional;

III – para exame dos certificados e outros documentos indispensáveis;

IV – para verificação de sua carga no caso de restrição legal (artigo 21) ou de porte proibido de equipamento (parágrafo único do artigo 21);

V – para averiguação de ilícito.

§ 1º A autoridade aeronáutica poderá empregar os meios que julgar necessários para compelir a aeronave a efetuar o pouso no aeródromo que lhe for indicado.

§ 2º Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição, nos casos dos incisos do caput deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada.

§ 3º A autoridade mencionada no § 1º responderá por seus atos quando agir com excesso de poder ou com espírito emulatório.

A legislação aeronáutica, por sua vez, estipula sobre as possibilidades da República Federativa Brasileira envidar providências no tocante a evitar toda e qualquer afronta a sua soberania, podendo, em face disso, em caráter eminentemente subsidiário, ou seja, quando as medidas antecedentes não solucionarem tal lesão, abater um aeroplano quando em afronta ao território nacional, a exemplo do indevido acesso ao nosso espaço aéreo.

Por sua vez o regulamento da norma positivada supra, Decreto nº 5.144/2004, ao tratar do tema menciona em seu primevo artigo a possibilidade de executar-se medidas extremas pelo Poder Público, em caso de acesso desautorizado, na oportunidade, quando as aeronaves forem consideradas hostis ou suspeitas de estarem realizando quaisquer condutas ilícitas, nada obstante, nos dispositivos que seguem, apenas se tratar de aeronaves suspeitas de tráfico de drogas, *in verbis*: “Art. 1o Este Decreto estabelece os procedimentos a serem seguidos com relação a aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins, levando em conta que estas podem apresentar ameaça à segurança pública”.

Sobre o assunto, informa Adriano Alves-Marreiros, Guilherme Rocha e Ricardo Freitas (2015)<sup>4</sup>:

---

<sup>4</sup> Paginação irregular.

Crítica que pode ser feita é que a lei começa mencionando, no art. 1.º, os procedimentos a serem seguidos com relação a aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins. No entanto, no restante da lei, só se refere a esta última hipótese [...]⁵

Apesar de tal falha patente do regulamento, não podemos concluir de forma diversa dos evidenciados autores de Direito Marcial, ou seja, o Decreto regula todas as medidas a serem efetivadas quando uma aeronave, considerada hostil, e a traficância de entorpecentes é espécie manifesta de hostilidade, uma vez que, de qualquer forma, há uma clara ameaça à soberania nacional.

Seguem as ponderações de Alves-Marreiro, Freitas e Rocha (2015) sobre o assunto em escólio, coadunando com nossas exposições:

1. que a lei autorizou expressamente a medida de destruição contra as hostis;
2. que o decreto começa mencionando as hostis e que depois, deixa de mencioná-las, caracterizando hipótese clara em que a norma *minus dixit quam voluit*;
3. que uma aeronave de qualquer porte não autorizada a trafegar sobre o território de um país pode causar grandes danos a pessoas e edificações e à segurança nacional como um todo;
4. que os Estados soberanos devem poder se defender de ataques potenciais dentro de seu território.

A respeito das medidas extremas invocadas pela legislação aeronáutica, incluindo o “tiro de destruição”, passaremos agora a tecer comentários, mais amiúde, sobre a matéria.

### **3 O CÓDIGO BRASILEIRO DE AERONÁUTICA E O CONCEITO DE AERONAVE HOSTIL**

A definição legal de aeroplano hostil não nos será trazido, de forma expressa, pela Lei nº 7.565/1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica-CBA), como se deve esperar.

---

⁵ Cremos que os autores devem ter se referido ao regulamento (Decreto nº 5.144/2004), e não a lei (CBA), como fazem referência expressa.

No entanto, a *contrariu sensu*, poderemos extrair, a partir do CBA, uma exegese necessária a fim de conceituar a temática em baila. Senão, vejamos.

Como visto, o regulamento de tal espécie legislativa, Decreto Federal nº 5.144/2004, nada obstante fazer referência em seu primeiro dispositivo acerca de um rosário de procedimentos a serem seguidos quando uma aeronave for considerada hostil, apenas faz menção, em seu corpo, da concretização dessas medidas quando se tratar de aeronaves suspeitas de tráfico de drogas.

A esse respeito, inclusive, pela dicção do art. 4º, poderemos deduzir uma relação entre gênero e espécie envolvendo, respectivamente, aeronave hostil e aquelas com evidências de participação na traficância de entorpecentes, *in verbis*: “Art. 4o. A aeronave suspeita de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins que não atenda aos procedimentos coercitivos descritos no art. 3º será classificada como aeronave hostil e estará sujeita à medida de destruição”.

Ou seja, qualquer aeronave que seja considerada hostil, para ser possível a efetivação do “tiro de destruição”, deverá obedecer aos trâmites do evidenciado art. 3º, inclusive aquelas supostamente envolvidas na infração penal de tráfico de drogas.

O fato de a legislação supra evidenciar apenas aeronaves supostamente envoltas com o tráfico (internacional) de drogas tem cariz histórico, em face da real justificativa para edição, nos idos de 1998, da Lei nº 9.614, de 5 de março daquele ano.

Nada obstante a formalização para tais dispositivos legais se dar em face da necessidade de proteção da nossa soberania, respaldado em normas internacionais (Feitosa e Pinheiro, 2012, *on line*), os debates travados, à época, no Congresso Nacional, cingiram-se na motivação fática para tanto: reflexo em *terras brasilis* da “Guerra as Drogas” declarada pelos Estados Unidos.

Em declaração lúcida e didática, o então Deputado Federal Fernando Gabeira discursou contra a aprovação da atual legislação sobre o “tiro de destruição” e discorreu sobre as razões da apresentação do então projeto de lei (Feitosa e Pinheiro, 2012, *on line*), de *verbum ad verbum*:

Mandava a sensatez que eu não viesse mais à tribuna falar sobre o tema, mas estou vendo tanto a esquerda brasileira, tão imbuída de seus princípios humanitários, como a direita brasileira, tão imbuída dos seus princípios de livre comércio, decretarem a pena de morte para contrabandistas e para traficantes de drogas a partir de uma análise perversa, oriunda dos Estados Unidos. Com o fim da Guerra Fria, os Estados Unidos declararam que a nova guerra seria contra a droga e determinaram que o papel do Brasil seria interceptar os aviões que saíssem da América Latina em direção àquele país. Na verdade, o Congresso brasileiro, incapaz de defender o nariz das crianças que cheiram cola no Brasil, mete-se agora numa aventura bélica, para defender o nariz dos norte-americanos que cheiram cocaína. [...] Neste momento, o Congresso brasileiro, pressionado pelos Estados Unidos, está prestes a votar uma proposição bélica, retrógrada, que vai nos jogar no período da Guerra Fria. Só que agora os adversários não são mais os comunistas; são os traficantes de drogas e os contrabandistas. Sabemos, pela nossa história, que os adversários inicialmente são o traficante de drogas e o contrabandista, mas, amanhã, podem ser outros, como os não-cooperativos. E os aviões serão derrubados.

Retornando ao Código Brasileiro de Aeronáutica, o §2º do art. 303 dispõe ao seu turno que a tipologia de um aeroplano como hostil se dará quando tal não atender, sob nenhum aspecto, às medidas de força impostas pelo Poder Público, com esteio naquele dispositivo, a saber:

Art. 303. *Omissis.*

.....

§ 2º Esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, ficando sujeita à medida de destruição, nos casos dos incisos do caput deste artigo e após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada.

Por sua vez, a própria cabeça do art. 303 e o seu parágrafo primeiro, em apertada síntese, informam-nos que qualquer aeronave, nas hipóteses lá dispostas, a exemplo de suposições com envolvimento em ilícitos civis ou penais, poderá ser compelida a pouso em aeródromo indicado pela autoridade aeronáutica respectiva. Segue transcrição *in totum* do artigo:

Art. 303. A aeronave poderá ser detida por autoridades aeronáuticas, fazendárias ou da Polícia Federal, nos seguintes casos:

I – se voar no espaço aéreo brasileiro com infração das convenções ou atos internacionais, ou das autorizações para tal fim;

II – se, entrando no espaço aéreo brasileiro, desrespeitar a obrigato-



riedade de pouso em aeroporto internacional;  
 III – para exame dos certificados e outros documentos indispensáveis;  
 IV – para verificação de sua carga no caso de restrição legal (artigo 21) ou de porte proibido de equipamento (parágrafo único do artigo 21);  
 V – para averiguação de ilícito.  
 § 1º A autoridade aeronáutica poderá empregar os meios que julgar necessários para compelir a aeronave a efetuar o pouso no aeródromo que lhe for indicado.

Assim sendo, a definição de aeronave hostil, como dito, realizada em sentido contrário, será aquela que, conforme construção nossa, esteja pendente de alguma suspeição de irregularidades – civis, administrativas ou penais – a exemplo do tráfico de drogas, que não atenda a ordens de pouso exaradas por autoridade com atribuição para tanto, e ficará submetida, após a devida autorização, ao “tiro de destruição”, medida extrema e, entretantes, provavelmente fatal, que a legislação prefalada alcunha como “medida de destruição” no já transcrito §2º, art. 303, CBA.

Não podemos deixar de mencionar que, a priori, pelo depreendido da análise das normas positivadas, e até o momento transcritas, o ingresso em território nacional por si só, por exemplo, não considerará hostil uma determinada aeronave, apenas assim se caracterizando acaso não atendidas algumas medidas prévias de averiguação, intervenção e persuasão (ou seja, “esgotados os meios coercitivos”), que deverão ser realizadas de formas progressiva e proporcional, nada obstante também todas serem dotadas, como visto, de certo constrangimento.

E quais seriam então tais procedimentos coercitivos impostos, mencionados pelo transcrito art. 303, §2º, do CBA, que antecedem o “tiro de destruição”?

No tocante ao encimado procedimento, que poderá conduzir, caso desatendidas, à debatida medida fatal, o art. 3º, do Decreto nº 5.144/2004, conduz-nos à devida resposta, *in verbis*:

Art. 3ºAs aeronaves enquadradas no art. 2º estarão sujeitas às medidas coercitivas de averiguação, intervenção e persuasão, de forma progressiva e sempre que a medida anterior não obtiver êxito, executadas por aeronaves de interceptação, com o objetivo de compelir a aeronave suspeita a efetuar o pouso em aeródromo que

lhe for indicado e ser submetida a medidas de controle no solo pelas autoridades policiais federais ou estaduais.

§1o As medidas de averiguação visam a determinar ou a confirmar a identidade de uma aeronave, ou, ainda, a vigiar o seu comportamento, consistindo na aproximação ostensiva da aeronave de interceptação à aeronave interceptada, com a finalidade de interrogá-la, por intermédio de comunicação via rádio ou sinais visuais, de acordo com as regras de tráfego aéreo, de conhecimento obrigatório dos aeronavegantes.

§2o As medidas de intervenção seguem-se às medidas de averiguação e consistem na determinação à aeronave interceptada para que modifique sua rota com o objetivo de forçar o seu pouso em aeródromo que lhe for determinado, para ser submetida a medidas de controle no solo.

§3o As medidas de persuasão seguem-se às medidas de intervenção e consistem no disparo de tiros de aviso, com munição traçante, pela aeronave interceptadora, de maneira que possam ser observados pela tripulação da aeronave interceptada, com o objetivo de persuadi-la a obedecer às ordens transmitidas.

Em suma, e visando atender a necessidade de tornar evidentes as etapas que serão perseguidas pelo Estado antes de autorizar o manejo do ‘tiro de destruição’, segue tabela discriminatória para verificação e efetivação, *pari passu*, do procedimento em baila<sup>6</sup>:

Situação da Aeronave	Nível de Medida	Procedimentos
Normal	Situação de Normalidade	Verificação das condições da aeronave
Suspeita	Medidas de Averiguação	1) Reconhecimento a distância; 2) Confirmação de matrícula; 3) Contato via frequência de operação de aeronave; 4) Sinais visuais de aeronave
	Medidas de Intervenção	5) Mudança de rota; 6) Pouso obrigatório;
Hostil	Medidas de Persuasão	7) Disparos de advertência;
	Medidas de Destruição	8) Tiros de destruição.

Em análise do referido quadro percebe-se que, como já repisado, o “tiro de destruição” se trata de uma decisão intensa, todavia, de caráter eminentemente subsidiário, ou seja, somente deflagrada quando não atendidas,

<sup>6</sup> Tabela formatada por meio de palestra assistida no Curso de Pós-Graduação em Direito Militar, CBEPJUR/Universidade Cândido Mendes, na cadeira de Direito Constitucional Militar, proferida pelo preclaro Professor Washington Carvalho.

como visto, as medidas coercitivas de averiguação, intervenção e persuasão, esta última, inclusive, já considerando tal aeronave como hostil (ofensiva aos interesses nacionais).

Cumprе frisar que, após os procedimentos insertos nos itens 1) e 2), referentes as medidas de averiguação, caso a aeronave esteja regular, será apenas realizado o seu acompanhamento.

Não podemos olvidar que, numa apreciação intuitiva, sob espeque das impressões de um ser humano com cultura, até mesmo, abaixo da mediana, a deflagração do “tiro de destruição”, ou seja, o abate do aeroplano hostil, conduzirá, *a priori*, à interrupção definitiva da vida dos ocupantes daquele encimado meio de transporte, ou mesmo uma tentativa para tanto (mesmo que presente um dolo eventual), inobstante, como já citado com antecedência, nos *leadings cases* sucedidos no Brasil, não haver ocorrido tal extinção.

Via de consequência, também não se pode desprezar a vedação constitucional da pena de morte no cenário brasileiro, vocação republicana de sempre, enquanto consequência de instância punitiva, salvo na hipótese de guerra declarada, que por sua vez obedece a requisitos próprios insertos na Constituição Federal<sup>7</sup>, sendo assim direito e garantia fundamental, art. 5º, XLVII (“não haverá penas: [...] de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX”).

Desse modo, cumprеm-nos analisar o tiro de destruição sob o enfoque do direito à vida inserto na *Magna Charta* brasileira.

#### 4 O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA

Reza o *caput* do art. 5º da Constituição Republicana acerca da proteção à vida (humana) conferida pelo nosso Estado, como a seguir transcrito:

---

<sup>7</sup> “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: XIX – declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional; [...]” “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: II – autorizar o Presidente da República a declarar guerra, a celebrar a paz, a permitir que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente, ressalvados os casos previstos em lei complementar;”

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:  
[...] (grifo nosso)

De início, cumpre frisar que, nada obstante o texto fundamental apenas fazer expressa referência aos estrangeiros residentes, é de apelo lógico que, no tocante àqueles não residentes, que porventura encontrem-se em solo pátrio, a exemplo de turistas, a melhor interpretação será aquela que estende a eles tal direito, uma vez que a vida se trata de uma prerrogativa natural de qualquer ser humano, e assim todo e qualquer Estado que se pretenda Democrático de Direito jamais poderá se afastar da sua proteção, sob qualquer pretexto arguido.

Segundo o Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes (2016), em virtude do nosso Texto Constitucional amparar explicitamente o direito à vida, cabe ao Poder Público tornar tal postulado universal seguro “[...] em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito a continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência”.

Desse modo não é bastante ao Estado garantir a vida ao seu jurisdicionado, ou seja, protegê-lo dos seus próprios arbítrios ou do destempero de terceiros; deve ainda envidar esforços para que essa existência (garantida) tenha contornos qualitativos de nobreza e elevações mínimas, proporcionando uma verdadeira dignidade à pessoa humana.

Afinal, não podemos deixar de levantar ser a vida o bem jurídico mais essencial ao ser humano, sendo, nas palavras do catedrático André Ramos Tavares (2012, pg. 575) “[...] o direito humano mais sagrado”.

Como princípio fundamental, a Constituição Federal Brasileira concedeu fídicia ainda a todos para defesa de tal dignidade (da pessoa humana), como estatui logo no seu art. 1º, III, in verbis:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:  
[...]  
III – a dignidade da pessoa humana;

Assim sendo, deduzindo aqui as assertivas proclamadas, e já mencionadas, pelo Ministro Alexandre de Moraes, podemos entender a vida, protegida pelo Estado Brasileiro, como uma vida digna.

Desse modo a defesa da vida, pelo Poder Público, deve encontrar amparo, sempre, na própria Carta Magna pois, na visão de Branco e Mendes (2012, pg. 378), em cotejo com outros direitos e garantias plasmados naquela norma *mater*, numa lógica patente, “[...] não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo”.

Inclusive, os renomados autores ainda frisam que, no tocante a atentados ao direito a vida, a Constituição Brasileira informa ser tais condutas sindicadas via o instituto do especial do Tribunal do Júri, como proclama o art. 5º, XXXVIII, *litteris*:

Art. 5º. *Omissis*.

[...]

XXXVIII – é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:

- a) a plenitude de defesa;
- b) o sigilo das votações;
- c) a soberania dos veredictos;
- d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida;

Questão nodal se mostra sabermos a partir de qual momento se dá a primeira proteção ao direito em baila que, *ab initio*, segundo TAVARES, sempre se tratará de um assunto meramente biológico.

O Brasil, apesar de formalmente arguir ser um Estado Laico, tem forte tradição cristã, mormente em face da doutrina católica. Assim sendo atrela-se ainda à teoria concepcionista, ou seja, entende-se a presença da vida (humana) desde o instante em que ocorrer a concepção (TAVARES, 2012).

Isso pode ser facilmente comprovado pelo texto do Código Civil, em que dispõe, em seu artigo 2º, que “[...] a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Entretanto, nas razões de decidir no *Habeas Corpus* nº 124.306/RJ, julgado em 9 de agosto de 2016 pelo Supremo Tribunal Federal, que teve como Redator do acórdão o Ministro Luís Roberto Barroso, em caso

envolvendo a concessão de liberdade provisória a um paciente, médico, que havia realizado um aborto, assentido pela gestante, que, no instante da prática daquele infração penal<sup>8</sup>, ainda se encontrava no primeiro trimestre de gestação, pareceu-nos que o sodalício se aproximou mais de outra teoria, qual seja, a da implementação do sistema nervoso.

Segue transcrição da didática explicação, realizada pelo preclaro Mestre André Ramos Tavares (2012, pg. 577), sobre a definição da teoria da implementação do sistema nervoso:

A teoria da implementação do sistema nervoso exige que surjam os rudimentos do que será o sistema nervoso central. Para esta corrente, não basta a individualização genética, sendo necessário que se apresente, no feto, alguma característica exclusivamente humana. O sistema nervoso central começa a se formar entre o décimo quinto o quadragésimo dia do desenvolvimento embrionário.

Em apertada síntese, para o evidenciado conceito não haverá vida (humana) enquanto não estiver formatado o sistema nervoso central, este sim necessário para se demonstrar a viabilidade de uma pessoa.

Retornando à discussão externada no *writ* levantado, o Ministro Luís Roberto Barroso, na motivação do seu voto, informa sobre a tese arguida de que a vida somente se inicia após a formação do sistema nervoso central, e isso se dá apenas após o terceiro mês da gestação.

Segue parcela da manifestação do aludido ministro, com as referidas razões: “De outro lado, estão os que sustentam que antes da formação do sistema nervoso central e da presença de rudimentos de consciência – o que geralmente se dá após o terceiro mês da gestação – não é possível ainda falar-se em vida em sentido pleno”.

Assim, como dito, nos parece que o STF, ao conceder liberdade provisória ao paciente do *habeas corpus* discutido, ao menos no que diz respeito aos fatos aludidos no processo referido, filiou-se, como visto, à Teoria da Implementação do Sistema Nervoso.

---

<sup>8</sup> Cumpre esclarecer que a legislação penal brasileira, comum e militar, adota para o tempo do crime a teoria da atividade, ou seja, considera-se praticada a infração penal no instante da conduta do agente, independentemente do seu resultado.

Outro fato relevante que traz total imbricação à matéria em escólio, e justamente o oposto da temática antecedente, é a finalização da vida humana, mais precisamente, até que ponto o Estado pode determiná-la.

A vida, como já relatado, é espécie de direito fundamental, passível de toda a proteção possível pelo Estado.

Todavia, como quase à totalidade daqueles direitos, a vida também sofre mitigação, inclusive, a própria Carta Republicana Brasileira assim dispõe quando versa acerca da possibilidade de aplicação da sanção penal física capital em caso de guerra declarada, *ex vi* art. 5º, XLVII, “a” (“não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX”<sup>9</sup>).

Segundo RODRIGUES FILHO (On line, 2004), adotou-se no Brasil o Princípio das Convivências das Liberdades Públicas, ou seja, os direitos fundamentais, dentre estes a vida, não possuem absoluta proteção do Poder Público.

Tal afirmação se compatibiliza com a relativização por nós levantada sobre o direito à vida, expressamente aduzida pelo texto constitucional quando permite a pena de morte, e mesmo nos casos de abortamento permitido insertos no Código Penal<sup>10</sup> e também manifestado na debatida ADPF 54 (*case* “fetos anencefálicos”)<sup>11</sup>, e nos conduz a novos temperamentos ao se debruçar acerca do objeto de pesquisa deste trabalho.

A mera conjectura da concretização do “tiro de destruição” leva a discussões acerca dos limites do direito a própria vida em face do Poder Público.

<sup>9</sup> Observe que, para ser possível a aplicação da pena de morte no Brasil se faz necessário o atendimento de alguns requisitos, a saber: I) o país encontrar-se em estado de guerra declarada, na forma do art. 21, II; art. 49, II e art. 84, XIX, do Texto Magno, ou seja, competência exclusiva da União para sua decretação, via Presidente da República no exercício das suas funções como Chefe de Estado, e autorizado pelo Congresso Nacional; II) a conduta proibida se adequar ao conceito de crime militar, art. 10 em cotejo ao tipo penal inserto no Livro II; III) a cominação penal respectiva estar prevendo a pena capital, dentre as suas balizas (limite máximo); e IV) em caso de condenação, o Presidente da República não haver comutado para a pena de privação da liberdade.

<sup>10</sup> “Art. 128 – Não se pune o aborto praticado por médico: I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.”

<sup>11</sup> FETO ANENCEFALO – INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencefalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

Sobre o assunto, novamente RODRIGUES FILHO (*On line*, 2004) já aduzia sobre a problemática instaurada quando cotejado com a permissão para o “tiro de destruição” e o direito à vida, *in litteris*:

Diante, portanto, dessa regulamentação jurídica restam algumas indagações, sob a óptica constitucional, da validade desse ato normativo, considerando os direitos fundamentais estatuídos na Lei Maior, notadamente quanto às garantias da vida, da liberdade bem como, no viés processual, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. (grifo nosso)

Como já vislumbrado novamente com a mitigação ao direito à vida, o Argentino Lavié (*Apud* RODRIGUES FILHO, 2004) nos informa também que tal subsiste em virtude da “[...] subordinação do indivíduo ao Estado, como garantia de que eles operem dentro dos limites impostos pelo direito”.

Assim, facilmente podemos concluir, com esteio no princípio da concordância prática de Konrad Hesse (*Apud* RODRIGUES FILHO, 2004), que a vida somente sofrerá um vácuo em seu aspecto protetivo público com a instalação de um Estado Constitucional de Crise, ou seja, como na hipótese de uma guerra declarada.

Desse modo, mesmo sobrevivendo tão forte temperamento a um direito sobremaneira importante, com origem em mera lei ordinária, acreditamos na sua sobrevivência com esteio na defesa da soberania nacional, já esmiuçada anteriormente, principalmente com o avanço terrorista no mundo hodierno, após os conhecidos ataques às Torres Gêmeas, na Cidade de Nova York, no fatídico 11 de setembro de 2001.

Nesse mesmo sentido RODRIGUES FILHO (*On line*, 2004):

Dessa forma, a principal justificativa da lei seria a de salvaguardar a soberania do país, principalmente depois das ondas de ataques terroristas ocorridos nos Estados Unidos e em países da Europa nos anos anteriores a feitura da lei, mas principalmente, objetivou-se uma maior fiscalização por parte do país do espaço aéreo, comumente empregado como rota de voos clandestinos utilizados para o tráfico de drogas.



Sem desejar ingressar novamente no tema em pauta, soberania, vale citar lições de Fábio Bechara (2011, *on line*), no seu trato em face do estágio atual em que se encontra o cenário de cooperação internacional entre Estados:

A soberania consiste no centro de emanção de força concreta que assegura a pluralidade, a paz e a unidade política estatal, e não em um projeto rigidamente ordenado ou em um centro de poder para o qual tudo se converge, mas sim em um compromisso de possibilidades.

Prova cabal do que estamos a comentar está na edição específica de um ato do Presidente da República, Decreto nº 8.758, de 10 de maio de 2016, que regulou o procedimento para efetivar abordagens em aeronaves suspeitas, nos mesmos moldes daqueles que foram dedicados na seção 2 deste trabalho, especificamente durante a realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos no Rio de Janeiro, no ano de 2016.

A toda vista, na forma da cabeça do art. 1º, do evidenciado Decreto nº 8.758/2016, buscou-se a defesa aeroespacial, nos limites soberanos do território pátrio, “[...] com relação a aeronaves suspeitas ou hostis, que possam apresentar ameaça à segurança, no período de realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos Rio 2016”.

Na própria dicção do ato administrativo em baila, nota-se o caráter extraordinário da matéria lá tratada que, como visto, será cogente apenas no transcorrer dos mencionados eventos esportivos.

Segue transcrição dos arts. 9º e 10 do Decreto nº 8.758/2016:

Art. 9º O Decreto nº 5.144, de 16 de julho de 2004, permanece aplicável para as hipóteses nele previstas.

Art. 10. Este Decreto vigorará nos períodos de 24 de julho a 24 de agosto de 2016 e de 31 de agosto a 21 de setembro de 2016.

Em suma, tal ato presidencial vigorou, particularmente, somente durante a realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos, para aeroplanos que levassem perigo a tais acontecimentos esportivos e, em paralelo, e continuamente, o Decreto nº 5.144/2004 permaneceu vigente quanto às demais situações.

Não podemos olvidar, *obter dictum*, que nos parece ser a edição do citado e transitório Decreto nº 8.758/2016 mais um ato de proteção a soberania brasileira, com foco na prevenção de atentados terroristas, e assim, ao fim e ao cabo, em um cenário mais catastrófico, podendo ceifar vidas no contexto do “tiro de destruição”.

De toda sorte, podemos parcialmente concluir que, inobstante de duvidosa legitimidade (*rectius*: constitucionalidade), essa permissão infraconstitucional, com procedimento regulado via ato infralegal, sobrevive tal em nosso ordenamento jurídico.

## 5 “O TIRO DE DESTRUIÇÃO” NO CENÁRIO INTERNACIONAL

A efetivação do “tiro de destruição” no cenário brasileiro tem, como pano de fundo, conforme mencionado anteriormente, a declaração de “Guerra às Drogas” (*War on Drugs*) que os EUA realizaram já nos idos de 1970.

Segundo lições de Feitosa e Pinheiro (2012, *on line*), na busca de se evitar o ingresso de substâncias entorpecentes em território americano, em face ainda da tentativa de implementação de, à época, uma política criminal de *Law and Order*, a partir do governo Nixon, adotou-se uma série de medidas repressivas contra as drogas, mormente após “[...] a divulgação de evidências da grande extensão do vício da heroína entre os militares americanos no Vietnã [...]”.

Com a criação do DEA (*Drug Enforcement Administration*), os EUA ingressam de vez no combate – e não há aqui qualquer disfemismo neste termo – à traficância de entorpecentes, situação esta que, no decorrer dos anos, ganhou contornos ainda mais repressivos.

Ponto culminante foi com a eleição de George W. Bush, em 1989, que concedeu um *plus* na *War on Drugs*, elevando tal problematização à categoria de Segurança Nacional (Feitosa e Pinheiro, 2012), o que colocou as *Armys*<sup>12</sup> no teatro de operações repressivo.

---

<sup>12</sup> Forças Armadas.

Em paralelo, em virtude do Peru e Colômbia serem dois dos maiores produtores de drogas ilícitas do continente Americano, e tendo o Brasil uma destacada estratégia econômica e geográfica neste continente, essas três Nações envidaram esforços legislativos no tocante a aprovar normas que permitissem o abate de aeronaves, em sobrevoo nos respectivos limites territoriais, sem a devida autorização.

Nada obstante, *a priori*, tal medida entremostrou uma verdadeira defesa da soberania, como já dissertado, o verdadeiro ideário foi um apoio, não tão velado, a *War on Drugs* americana.

Sobre tal assunto, assim discorre Feitosa e Pinheiro (2012), inclusive, justificando as razões de Brasil, Peru e Colômbia haverem, *ab initio*, aderido as medidas de “tiro de destruição”, *in verbis*:

O maior controle sobre os voos interligando Peru e Colômbia acabava por ampliar a presença de transporte terrestre e o deslocamento para regiões em que as ações de combate ao tráfico se mostrassem menos intensas ou eficazes (Forero 2003). As características da Amazônia brasileira não a habilitam como produtora de cocaína; contudo, a ligação fronteiriça com o Peru, a Colômbia e a Bolívia favorece a integração do País nas rotas de distribuição da droga (USA 2000). Sua inserção na cadeia de produção e distribuição, associada ao problema do tráfico na fronteira com o Paraguai, colocava o Brasil como um sério candidato a integrar, juntamente com Colômbia e Peru, o grupo de países envolvidos no programa de interdição aérea apoiado pelos EUA.

Além dos já mencionados Brasil, Peru e Colômbia, outros países da América Central e do sul como Honduras, Chile, Uruguai, Venezuela, Bolívia e mais recentemente Paraguai preveem legislações que permitem a “destruição” de aeroplanos, muitas com históricos de ações atabalhoadas, o que acende ainda mais a polêmica em torno das suas vigências; há informações sobre legislações que tratam do assunto na Alemanha, e até mesmo nos USA (Zancanaro, 2014).

Em 2012, por exemplo, Honduras abateu, nesse mesmo cenário, dois pequenos aviões convictos que faziam transporte de entorpecentes; corpos de passageiros e tripulantes, destroços e a droga em si jamais foram encontrados para justificar tal intervenção<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> Noticiado no sítio: <https://www.talkingdrugs.org/pt-br/mais-paises-da-america-latina-adotam->

Todavia, o caso mais impactante se deu em 20 de abril de 2001, no Peru, em que a Força Aérea daquela Nação Soberana abateu um pequeno avião de missionários norte-americanos, ocasionando a extinção de uma Missionária e o seu bebê<sup>14</sup>.

A repercussão desse *leading case* foi tão grande no cenário internacional que a própria existência dessas espécies de legislações restou “em cheque”.

Cumprе ressaltar que, acordos internacionais que tratam sobre aeronaves civis que, *ab initio*, não apresentam ameaça de ataque, que é o que se dá na vertente apreciação, vedam, peremptoriamente, o seu abate.

Destaque-se que, na historicidade dos fatos, ocorreu participação direta de agentes da Agência Central de Inteligência Americana (CIA).

Feitosa e Pinheiro (2012, on line), em apertada síntese, explanam a sucessão de erros que conduziram ao desastre em comento, *in litteris*:

Uma investigação conjunta realizada por diversas agências e instituições dos EUA, incluindo CIA, Departamento de Defesa e Departamento de Estado, além do governo do Peru, atribuiu a causa do acidente a uma série de deficiências nos procedimentos do programa, a erros dos envolvidos, à sobrecarga nos sistemas de comunicação e a dificuldades idiomáticas, entre outros fatores. As características da rota utilizada e a forma como se desenvolveu o voo, associadas a informações sobre atividades ilícitas coletadas continuamente, levantavam suspeitas sobre o uso do hidroavião abatido para o tráfico de drogas (USA 2001).

As investigações constataram que o copiloto de um caça peruano transmitiu corretamente o número de inscrição do Cessna interceptado (OB-1408) antes de abatê-lo. Os integrantes do avião de vigilância norte-americano e do caça peruano que o acompanhavam não ouviram a comunicação porque estavam ocupados com outras transmissões pelo rádio. Some-se a isso o fato de as aeronaves e armamentos da Força Aérea Peruana utilizadas no programa não permitirem tiros precisos direcionados para áreas não vitais. Durante o procedimento, o piloto do OB-1408 sequer ouviu as rajadas de advertência (USA 2001).

---

-perigosas-leis-abate-para-combater-traffic-de-droga. Acesso em: 13 jun. 2019.

<sup>14</sup> Noticiado no sítio: <https://www1.folha.uol.com.br/folha/reuters/ult112u4208.shtml>. Acesso em: 13 jun. 2019.

A tragédia peruana mereceu uma investigação aprofundada, que culminou em demonstrar a sobrevivência de um fator de risco, sempre presente, quando da utilização da “medida de abate”. Não podemos olvidar que, inobstante a possibilidade de se arguir a Teoria do Erro a fim de evitar a responsabilização penal dos envolvidos, qualquer evento morte, na qual figuram como vítimas pessoas inocentes, ainda mais crianças, detém poder persuasório social negativo inominável.

Não por último não foi localizada nenhuma responsabilização criminal ou civil de pessoas, física e jurídica, envolvidos nos fatos (trágicos) colimados, seja pelos instrumentos de jurisdição interna das Nações envolvidas, seja pelas Cortes Transnacionais. Todavia, restou noticiado, em 2 de novembro de 2010, por um periódico *on line*, que a CIA responsabilizou administrativamente 16 (dezesesseis) de seus agentes que participaram da derrubada do avião no Peru<sup>15</sup>.

Desse modo, podemos concluir que, nessa ótica do contexto da *War on Drugs* norte-americana, e por completa influência desta, as nações latino-americanas vêm aderindo ao abate de aviões civis, nos moldes da legislação aqui vigente e, nesses países, assim como no Brasil, a polêmica se reacende nos instantes em que o “tiro de destruição” resta utilizado.

Finalizado esse tema, instaura-se aqui um novo questionamento: no instante em que o agente público, autorizado pelo dignitário competente, efetua disparos em desfavor da aeronave hostil, e caso venha a ceifar a vida de tripulantes do indicado meio de transporte, a sua conduta restará amparada por alguma causa permissiva prevista em lei (penal)?

### **5.1 O estrito cumprimento de um dever legal: causa permissiva para a execução da medida de abate**

Inicialmente, seguindo aqui lições do Mestre Fernando Galvão, em que não se concebe no ordenamento jurídico brasileiro teorias do crime

---

<sup>15</sup> <https://oglobo.globo.com/mundo/cia-castigou-16-agentes-por-derrubada-de-aviao-no-peru-2931847>. Acesso em: 1 set. 2019.

distintas, trabalharemos com regras dogmáticas unitárias em face tanto do Código Penal Comum (CPCo) como do Código Penal Militar (CPM), uma vez que ambas se referem à codificações criminais ora vigentes no cenário pátrio, sempre observando aquilo que se demonstrar mais favorável ao agente.

Ademais, mostra-se fácil deduzir que o alcunhado Direito Penal Militar, assim como o Direito Penal Econômico, o Direito Penal Eleitoral, o Direito Penal Tributário, dentre outros, nada obstante alguma autonomia conceitual em face da matéria respectivamente tratada, trata-se de um ramo especializado do direito penal, que por si deve ser uno; assim raciocinaremos doravante sobre o tema.

De toda sorte, causas de justificação (permissivas) e de exculpação (dirimentes) são formas de afastamento da responsabilidade penal em que, aqui no Brasil, uma vez presente, não resta formatado o instituto do crime, por ausência de algum dos elementos que o compõe.

Em relação à ilicitude, seguindo aqui as lições de Hans Wezel, pai do finalismo, a podemos entender como<sup>16</sup> “[...] a contradição existente entre a realização do tipo de uma norma proibitiva e o ordenamento jurídico como um todo”.

Desse modo, há possibilidade de uma conduta típica não conflitar com o ordenamento jurídico, ou mais, haver até mesmo determinada permissão para que o agente atue daquela maneira.

Nesse passo, segundo elucidativas lições de Fernando Galvão (2016, pg. 333), “a justificativa de uma conduta típica resulta, no particular, da colisão entre uma norma proibitiva, fundamentadora do tipo de injusto, e um preceito permissivo”.

Assim sendo, afastando-se aqui das discussões sobre a existência, ou não, de causas *extra legis* de exclusão da ilicitude, causas de justificação, o legislador criminal passou a prever dispositivos que permitem um agir em contrariedade aos tipos penais.

Novamente invocando a doutrina de Fernando Galvão (2016, pg. 346), podemos entender tais causas como “[...] preceitos permissivos [...]”

---

<sup>16</sup> Termo mais apropriado, a contrário de antijuridicidade, como se refere a doutrina vetusta.

que apresentam exigências de ordem objetiva e subjetiva”. E trazendo à baila o conceito dos referidos preceitos permissivos, diz-nos o evidenciado autor que:

Objetivamente, a causa justificante define situação fática excepcional que retrata um conflito de interesses juridicamente tutelados. Subjetivamente, a causa de justificação exige que aquele que viola a norma típica tenha se orientado por finalidade compatível com a preservação de um dos interesses envolvidos na situação de conflito.

Em suma, para que o agente atue sob o manto de uma causa de justificação, deve a sua conduta ser voltada para preservar algum interesse juridicamente tutelável, havendo um conflito posto.

Não podemos olvidar que cabe ao Poder Público, enquanto organização instituída para tanto, buscar dirimir quaisquer tensões existentes, no entanto, agora sob a ótica de Paulo César Busato (2015, pg. 467) “[...] há situações emergenciais em que, por distintas razões, o Estado pode oferecer ao indivíduo a proteção nele buscada”.

Nesses casos restou criado um elenco de causas de justificação geral que se aplicam, em regra, a todas as infrações penais devidamente tipificadas, sem olvidar das justificações específicas em algumas infrações penais, como é o caso daquelas insertas no art. 128, Código Penal Comum<sup>17</sup>.

Por sua vez podemos entender uma conduta como típica e ilícita, no entanto, exculpada, em face de condições próprias que rodeiam o respectivo caso concreto, ou seja, na hipótese de o agente haver perpetrado um injusto penal (conduta típica e ilícita), contudo, o seu agir, no respectivo caso concreto, em face das circunstâncias apresentadas, não será reprovado.

Tal substrato do crime tem por desiderato verificar se subsiste uma reprovação pessoal sobre o injusto penal praticado pelo agente. Nas claras lições do *jus* penalista Luis Greco (1999, *on line*), enquanto “[...] o injusto é

<sup>17</sup> Art. 128 – Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (grifos nossos)

a lesão social; a culpabilidade é a reprovação que se faz ao agente pela lesão social”. Acresce a isso o fato de que, no caso concreto posto, poder-se exigir do agente um comportamento diverso, e não aquele em ele, de fato, laborou.

Desse modo, é no juízo da culpabilidade que se observa o resultado jurídico da ação ou omissão sob a ótica direta do autor. Nas sempre preciosas doutrinas de Fernando Galvão (2013)<sup>18</sup> no assunto em comento:

Por meio dos juízos de tipicidade e ilicitude, a conduta humana (comissiva e omissiva) é analisada sob o enfoque da violação ao bem jurídico e, constatada a existência de conduta punível; é no juízo de culpabilidade que se verifica a possibilidade de censurar o indivíduo que a praticou.

Nesse aspecto sobreleva-se o princípio da não exigibilidade de conduta diversa que, segundo Eduardo Correia (*Apud* GALVÃO, 2016, pg. 422), entremostra-se como uma “salutar válvula de segurança contra as injustiças a que pode conduzir um estreito positivismo legal”.

Assim, citando o Argentino Eugênio Raul Zaffaroni (*Apud* GALVÃO, 2016, pg. 421), “[...] a inexigibilidade de conduta diversa não é apenas uma das causas de exculpação, mas, antes, o denominador comum de todas as excludentes de culpabilidade”.

Não custa levantar, ainda que, de forma bastante superficial, contudo relevante para o que se pretende neste trabalho, as considerações efetivadas por Paulo César Busato (2015, pg. 477) acerca das permissões de atuação dos agentes no ordenamento jurídico, no que vem a chamá-las de normas permissivas, com base num sistema significativo, que por ele é adotado no transcorrer de toda a sua obra literária.

Para o encimado jurista de escol, não se deve trabalhar com causas de exclusão da ilicitude (justificações) e causas de exclusão da culpabilidade (dirimentes), e sim, como causas de exclusão da responsabilidade penal, todas tratadas como normas permissivas que vêm a afastar, de toda forma, a ilicitude da conduta.

---

<sup>18</sup> Paginação irregular.



Nesse sentido, Tomás S. Vives Antón (*Apud* BUSATO, 2015, pg. 487), informa-nos que:

[...] exculpações e justificações não tem porque serem vistas de forma escalonada, mas sim como pretensões concomitantes de exclusão da validade da norma para o caso concreto por ausência da ilicitude, ainda que passíveis de distinção em graus, sob a forma de permissões fortes e fracas.

Continua Busato nos trazendo a inafastável distinção de tais permissões normativas, *in litteris*:

Essas normas permissivas, não obstante, não se limitam às chamadas causas legais de justificação, tal como tradicionalmente se procede no âmbito da doutrina tradicional, senão que compreendem, conforme se verá adiante, causas legais de justificação (sob a forma de permissões fortes) e causas legais de exculpação e causas supralegais de justificação e exculpação (sob forma de permissões débeis ou fracas).

Assim sendo, determinadas normas deverão ora autorizar a atuação do agente, que, dessa forma, já que resta assentido pelo ordenamento jurídico, estará com a sua conduta devidamente justificada (permissões fortes), ou ora se tem apenas uma mera tolerância do corpo normativo (permissões fracas), aqui abraçando-se as dirimentes positivadas, e as causas de exclusão da ilicitude e da culpabilidade metalegais, conforme a ótica do causalismo, finalismo e funcionalismo roxiniano.

Não custa rememorar que, para esse modelo, todas as permissões, fortes ou fracas, excluem a ilicitude da conduta do agente. Nessa perspectiva, as próprias legislações criminais não realizam, elas mesmas, a distinção prefalada pela doutrina ainda prevalente, como causas de justificação e dirimentes. O erro sobre ilicitude dos fatos, a obediência hierárquica e a coação moral irresistível são tratadas, inclusive, antes dos institutos de exclusão da ilicitude, ou seja, uma vez que excluem a culpabilidade, o último elemento do conceito analítico do crime, deveriam, sob aquela ótica, ser tratadas após a ilicitude.

A lógica apresentada por esse modelo (significativo) trazido por Paulo César Busato, entremostra-se mais compreensível, mormente no tocante às

matérias de defesa penal, alcunhadas pelo sistema *comom law* como *defenses*. Segundo o próprio autor invocado, tal modelo, de certa maneira, conduz a uma aproximação do nosso sistema romano-germânico ao modelo criminal anglo-saxão<sup>19</sup>, e será por nós adotado, doravante, em nossa obra científica.

De toda sorte, o “tiro de destruição”, ao nosso sentir, e aqui justificaremos nossa posição, trata-se, na verdade, de hipótese da atuação dos agentes envolvidos em estrito cumprimento do dever legal.

Na presente seção, debruçaremos-nos no instituto permissivo (forte) do estrito cumprimento do dever legal, já direcionando a sua devida adequação às condutas dos agentes públicos envolvidos no “tiro de destruição”.

*Ab initio*, cumpre ressaltar que, assim como na causa permissiva do exercício regular de um direito, as legislações criminais não nos trazem uma definição (legal) do instituto, cabendo a doutrina tal construção dogmática.

Portanto, com base no conceito de crime sob o manto das ações significativas, Paulo César Busato (2015, pag. 499) no informa que “[...] aquele que atua sob determinação legal encontra-se amparado contra a incriminação proveniente dessa mesma atitude”, ou seja, se a própria lei permite (autoriza) uma conduta determinada, não poderá outra lei sancionar (penalmente) a mesma conduta.

Conforme ainda lições de Cláudio Brandão (2015, p. 108), e no mesmo sentido da definição retro explicitada, agora sob a ótica da teoria final da ação, *ipsis litteris*: “O estrito cumprimento de um dever legal é a causa de exclusão da antijuridicidade que se baseia em uma norma de caráter geral, cujo preceito determina a alguém o dever de realizar uma conduta típica, dentro dos limites desta dita norma”.

Afira-se ainda que a obrigação deve emanar de um ato jurídico, em regra, lei em sentido estrito, não comportando alegações de cumprimento de dever, para fins de configuração de tal permissão (forte), sob ditames de caráter moral ou religioso, segundo Busato. Assim, por exemplo, o mero

---

<sup>19</sup> Em notas de rodapé em sua obra, Busato (2015), citando autores como George Patrick Fletcher e Juan Ignacio Piña Roquefort, informa que justificações e dirimentes, no modelo anglo-saxão, são formas de defesas gerais, afastando o *actus reus*.

temor reverencial ao clérigo da crença religiosa que alguém professa, e a conseqüente ação típica, não induz ao acobertamento da ação atinente pela permissão manifestada no estrito cumprimento de um dever legal.

Dessa feita, segundo Fernando Galvão (2016, pg. 382), “o dever legal que permite a justificação não é somente dirigido a funcionários públicos, para o desempenho das funções, mas também aos particulares”, no entanto, no último caso apenas quando o *extrenei* estiver na execução de um dispositivo legal. Nada obstante, a regra quase que absoluta para a sua aplicação serão as condutas externadas por agentes públicos (*intranei*).

Ressalte-se ainda que, se a ordem for ilegal, exarada por superior hierárquico, dentro de uma relação de direito público, de maneira manifesta, não deverá ser cumprida pelo agente público, sob pena de responder, em conjunto com o autor da ordem, pela respectiva infração executada; caso seja não manifestamente ilegal, ou seja, aparentar estar em consonância com os ditames legais, teremos a caracterização do instituto da obediência hierárquica, espécie de permissão fraca, que ora se caracterizará, a depender do *leading case*, como erro de proibição, por afetar o potencial conhecimento da ilicitude do agente, ora uma inexigibilidade de conduta diversa, por se tratar de espécie de coação moral a que não podia resistir.

Enfim, assim como em toda causa de justificação, deverá o agente estar dotado do necessário elemento subjetivo, ou seja, ter plena ciência que atua sob uma permissão do direito, sob pena de responder pelo tipo criminal ao qual a sua conduta se subsumir.

Segundo Marcello Jardim Linhares, pode-se arguir ainda, de forma patente, a parêmia popular “quem usa o seu direito a ninguém prejudica”, como medida interpretativa do instituto permissivo ora debatido, e fundamentá-lo de maneira coloquial.

Não podemos olvidar que, no tocante à “medida de abate”, esta tem expressa previsão normativa, com autorização no Código Brasileiro de Aeronáutica (§2º, art. 303), e necessária regulamentação no Decreto nº 5.144/2004, ambos já devidamente esmiuçados nas seções 1 e 2 desta obra, a qual não nos deteremos mais.

Assim sendo, repise-se, na hipótese de uma aeronave ingressar em espaço aéreo brasileiro e, após cumprido todo o *iter* inserto no art. 3º, do Decreto nº 5.144/2.004, também já detalhado, o Comandante da Aeronáutica autorizará, *rectius*, permitirá que militares, já em plena concretização de medidas coercitivas contra o aeroplano hostil, realizem atos tendentes à destruição de tal meio de transporte.

Apesar do caráter extremo dessa medida que, como já afirmado anteriormente, deverá (poderá) ocasionar mortes, sendo estas efetivadas pelo Estado, percebe-se que tais agentes públicos estarão atuando, a priori, sob o manto da legalidade, haja vista existir, repita-se, diploma legal autorizando a escoimada medida extrema.

Jamais poderemos afastar que, mesmo em Estados Democráticos de Direito, como o nosso, o Poder Público, para fazer valer o seu *jus imperium*, poderá utilizar-se de meios coercitivos em face dos seus súditos, a exemplo das prisões (legais) e da imposição de multas de caráter sancionador.

De toda sorte, mesmo atuando sob o manto de um permissivo legal, possíveis excessos serão punidos, como bem apregoa a codificação penal comum, no parágrafo único do art. 23 (“o agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo”), justamente após elencar as hipóteses legais de exclusão da ilicitude.

No próprio dispositivo, em que se trata sobre a “medida de abate”, há a arguição da responsabilidade do agente que se exceder na execução das medidas de abate, ou quando agir com sentimento de rivalidade (“espírito emulativo”) na consecução desses atos, afastando assim a aplicação de tal permissão (forte).

Enfim, caso no cumprimento da “medida de abate” o (s) agente (s) não observe (m), estritamente, a ordem dada, e assim, no caso concreto, desnecessariamente adotem a medida fatal em escólio, como sucedeu no fatídico caso do aeroplano abatido no Peru, poderão ser responsabilizados penalmente pelo (s) resultado (s) produzidos (dano, homicídios, lesões corporais, etc.).

De volta à apreciação do instituto do estrito cumprimento de um dever legal, de forma bastante didática e diligente, Marcello Jardim Linhares

colaciona sobre a possibilidade de o Estado realizar medidas intensas, se se fizerem necessárias, isso quando norma legal permitir ou apartar punições quando da sua realização por parte de agentes públicos, inclusive mesmo ocasionando a extinção de terceiros.

Segue transcrição das lições perfunctórias do encimado autor sobre o assunto, pertinentes sobre o que aqui se argui (LINHARES, 1983, p.78):

Também o exercício de certas funções atribuídas a quem exerça parcela da autoridade às vezes reclama o emprego de violência, originando em tese fato típico previsto na norma sancionadora. Para que ela deixe de ser punida será preciso a existência de um texto de lei tornando lícito o fato e necessário que o autor desse fato esteja realmente obrigado a cumprir o mandamento legal. Para que a morte do condenado não constitua crime será mister seja dada por um representante do poder público, ou seja, por pessoa a este vinculada em razão de seu cargo ou função e que, por força de um ou de outra, deva praticar o ato.

Desse modo, acompanhando o raciocínio esposado pelo clássico jurista, da mesma maneira que o policial não comete crime de abuso de autoridade<sup>20</sup>, ao proceder busca pessoal em pessoa do povo, sob alegativa de fundada suspeita, uma vez que subsiste dispositivo na legislação processual penal permissivo para tanto<sup>21</sup>, o agente da segurança nacional, devidamente autorizado pelo Comandante da Aeronáutica, também não cometerá infração penal de homicídio, ao abater aeronave hostil no espaço aéreo pátrio, caso advenha resultado morte de tal procedimento. Tal raciocínio calha bem com as lições doutrinárias esposadas, e o texto legal permissivo (Código Brasileiro de Aeronáutica).

<sup>20</sup> Art. 3º. Constitui abuso de autoridade qualquer atentado: a) à liberdade de locomoção; [...]

<sup>21</sup> Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal. §1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para: a) prender criminosos; b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato; g) apreender pessoas vítimas de crimes; h) colher qualquer elemento de convicção. §2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior. [...]

Assim sendo, a interpretação mais correta a se fazer, no teatro de operações posto pelo cenário da “medida de abate”, já construído em diversos momentos neste trabalho científico, será o de afastar a responsabilização criminal dos agentes envolvidos, uma vez que se encontram sob o manto da causa permissiva (forte) do estrito cumprimento do dever legal, isto, por lógico, se observados os requisitos insertos no corpo normativo penal e aeronáutico (também já debatidos).

Em suma, e em conclusão da presente seção, o estrito cumprimento do dever legal, causa de justificação, ou permissão forte, conforme doutrinado por Paulo César Busato, num conceito de ação significativa, subsume-se, de forma escorreita, à conduta daqueles que atuam sob espeque da execução do “tiro de destruição”, pois, novamente nas palavras de Marcello Jardim Linhares (1983, pg. 58), *verbum ad verbum*: “A causa de justificação subsiste em caso de quem cumpre o dever exercendo a atividade que lhe é imposta; subsiste pela simples razão da existência da norma qual um preceito imperativo que o agente interpreta e cumpre”.

## 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não restam dúvidas de que a vida (humana) se trata de um bem jurídico deveras importante à sociedade, mormente em Estados Democráticos de Direito que, no entanto, poderá ser relativizada, como a esmagadora maioria dos direitos fundamentais, quando da possibilidade do Poder Público aplicar, como consequência criminal, a pena de morte, isto em caso de guerra declarada, consoante rito constitucional e legal a ser rigorosamente seguido.

Em contraponto, percebemos também que, no tocante a nossa soberania, em que se encontra abraçado o espaço aéreo correspondente, este merece plena tutela jurídica, uma vez que reflete, no plano externo, a independência nacional, princípio fundamental plasmado no Texto Maior, quando das relações internacionais brasileiras, *ex vi legis*: art. 4º, I: “Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I – independência nacional;”

Por sua vez, observamos um permissivo legal, de forma extrema e eminentemente subsidiária, para a atuação de agentes públicos, *in casu*, militares da Força Aérea, a fim de abater aeroplanos considerados hostis à segurança nacional, seguido o devido rito legal e regulamentar, ou seja, efetivar a “medida de abate”, aqui trabalhada.

A intenção da presente obra foi, justamente, ao fim e ao cabo, verificar se, atendido aos requisitos normativos penais, tais agentes estariam subsumidos ao estrito cumprimento de um dever legal, espécie de permissão forte, nas lições de Paulo César Busato, quando da sua atuação no contexto da “medida de abate”, o que restou aqui cabalmente demonstrado.

Nada obstante as discussões que possam advir acerca da legitimidade (texto legal adicionado de valor social) de tal causa de justificação, uma vez que se põe em perigo direto, e no mais das vezes, certo, a vida de pessoas, sejam elas infratoras ou não da lei penal, jamais poderemos olvidar da necessidade de resguardar nossa soberania, que se faz presente, nos casos vertentes, no espaço aéreo brasileiro.

Todas as vezes que se discute sobre a “medida de abate”, traz-se à baila o já mencionado episódio ocorrido no espaço aéreo peruano, em que, após a efetivação do procedimento inserto no §2º, art. 303, CBA, uma missionária e o seu bebê vieram a óbito.

Apesar da possibilidade, naquele caso concreto, de se verificar um excesso dos agentes públicos, sob a ótica da legislação criminal pátria, também não poderemos deixar de buscar legitimidade na atuação dos agentes que executam tal procedimento, em nome do Estado, mesmo que, *ex post*, busquemos ainda analisar os limites dessa conduta.

Não podemos olvidar que a própria legislação aeronáutica faz menção, expressa, à responsabilidade do agente público que atua sob o manto de espírito emulatório, justamente para se evitar atitudes querelantes na conduta daqueles que realizam as fases que denotam o “tiro de destruição”, *ex vi legis* §3º, art. 303, do Código Brasileiro de Aeronáutica: “Art. 303. *Omissis*. [...] A autoridade mencionada no § 1º responderá por seus atos quando agir com excesso de poder ou com espírito emulatório”.

Portanto, não há como afastar que, desde a autorização do Comandante da Aeronáutica, delegatário da responsabilidade legal originária do Presidente da República, até a efetivação do abate pelos pilotos da Força Aérea Brasileira, num cenário posto da “medida de abate”, todos agentes estariam permitidos a tanto pelo ordenamento jurídico, atuando sob o manto do estrito cumprimento de um dever legal quando surgirem ofensas físicas e/ou patrimoniais, em face de tal conduta.

## REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. Curso de direito constitucional. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ALVES-MARREIRO, Adriano; FREITAS, Ricardo; ROCHA, Guilherme. Direito penal militar. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

BECHARA, Fábio Ramazzini. Cooperação jurídica internacional em matéria penal: eficácia da prova produzida no exterior. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BRANDÃO, Cláudio. Teoria Jurídica do Crime. 4. ed.- São Paulo: Atlas, 2015, - (Coleção ciência criminal contemporânea; v.1/Cláudio Brandão, coordenador).

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

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 124.306-RJ. Paciente: Edilson dos Santos e outra. Impetrante: Jair Pereira Leite. Coator: Superior



Tribunal de Justiça. Redator para Acórdão: Luís Roberto Barroso. Brasília, 16 de ago. 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>. Acesso em: 27 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acesso em: 29 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Institui o Código Penal Militar. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm). Acesso em: 29 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7565.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7565.htm). Acesso em: 1 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.614, de 5 de março de 1998. Altera a Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986, para incluir hipótese destruição de aeronave. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9614.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9614.htm#art1). Acesso em: 29 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm). Acesso em: 1 jul. 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 8.758, de 10 de maio de 2016. Regulamenta a Lei no 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica, para estabelecer procedimentos a serem observados com relação a aeronaves suspeitas ou hostis durante os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos Rio 2016. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8758.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8758.htm). Acesso em: 29 jun. 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 5.144, de 16 de julho de 2004. Regulamenta os §§ 1o, 2o e 3o do art. 303 da Lei no 7.565, de 19 de dezembro de 1986, que dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica, no que concerne às aeronaves hostis ou suspeitas de tráfico de substâncias entorpecentes e drogas afins. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5144.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5144.htm). Acesso em: 29 jun. 2018.

BUSATO, Paulo César. Direito penal: parte geral. – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal. Parte Geral. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. v.1.

DE CARLI, Carla Veríssimo de. Gramática do Direito Penal Internacional: As linguagens do crime e da punição. Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito/UGRGS, Porto Alegre, V. 9, n. 1, 2014.

FEITOSA, Gustavo Raposo Pereira e PINHEIRO, José Augusto de Oliveira. Lei do Abate, guerra às drogas e defesa nacional. Rev. bras. polít. int. vol.55 n.1 Brasília, 2012. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0034-73292012000100005>. Acesso em: 5 jun. 2019.

FIGUEIREDO, Telma Angélica. Excludentes de ilicitude e obediência hierárquica no direito penal militar. 2 ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FRAGOSO, Heleno Cláudio e HUNGRIA, Nelson. Comentários ao código penal. vol. 2 e tomo II: arts. 11 ao 27. 5 ed. Forense, Rio de Janeiro, 1978.

GALVÃO, Fernando. Direito penal: parte geral – 5 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. Direito penal militar: Teoria do crime – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2016.

GONÇALVES, Maria Denise Abeijon Pereira. A Lei Nº 9.614/98: considerações acerca do tiro de destruição de aeronaves consideradas hostis ao Estado. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XV, n. 99, abr 2012. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11373](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11373). Acesso em 30 jun. 2017.

QUEIROZ, Paulo. Curso de direito penal – parte geral. vol. I. Salvador, Ed. Jus Podvium, 2015.

LINHARES, Marcello Jardim. Estricto cumprimento de dever legal. Exercício regular de direito. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983.

RODRIGUES FILHO, José Moaceny Félix. A legislação do abate de aeronaves. Análise diante dos direitos fundamentais e das normas penais permissivas. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 444, 24 set. 2004. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/5735>. Acesso em: 19 jun. 2018.

GRECO, Luis. A teoria diferenciadora do estado de necessidade: por que só de lege ferenda? In: Direito Penal, dez. 1999. Disponível em: <http://www.direitopenal.adv.br/artigo58.doc>. Acesso em: 3 jul. 2017.

KOENER JUNIOR, Rolf. Obediência Hierárquica. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. – 32. ed. rev. e atual. até a EC n. 91, de 18 de fevereiro de 2016 – São Paulo, 2016.

LACERDA, Ricardo. et al. Facções Criminosas do Brasil – São Paulo: Abril, 2017.

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

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. – 10. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios básicos de direito penal. São Paulo: Saraiva, 1991.

WEZEL, Hans. Derecho penal alemán. Tradução de Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yanes Pérez. Chile: Ed. Jurídica de Chile, 1987.

ZANCANARO, Sandro. Pena de morte em voo: Viabilidade da “lei do abate” frente à Constituição Federal e outros ordenamentos nacionais. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26898/pena-de-morte-em-voo/>. Acesso em: 27 ago. 2019.

# Da utilização dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade nas decisões judiciais que analisam requisitos legais para ingresso na Aeronáutica

**Tamires Maria Batista Andrade**

1º Tenente de Serviços Jurídicos da Força Aérea Brasileira.  
Adjunto-Jurídico do Comando-Geral do Pessoal (COMGEP)

**RESUMO:** O tema proposto neste artigo buscou analisar criticamente a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade em decisões judiciais que afastam os requisitos legais de ingresso, previstos na Lei n.º 12.464, de 4 de agosto de 2011, Lei de Ensino da Aeronáutica (LEA). O objeto central da pesquisa foi responder ao seguinte questionamento: tais princípios, quando aplicados pelo Judiciário, podem mitigar a exigência das condições legais para ingresso na Aeronáutica? No primeiro capítulo, buscou-se demonstrar as principais características do princípio da legalidade na Administração Pública; já no segundo; analisar as funções da razoabilidade e da proporcionalidade em dois aspectos: como ferramenta de concordância prática entre princípios e como parâmetro de controle de juridicidade de atos do Estado, destacando a posição do Supremo Tribunal Federal e expondo as principais características da razoabilidade e da proporcionalidade no controle de atos administrativos. Por fim, no terceiro e último capítulo, empenhou-se em verificar os principais requisitos legais para ingresso na Aeronáutica, em face dos encargos contidos na LEA; examinar decisões judiciais que suspenderam ou invalidaram atos do gestor público castrense, com fundamento nos primados da proporcionalidade e da razoabilidade; observar sob qual

enfoque tais decisões utilizaram a razoabilidade e a proporcionalidade para fundamentação no afastamento da legalidade; e avaliar se é correta a mitigação de tais quesitos legais. Conclui-se, que o Judiciário tem feito um uso superficial e raso dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e um indevido afastamento dos parâmetros objetivos contidos na referida Lei de Ensino.

**PALAVRAS-CHAVES:** Proporcionalidade. Razoabilidade. Legalidade. Requisitos de Ingresso na Aeronáutica.

## ENGLISH

**TITLE:** Using the principles of proportionality and reasonableness in court decisions analyzing legal requirements for admission to the Air Force.

**ABSTRACT:** The theme proposed in this article sought to critically analyze the application of the principles of reasonableness and proportionality in court decisions that depart from the legal requirements of admission, provided for in Law 12,464, 4th August, 2011, Aeronautics Education Law. The main object of the research was to answer the following question: can such principles, when applied by the judiciary, mitigate the requirement of legal conditions for admission to the aeronautics? In the first chapter, we tried to demonstrate the main characteristics of the principle of legality in Public Administration; already in the second; analyze the functions of reasonableness and proportionality in two aspects: as a tool for practical agreement between principles and as a parameter for controlling the legality of State acts, highlighting the position of the Federal Supreme Court and, exposing the main characteristics of reasonableness and proportionality in control of administrative acts. Finally, in the third and last chapter, it endeavored to verify the main legal requirements for admission to the Aeronautics, in view of the charges contained in the Aeronautics Education Law; examine judicial decisions that suspended or invalidated acts of

the military public manager, based on the primacy of proportionality and reasonableness; observe under which approach such decisions used reasonableness and proportionality to substantiate their departure from legality and; assess whether the mitigation of such legal requirements is correct. It is concluded that the judiciary has made a superficial and shallow use of the principles of reasonableness and proportionality and an improper departure from the objective parameters contained in said Teaching Law.

**KEYWORDS:** Proportionality. Reasonableness. Legality. Aircraft Entry Requirements.

## SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Legalidade e Juridicidade – 2.1 O princípio da legalidade administrativa: o que é autorizado ao agente público e o que é proibido para o particular – 2.2 Da legalidade à juridicidade – 3 Proporcionalidade e Razoabilidade – 3.1 Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade – 3.2 As funções dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade – 3.2.1 Como ferramentas de concordância prática entre princípios, regras ou direitos – 3.2.2 Como parâmetro de controle de juridicidade de atos do Estado – 3.2.3 A posição do Supremo Tribunal Federal sobre de tais princípios – 4 A legalidade que limita o agente público e seu afastamento com fundamento nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade: o caso dos requisitos de ingresso na Aeronáutica – 4.1 Dos requisitos previstos na Lei n.º 12.464, de 4 de agosto de 2011, para ingresso na Aeronáutica: legalidade que limita o agente público – 4.2 Decisões judiciais que afastam requisitos legais para ingresso na Aeronáutica com fundamento nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade: controle difuso? – 4.3. A correta solução para a questão: legalidade, juridicidade e separação e harmonia entre os poderes – 5 Conclusões.

## 1 INTRODUÇÃO

O tema proposto neste estudo, cuja pesquisa se pretende desenvolver, consiste em analisar criticamente a aplicação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade em decisões judiciais que afastam os requisitos legais de ingresso na Aeronáutica previstos da Lei n.º 12.464 de 4 de agosto de 2011, Lei de Ensino da Aeronáutica (LEA).

Conforme anota Alexandre de Moraes (2002, p. 311), o princípio da legalidade, previsto no art. 5º, inciso II, da CF/88, é norteador dos atos emanados pela Administração Pública, de forma mais rigorosa e especial do que em relação ao particular, já que, “[...] o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas”.

O art. 37, caput, da CF/88, que trata especificadamente da Administração Pública, elenca explicitamente a legalidade como princípio a ser observado tanto pela administração pública direta, quanto pela indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios<sup>1</sup>. Por isso, acentua Hely Lopes Meirelles (1993, p.78)<sup>2</sup> que, para que a atividade administrativa seja eficaz, deve ser pautada no atendimento da lei.

Nessa linha, a Constituição Federal, em seu art. 142, inciso X, prescreve que a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade e demais situações peculiares da atividade castrense<sup>3</sup>.

Por sua vez, a Lei de Ensino da Aeronáutica (LEA), Lei federal n.º 12.464/2011, em seu art. 20, elenca os requisitos legais a serem exigidos dos

<sup>1</sup> Art. 37, da CF/88. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

<sup>2</sup> “A eficácia de toda a atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei. Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal.” (MEIRELLES, 1993, p.78).

<sup>3</sup> Art. 142, X, da CF/88 – 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.



candidatos que visam o ingresso na Aeronáutica e a habilitação à matrícula em um de seus cursos ou estágios destinados à formação ou adaptação de oficiais e de praças, da ativa e da reserva.

Assim, o legislador federal estabeleceu em lei os requisitos especiais para atender às peculiaridades da formação militar, tal como a dedicação integral às atividades de treinamento e de serviço. Porém, a exigibilidade de alguns desses critérios vem sendo afastada em decisões judiciais, no mais das vezes fundamentadas na razoabilidade e na proporcionalidade, que estariam albergados na Constituição.

Tais princípios são classificados pela doutrina como constitucionais implícitos e, de acordo com Sunfeld (1993, pp.145-159), estão ligados à função do Estado de Direito, princípio geral do Direito Público. Servem para verificar a adequação da atividade exercida pelo agente público frente a finalidade pública prevista em lei.

O que se coloca em discussão, como objetivo central desse artigo, é saber se tais primados, observados quando da aplicação do Direito pelo Judiciário, podem mitigar a exigência das condições estabelecidas em lei para ingresso e/ou matrícula nos Cursos de Formação da Aeronáutica.

Visando solucionar tal problema, serão analisadas as principais características do princípio da legalidade na Administração Pública, a razoabilidade e a proporcionalidade: como ferramentas de concordância prática entre princípios e como parâmetros de controle de validade e eficácia de regras e atos do Estado, tendo presente a posição do Supremo Tribunal Federal; as características básicas da razoabilidade e da proporcionalidade no controle de atos administrativos, sobretudo, em face dos encargos contidos na LEA; a existência de alguns requisitos normatizados para ingresso e habilitação à matrícula na Aeronáutica; e decisões judiciais que afastaram os requisitos previstos na Lei n.º 12.464/2011 com fundamento nos primados da proporcionalidade e da razoabilidade, com atenção à sua motivação.

Adiante-se que esse assunto é bastante relevante, por duas razões centrais. Em primeiro lugar, como restará demonstrado, ainda não há

posição segura e remansosa da jurisprudência a respeito. Em segundo passo, porque decisões judiciais que afastam os parâmetros legais objetivos contidos na referida lei têm potencial para quebrar a isonomia do certame, romper com o princípio da vinculação ao edital, impor mudanças na própria organização da tabela de pessoal e etc., consequências essas que não podem deixar de ser consideradas pelo aplicador da lei, na forma do art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro<sup>4</sup>.

Para explorar a temática, o artigo encontra-se estruturado em três capítulos. No primeiro, faz-se breve abordagem da legalidade e da juridicidade, que serão sempre o ponto de partida para qualquer análise crítica dos requisitos de ingresso na Aeronáutica.

O segundo capítulo tratará dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, das visões conceituais doutrinárias divergentes sobre seu conteúdo e suas funções no Direito brasileiro.

No terceiro, far-se-á a análise de decisões judiciais federais que vêm aplicando a mitigação da legalidade estrita em prol da proporcionalidade e da razoabilidade, fazendo-se uma passagem pelo art. 20 da Lei n.º 12.464, de 4 de agosto de 2011, e pela fundamentação das decisões judiciais de maior destaque sobre o tema.

Finalmente, buscar-se-á, na conclusão, revelar a compreensão sobre ser correta ou não a postura de parte da magistratura federal que decide por sua desconsideração com assento nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, visto que, não há, até o presente momento, nenhuma declaração de inconstitucionalidade das exigências legais.

## 2 LEGALIDADE E JURIDICIDADE

Para entender a problemática, é necessário tratar, resumidamente, da Legalidade que rege o exercício da Administração Pública em geral,

---

<sup>4</sup> Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

partindo-se da premissa de que os certames de admissão e de seleção para quaisquer concursos, sejam civis ou militares, deverão estar pautados neste princípio norteador.

## 2.1 O princípio da legalidade administrativa: o que é autorizado ao agente público e o que é proibido para o particular

A atividade administrativa deve estar pautada na legalidade. Esse entendimento é basilar tanto na doutrina<sup>5</sup> quanto na jurisprudência<sup>6</sup> pátria, pois os atos administrativos fundamentalmente observam a lei, sob pena de serem declarados inválidos.

Conforme entendimento de Sundfeld (1993), isso se deve ao fato de o Estado ser submetido ao Direito, à ordem jurídica, ou seja, encontra-se sujeito à norma, não podendo agir contra o ordenamento nem obrigar os indivíduos sem se pautar na lei. Nas palavras do autor:

Segundo o princípio da submissão do Estado ao Direito, todo ato ou comportamento do Poder Público, para ser válido e obrigar os indivíduos, deve ter fundamento em norma jurídica superior. O princípio determina não só que o Estado está proibido de agir contra a ordem jurídica, como principalmente, que todo o poder por ele exercido tem sua fonte e fundamento em uma norma jurídica (SUNDFELD, 1993. p. 151).

Corroborando com a ideia acima, Michel Stassinopoulos (1973, p. 69) se pronuncia dizendo que “A lei não é apenas o limite do ato administrativo, mas sua condição e sua base. Em um Estado de Direito, a Administração não se encontra apenas na impossibilidade de agir *contra legem* ou *praeter legem*, mas é obrigada a agir sempre *secundum legem*”.

<sup>5</sup> Neste sentido, podemos citar como exemplos, Carlos Ari Sundfeld, Celso Antônio Bandeira de Melo, Alexandre de Moraes, Hely Lopes Meirelles e etc.

<sup>6</sup> Exemplos de decisões que expressam que a Administração Pública deve observância ao princípio da legalidade: 1) No Superior Tribunal de Justiça: REsp 1.177.910-SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 26/8/2015, DJe 17/2/2016; REsp 1.357.121-DF, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 28/5/2013; RMS 38.359-SE, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 11/4/2013; RMS 30.518-RR, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 19/6/2012. 2) No Supremo Tribunal Federal: RE 866512 AgR / RN; RE 897624 AgR / RS; MS 31697 / DF, e etc.

Mello, por sua vez, explicita:

[...] o da legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que qualifica e que lhe dá identidade própria. Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo (pelo menos aquilo que como tal se concebe) nasce com o Estado de Direito: é consequência dele. É fruto da submissão do Estado à lei. É em suma: a consagração de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei [...] (MELLO, 2013, p. 103).

E é nesse sentido que os requisitos exigidos para ingresso e habilitação à matrícula em um dos cursos ou estágios da Aeronáutica estão previstos na Lei 12.464/2011, pautando a atividade administrativa de seleção de candidatos, a partir de competência normativa fixada na Constituição Federal (art. 142, inciso X<sup>7</sup>).

Consoante o que dispõe o art. 37, *caput*, da Constituição Federal, a legalidade é um dos princípios explícitos a ser observado pela Administração Pública<sup>8</sup>, e seu significado não é o mesmo no direito público e no direito privado. Neste, mantém-se a autonomia de vontade do particular nas relações privadas, permitindo-o fazer tudo aquilo que a lei não proíba. Trata-se de outra faceta desse primado, estampado no art. 5º, inciso II, da CF/88<sup>9</sup>.

De outro lado, sendo o Direito Administrativo ramo do Direito Público que busca a preservação dos interesses da coletividade, cabe ao agente público, no exercício das atividades administrativas, fazer somente aquilo que a lei autoriza. É o que bem pontua Alexandre de Moraes:

O tradicional princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II,

<sup>7</sup> Art. 142, X, da CF/88 – a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998). (destacou-se).

<sup>8</sup> Art. 37, da CF/88. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

<sup>9</sup> Art. 5º, da CF/88: 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:

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

da Constituição Federal e anteriormente estudado, aplica-se normalmente na Administração Pública, porém de forma mais rigorosa e especial, pois o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, a incidência de sua vontade subjetiva, pois na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, diferentemente da esfera particular, onde será permitido a realização de tudo que a lei não proíba. Esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de executor do direito, que atua sem finalidade própria, mas sim em respeito à finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica (MORAIS, 202, p. 311, sem destaques no original).

## 2.2 Da Legalidade à Juridicidade

Além dos enfoques especiais da legalidade em relação a cada ramo do direito (público e privado, explicitados no subitem anterior), a doutrina e a jurisprudência pátrias têm reconhecido que este princípio pode apresentar um sentido estrito e outro amplo.

Em sentido estrito, pode-se dizer que aplicação da legalidade fica adstrita à norma, à lei em sentido estrito, ou seja, à exigência de adequação entre um ato administrativo e uma previsão legal (ROCHA, 1994, p. 79).

Já, em sentido amplo, observa-se que tal preceito não está restrito apenas aos ditames legais, mas também às regras constitucionais.

Esta concepção ampla de legalidade é denominada juridicidade ou legalidade ampla (ARAGÃO, 2004, p. 63), reconhecida por alguns como uma faceta mais “democratizada” (ARAGÃO, 2004, p. 80) deste primado, que galgou relevância cada vez maior a partir do processo de constitucionalização<sup>10</sup> do Direito Administrativo:

[...] A Administração Pública nestas últimas décadas, entronizando e reconhecendo-se que, na qualidade de atividade estatal, como a legislação e a jurisdição, a função administrativa tem a mesma primariedade que, estas e, portanto, o seu regime jurídico há de se repousar na Constituição do Estado (ROCHA, 1994, p.84).

<sup>10</sup> “A constitucionalização do direito administrativo convola a legalidade em juridicidade administrativa. A lei deixa de ser o fundamento único e último da atuação da Administração Pública para se tornar apenas um dos princípios do sistema de juridicidade instituído pela Constituição”. (BINENBOJM, 2008, p. 26).

E acrescenta Rocha (1994, p. 84), que “A Administração Pública não é apenas a lei formalmente perfeita e posta à observância, mas todo o sistema de Direito vigente em determinado Estado, como acima acentuado”.

Sendo assim, a aceção de legalidade não se restringe apenas à lei formal, mas amplia-se à observância de todo o arcabouço jurídico pertencente ao ordenamento brasileiro.

De acordo com Schirato (2008, p. 151) isso se deve à modificação e à modernização das relações sociais e jurídicas do atual Estado Democrático de Direito:

Esse alargamento tem como fundamento (I) a impossibilidade de existência de previsão legal de todas as condutas possíveis da Administração Pública e (II) a necessidade de ampliação do escopo do controle da atividade administrativa, mediante o aumento de normas que vinculam a atividade administrativa em razão da inexistência de previsão expressa em lei de todas as condutas da Administração Pública.

Ademais, em razão do aumento da complexidade das relações sociais do século XX advinda da emergência de uma sociedade pluralista e democrática [...]

Firmada essa premissa, passa-se à proporcionalidade e razoabilidade, conceitos de igual importância nesse breve estudo.

### **3 PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE**

#### **3.1 Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade**

Não há na doutrina ou na jurisprudência unanimidade quanto aos significados e as funções da proporcionalidade e da razoabilidade. Diante disso, cumpre destacar a existência de divergência quanto à similaridade ou não de tais conceitos.

Há autores<sup>11</sup>, bem como julgadores<sup>12</sup>, que entendem que proporcionalidade é correlata à razoabilidade, utilizando-se das referidas expressões como sinônimas, fungíveis e intercambiáveis. Por outro lado, há aqueles<sup>13</sup> que enxergam diferença entre os princípios, entendimento esse compartilhado nesta investigação.

Segundo Oliveira (2006, p. 192), há fungibilidade entre um e outro princípio:

É possível verificar que do mesmo modo em que o 'direito administrativo' existente no âmbito da *common law* desenvolveu historicamente a noção jurídica de razoável, enquanto *standard*, na sindicabilidade judicial da descrição administrativa nos quadros da *rule of law*, os sistemas da família jurídica romano-germânica (civil law) encontraram na noção do proporcional equivalente instrumental axiológico para promover a contenção da arbitrariedade no exercício dos poderes administrativos no seio do Estado de Direito.

Nas palavras de Barroso (1998, p. 18), “é digna de menção a ascendente trajetória do princípio da razoabilidade, que os autores sob influência germânica preferem denominar princípio da proporcionalidade, na jurisprudência constitucional brasileira”.

De seu turno, Moreira Neto (2014, p. 108/109) expunha que o princípio da razoabilidade recebe denominação de princípio da proporcionalidade quando varia seu conteúdo. Nas palavras deste autor:

Embora com raízes nos dois grandes sistemas jurídicos do Ocidente – o romano-germânico e o anglo-saxão – o princípio da razoabilidade não recebe terminologia homogenia e até

<sup>11</sup> Neste sentido: Gilmar Ferreira Mendes, José Roberto Pimenta Oliveira, Luiz Roberto Barroso, Alexandre Santos de Aragão, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Suzana de Toledo Barros.

<sup>12</sup> Supremo Tribunal Federal nos seguintes julgamentos: Habeas Corpus nº 76060-SC, Relator Ministro Sepúlveda Pertence. DJ 15.05.98, p. 44, HC 76.060-4, bem como os Tribunais Regionais Federais nas decisões que serão analisadas nesta pesquisa.

<sup>13</sup> Exemplificando o acima mencionado, podemos indicar os seguintes autores: Virgílio Afonso da Silva, “O proporcional e o razoável”, pp. 23-50; Celso Antonio Bandeira de Mello, “Curso de Direito Administrativo”, p. 114; Cármen Lúcia Antunes Rocha, “Princípios Constitucionais da Administração Pública”, pp. 112-114; Humberto Bergmann Ávila, “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”, p. 173; Wilson Antônio Steinmetz, “Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade”, pp. 183-192; Raphael Augusto Sofiati de Queiroz, “Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade das normas”, p. 30.

varia de conteúdo, ora também designado de princípio da proporcionalidade, ora como princípio da interdição de excesso [...].

Ocorre que, em verdade, a ausência de similitude entre a proporcionalidade e a razoabilidade reside não apenas em suas respectivas estruturas (SILVA, 2002. pp. 23-25), mas também em seu percurso histórico.

De acordo com Afonso da Silva (2002, p. 29), que escreveu um dos melhores artigos sobre o tema, não há em que se falar em surgimento da proporcionalidade na Magna Carta de 1215, pois esta é, em realidade, o primeiro texto a albergar o princípio da razoabilidade, ou melhor, dizendo, do conceito de “irrazoabilidade”, aplicado na Inglaterra.

Nos Estados Unidos, a noção de razoabilidade iniciou e se desenvolveu com o surgimento da garantia do devido processo legal, que se deu por meio da promulgação das emendas 5<sup>a</sup> e 14<sup>a</sup> da Constituição norte-americana<sup>14</sup>.

Já o princípio da proporcionalidade, nas visões do mesmo autor, só surgiria mais tarde, a partir da década de 1950, com o desenvolvimento da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, que o concebeu como um método de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais, estruturado em três subelementos independentes<sup>15</sup>, conforme desenvolvido por Alexy (1997, p. 114): adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Adequação significa que o meio empregado deve ser compatível com a finalidade pretendida; a necessidade, que não há outro meio menos gravoso para alcance do fim pretendido, sendo aquela conduta necessária à consecução do fim; e a proporcionalidade em sentido estrito é detectada

---

<sup>14</sup> As emendas 5<sup>a</sup> e 14<sup>a</sup> foram introduzidas na Constituição norte-americana em 1789 e 1868, respectivamente.

<sup>15</sup> “As dez primeiras emendas, conhecidas como Bill of Rights, foram aprovadas em 15-12-1791. ‘A 5<sup>a</sup> emenda estabeleceu que ‘ninguém será privado da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal’. O preceito vinculava apenas o Governo Federal. Somente a 14<sup>a</sup> emenda, aprovada em 21-7-1868, já após a guerra civil, estendeu a regra aos Estados-membros, ao dispor: ‘Nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal’” (BARROSO, 1996, p. 218).

<sup>15</sup> Idem, p. 29.



“quando as vantagens a serem conquistadas superarem as desvantagens” (GUERRA FILHO, 1989, apud, MORAIS, Fernanda de Oliveira (ob. cit. P. 79); ob cit. CARVALHO FILHO, 2009).

Lecionando sobre a matéria, Ávila explica que:

Uma medida é adequada se o meio escolhido está apto para alcançar o resultado pretendido; necessária, se, dentre todas as disponíveis e igualmente eficazes para atingir um fim, é a menos gravosa em relação aos direitos envolvidos; proporcional ou correspondente, se, relativamente ao fim perseguido, não restringir excessivamente os direitos envolvidos. E quando se fala em direitos envolvidos se verifica que o dever de proporcionalidade resulta da estrutura principal das normas e da atributividade do Direito, mas não só disso. A sua aplicação está de um lado, condicionada à existência de princípios que se apresentem em situação de correlação concreta, em virtude da qual seja devido realizar ao máximo os bens jurídicos por eles protegidos; de outro, condicionada à existência de uma relação “meio-fim” objetivamente controlável, sem a qual o dever de proporcionalidade ou é impensável, ou é incompleto (ÁVILA, 2001, p. 173). (grifos nossos)

Sobre a distinção entre os postulados, Virgílio Afonso da Silva (2002, pp. 47-48) conclui que a proporcionalidade e a razoabilidade não são sinônimas, pois, enquanto aquela possui a estrutura de suas três sub-regras – adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito – esta se perfaz, nos dizeres do autor, “um dos vários *topoi* dos quais o STF se serve, ou uma simples análise de compatibilidade entre meios e fins”.

A melhor compreensão parece ser a de que a razoabilidade é menos ampla do que a proporcionalidade, vez que se restringiria a análise da qualidade daquilo que é adequado ao fim previsto na norma que fixa a competência do agente público. Dessa forma, seriam desarrazoadas as condutas tidas como “bizarras, incoerentes ou praticadas em desconsideração às situações ou circunstâncias que seriam atendidas por quem tivesse tributos normais de prudência, sensatez e disposição de acatamento às finalidades da lei atributiva da descrição manejada” (MELLO, 2012, p. 111).

Dito de outra forma: no direito administrativo, a conduta do agente público se perfaz razoável quando ele atua em obediência à finalidade da

atividade estatal. Deve o agente, sempre observar a legitimidade de sua conduta, que deverá ser justa e adequada quanto ao prescrito e ao previsto no Direito (ROCHA, 1994, p. 112).

### **3.2 As funções dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade**

A aplicação destes princípios vem ganhando espaço cada vez mais significativo no mundo jurídico, haja vista o aumento crescente do controle das atividades estatais, sobretudo com o processo de constitucionalização do direito administrativo, isto é, uma releitura desse ramo do direito pelo prisma constitucional.

Consoante se viu no capítulo relativo ao princípio da juridicidade administrativa, a lei em sentido estrito não é mais fundamento puro e único capaz de guiar, por si só, a atividade administrativa, devendo esta orientar-se pelas normas existentes no ordenamento jurídico como um todo<sup>16</sup>.

À vista disso, importante discorrer sobre as funções dos postulados, cujos domínios influenciarão na forma com que serão aplicados hermeneuticamente.

#### ***3.2.1 Como ferramentas de concordância prática entre princípios, regras ou direitos***

A concordância prática ou princípio da harmonização, tal como desenvolvida por Konrad Hesse (GUEDES, 2014, ob. cit HESSE, p. 28) é utilizada para solução de colisão de direitos fundamentais. Conforme esse princípio, os direitos e valores constitucionais deverão ser harmonizados por meio de juízo de ponderação, visando à preservação de ambos (um não deve aniquilar o outro) e à concretização de um deles episodicamente em determinada situação concreta.

---

<sup>16</sup> “Na tarefa de desconstrução dos velhos paradigmas e proposição de novos, a tessitura constitucional assume papel condutor determinante, funcionando como diretriz normativa legitimadora das novas categorias, A premissa básica a ser assumida é a de que as feições jurídicas da Administração Pública – e, *a fortiori*, a disciplina instrumental, estrutural e finalística da sua atuação – estão alicerçadas na própria estrutura da Constituição, entendida em sua dimensão material de estatuto básico do sistema de direitos fundamentais e da democracia”. (BINENBOJM, 2008, p. 26).

Assim, no exame do caso concreto, deve-se buscar o equilíbrio entre os direitos conflitantes, de modo a interpretá-los em unidade e eliminar as contradições existentes entre as normas e o arcabouço constitucional como um todo, sem que um exclua necessariamente o outro.

Logo, deve haver, segundo Hesse, coordenação entre os bens constitucionalmente protegidos, “de tal forma que todos ganhem na realidade”. Diz o professor:

Onde surjam colisões, não se pode, mediante uma “precipitada ponderação de bens” (*vorschneller Güterabwägung*) ou muito menos uma “abstrata ponderação de valores” (*abstrakter Wertabwägung*), realizar um (bem jurídico constitucionalmente protegido) a custa do outro. (GUEDES, 2014, ob. cit HESSE, p. 28).

Canotilho (2003, p. 1.188), por seu turno, ensina que o princípio da concordância prática impede o sacrifício total de um princípio (por exemplo, legalidade) em relação a outro (por exemplo, liberdade de contratação ou de trabalho). Deve-se buscar sempre a concordância prática entre os bens jurídicos em análise.

Diante disso, pode-se afirmar, então, que a ferramenta objetiva a interpretação constitucional a partir da qual, na compreensão de Marques Lima (2006), deve-se, primeiramente, harmonizar os valores “em jogo”, para somente, em um segundo momento, discutir qual deles deve ser sacrificado.

Além disso, para alguns estudiosos, tal princípio possui relação muito próxima com o da proporcionalidade, podendo equivaler, até mesmo, ao juízo de ponderação realizado quando da análise da proporcionalidade em sentido estrito (CLÉRICO, p. 219). Neste sentido, afirma Bonavides:

O princípio da concordância prática (cunhado por Konrad Hesse) funciona como uma projeção do princípio da proporcionalidade, cuja virtude interpretativa já foi jurisprudencialmente comprovada em colisões de direitos fundamentais, consoante tem ocorrido no caso de limitações ao direito de opinião (BONAVIDES, 2002, p. 387).

Por esse entendimento, o princípio da proporcionalidade como concordância prática permitirá que se faça no caso concreto um juízo de valor quando da análise da colisão de princípios ou de direitos fundamentais, de modo a equilibrar os direitos conflitantes e a eliminar as possíveis contradições existentes entre as normas postas em exame face ao ordenamento jurídico por completo.

Nessesentido,proporcionalidadeerazoabilidade seriam instrumentos utilizados para manutenção do equilíbrio do sistema constitucional por meio da ponderação de valores, como princípios constitucionais em si.

Porém, para outros, apesar da relação estreita entre a proporcionalidade e a concordância prática entre princípios, os primados não se confundem, havendo, assim, distinção funcional entre eles.

Ávila (2007, p. 182) explica que o postulado da proporcionalidade não se confunde com o da concordância prática, vez que aquele relaciona o meio com o fim, em uma estrutura racionalizada de aplicação, enquanto o último exige a verificação máxima dos valores fundamentais colidentes.

Em outras palavras, a aplicação da proporcionalidade demanda uma análise de meios e fins “implicando na adoção de medidas adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito” (AVILA, 2007, p. 182). Já a concordância prática pode ser tida como um meio de ponderação entre valores.

Por fim, quanto à razoabilidade, acrescenta esse autor (2007, pp. 145-160) que tal primado se distingue tanto da proporcionalidade quanto da concordância prática, pois, apesar de ser utilizado em diversos contextos, inclusive pelo próprio Supremo Tribunal Federal, destacam-se, segundo ele, os três seguintes: razoabilidade como equidade, como congruência e como equivalência<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Segundo Ávila (2007, pp. 152-158), razoabilidade como equidade “serve de instrumento metodológico para demonstrar que a incidência da norma é condição necessária mas não suficiente para sua aplicação”, ou seja, como equidade, a razoabilidade deve atuar na interpretação de regras gerais como decorrência do princípio da justiça. Já, o postulado da razoabilidade como congruência impõe a harmonização das normas “com suas condições externas de aplicação”, isto é, um balanceamento entre a norma em si e seu suporte empírico existente. Por fim, a razoabilidade como equivalência exige, nas palavras do autor, uma correspondência entre “a medida adotada e o critério que a dimensiona”. Logo,

Logo, resumidamente, esses são os entendimentos quanto ao uso da proporcionalidade e da razoabilidade como instrumentos de concordância prática entre princípios.

### ***3.2.2 Como parâmetro de controle da juridicidade de atos do Estado***

Nesta concepção de funcionalidade da proporcionalidade e da razoabilidade, tais primados são tidos como verdadeiros instrumentos de controle de juridicidade dos atos estatais, isto é, de sua adequação ao ordenamento jurídico como um todo, envolvendo princípios e regras, constitucionais, legais e infralegais.

Assim, pode-se dizer que, por essa ótica, razoabilidade e proporcionalidade seriam parâmetros de interpretação, de maneira a permitir o exercício efetivo de controle, no caso concreto, sobre as incongruências e desvios do ato em face de sua finalidade administrativa.

Neste contexto, Cármen Lúcia (1994, p. 113) cristaliza a razoabilidade administrativa como uma “razão justa e adequada” que deve estar fundamentada juridicamente e sustentada em uma carência social facilmente identificável, de forma a dar validade aos atos estatais. Ensina, ainda, a professora (1994, p. 112) que a razoabilidade administrativa aparelha de legitimidade o ato do administrador público, “por ser o que objetiva as razões de seu comportamento e demonstra, então, a justeza da conduta e sua adequação ao quanto prescrito e previsto no sistema de Direito”.

Portanto, há que se compreender, como adeptas desse modo de pensar os princípios, decisões que promovem a análise de “validade da atividade estatal”, como esclarece Carmen Lúcia (1994, p. 112), ou seja, quando se fundamentam na tese de que a conduta administrativa não é razoável ou proporcional para o cumprimento de sua finalidade.

---

razoabilidade também é a análise de equivalência entre o ato e o critério que o alicerça.

### 3.2.3 A posição do Supremo Tribunal Federal sobre tais princípios

Após o processo de constitucionalização da atividade estatal, tornou-se cada vez mais recorrente a aplicação da razoabilidade e da proporcionalidade nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, sobretudo, em face da Administração Pública.

Segundo Ferreira Santos, após análise de 142 (cento e quarenta e duas) decisões cujas ementas continham o princípio da proporcionalidade, o STF não trata o referido primado como instrumento de interpretação de direitos fundamentais, mas como apenas uma ideia geral do que é proporcional. No entendimento do autor:

As decisões que utilizaram o conceito de proporcionalidade no sentido que no direito comparado vem se consagrando foram, ainda, divididas em: a) proporcionalidade/igualdade, quando ele é confundido com o conteúdo do princípio da igualdade; b) proporcionalidade/razoabilidade, quando se resume a proporcionalidade a um dever geral de contenção do Estado; c) proporcionalidade *tout court*, quando se aproxima o seu uso ao que tem sido consagrado no direito estrangeiro, no qual a doutrina e a jurisprudência brasileira se inspiram. Em todas essas decisões apreciadas, constatou-se a ausência de uma fundamentação segura. Faltava, principalmente, a indicação dos direitos ou interesses constitucionalmente consagrados em jogo, para justificar a restrição que a decisão acabaria por determinar (SANTOS, 2010, p.80/81).

Dessa forma, as decisões sob o argumento da proporcionalidade e da razoabilidade acabam restringindo direitos sem, ao menos, indicar aqueles que estão em conflito, isto é, sem a devida fundamentação da prevalência destes princípios em face dos demais envolvidos nos casos explorados concretamente.

Isso tem ocorrido também nos Tribunais Federais, conforme será demonstrado no capítulo 3. As decisões que afastam os demais direitos e interesses em prol do discurso da proporcionalidade e/ou da razoabilidade não são devidamente fundamentadas. Não se vê, em grande parte, para não se dizer em todos os processos examinados, nem sequer a menção aos subelementos da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Virgílio Afonso (2011, p. 31-32), ao estudar a utilização desses conceitos pela Corte Suprema, observou o que ele denomina de “conduta abusiva” por parte da jurisprudência do Tribunal, pois, para o autor, as decisões afastam as possíveis injustiças com base apenas na seguinte “fórmula”: “à luz do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, o ato deve ser considerado inconstitucional<sup>18</sup>”, sem quaisquer outras fundamentações.

Sustenta que, o Tribunal faz o controle dos atos sem uma fundamentação estruturada, esquivando-se do estudo das razões pelas quais tais princípios prevalecerão e por quais meios ocorreu a prevalência ou não de um princípio, a mitigação ou não de outro. Na concepção desse autor:

Não é feita nenhuma referência a algum processo racional e estruturado de controle da proporcionalidade do ato questionado, nem mesmo um real cotejo entre os fins almejados e os meios utilizados. O raciocínio aplicado costuma ser muito mais simplista e mecânico. Resumidamente:

- . a constituição consagra a regra da proporcionalidade.
- . o ato questionado não respeita essa exigência.
- . o ato questionado é inconstitucional.

O silogismo, inatacável do ponto de vista interno, é composto de premissas de fundamentação duvidosa e é, por isso, bastante frágil quando se questiona sua admissibilidade do ponto de vista externo.<sup>19</sup> (DA SILVA, 2011, p. 31).

Ademais, a Suprema Corte, quando da aplicação da proporcionalidade utiliza, ainda, a razoabilidade como sinônimo, não parecendo ser o entendimento mais escorreito.

Apresentou-se na introdução deste capítulo os posicionamentos divergentes quanto à similitude ou não entre estes mandados de otimização<sup>20</sup>, havendo opiniões para ambos os lados. Nesse rumo, é importante destacar:

Cunhados em experiências constitucionais distintas, apesar de serem instrumentos de controle dos excessos do legislador,

<sup>18</sup> O autor cita em seu texto, como exemplos, as seguintes decisões: RTJ 167, 92 [94]; RTJ 169, 630 [632]; RTJ 152, 455; Lex STF 237, 304, na página 31.

<sup>19</sup> Cf. PEC 264-A/95, cujo relatório foi redigido pelo Deputado Silas Brasileiro.

<sup>20</sup> Na teoria de Alexy, para diferenciar princípios de regras, ele denomina os primeiros como “mandados de otimização”, isto é, uma norma que devem ser otimizadas ao máximo, ou seja, devem ser realizadas na maior medida possível. Estes se diferem das regras, denominadas por esse autor de “mandados de definição”, aplicadas de forma direta e imediata.

guardam eles algumas diferenças, tendo, hoje, na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, o princípio da proporcionalidade uma estrutura muito mais objetiva e controlável do que a que o princípio da razoabilidade apresenta na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. A confusão entre os institutos ainda está presente nas ementas das decisões do Supremo Tribunal Federal (SANTOS, 2010, p. 82, sem grifos no original).

Sobre o tema, Virgílio (2011, p. 28) corrobora a adoção de similaridade desses conceitos pelo STF afirmando, ainda, que tal tendência pode ser notada não só na Suprema Corte, mas, também, em muitos trabalhos acadêmicos e, até mesmo, em relatórios de comissões do Poder Legislativo<sup>21</sup>.

Neste contexto, Gilmar Ferreira Mendes, em seu Curso de Direito Constitucional, menciona a proporcionalidade como sinal de razoabilidade e labora com o significado de “equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins” (MENDES, 208, p.120/121), corroborando, ainda mais, a posição do STF em fazer uso dos princípios em questão como expressões de sentido semelhante.

Dessa forma, conforme os autores que estudaram sobre o tema, a posição do STF sobre a funcionalidade de tais princípios se faz de maneira simplificada, rasa e sob a ótica de que a proporcionalidade e a razoabilidade são conceitos equivalentes.

## **4 A LEGALIDADE QUE LIMITA O AGENTE PÚBLICO E SEU AFASTAMENTO COM FUNDAMENTO NOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE: O CASO DOS REQUISITOS DE INGRESSO NA AERONÁUTICA**

### **4.1 Dos requisitos previstos na Lei n.º 12.464, de 4 de agosto de 2011, para ingresso na aeronáutica: legalidade que limita o agente público**

Antes do advento da lei n.º 12.464, de 4 de agosto de 2011, Lei de Ensino da Aeronáutica (LEA), os requisitos para ingresso na Aeronáutica

---

<sup>21</sup> Cf. PEC 264-A/95, cujo relatório foi redigido pelo Deputado Silas Brasileiro.



eram exigidos apenas nos editais dos exames de admissão e seleção com base no que dispõe o art. 10 da lei 6.880/80<sup>22</sup>, Estatuto dos Militares.

Naquele contexto, o Supremo Tribunal Federal<sup>23</sup> quando do julgamento do Recurso Extraordinário 600.885/RS, em repercussão geral, investigando o quesito de limite etário exigido para ingresso na carreira militar, entendeu que parte do referido art. 10 (nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica) não foi recepcionado pela Constituição Federal, afirmando a necessidade de lei em sentido formal para o referido discrimine:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NAS FORÇAS ARMADAS: CRITÉRIO DE LIMITE DE IDADE FIXADO EM EDITAL. REPERCUSSÃO GERAL DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. SUBSTITUIÇÃO DE PARADIGMA. ART. 10 DA LEI N. 6.880/1980. ART. 142, § 3º, INCISO X, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. DECLARAÇÃO DE NÃO-RECEPÇÃO DA NORMA COM MODULAÇÃO DE EFEITOS. DESPROVIMENTO DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. Repercussão geral da matéria constitucional reconhecida no Recurso Extraordinário n. 572.499: perda de seu objeto; substituição pelo Recurso Extraordinário n. 600.885. 2. O art. 142, § 3º, inciso X, da Constituição da República, é expresso ao atribuir exclusivamente à lei a definição dos requisitos para o ingresso nas Forças Armadas. 3. A Constituição brasileira determina, expressamente, os requisitos para o ingresso nas Forças Armadas, previstos em lei: referência constitucional taxativa ao critério de idade. Descabimento de regulamentação por outra espécie normativa, ainda que por delegação legal. 4. Não foi recepcionada pela Constituição da República de 1988 a expressão “nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica” do art. 10 da Lei n. 6.880/1980. 5. O princípio da segurança jurídica impõe que, mais de vinte e dois anos de vigência da Constituição, nos quais dezenas de concursos foram realizados se observando aquela regra legal, modulem-se os efeitos da não-recepção: manutenção da validade dos limites de idade fixados em editais e regulamentos fundados no art. 10 da Lei n. 6.880/1980 até 31 de dezembro de 2011. 6. Recurso extraordinário desprovido, com modulação de seus efeitos. (grifos nossos).

<sup>22</sup> Art. 10. O ingresso nas Forças Armadas é facultado, mediante incorporação, matrícula ou nomeação, a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei e nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica.

<sup>23</sup> RE 600885, Relatora:Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2011, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-125 DIVULG 30-06-2011 PUBLIC 01-07-2011 EMENT VOL-02555-03 PP-00398, disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+600%2E885%29&base=baseAcordoes&url=http://tinyurl.com/ycokl5xf>, acessado em: 9 fev. 2019.

A partir de então, tendo em vista a modulação dos efeitos da referida decisão e a superveniente promulgação da LEA (na forma do entendimento acima), passou-se a estabelecer em lei os requisitos especiais que visam atender às peculiaridades da formação militar, tal como a dedicação integral às atividades de treinamento e de serviço, conforme art. 20:

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

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

II – estar classificado dentro do número de vagas oferecidas;

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

IV – (VETADO);

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

a) Curso Preparatório de Cadetes do Ar – não ter menos de 14 (quatorze) anos nem completar 19 (dezenove) anos de idade;

b) Curso de Formação de Oficiais Aviadores, Intendentes e de Infantaria da Aeronáutica – não ter menos de 17 (dezessete) anos nem completar 23 (vinte e três) anos de idade;

c) Curso de Graduação em Engenharia do Instituto Tecnológico de Aeronáutica – não completar 25 (vinte e cinco) anos de idade;

d) Curso de Adaptação de Oficiais Médicos, Dentistas e Farmacêuticos da Aeronáutica – não completar 36 (trinta e seis) anos de idade;

e) Estágio de Adaptação de Oficiais Engenheiros da Aeronáutica – não completar 36 (trinta e seis) anos de idade;

f) Estágio de Instrução e Adaptação para Capelães da Aeronáutica – não ter menos de 30 (trinta) anos nem completar 41 (quarenta e um) anos de idade;

g) Estágio de Adaptação de Oficiais Temporários da Aeronáutica – não completar 44 (quarenta e quatro) anos de idade;

h) Curso de Formação de Sargentos – não ter menos de 17 (dezessete) anos nem completar 25 (vinte e cinco) anos de idade;

i) Estágio de Adaptação à Graduação de Sargentos – não ter menos de 17 (dezessete) anos nem completar 25 (vinte e cinco) anos de idade;

j) Curso de Formação de Taifeiros – não ter menos de 17 (dezessete) anos nem completar 25 (vinte e cinco) anos de idade; e

k) cursos ou estágios destinados aos militares da ativa na

Aeronáutica para progressão na Carreira – os limites de idade serão definidos em instrução da Aeronáutica e previstos nos editais dos processos seletivos, em função do tempo de permanência no serviço ativo determinado no Estatuto dos Militares;

VI – estar em dia com as obrigações eleitorais e militares;

VII – não estar respondendo a processo criminal na Justiça Militar ou Comum;

VIII – não ter sido o oficial excluído do serviço ativo por indignidade ou incompatibilidade, e a praça excluída ou licenciada a bem da disciplina, se militar da reserva não remunerada das Forças Armadas e Auxiliares, salvo em caso de reabilitação, na forma da legislação vigente;

IX – não ter sido desincorporado, expulso ou julgado desertor, nos termos da legislação que regula o serviço militar;

X – não ter sido, nos últimos 5 (cinco) anos, salvo em caso de reabilitação, na forma da legislação vigente, punido por ato lesivo ao patrimônio público de qualquer esfera de governo em processo disciplinar administrativo, do qual não caiba mais recurso;

XI – não ter sido, nos últimos 5 (cinco) anos, salvo em caso de reabilitação, na forma da legislação vigente, condenado em processo criminal com sentença transitada em julgado;

XII – (VETADO);

XIII – estar classificado no mínimo no comportamento “Bom”, se militar da ativa de Força Armada ou Auxiliar;

XIV – não estar cumprindo pena por crime comum, militar ou eleitoral, nem estar submetido à medida de segurança;

XV – cumprir os requisitos antropométricos definidos em instrução do Comando da Aeronáutica, na forma expressa no edital do processo seletivo;

XVI – (VETADO);

XVII – não apresentar tatuagem no corpo com símbolo ou inscrição que afete a honra pessoal, o pundonor militar ou o decoro exigido aos integrantes das Forças Armadas que faça alusão a:

a) ideologia terrorista ou extremista contrária às instituições democráticas ou que pregue a violência ou a criminalidade;

b) discriminação ou preconceito de raça, credo, sexo ou origem;

c) ideia ou ato libidinoso; e

d) ideia ou ato ofensivo às Forças Armadas ou à sociedade; e

XVIII – atender ainda aos demais requisitos definidos na legislação e regulamentação vigentes e nas instruções do Comando da Aeronáutica, desde que previstos nos editais dos processos seletivos e que não contrariem o disposto nesta Lei.

§ 1º Os requisitos estabelecidos devem atender às peculiaridades da formação militar, tal como a dedicação integral às atividades de treinamento e de serviço, bem como estar em consonância com a higidez física, com a ergonomia e a estabilidade emocional do militar-aluno para o emprego de armamentos e a operação de equipamentos de uso militar, com o desempenho padronizado para deslocamentos armados ou equipados, com as necessidades de logística da Força, com o alcance dos padrões exigidos durante os períodos de instruções e de treinamentos e com as necessidades de pessoal da Aeronáutica.

§ 2º Ato do Poder Executivo, do Comandante da Aeronáutica

ou instrumento normativo da Aeronáutica ou de seleção pública disporão, para habilitação à matrícula em cada curso ou estágio, sobre os parâmetros dos requisitos citados e as especificidades relativas a cada quadro da Aeronáutica, de acordo com a legislação vigente.

§ 3º As matrículas dispostas no caput são acessíveis, respeitado o previsto no art. 12 da Constituição Federal, aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos nesta Lei, após serem aprovados em processo seletivo.

§ 4º Quando a inspeção de saúde estiver prevista no processo seletivo, a habilitação à matrícula estará condicionada ao candidato ter sido considerado apto sem restrições por junta de saúde da Aeronáutica, segundo critérios definidos em instruções da Aeronáutica e constantes no edital do exame de admissão.

§ 5º A inspeção de saúde do processo seletivo avaliará as condições de saúde dos candidatos, por meio de exames clínicos, de imagem e laboratoriais, inclusive toxicológicos, definidos em instruções da Aeronáutica, de modo a comprovar não existir patologia ou característica incapacitante para o serviço militar nem para as atividades previstas.

§ 6º Quando o teste de avaliação do condicionamento físico estiver previsto no processo seletivo, a habilitação à matrícula estará condicionada ao candidato ter sido considerado aprovado sem restrições por comissão de avaliação da Aeronáutica, segundo critérios definidos em instruções da Aeronáutica e constantes no edital do exame de admissão.

§ 7º O teste de avaliação do condicionamento físico do processo seletivo avaliará a higidez e o vigor, por meio de exercícios e índices mínimos a serem alcançados, fixados por sexo e definidos em instruções da Aeronáutica, de modo a comprovar não existir incapacitação para o serviço militar nem para as atividades previstas.

§ 8º Quando o exame de aptidão psicológica ou o teste de aptidão motora estiver previsto no processo seletivo, a habilitação à matrícula estará condicionada ao candidato ter sido considerado indicado sem restrições, por avaliação especializada da Aeronáutica, segundo critérios definidos em instruções da Aeronáutica e constantes no edital do exame de admissão.

§ 9º O exame de aptidão psicológica do processo seletivo ou o teste de aptidão motora avaliará as condições comportamentais, características de interesse e de desempenho psicomotor, por meio de testes, entrevistas e simuladores, homologados e definidos em instruções da Aeronáutica, de modo a comprovar não existir contraindicação para o serviço militar nem para as atividades previstas.

Resumidamente, tal dispositivo elenca como requisitos mínimos: a aprovação em processo seletivo de provas e ou provas e títulos; prova prático-oral; prova prática; inspeção de saúde; teste de avaliação do

condicionamento físico; exame de aptidão psicológica e teste de aptidão motora, classificação dentro do número de vagas oferecidas; possuir a formação ou habilitação necessária ao preenchimento do cargo; limitação de idade para composição dos quadros de carreira da Aeronáutica; observância dos parâmetros antropométricos; entre outros.

Consoante demonstrado no capítulo 1, o ordenamento limita os atos do agente público ao que está previsto em lei. E, cumprindo a determinação da Suprema Corte, o parlamento federal submeteu o agente público castrense às regras contidas na Lei de Ensino da Aeronáutica (art. 20) no que diz respeito à seleção e à admissão de pessoal por meio dos seus certames.

Assim, a Administração militar, visando o cumprimento do princípio da legalidade, bem como, das determinações constitucionais previstas nos artigos 37, caput, e 142, X, ambos da CF/88<sup>24</sup>, está agindo dentro dos ditames estabelecidos pelo Poder Legislativo, mantendo, sobretudo, a higidez dos princípios da vinculação ao edital, da imparcialidade e da igualdade.

Melo (1995, pp. 16-17), ao referir-se ao conteúdo jurídico do princípio da igualdade, expõe a aceitabilidade de discriminações criadas pela lei, desde que tais elementos discriminatórios sejam compatíveis com a Constituição Federal. Logo, se a própria CF/88 em seu art. 142, X, delega à legislação ordinária a competência para tratar do ingresso nas Forças Armadas e, se a Lei de Ensino da Aeronáutica é a que versa sobre tais requisitos e, não foi, até o presente momento, considerada inconstitucional, não há em que se falar em ofensa à igualdade. Nos vocábulos do autor:

---

<sup>24</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

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.

As discriminações são recebidas como *compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica* entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, *desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.* (com destaques no original) (MELO, 1995, p. 17).

E acrescenta posteriormente que “[...] seria tolerável considerar a tipologia física como elemento discriminatório. Assim, os que excedem certo peso em relação à altura não podem exercer, no serviço militar, funções que reclamem presença imponente”. (MELO, 1995, p. 38).

Logo, pode-se inferir que as discriminações criadas pela Lei de Ensino da Aeronáutica buscam promover não só a legalidade, mas a igualdade dos selecionados, a manutenção do princípio da vinculação ao instrumento editalício, assim como a imparcialidade da Administração Pública. Diante disso, afastar os quesitos em lei pode levar, também, à ofensa desses demais princípios.

É importante destacar que tais requisitos são objetivos, de modo a contemplar a seleção de pessoas capazes de se adequar às peculiaridades da função militar que, consoante já mencionado acima, são inúmeras, a começar pelas legislações próprias que regem a função militar e as respectivas carreiras.

Corroborando esse posicionamento, há diversas decisões favoráveis<sup>25</sup> à Administração militar. Do conteúdo de tais arestos que prestigiam a observância da legalidade, merecem destaque os trechos que se seguem:

Princípio o exame do tema observando que, em face da natureza das atribuições do cargo a ser preenchido pelo militar, ele está sujeito a limite de idade, requisito a ser estabelecido mediante lei. Inteligência do art. 142, X, da Constituição Federal.

<sup>25</sup> Buscou-se colacionar três decisões favoráveis à Administração castrense em trâmite em três Tribunais Regionais Federais distintos, quais sejam respectivamente: TRF 5ª Região, TRF 1ª Região e TRF 2ª Região, fundamentando a linha de raciocínio deste trabalho. Ademais, podem-se citar as seguintes decisões em similar sentido: Sentença em Mandado de Segurança n.º 0127469-35.2015.4.02.5101, em trâmite na 14ª Vara da SJRJ; Acórdão em Apelação n.º 0010740-62.2011.4.02.5101 (2011.51.01.010740-6), n.º 0016565-74.2017.4.02.5101 (2017.51.01.016565-2), n.º 0183023-86.2014.4.02.5101 (2014.51.01.183023-0) e n.º 0011034-81.2017.4.02.0000 (2017.00.00.011034-9), todos em trâmite no TRF 2ª Região.

De se observar que a Lei 6.880, de 09.12.1980, anterior à CF/88, que instituiu o Estatuto dos Militares, não rege essa limitação. Não obstante, faz menção a leis e regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica como determinadores de requisitos de ingresso na carreira militar. Ditam os arts. 10 e 11, da Lei 6.880/80, que o ingresso nas Forças Armadas é facultado a todos os brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei e nos regulamentos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, e que, para a matrícula nos estabelecimentos de ensino militar, determinados requisitos devem ser atendidos, dentre eles, a idade do candidato.

Não é demais também ressaltar que o STF, no RE 600.885 – RS decidiu que a Lei 6.880/80, ao admitir a possibilidade de tratamento por regulamento dos requisitos para o ingresso nas Forças Armadas, nesse particular, não foi recepcionada pela nova ordem constitucional, haja vista que a atual Constituição exige que lei trate do assunto.

Todavia, o Pretório Excelso, ao modular os efeitos da decisão exarada naquele recurso, manteve a validade dos limites de idade fixados em editais e regulamentos fundados no art. 10 da Lei n. 6.880/1980 até 31 de dezembro de 2012.

No caso concreto, o limite etário objeto da controvérsia judicial encontra-se previsto na alínea “d” do item 8.1.do Edital (Instruções Específicas para os Exames de Admissão aos Cursos de Adaptação de Dentistas da Aeronáutica do ano de 2017, aprovadas pela Portaria DEPENDS nº 122-T/DE-2, de 25 de fevereiro de 2016) como condição para a habilitação à matrícula “não completar 36 (trinta e seis) anos de idade até o dia 31 de dezembro do ano da matrícula no Curso, em atendimento à alínea “d”.

Vê-se, portanto, que a exigência formulada encontra amparo em instrumento hábil a estabelecer discrímens dessa natureza, qual seja, lei em sentido formal e material (Art. 20, inciso V, da Lei nº 12.464, de 4 de agosto de 2011). (destacou-se) (Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Agravo de Instrumento (AI) n.º 0805996-08.2016.4.05.0000. Relator: Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro. 3ª Turma. Data: 25.11.2016.).

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA O CORPO DE SAÚDE DA AERONÁUTICA. CARGO DE TÉCNICO DE ENFERMAGEM. EXIGÊNCIA DE ALTURA MÍNIMA. PREVISÃO LEGAL. CONSTITUCIONALIDADE. SENTENÇA REFORMADA. 1. Reexame Necessário e recursos de apelação interpostos pela União e Defensoria Pública da União – DPU em face de sentença que, confirmando a liminar, julgou procedente o pedido formulado na presente ação ordinária, para afastar o ato pelo qual a autora foi eliminada do processo seletivo para profissionais de nível médio voluntários à prestação do serviço militar temporário para o ano de 2014, devendo ser reintegrada ao certame. 2. A autora foi eliminada do certame em razão de possuir estatura mínima inferior à exigida no regulamento da Aeronáutica (1,55m) sendo considerada incapaz porque sua altura é de 1,53m. 3. O edital do certame publicado pela Portaria COMGEP 1236-T/DPL, de 17.06.2014, dispôs que a inspeção de saúde inicial (INSPSAU) obedecerá os

critérios que constam da ICA-160-6/2014, “Instruções Técnicas das Inspeções de Saúde na Aeronáutica”, aprovada pela Portaria DIRSA nº 19/SECSDTEC, de 26 de março de 2014. 4. A ICA 160-6/2014 estabelece que “o Inspeccionando, civil ou militar, nas Inspeções de Saúde Iniciais, deverá apresentar estatura mínima de 1,60m (sexo masculino) e 1,55m (sexo feminino). Exceto para ingresso no CFOAV da Academia da Força Aérea (AFA) quando os inspeccionandos deverão apresentar estatura mínima de 1,64m e máxima de 1,87m, para ambos os sexos, em virtude dos requisitos antropométricos exigidos pelo fabricante da cadeira de ejeção que equipa a aeronave T-27 Tucano, utilizada na Instrução de Voo da AFA e para ingresso no CPCAR quando altura máxima deverá ser de 1,87m”. 5. A jurisprudência dos Tribunais Superiores é pacífica no <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/index.xhtml?jsessionid=e...> 1 of 3 09/02/2019 21:23 sentido de que é constitucional a exigência de altura mínima para o ingresso em carreiras militares, desde que haja previsão legal específica, como se afigura na presente hipótese (STJ, RMS 47.009/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 2/9/2016). 6. Impende observar que em 5/8/2011 foi publicada a Lei 12.464 estabelecendo que para o ingresso na Aeronáutica e a habilitação à matrícula em um dos seus cursos ou estágios destinados à formação ou adaptação de oficiais e de praças, da ativa e da reserva, o candidato deverá cumprir os requisitos antropométricos definidos em instrução do Comando da Aeronáutica, na forma expressa no edital do processo seletivo (art. 20, XV). 7. A partir da publicação da Lei 12.464/2011 não se cogita como ilegal a imposição de atendimento aos requisitos relativos à idade, à altura e ao peso, que são fixados para satisfazer as peculiaridades da formação militar, à dedicação integral nas atividades de treinamento e de serviço, à higidez física, com a ergonomia e a estabilidade emocional do militar-aluno para o emprego de armamentos e a operação de equipamentos de uso militar, com o desempenho padronizado para deslocamentos armados ou equipados, com as necessidades de logística da força, com o alcance dos padrões exigidos durante os períodos de instruções e de treinamentos e com as necessidades de pessoal da Aeronáutica (art. 20, § 1º). 8. Não obstante o juízo de primeira instância tenha entendido que não é razoável a exigência de altura mínima porque a autora está concorrendo para cargo técnico União em suas alegações justifica que a formação de todos os candidatos que concorrem aos cargos da Aeronáutica terá atividades de cunho militar que impõem exercícios físicos intensificados, como os de campanha, patrulhas, marchas, sobrevivência, acampamentos e treinamento em situação de conflito simulado. Assim, em última instância a autora terá treinamento de soldado [...]. (destacou-se) (Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Cível (AC) n.º 0007037-28.2015.4.01.3900. Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes. Quinta Turma. DJF1 29/03/2017). ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. MILITAR. INSPEÇÃO DE SAÚDE. ALTURA MÍNIMA. CANDIDATA CONSIDERADA INAPTA NOS EXAMES MÉDICOS. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. APELO DESPROVIDO.



1. Apelação em Mandado de Segurança interposta pela Impetrante que foi considerada inapta para ingresso no quadro de Oficiais Temporários da Área de Pedagogia para o ano de 2017 do Comando da Aeronáutica, por ter altura inferior à mínima exigida. 2. O art. 142, § 3º, X, da Constituição Federal prevê que “a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, 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”. 3. O artigo 20 da Lei nº 12.464/2011 prevê que, para ingresso na Aeronáutica e habilitação à matrícula em um dos cursos ou estágios destinados à formação ou adaptação de oficiais e de praças, os candidatos devem ser aprovados no processo seletivo, do qual pode ser composto, dentre outras fases, a inspeção de saúde (inciso I), bem como atender aos demais requisitos definidos na legislação e regulamentação vigentes e nas instruções do Comando da Aeronáutica, desde que previstos nos editais dos processos seletivos e que não contrariem o disposto nesta Lei (inciso XVIII). 4. Pela leitura do subitem 4.4.7 do Edital, resta claro que os parâmetros exigidos para se obter a menção “APTO” constam da ICA 160-6, “Instruções Técnicas das Inspeções de Saúde na Aeronáutica”, que foi disponibilizada para todos os candidatos através do site <http://www.qocon2017.aer.mil.br>. 5. O subitem 4.3.1 da ICA 160-6 dispõe que o Inspeccionando, civil ou militar, nas Inspeções de Saúde iniciais, deverá apresentar estatura mínima de 1,60m (sexo masculino) e 1,55m (sexo feminino). 6. Ao inscrever-se no concurso, o candidato adere às cláusulas do instrumento convocatório, não sendo lícito insurgir-se contra suas regras depois de sua reprovação, exceção para atos manifestamente ilegais, o que não ocorre no presente caso, já que a mesma regra foi aplicada a todos os participantes do certame. 7. Quanto à alegação de que a ICA 160-6 viola o princípio da legalidade, já que o inciso X do §3º do art. 142 da Constituição Federal dispõe que caberá a Lei Ordinária dispor acerca dos limites de ingresso nas Forças Armadas, a mesma não merece prosperar, uma vez que o artigo 20, XVIII, § 4º da Lei n.º 12.464/2011 prevê que os critérios da Inspeção de Saúde serão definidos por instruções da Aeronáutica e constarão no edital do exame de admissão. 8. Ao considerar a Apelante inapta para o exercício do cargo, a Apelada cumpriu o previsto no edital, mostrando-se legal o ato praticado, tendo sido respeitado o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, bem como o princípio da isonomia, uma vez que os demais candidatos foram submetidos aos mesmos critérios para análise da aptidão. 9. Descabe ao Judiciário, sob o argumento da razoabilidade, substituir o legislador (notadamente sem reconhecimento explícito e fundamentado quanto à eventual inconstitucionalidade) para fazer reduções em norma genérica, viabilizando vantagem individualizada em descompasso com as demais candidatas, que se submeteram à regra geral. 10. A Apelada agiu em perfeita consonância com o Edital, inexistindo vício de legalidade ou constitucionalidade na regra editalícia, ou abuso de poder por parte da Administração Pública que justifique

a intervenção do Poder Judiciário. 11. Apelação desprovida. (destacou-se) (Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Cível n.º 0016521-55.2017.4.02.5101 (2017.51.01.016521-4). Relatora: Desembargadora Federal Vera Lúcia Lima. Turma Espec. III – Administrativo e Cível. DJ 31.05.2017).

Conforme bem anotaram aos julgadores das decisões supramencionadas, descabe, aqui, a intervenção do Judiciário substituindo a função do legislador federal com os argumentos da razoabilidade ou proporcionalidade, individualmente, relativizando as exigências editalícias nas quais foram submetidos os demais candidatos.

Desse modo, vê-se a ausência de ilegalidade ou inconstitucionalidade cometida por parte da Administração militar ao pautar os atos administrativos dos seus exames de admissão e seleção na Lei de Ensino da Aeronáutica.

Porém, a exigibilidade de alguns destes critérios vêm sofrendo interferência de setores do Poder Judiciário, no mais das vezes, com recurso à razoabilidade e à proporcionalidade, como se passa a expor.

#### **4.2 Decisões judiciais que afastam requisitos legais para ingresso na aeronáutica com fundamento nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade: controle difuso?**

Não é novidade que a exigência realizada para ingresso na Aeronáutica ou demais seleções para carreira militar diferem daquelas relacionadas ao concurso público civil. Tal especialização foi delegada pela própria CF/88, no seu art. 142, inciso X, consoante já exaustivamente mencionado neste trabalho, concretizada por meio da promulgação da Lei n.º 12.464/2011, Lei de Ensino da Aeronáutica (LEA).

Cumpre destacar que lei parametrizando os conteúdos em discussão não é característica apenas da Aeronáutica, existindo dispositivo legal ordinário de igual função para ingresso no Exército Brasileiro (Lei n.º 9786 de 8 de fevereiro de 1999) e na Marinha do Brasil (Lei n.º 11.279, de 9 de fevereiro de 2006).

Nada obstante, em prol do discurso da proporcionalidade e da razoabilidade, o Judiciário vem mitigando a legalidade e princípios de vinculação ao edital e da igualdade.

A fim de exemplificar o que tem ocorrido, colacionam-se os seguintes trechos de fundamentações jurídicas de algumas decisões:

4. Ainda que não caiba ao Poder Judiciário substituir-se à Administração, na fixação de idade limite para matrícula no concurso em questão, por militar da ativa, a redução abrupta da idade máxima, de 46 anos para 25 anos, tendo como resultado a eliminação do autor, que completou 25 anos em 31/10/2017, ofende a lógica do razoável.

5. Há limites para a discricionariedade administrativa, dentro da proporcionalidade e da razoabilidade. Se o Poder Público desconsidera tais critérios, caberá controle e intervenção do Judiciário, por adentrar a Administração na seara da arbitrariedade. (destacou-se) (Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível (AC) n.º 5007051-36.2017.4.04.7112/RS. Relator: Desembargador Federal Cândido Alfredo Silva Leal Junior. DJ: 06.06.2018.).

A Lei nº 12.464/2011, que dispõe sobre o ensino na Aeronáutica, especificamente, também traz a mesma previsão de idade limite em seu art. 20, V, “d”.

Discute-se, então, a razoabilidade da referida exigência.

Justifica-se, ante o caráter técnico-administrativo das funções do Oficial Médico, que ele não possa ter mais de 36 (trinta e seis) anos de idade ao final do ano de sua matrícula? A tese do impetrante, de que a instituição do requisito etário, no caso, não guarda relação com as características do cargo, é plausível e conta com precedentes favoráveis, a exemplo do julgado abaixo, cujos fundamentos invoco como razão de decidir [...] (destacou-se) (Justiça Federal do Estado da Bahia. Sentença proferida nos autos do Mandado de Segurança n.º 1004869-22.2017.4.01.3300. Juíza Federal Substituta: Roberta Dias Do Nascimento Gaudenzi. 4ª Vara Federal Cível da SJBA. DJ 09.01.2018.).

De fato, a ICA 160-6/2016 – “Instruções Técnicas das Inspeções de Saúde na Aeronáutica”, aprovada pela Portaria DIRSA nº 8/SECSYTEC de 2016, estabelece em seu item 4.3.2.1 que “nas inspeções de saúde iniciais serão considerados como INCAPAZES PARA O FIM A QUE SE DESTINAM todos os candidatos que obtiverem os valores de IMC menores que 18,5, caracterizando a magreza, e maiores que 29,9, caracterizando obesidade”.

Entretanto, em seu item 4.3.2.2, que trata das inspeções de saúde periódicas, estabelece que serão considerados aptos aqueles que apresentarem IMC inferior a 18,5, devendo apenas receberem a observação de que são portadores desse diagnóstico, com indicação para tratamento especializado.

Considere-se, ainda, que o princípio da razoabilidade deve atuar como limitador da discricionariedade administrativa, mormente

quando os atos não são adequados para obtenção dos resultados pretendidos.

Nestes termos, considerar como de menor gravidade a situação de magreza em um militar que exerce atividades típicas das forças armadas, mas que já se encontra incorporado, em detrimento de um jovem candidato a vaga em curso de ensino médio militar que foi aprovado nas fases anteriores, mostra-se avesso à razoabilidade de que se devem revestir as ações administrativas.

Observa-se, ademais, que o principal objetivo de uma avaliação médica nesse contexto é aferir se o candidato apresenta alguma patologia ou característica que o impossibilite a suportar a extenuante rotina de treinamento militar a que deverá se submeter ao lado de suas obrigações acadêmicas na EPCAR. (destacou-se) (Justiça Federal do Estado de São Paulo. Mandado de Segurança n.º 5026164-95.2018.4.03.6100. Juiz Federal: Victorio Giuzio Neto. 24ª Vara Cível Federal de São Paulo. DJ. 10.01.2019).

Embora exista a possibilidade de a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir (aí não há qualquer inconstitucionalidade), o Estado deve fazer tal restrição com observância das atribuições inerentes a especialidade e ao posto a ser ocupado pelo militar, bem como das normas constitucionais, dentre elas, os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

A limitação etária, mesmo que imposta por lei, no caso se mostraria desarrazoada, considerando as circunstâncias do caso concreto.

O Autor pretende a ascensão nos Quadros Militares como Sargento na especialidade de Informática, não se sujeitando, a priori, às atividades tipicamente castrenses, razão pela qual o limite de idade imposto pela Lei mostra-se inidôneo se analisado à luz das atividades a serem realizadas pelo Militar.

Ademais, o limite de 25 anos incompletos no ano da matrícula, para ingresso no Estágio pretendido na Aeronáutica, não resiste à leitura do princípio da razoabilidade ou dos fatos envolvidos na controvérsia. (destacou-se) (Justiça Federal do Rio Grande do Sul. Ação Ordinária n.º 007050-51.2017.4.04.7112/RS. Juiz Federal Substituto: Felipe Veit Leal. 2ª Vara Federal de Canoas da SJ RS. DJ 18.10.2017).

PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – REEXAME NECESSÁRIO – CONCURSO PÚBLICO – SARGENTO DA AERONÁUTICA – AVALIAÇÃO DE SAÚDE – REPROVAÇÃO – “PESO INSUFICIENTE” – PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE, DA RAZOABILIDADE, DA PROPORCIONALIDADE, DA MORALIDADE E DA FINALIDADE.

I – Cuidando-se de sentença proferida contra a União e ausente as hipóteses previstas nos §§ do artigo 475 do CPC, há de ser tida por submetida a remessa oficial.

II – Concurso é o meio imposto à Administração Direta e Indireta para a seleção de profissional que se mostre apto, sendo regido pelo edital que constitui a sua norma.

III - As Instruções Específicas para os Exames de Admissão (Modalidade “B”) ao Estágio de Adaptação à Graduação de Sargento da Aeronáutica asseguram (item 10.1.3) que “O candidato que obtiver a menção “INCAPAZ PARA O FIM A QUE SE

DESTINA” na Inspeção de Saúde terá o diagnóstico do motivo de sua incapacidade registrado em Documento de Informação de Saúde”. Todavia, o Documento de Informação de Saúde (DIS) da apelada apenas documenta seu “peso insuficiente”, sem qualquer referência ao peso encontrado e muito menos à sua altura, faltando-lhe objetividade e afrontando o princípio constitucional da publicidade (art. 37, CF).

IV – O atestado médico juntado pela apelada comprova que ela media 1,66m e pesava 55,1Kg, habilitando-a a prosseguir no certame. Ainda que produzido em data posterior à avaliação oficial, não pode ser desprezado porque não impugnado de forma objetiva pela União e porque demonstra que a candidata estava apta ao trabalho e à prática de atividades físicas.

V – Fere os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, da moralidade, da finalidade e da publicidade a reprovação de candidato a cargo público por meio de ato desmotivado.

VI -- Apelação e remessa oficial, havida por submetida, improvidas. (destacou-se) (Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Cível (AC) n.º 0000411-90.2006.4.03.6118/SP. Relatora: Desembargadora Federal Cecília Marcondes. 3ª Turma. DJ: 26/05/2011).

Assim e, a despeito de haver lei ordinária disciplinando os conteúdos examinados pelo Judiciário, conforme estabelecido pela Carta Magna<sup>26</sup> de 1988, vê-se uma clara mitigação do princípio da legalidade em prol da aplicação da proporcionalidade e razoabilidade.

Nota-se, ademais, por meio da investigação das decisões deste estudo<sup>27</sup>, a utilização rasa desses primados, vez que os julgadores contentam-se em afastar o previsto na Lei de Ensino da Aeronáutica sem, ao menos, realizar a escorreita motivação acerca da violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que, no entendimento partilhado

<sup>26</sup> Conforme art. 142, inciso X, da CF/88.

<sup>27</sup> Seguem outras decisões desfavoráveis à Administração militar em igual sentido, qual seja, mitigando o Princípio da Legalidade em prol da razoabilidade e proporcionalidade, fundamentas superficialmente ou, muitas das vezes, apenas mencionadas nas respectivas decisões judiciais: Agravo de Instrumento n.º 5040230-54.2017.4.04.0000/RS, em trâmite no TRF 4ª Região; Ação Cível de Procedimento Comum n.º 0805851-69.2016.4.05.8400, em trâmite no TRF 5ª Região; Procedimento Comum n.º 5030819-36.2017.4.04.7000/PR, em trâmite na 11ª Vara Federal de Curitiba, SJPR; Processo n.º 0070618-62.2015.4.01.3400 em trâmite na 15ª vara federal da SJDF; Processo n.º 0800315-57.2014.4.05.8300, em trâmite na Justiça Federal em Pernambuco/PE; Processo n.º 5026855-92.2019.4.02.5101/RJ em trâmite 1ª Vara Federal do Rio de Janeiro/SJRJ; Apelação Cível/Reexame Necessário n.º 0004914-60.2008.4.02.5101 (2008.51.01.004914-6), em trâmite no TRF 2ª Região; Procedimento Comum n.º 5007323-36.2017.4.04.7110/RS, em trâmite na 1ª Vara Federal de Pelotas/SJRS; Apelação Cível/Reexame Necessário n.º 0008138-35.2010.4.02.5101 (2010.51.01.008138-3) em trâmite no TRF 2ª Região.

por este estudo, não devem ser considerados como sinônimos e exigem concretização motivada.

Resta claro, ainda, nos arestos estudados, a ausência de análise concreta à luz dos subprincípios da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, vez que, nas decisões pesquisadas, com exceção de uma<sup>28</sup>, nenhum julgador sequer os mencionou.

Questiona-se: faz-se correto o controle que o Judiciário vem exercendo sobre a Administração quando do afastamento dos requisitos previstos na Lei n.º 12.464, de 4 de agosto de 2011, Lei de Ensino da Aeronáutica (LEA), em face de candidatos que pretendem ingressar na Aeronáutica ou se habilitarem à matrícula em um dos cursos ou estágios desta Força Armada, destinados à formação ou adaptação de oficiais e de praças, da ativa e da reserva?

Verifica-se, em verdade, que, com o pretexto de afastar condição considerada desproporcional ou irrazoável, juízes federais desconsideram o estabelecido em lei, fazem uma ilação subjetiva dos citados primados constitucionais nas sentenças e/ou acórdãos, selando um afastamento – aí sim, diga-se, irrazoável, das disposições legislativas e, mais, promovendo uma desigualdade entre candidatos nos exames militares, pois removem apenas, numa decisão inter partes, os quesitos aos quais os demais candidatos encontram-se submetidos, sem distinção.

Arthur Sanchez Badin (2011, p. 76), em sua dissertação de mestrado<sup>29</sup> abordando um tópico que nomina “Controle de “razoabilidade”: (ou bom-sensismo judicial?)”, assim criticou decisão do TRF 1ª Região, que alterara

---

<sup>28</sup> Das fundamentações analisadas de cada decisão, seja sentença ou acórdão, somente na sentença proferida nos autos do Processo n.º 0070618-62.2015.4.01.3400, em trâmite na 15ª Vara Federal Cível da Seção Judiciária do Distrito Federal, o MM. Juiz Federal referiu-se à adequação, no seguinte trecho da fundamentação, veja: “Em que pese seja consentâneo com o exercício da atividade castrense a estipulação de limite máximo de peso para ingresso na carreira, em virtude das atividades físicas a ela inerentes, no caso dos autos, a exigência fere o princípio da proporcionalidade (adequação entre meio e fim), uma vez que, para fins de seleção para ingresso, a ICA 160-6/2014 não faz distinção entre as atividades tipicamente militares e outras que não exigem as mesmas condições físicas daquelas”. (grifos nossos)

<sup>29</sup> Dissertação de mestrado cujo título é: Controle Judicial das Políticas Públicas. Contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar, 2011, São Paulo, p. 76.

o limite de idade de 23 (vinte e três) anos para 26 (vinte e seis)<sup>30</sup> para acesso à carreira militar, com fulcro na razoabilidade:

A regra deveria ser usada para controlar casos extremos em que o ato administrativo ultrapassa as barreiras de possibilidades racionais de inteligência do mandamento legal ou, conferindo uma aura de tecnicidade à substituição constitucional. Todavia, no mais das vezes, no dia a dia dos tribunais, a meta-regra da “razoabilidade” se transubstancia em “bom sensismo” judicial pura e simples, da decisão administrativa pela do juiz (com a comodidade de prescindir do esforço da fundamentação).

Nota-se, assim, um verdadeiro controle difuso dos parâmetros legais para ingresso na carreira militar, controle este que, como demonstrado acima, mostra-se superficial, uma vez que, inexistente fundamentação das razões pelas quais se deve mitigar o previsto em lei em prol de um inconformismo dos candidatos com os critérios legitimamente eleitos pelo parlamento (parâmetros contidos na LEA).

#### **4.3 A correta solução para a questão: legalidade, juridicidade e separação e harmonia entre os poderes**

Resta evidente, a essa altura, um dilema: A Administração Pública deve ou não pautar seus atos na legalidade, sob pena de agir com excesso ou abuso de poder? Neste caso, a Administração militar, para o devido preenchimento de seus cargos, deve ou não exigir os requisitos da Lei 12.464/2011, consoante dispõe o art. 142, X, da Magna Carta, e de acordo com entendimento em repercussão geral firmado pelo STF, no RE n.º 600.885/RS?

Não se vislumbra nenhuma arbitrariedade ou excesso de poder por parte da Administração castrense em aplicar a referida LEA, já que ela, até então, não foi declarada inconstitucional e guia toda a atividade de seleção e matrícula dos certames da Aeronáutica.

---

<sup>30</sup> É citado por Badin, como exemplo, decisão do TRF 1ª Região (AMS, 20138010014646), na página 76 de sua tese de dissertação.

Porém, como visto, inúmeras decisões de juízes federais vêm desobrigando candidatos a submeterem-se aos requisitos contidos no art. 20 da Le n.º 12.464/2011 sob o argumento de que tais exigências são desproporcionais e sem razoabilidade.

Então, questiona-se: qual seria a correta solução para este problema? Antes de buscar apontar as possíveis soluções ou expor àquela que aparenta ser a mais eficaz, é importante destacar que o crescente aumento de decisões como as examinadas neste artigo geram muitas adversidades ao agente público.

Ilustrativamente, citem-se as seguintes consequências: a presença de maior número de candidatos a serem considerados selecionados do que o número inicial de vagas disponibilizadas para seleção, sendo a Administração, por meio do poder coercitivo do Judiciário, obrigada a formar, matricular, nomear mais pessoas do que estava inicialmente planejada para tanto (Judiciário ultrapassando o poder discricionário de planejamento da administração) a existência de militares fora da idade prevista para o exercício de determinado cargo, chefia ou comando, já que desde o ingresso lhes foi permitido entrar na carreira fora dos parâmetros de idade previstos, o que influencia diretamente no Plano de Carreira como um todo e vai de encontro com outras regras estabelecidas no próprio Estatuto dos Militares (Lei n.º 6.880/80), militares sem a higidez mínima, seja física ou mental, para o exercício das funções militares, por meio de mitigação de critérios de saúde e psicológicos estabelecidos para o preenchimento das funções e com isso, militares que já ingressam com problemas de saúde que os impedem de exercer aquele cargo para qual optou, dentre outras.

Frisa-se, também, que o oficial de carreira ou prestador de serviço voluntário, o médico, o dentista, o farmacêutico, o engenheiro, aqueles que prestam serviços jurídicos, os psicólogos, os jornalistas ou a praça da especialidade de serviços administrativos, o analista de sistemas, o controlador de tráfego aéreo e os das demais especialidades, são, antes de suas respectivas especificidades técnicas, militares. Todos eles, sem exceção,



estão sujeitos à disciplina, à hierarquia militar, aos serviços de escala e à disponibilidade de 24 horas por dia, sete dias na semana, e ainda devem ter tido êxito nos treinamentos militares. Ou seja, antes de exercerem as respectivas expertises, são militares.

É preciso que os juízes se detenham mais na finalidade da seleção para ingresso na carreira militar. No entendimento de Hely Lopes:

Não se compreende o ato administrativo sem fim público [...]. A finalidade administrativa do ato administrativo é aquela que a lei indica explícita ou implicitamente. Não cabe ao administrador escolher outra, ou subtrair a indicada na norma administrativa, ainda que ambas colimem fins públicos. Nesse particular, nada resta ao administrador, que fica vinculado integralmente à vontade legislativa. (MEIRELLES, 1989, p. 128/129 ob. cit., TÁCITO, 2002, p. 995).

A finalidade pública deve ser a base e o rumo não só da atividade administrativa, mas também da legislativa. Desse modo, ao observar-se o primado da legalidade, o que se está a concretizar é a finalidade pública (TÁCITO, 2002, p. 489) abraçada pela norma aprovada pelo Poder Legislativo. Logo, a administração militar seguindo a lei, segue a finalidade da lei e, conseqüentemente, a finalidade pública, que se configura na seleção daqueles considerados aptos a ingressar na carreira militar.

Isso não quer dizer que o Judiciário não possa se manifestar sobre tais critérios. Na verdade, é essa a função desse Poder: verificar como as normas e as regras incidem no caso concreto e decidir a melhor forma desta incidência, levando em considerações todas as peculiaridades das demandas judiciais.

Porém, ao contrário do que se tem ocorrido, parece mais acertada a posição doutrinária segunda a qual “Não cabe ao juiz, mesmo perante desacertos e equívocos, substituir a ação executiva pelo arbítrio da toga”, pois “A ditadura judiciária é tão nociva quanto o descritério da Administração” (TÁCITO, 2002, p.938).

Por essa ótica, as decisões baseadas na razoabilidade e na proporcionalidade precisam ser mais fundamentadas, visto que, estariam

mitigando critérios legais, objetivos, certos e claros e, inspirados em finalidade pública eleita pelo Poder Legislativo, que devem pautar o agente público, como destaca Sundfeld (1993, p.91):

Os agentes públicos são meros canais de expressão da vontade do direito: o legislador, quando edita leis, exprime o querer da Constituição (e do povo); o juiz e o administrador, através de seus atos, realizam a vontade da lei.

Neste sentido é possível dizer que, prestigiando a legalidade em relação aos critérios de seleção para o ingresso na carreira militar, também se está a render homenagem ao princípio da separação dos Poderes, harmônicos entre si<sup>31</sup> (o Executivo, o Legislativo e o Judiciário), possuindo cada qual sua função no Estado Democrático de Direito.

## 5 CONCLUSÃO

O Direito Administrativo sofreu mudanças importantes na forma de interpretação de seus princípios, sobretudo, o da legalidade que, em virtude da complexidade atual das atividades administrativas, deve ser interpretado numa visão ampla, de modo a garantir atendimento à finalidade pública que presidiu a decisão legislativa, como, por exemplo, as peculiaridades de algumas carreiras, que exigem critérios diferenciados e justificados para ingresso.

Já a razoabilidade e a proporcionalidade, apesar de toda a divergência doutrinária existente quanto à sua conceituação, são largamente utilizadas pela jurisprudência pátria como instrumentos de otimização de direitos fundamentais. Todavia, o Supremo Tribunal Federal abraçou o entendimento de que constituem princípios constitucionais e que, como os demais, permitem o controle de constitucionalidade das leis, inclusive difuso, via afastamento de regras que se mostrem com eles incompatíveis.

---

<sup>31</sup> Art. 2º da CF/88: São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

A pesquisa jurisprudencial trazida nesta pesquisa permitiu inferir que uma parte da magistratura federal afasta a aplicação dos requisitos legais contidos no art. 20 da Lei n.º 12.464/2011, para ingresso na Aeronáutica, valendo-se de uma utilização vaga de tais primados constitucionais, por meio de fundamentações superficiais com desconsideração dos critérios objetivos estabelecidos em lei e da finalidade que inspirou o Poder Legislativo, sem a devida valoração das peculiaridades da carreira militar.

Essas decisões afastam os requisitos legais de limite de idade estabelecido para ingresso, os parâmetros de altura, peso e, até mesmo, os diagnósticos médicos ou psicológicos, no mais das vezes com a justificativa de que a atividade a ser exercida pelo candidato não é puramente militar, bélica e ou de treinamentos físicos exaustivos.

Ocorre, então, um flagrante desrespeito à deliberação tomada no âmbito do parlamento federal, que reflete na quebra de isonomia entre os candidatos (já que o controle é difuso e não concentrado), atentando contra o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, pois os julgadores que afastam os requisitos legais sem detida fundamentação acabam desconsiderando as consequências geradas ao administrador militar pela relativização de critérios objetivos que, legalmente, devem atingir a todos os que se propõe a ingressar nas Forças Armadas.

Esse não é, definitivamente, o melhor caminho de equacionamento da matéria no âmbito judicial. Mais acertados são os julgados que prestigiam a decisão do Poder Legislativo acerca dos critérios de ingresso na Aeronáutica, pois não cabe ao juiz substituir nem a decisão do legislador, nem a sua aplicação pelo gestor público, que, em última análise, visa garantir a finalidade pública que inspirou a norma de seleção.

Entretanto, para os magistrados que assim não entendem, cumpre destacar a necessidade de máxima cautela no exercício de controle dos atos de seleção para ingresso na carreira militar. As decisões baseadas na proporcionalidade e na razoabilidade precisam ser sempre bem fundamentadas, não podendo o juiz se limitar à invocação dos referidos princípios, sem explicar, no caso concreto, respectivamente, a necessidade

de concretização dos subprincípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade em sentido estrito, ou da falta de pertinência entre fins e meios eleitos pelo legislador.

Quanto à postura do administrador militar, sempre que não houver decisão judicial em sentido contrário, não há outra saída senão cumprir a lei, seja para assegurar a finalidade pública eleita pelo Poder Legislativo, seja para garantir a isonomia entre os candidatos e a lisura de seus certames..

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 114.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

\_\_\_\_\_. A concepção pós-positivista do princípio da legalidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro. Renovar, n. 263, p. 63, abr/jun, 2004.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 7. ed. ampliada e atualizada. Malheiros Editores. 2007.

\_\_\_\_\_. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, n. 4, julho, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 8 fev. 2019, às 10h21.

BADIN, Arthur Sanchez. Tese de disseratação de mestrado. Controle Judicial das Políticas Públicas. *Contribuição ao estudo do tema da judicializa-*

*ção da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. São Paulo, 2011, p. 76.

BARROSO, Luiz Roberto. *Dez anos da Constituição de 1988* (foi bom para você também?). RDA 214, 1998, p.18.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 218.

BINENBOJM, Gustavo. *Temas de direito administrativo e constitucional – artigos e pareceres* / Rio de Janeiro: Renovar, 2008, 897 p.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao-compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm), acessado em: 24 nov. 2016, às 14h26.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei 4.657 de 04 de setembro de 1942. *Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm), acessado em: 8 fev. 2019, às 15h19.

\_\_\_\_\_. *Lei 6.880 de 09 de dezembro de 1980*. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L6880.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6880.htm), acessado em: 8 fev. 2019, às 10h19.

\_\_\_\_\_. *Lei 13.665 de 25 de abril de 2018*. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13655.htm#art1), acessado em: 8 fev. 2019, às 15h19.

\_\_\_\_\_. *12.464 de 04 de agosto de 2011*. Dispõe sobre a lei de ensino da aeronáutica. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12464.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12464.htm), acessado em: 8 fev. 2019, às 10h21.

\_\_\_\_\_. *Lei n.º 9.786 de 8 de fevereiro de 1999*. Dispõe sobre o Ensino no Exército Brasileiro e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9786.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9786.htm), acessado em: 8 fev. 2019, às 10h21.

\_\_\_\_\_. *Lei n.º 11.279, de 9 de fevereiro de 2006*. Dispõe sobre o ensino na Marinha. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9786.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9786.htm), acessado em: 8 fev. 2019, às 10h21.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. *RE 600885*. Relatora: Min. Cármem Lúcia, Tribunal Pleno, DJE. 01.07.2011, Repercussão Geral. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+600%2E885%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ycockl5xf>, acessado em: 9 fev. 2019, às 21 h09min.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Jurisprudência. Apelação Cível. *AC 0006862-26.2004.4.01.3801*. Disponível em: [https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/index.xhtml;jsessionid=erbWGpJKJMA2Pnk bHAyY4nlzPewVLMT9db8VPVba.taturana06-hc04:juris-trf1\\_node01>](https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/index.xhtml;jsessionid=erbWGpJKJMA2Pnk bHAyY4nlzPewVLMT9db8VPVba.taturana06-hc04:juris-trf1_node01>), acessado em: 9 fev. 2019, às 21 h09min.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Apelação Cível (AC) n.º 0007037-28.2015.4.01.3900*. Relator: Desembargador Federal Néviton Guedes. Quinta Turma. DJF1 29/03/2017. Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/trf1/index.xhtml>, acessado em: 9 fev. 2019, às 21 h09min.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. *Apelação Cível n.º 0016521-55.2017.4.02.5101* (2017.51.01.016521-4). Relatora: Desembargadora Federal Vera Lúcia Lima. Turma Espec. III – Administrativo e Cível. DJ 31.05.2017. Disponível em: [https://eproc.trf2.jus.br/eproc/externo\\_controlador.php?acao=processo\\_consulta\\_publica&acao\\_origem=&acao\\_retorno=processo\\_consulta\\_publica](https://eproc.trf2.jus.br/eproc/externo_controlador.php?acao=processo_consulta_publica&acao_origem=&acao_retorno=processo_consulta_publica), acessado em: 9 fev. 2019, às 23 h.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. *Apelação Cível (AC) n.º 0000411-90.2006.4.03.6118/SP*. Relatora: Desembargadora Federal Cecília Marcondes. 3ª Turma. DJ: 26/05/2011. Disponível em: <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/1310008>, acessado em: 24 jan. 2019, às 12 h40min.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Apelação Cível (AC) n.º 5007051-36.2017.4.04.7112/RS*. Relator: Desembargador Federal Cândido Alfredo Silva Leal Junior. DJ: 06.06.2018. Disponível em: <https://www.trf4.jus.br/trf4/>, acessado em: 24 jan. 2019, às 11 h7min.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. *Agravo de Instrumento (AI) n.º 0805996-08.2016.4.05.0000*. Relator: Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro. 3ª Turma. Data: 25.11.2016. Disponível em: <https://pje.trf5.jus.br/pjeconsulta/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?signedIdProcessoTrf=95dd7695e22912f8ca0384e44f0460ec#>>, acessado em: 9 fev. 2019, às 21h9min.

\_\_\_\_\_. Justiça Federal do Estado da Bahia. *Mandado de Segurança n.º 1004869-22.2017.4.01.3300*. Juíza Federal Substituta: Roberta Dias Do Nascimento Gaudenzi. 4ª Vara Federal Cível da SJBA. DJ 09.01.2018. Disponível em: <http://pje1g.trf1.jus.br:80/consultapublica/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?x=18010917175810500000003903393>, acessado em: 24 jan. 2019, às 11h20min.

\_\_\_\_\_. Justiça Federal do Rio Grande do Sul. *Ação Ordinária n.º 007050-51.2017.4.04.7112/RS*. Juiz Federal Substituto: Felipe Veit Leal. 2ª Vara Federal de Canoas da SJ RS. DJ 18.10.2017. Disponível em: [www.jfrs.jus.br](http://www.jfrs.jus.br), acessado em: 24 jan. 2019, às 11h8min.

\_\_\_\_\_. Justiça Federal do Estado de São Paulo. *Mandado de Segurança n.º 5026164-95.2018.4.03.6100*. Juiz Federal: Victorio Giuzio Neto. 24ª Vara Cível Federal de São Paulo. DJ. 10.01.2019. Disponível em: <http://pje1g.trf3.jus.br/pje/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>, acessado em: 28 jan. 2019, às 11h40min.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1986, p. 1.034-1.035, ob. cit. MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco. \_ 2. ed.rev.e atual. \_ São Paulo: Saraiva 2008, pág. 39.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22. ed. revista, ampliada e atualizada até 10.07.2009. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009.

CLÉRICO, Laura. *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*, p. 218.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. Malheiros Editores. 1997.

GORDILLO, Agustin. *Princípios gerais do direito público*: tradução de Marco Aurélio Greco; revisão de Reilda Meira. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1977. XII + 204 p.

GUEDES, Néviton. Princípio da concordância não contraria ponderação de bens. *Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.br>.



com.br/2014-abr-14/constituicao-poder-principio-concordancia-nao-contraria-ponderacao-bens?imprimir=1, acessado em: 23 abr. 2019, às 17h18min.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Metodologia Jurídica e interpretação Constitucional. In *Ensaios de Teoria Constitucional*. Fortaleza: UFC, 1989, apud, MORAIS, Fernanda de Oliveira (ob. cit. P. 79); ob cit. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 22. ed. revista, ampliada e atualizada até 10.07.2009. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009.

HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, (parágrafo 72), p. 28.

MARINELA, Fernanda. *Direito administrativo – 10. ed.* – São Paulo: Saraiva, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. Malheiros Editores, S. Paulo, 18. ed. 1993, p. 78.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 30. ed. revista e atualizada até a Emenda Constitucional 71, de 29.11.2012. Malheiros Editores. 2013.

\_\_\_\_\_. *Contéudo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. atualizada. 3. tir. Malheiros Editorores. 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho, Paulo Gustavo Gonet Branco*. \_ 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva 2008.

MORAIS, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 311.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Curso de direito administrativo*; parte introdutória, parte geral e especial – 16. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, JOSÉ ROBERTO PIMENTA. *Os princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade no Direito Administrativo Brasileiro*. Malheiros Editores, 2006, p. 192.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

SANTOS. Gustavo Ferreira. Jurisdição constitucional e princípio da proporcionalidade no Brasil. *Revista NEJ – Eletrônica*, Vol. 15 – n. 1 – p. 75-84 / jan-abr 2010. Disponível em: [www.univali.br/periodicos](http://www.univali.br/periodicos), acessado em: 23 abr. 2019, às 17h18min.

\_\_\_\_\_. *O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. v. 1. 223p .

SCHIRATO, Vitor Rhein. Algumas considerações atuais sobre o sentido de legalidade na Administração Pública. *Revista Interesse Público – IP*. Editora Fórum. Ano X, 2008, n. 47.

SILVA. Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais* 798 (2002): 23.50.

STASSINOPOULOS, Michel, *Traité des Actes Administratifs*, Librairie Générale de Droit ET de Jurisprudence, Paris, 1973, ob. cit. SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*, 2. ed., 2. tir., Malheiros Editores. pp.151-153.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 2. ed., 2. tir., Malheiros Editores. 1993.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público – estudos e pareceres*. Princípio da Razoabilidade das Leis. 1. ed. Editora: Renovar, 2002, p.489.

\_\_\_\_\_. *Temas de Direito Público – estudos e pareceres*. A Administração e o controle da legalidade. 1. ed. Editora: Renovar, 2002, p. 938.

\_\_\_\_\_. *Temas de Direito Público – estudos e pareceres*. O controle judicial da Administração Pública no Direito Brasileiro. 1. ed. Editora: Renovar, 2002, p. 995.

VIERA, Diógenes Gomes. *Concursos Públicos Militares: tutelas de urgência – teoria e prática*. Curitiba: Juruá, 2013.



Artigos publicados em sites e revistas jurídicos



# Justiça restaurativa: outra velhacaria globalista

**Márcio Luís Chila Freyesleben**

Procurador da Justiça

Artigo publicado no blog Indo na Contramão, em 8 de agosto de 2019

## 1 JUSTIÇA RESTAURATIVA

A Justiça Restaurativa “é um novo modelo de justiça voltado para as situações prejudicadas pela existência da violência”.<sup>1</sup> Seria “um método alternativo de resolução conflitos, tendo cum conteúdo diverso do *jus puniendi*, que á a base da Justiça Retributiva”.<sup>2</sup> Diz-se que a Justiça Restaurativa valoriza a autonomia e o diálogo, de modo que as pessoas envolvidas no conflito possam conversar para entender a causa real do conflito, de modo a permitir o restabelecimento da harmonia e do equilíbrio entre todos. Seria, então, uma espécie de ética inclusiva de natureza social: estaria baseada no conceito de responsabilidade ativa.

A Justiça Restaurativa surge como meio de composição de conflito envolvendo indígenas e aborígenes, na Austrália e América do Norte, evolui para a atender menores infratores, na Nova Zelândia, e, por fim, espalha-se pelo Ocidente para abarcar indistintamente as mais variadas situações jurídicas.

---

<sup>1</sup> Ministério Público do Paraná, Fonte: <http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-1711.html>. Acesso: 7 ago. 2019.

<sup>2</sup> In O Desenvolvimento da Justiça Restaurativa, V Encontro Científico e Simpósio de Educação Unisalesiano. <http://www.unisalesiano.edu.br/simposio2015/publicado/artigo0134.pdf>. Acessado em: 8 ago. 2019.

Está na base do discurso de seus defensores atuais a insuficiência do sistema jurídico; em particular, o sistema penal. Invocam a superlotação carcerária, o aumento de crimes contra as minorias e a insuficiência dos sistemas legal e judicial para dar solução aos conflitos. Em suma, põem em xeque o modelo penal retributivo.

O que não dizem é que – bem pesada, bem medida – a Justiça Restaurativa é uma reedição do Direito Alternativo, de cunho marxista, porém agora em trajes globalistas. É a velha Teoria Crítica da Escola de Frankfurt a impor-se como instrumento da Revolução Cultural.

## **2 DIREITO ALTERNATIVO: FILHO DILETO DO NEO-MARXISMO**

O Direito Alternativo nasce na Itália dos anos 30, em meio aos movimentos de esquerda. Progressistas apoiados por Moscou começavam a colocar em prática os achados de Antônio Gramsci. Era um movimento que passou a agir inspirado não apenas em Gramsci, senão também nos teóricos da Escola de Frankfurt, por meio do qual a esquerda visava à ocupação de todos os espaços possíveis: escolas, universidades, mídia, show business, sindicatos, movimentos de massa, ou seja, todos os setores da vida pública em que pudesse exercer influência para moldar uma nova mentalidade. No cerne do discurso estava a crítica às questões sociais, sempre embasadas em um humanismo de ocasião.

A Itália havia, que havia saído da Segunda Guerra economicamente arruinada e politicamente dividida, entrou nos anos 50 em franco desenvolvimento, em muito fomentado com os recursos oriundos do Plano Marshall. O mundo vivia a Guerra Fria e o dinheiro americano movimentava a economia do Velho Mundo. “Se, como em outros países da Europa, havia dinheiro americano injetado na economia, existia também forte influência soviética. Especialmente na Itália, o Partido Comunista Italiano participava do jogo democrático, mas colocando em marcha uma revolução cultural silenciosa,



usando as regras da democracia.”<sup>3</sup> Havia, naquele contexto, a esquerda mais radical, crítica do Partido Comunista Italiano, considerado por ela excessivamente moderado. Mas ambas as esquerdas, nada obstante a aparente divergência estratégica, prosseguiram na tentativa de gerar um ambiente de revolta das massas, muito embora a prosperidade econômica não lhes fosse propício. Assim, “*per faz et nefas*, o movimento revolucionário prosseguia sua marcha, apostando nas duas estratégias ao mesmo tempo, conforme a boa e velha dialética marxista – na variante conhecida como estratégia das tesouras”<sup>4</sup>.

Foi então que, “na sequência dos movimentos de 1968, iniciados por influência da New Left, notadamente pelos teóricos da Escola de Frankfurt, nos Estados Unidos, e espalhados por vários países do mundo, o célebre *autunno caldo*, em 1969, inaugurou o que se chamou de *strategia della tensione*”<sup>5</sup>. Teve início, na Itália, um intenso cenário de convulsão social, protagonizado por grupos terroristas, em sua maioria de linha marxista-leninista: sequestros, atentados e execução de policiais, empresários, políticos, juízes, promotores e advogados.

Foi dentro desse contexto que surgiu, “ainda que tardiamente – notadamente a partir de meados da década de 1970 – uma forte reação repressiva por parte do Estado italiano. Leis que permitiam uma maior operacionalidade no combate ao terrorismo foram promulgadas, possibilitando uma atuação reativa mais eficaz do policiamento ostensivo e da polícia judiciária. A legislação penal e processual, por sua vez, criava tipos penais e instrumentos à acusação e ao juiz para uma maior efetividade e punição aos criminosos”<sup>6</sup>, para lidar contra os inimigos do Estado: ativistas organizados, fortemente armados e regamente financiados com o objetivo de tomar o poder.

---

<sup>3</sup> SOUZA, Leonardo Giardin de, in *Bandidolatria e Democídio*, 2017, 1. ed., São Paulo, Editoras Armadas e Resistência Cultural, p. 140.

<sup>4</sup> SOUZA, Leonardo Giardin de, in *Bandidolatria e Democídio*, 2017, 1. ed., São Paulo, Editoras Armadas e Resistência Cultural, p. 141.

<sup>5</sup> SOUZA, Leonardo Giardin de, in *Bandidolatria e Democídio*, 2017, 1. ed., São Paulo, Editoras Armadas e Resistência Cultural, p. 142.

<sup>6</sup> *Ibidem*.

Evidentemente, o recrudescimento da legislação penal e processual penal significou a relativização de certas garantias individuais, pois a Itália estava em tempo de anormalidade política. Foi então que surgiu o grupo conhecido como Magistratura Democrática para defender o respeito às garantias individuais.

Surge neste momento, na Itália, a idéia de um direito alternativo. “A proposta alternativista é, pois, romper com o consagrado positivismo-legalismo, embasado nas relações jurídicas como uma das formas das relações sociais. Leva em consideração, igualmente, que determinadas camadas da população estão excluídas do processo de distribuição de Justiça, quer pela impossibilidade de acesso, quer pela ausência de objeto de lide (não possuem bens patrimoniais a serem defendidos)”<sup>7</sup>

“Nesse momento a expressão garantismo penal passou a se destacar nos debates, inclusive da política extraparlamentar, até que, anos depois, Ferrajoli sistematizou, na obra *Diritto e Ragione*, uma nova doutrina observando exatamente essa denominação”<sup>8</sup> Ferrajoli, sob rótulo de garantismo penal, sistematizara a ideologia marxista com uma roupagem convenientemente juspositivista: a aplicação de uma legislação criada para tempos de anormalidade não pode ser aplicada à luz da Constituição, para que, demonstrada a sua desproporcionalidade, seja declarada um “não-direito”<sup>9</sup>

Eis a gênese do garantismo jurídico.

Explica Callado, que “o garantismo jurídico representa uma linha ideológica gramsciana de atuação do direito alternativa, porque suas idéias práticas são perfeitamente legalistas e menos filosóficas”; ele é “capaz de dar aos juristas, com base na Constituição, um método científico objetivo, para a prática da alternatividade”. Para Callado, a doutrina do garantismo é mais sutil “porque os seus objetivos são uma conciliação possível, mais atenuada

<sup>7</sup> GOMES, Coligni Luciano, in *História do pensamento jurídico no Brasil República: o Direito Alternativo. Histórico, Fundamento e Críticas*.  
<https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/view/698/257>.  
 Consultado em: 18 mar. 2019.

<sup>8</sup> SOUZA, Leonardo Giardin de, in *Bandidolatria e Democídio*, 2017, 1. ed., São Paulo, Editoras Armadas e Resistência Cultural, p. 148.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

do marxismo intransigente da luta de classe com o direito vigente. Ela brota da ação dos intérpretes nos primeiros conjuros do processo revolucionário alternativo”.<sup>10</sup>

Explica Callado:

...os artifícios teóricos do garantismo vinham sendo gestados, na Itália, havia mais de uma década, por um dos principais partidários do alternativismo jurídico, Luigi Ferrajoli, como uma sutil forma de obliterar o seu pano de fundo materialista e marxista com renovadas tintas gramscianas. Nos anos 70 ele não escondia sua inclinação à jurisprudência alternativa, que tratava de interpretar as normas jurídicas mediante critérios de valoração ideológica e progressista para a libertação operária. Essa jurisprudência era, para o filósofo florentino, uma manifestação de luta de classe.<sup>11</sup>

É bem verdade que, hoje, Ferrajoli “apresenta-se com outra roupagem, dando um alcance teórico mais requintado – mais engenhoso, diríamos, à práxis alternativa do direito”.<sup>12</sup> Ferrajoli, membro da Magistratura Democrática, opera uma revolução no direito penal.

No Brasil, a doutrina de Ferrajoli irá ganhar contornos mais virulentos. Embebida de marxismo radical, a doutrina transportará o discurso da luta de classe para a seara penal: o velho discurso de luta entre burguesia e proletariado os grantistas transformarão em luta entre o Estado opressor e o criminoso oprimido. “A responsabilidade individual é obscurecida pela concepção de que o homem é escravo de um determinismo de leis naturais e sociais das quais só poderá se livrar ao, progressivamente, concebê-la e dominá-la”.<sup>13</sup> É a luta entre a sociedade injusta, representada pelo Estado

<sup>10</sup> OLIVEIRA, Gilberto Callado de, in *A Verdadeir Face do Direito Alternativo*, 6. ed., Curitiba: Juruá, 2012, p. 76.

<sup>11</sup> OLIVEIRA, Gilberto Callado de, in *A Verdadeir Face do Direito Alternativo*, 6. ed., Curitiba: Juruá, 2012, pp. 76-77.

<sup>12</sup> OLIVEIRA, Gilberto Callado de, in *A Verdadeir Face do Direito Alternativo*, 6. ed., Curitiba: Juruá, 2012, p. 77.

<sup>13</sup> SOUZA, Leonardo Giardin de, in *Bandidolatria e Democídio*, 2017, 1. ed., São Paulo: Editoras Armadas e Resistência Cultural, p. 148.

opressor, e o bandido, o oprimido, vítima da sociedade. O delinqüente comum ou político merecem clemência: ou “é um brinquedo das circunstâncias, assim merecendo mínima reprovação, ou age conscientemente pela causa proletária, sendo portando digno de honrarias”.<sup>14</sup>

### 3 DIREITO RESTAURATIVO: PRIMO RICO DO DIREITO ALTERNATIVO

Assim como o Direito Alternativo, a Justiça Restaurativa é uma reação ao direito positivado. O direito positivo faria parte da superestrutura e, portanto, seria instrumento de hegemonia da classe dominante. Encontra em Michel de Foucault um aliado teórico fundamental:

Merece destaque, neste aspecto, a obra *Vigiar e Punir* (1975) de Michel Foucault, que é um marco científico no que tange à maneira de pensar o direito penal no mundo ocidental; atualmente, inclusive. Nela, o Autor defende a ideia de que a punição e a vigilância são poderes destinados a educar cidadãos com vistas a obter a contenção da criminalidade e o cumprimento das normas e leis, em consonância com a vontade daquele que detém o poder. Em linhas gerais, conclui que, para o Estado, é mais rentável e eficaz vigiar e punir do que trabalhar os verdadeiros problemas erigidos de fatos jurídicos criminais.<sup>15</sup>

A Justiça Restaurativa prega, em síntese, o abolicionismo: “um movimento jurídico-social que propõe o fim da pena de prisão, bem como a extinção do próprio direito penal”.<sup>16</sup> Prega o minimalismo. “Assim como o abolicionismo, o minimalismo passa a ocupar o cenário de controle social e

<sup>14</sup> SOUZA, Leonardo Giardin de, in *Bandidolatria e Democídio*, 2017, 1. ed., São Paulo: Editoras Armadas e Resistência Cultural, p. 150.

<sup>15</sup> Justiça Restaurativa, in *Enciclopédia Jurídica da PUCSP*, Tomo I, p. 4. Fonte: [https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/justica-restaurativa\\_590b92b65031f.pdf](https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/justica-restaurativa_590b92b65031f.pdf) Acessado em: 7 ago. 2019.

<sup>16</sup> Justiça Restaurativa, in *Enciclopédia Jurídica da PUCSP*, Tomo I, p. 5. Fonte: [https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/justica-restaurativa\\_590b92b65031f.pdf](https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/justica-restaurativa_590b92b65031f.pdf) Acessado em: 7 ago. 2019.

das políticas criminais nas sociedades capitalistas a partir da década de 1970. O contexto em que ambos os movimentos emergem é o da deslegitimação dos sistemas penais.”<sup>17</sup> [sublinhei]

As digitais de Foucault são visíveis por todo o discurso da Justiça Restaurativa:

[...] por sistema penal se entendem as instituições que operacionalizam o controle penal (dos legisladores aos que fazem as leis serem cumpridas), as leis que programam e legitimam a sua atuação e os veículos de controle social (escola, mídia), que constroem e reproduzem a cultura e o senso comum punitivo.<sup>18</sup>

#### 4 O DISCURSO NEO-MARXISTA DAS MINORIAS

O discurso da Justiça Restaurativa visa às minorias. A noção de minorias nasceu de uma derivação do conceito marxista de luta de classe, mas o embasamento teórico do conceito de minoria foi desenvolvido pela Escola de Frankfurt. A Escola de Frankfurt foi precursora do pós-modernismo; sua filosofia, a Teoria Crítica, havia penetrado no meio acadêmico norte-americano, após Segunda Guerra Mundial.

A base ideológica da Escola de Frankfurt era o marxismo, a luta de classe. Os membros da Escola saíram da Alemanha fugindo do nazismo, pois Hitler não tolerava comunistas nem judeus, e eles coincidentemente eram as duas coisas. Todos foram recebidos nas universidades americanas. Ocorre que os EEUU viviam uma época de franco desenvolvimento, os operários americanos não estavam interessados em luta de classe nem em revolução. Foi quando os membros da Escola de Frankfurt descobriram os negros, sua nova freguesia. Mas não só os negros, havia os índios, as mulheres, os homossexuais, ou seja, havia minorias oprimidas aptas a receber o discurso

<sup>17</sup> Ibidem.

<sup>18</sup> Justiça Restaurativa, in *Enciclopédia Jurídica da PUCSP*, Tomo I, p. 7.

Fonte: [https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/justica-restaurativa\\_590b92b65031f.pdf](https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/justica-restaurativa_590b92b65031f.pdf)  
Acessado em: 7 ago. 2019.

socialista, devidamente adaptado para aquele contexto: o operário oprimido daria lugar à minoria oprimida. A Escola de Frankfurt projetou o conceito de luta de classe para todas as interações sociais, substituindo a concepção de complementariedade e de interesse mútuo por uma noção de oposição de interesses, colocando todos os grupos em conflito. Com isso, o velho discurso de luta de classe entre operários e patrões, tão caro ao marxismo clássico, era substituído por uma nova luta de classe em que o oprimido é a minoria e o opressor é a elite.

Nesse contexto, o homem branco torna-se o alvo da ira, porque representa o poder econômico e o poder político que historicamente oprimiram as minorias. A cultura ocidental (a filosofia greco-romana e a religião judaico-cristã) transforma-se na culpada de todos os males da humanidade: a colonização de outros povos, por exemplo. Sendo assim, era preciso substituir todos os valores da cultura ocidental, decretando a igualdade entre todas as culturas: a religião cristã passa a ser preconceituosa, ao passo que as religiões africanas e orientais passam a ser portadoras da mais elevada espiritualidade. É o império do multiculturalismo. Os africanos já não precisam integrar-se aos usos e costumes do país para o qual imigram, pois têm direito de manter sua cultura de origem e não integrar-se à cultura do povo que os recebe. O muçulmano, na França, tem direito de recusar a cultura local, mas o francês tem a obrigação de aceitar em seu país outras culturas.

Pois bem. A Justiça Restaurativa embarca no mito das minorias, tomando como referências iniciais tribos aborígenes e indígenas.

Julgamos adequado evidenciar que, para Howard Zehr, as primeiras experiências são simultaneamente as da Nova Zelândia, do Canadá e dos Estados Unidos da América. Nesses países, acima referidos, a população indígena nativa apresentava organização e metodologia para lidar com ocorrências criminais a partir de posturas que simbolizam os ideais defendidos pelo modelo restaurativo. Esse autor, estudioso de tribos indígenas pelo mundo, nos diz que os principais valores são encontrados também em outras comunidades indígenas, além dos maori da Nova Zelândia, como

por exemplo, os primeiros povos do Canadá e dos Estados Unidos da América.<sup>19</sup>

Qualquer semelhança com o Direito Achado nas Ruas<sup>20</sup>, variante do Direito Alternativo, não é mera coincidência.

## 5 A JUSTIÇA RESTAURATIVA E A PRAXIS PÓS-MODERNA

Os fundamentos filosóficos da Modernidade residem em Francis Bacon (1561-1626), René Descartes (1596-1650) e John Locke (1632-1704). Eles são modernos por causa de seu naturalismo filosófico, por sua absoluta confiança na razão e por seu individualismo. Os pensadores modernos partem da natureza. Eles enfatizam que a percepção e a razão são os meios de que o ser humano dispõe para conhecer a natureza.

O pós-modernismo é anti-realista, porque acredita que não seja possível falar sobre uma realidade com existência independente (não há correspondência entre o pensamento e a realidade); em vez disso, o pós-modernismo propõe uma descrição construcionista e sócio-linguística da realidade.

Porque não acredita na noção de realidade com existência em si, o pós-modernismo nega a razão ou qualquer outro método como meio objetivo de adquirir conhecimento objetivo da realidade. Na Pós-Modernidade, ao contrário da Modernidade, a ciência perde importância. A pós-modernidade substitui a realidade por constructos sócio-linguísticos; e enfatiza a subjetividade, a convencionalidade e a incomensurabilidade desses constructos.

A identidade dos indivíduos é construída pelos grupos sócio-linguísticos de que fazem parte. A natureza humana, portanto, é uma noção coleti-

<sup>19</sup> Justiça Restaurativa, in *Enciclopédia Jurídica da PUCSP*, Tomo I, p. 10.

Fonte: [https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/justica-restaurativa\\_590b92b65031f.pdf](https://enciclopediajuridica.pucsp.br/pdfs/justica-restaurativa_590b92b65031f.pdf)  
Acessado em: 7 ago. 2019.

<sup>20</sup> Direito Achado nas Ruas “é um movimento ideológico que, rompendo com a ainda presente estrutura normativista-burocrática, tem como fim redesenhar a noção de Direito, confundir e fundir seu conceito aos de liberdade e emancipação”. In “O direito achado na rua, sua concepção e prática”, de Lly Chaves de Morais Tolêdo.

Fonte: <https://jus.com.br/artigos/68998/o-direito-achado-na-rua-sua-concepcao-e-pratica>  
Acessado em: 7 ago. 2019.

vista. Como tal, a natureza humana é descrita dentro das relações de conflito entre grupos, conflitos que, segundo o pós-modernismo, é resolvido pelo uso da força, explícita ou dissimuladamente. O uso da força leva a relações de dominação, submissão e opressão. Por essa razão, os temas pós-modernos na ética e na política caracterizam-se por uma identificação e simpatia com os grupos oprimidos e por uma disposição de tomar partido em favor deles.

O desvalor da ciência alcança também o Direito. A Ciência Jurídica (analítica e dedutiva) é gradativamente absorvida pela Sociologia (experimental e empírica): é o retorno ao Sociologismo Jurídico de Gény, Kantarovsky e Ehrlich. Com novas roupagens.

## 6 GLOBALISTA X SOBERANIA NACIONAL

Diferentemente do Direito Alternativo, que foi um movimento de esquerda, a Justiça Restaurativa é um movimento globalista promovido por grandes Fundações.

Em decorrência dos efeitos da Primeira Guerra Mundial, Rockefeller passou a entender que a maior filantropia seria acabar com as guerras e que, para isso, a única maneira seria a formação de um governo mundial. Rockefeller inspirou-se no exemplo do Império Romano. Ele percebeu que, na Antigüidade, as guerras eram um fato generalizado e, por isso, o mundo era um lugar inseguro. Foi somente durante o Império Romano que as guerras cessaram. No Império Romano, o mundo era um lugar mais seguro. Isso inspirou Rockefeller a conceber um governo mundial.

Na mesma época, Warren Thompson, da Universidade de Columbia, escreveu a obra “Population”, na qual reinterpreta Thomas Malthus a partir de modernos estudos demográficos. Raymond Fosdick, presidente da Fundação Rockefeller, defendia a idéia de que a soberania das nações deveria ser reconsiderada. Jean Monnet, subsecretário da Liga das Nações e, mais tarde, o principal idealizador da União Européia, defendia a necessidade de superação do conceito de soberania das nações por um caminho mais econômico do que político.



O que está na base de todo o movimento jurídico em voga hoje é a globalização do direito, o qual se contrapõe à ideia de soberania nacional.

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto, em artigo intitulado Transadministrativismo, está em curso um fenômeno de desengajamento do Estado, uma linha que passa a conceber direito dentro de uma visão globalista.

Mais recentemente, tem recebido crescente aceitação a expressão direito administrativo transnacional, na qual a ênfase se desloca da globalização para o desligamento desta nova disciplina administrativa em relação ao Estado e, por essa razão, mais sucintamente denominada de transadministrativismo, uma expressão cunhada em paralelo à mesma linha doutrinal heterorreflexiva do transconstitucionalismo, entendida como a disciplina constitucional além do Estado.<sup>21</sup>

Agora vigora a tendência de criação de um direito transnacional, ou seja, de um direito que não seja resultado de um único centro de poder (o Estado soberano), mas sim resultado de centros de poderes transestatais. No dizer de Diogo de Figueiredo: “aqueles que se originam de necessidades ordinatórias das diversas sociedades, que não são providas pelos Estados, nem nacional, nem internacionalmente.

Surge e se desenvolve preocupantemente no mundo contemporâneo um déficit da soberania estatal, como precisamente a identificou J. Bartelson em sua Crítica do Estado, pois que, como ficção jurídica que é, na realidade, a soberania, ela apenas reflete historicamente o poder real das diferentes nações, que são cada vez menos aptas para reger eficientemente essas multifárias relações econômicas e sociais, que estão permanentemente deles a exigir a indispensável segurança jurídica. Como, não obstante, esse déficit é real, exigindo ser preenchido nas relações que se travam entre povos cada vez mais conscientes e interagentes, por isso a reclamar ordenamentos capazes de prover segurança jurídica às suas

---

<sup>21</sup> Transadministrativismo.

Fonte: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46458>  
Acessado em: 7 ago. 2019.

multifárias relações, as sociedades, postas independentemente dos Estados e de suas respectivas soberanias, elas próprias, para atender a essas demandas, passam a criar novos centros de poder além dos afetos aos Estados-nação: portanto, não mais nacionais, nem internacionais, nem supnacionais, mas transnacionais.<sup>22</sup>

É dentro desse quadro que a Justiça Restaurativa deve ser considerada: é parte de uma estratégia global. É um movimento que se insurge contra a soberania nacional com a finalidade de substituir o direito positivo por um direito coletivo desvinculado do sistema jurídico nacional. Seu anelo inconfessado é o enfraquecimento da soberania nacional.

## 7 MOVIMENTO SIMÉTRICOS

A Justiça Restaurativa e o Direito Alternativo são frutos da mesma árvore. Mediante discursos esteticamente diferentes, ambos pretendem fazer tábula rasa do direito positivo para substituí-los por um modelo de justiça coletivista, cuja normatização é ultra-estatal e multipolar, colocada em centros de poder difusos e politicamente independentes, instituídos consensualmente entre os interessados em regrá-los.

Enfatize-se, como signo auspicioso na milenar evolução do direito, que as tendências examinadas neste ensaio apontam a revalorização do consenso normativo, que se vem formando, com crescente intensidade, através de ligações horizontais, tanto entre indivíduos como, principalmente, entre organizações privadas, criando centros de poder independentes e, assim, reduzindo a influência decisional do Estado em um sem-número de relações sociais e econômicas.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> Ibidem.

<sup>23</sup> Ibidem.

Outro ponto em comum é o desprezo pela Ciência Jurídica, que é uma consequência direta da Pós-Modernidade. O Direito cede espaço à Sociologia, à Psicologia, às palestras motivacional etc. O jurista convola para sociólogo, depois para terapeuta e, por fim, para coach (um palhaço com credenciais).

De dupla maneira, a soberania nacional é atacada: o Estado deixa de ser fonte produtora das leis e é destituído da função de titular da composição de conflitos.

O Direito Alternativo e a Justiça Restaurativa partem do discurso da luta de classe. O discurso globalista, no entanto, é mais engenhoso: refere-se à “assimetria cratológica”. De qualquer modo, a igualdade, as diferenças sociais, a luta entre os detentores do poder e os oprimidos estão presentes na base do discurso dos dois movimentos. Em ambos se encontra a idéia de que o Estado, porque é instrumento de dominação da elite, não supre as demandas dos menos favorecidos, ou o faz de modo perverso e violento. A Justiça Restaurativa assim como o Direito Alternativo são duas versões revolucionárias a serviço de uma causa comum: o poder.

Diferem, no entanto, pelo fato acidental de que o Direito Alternativo surgiu de maneira marginal. Foi um movimento de insurgência de pouca penetração. A Justiça Restaurativa, ao contrário, veio a lume com ares de novidade *prêt-à-porter*, verdadeira panacéia afiançada pela ONU e, portanto, com a força de mandamento divino.

## 8 CONCLUSÃO

A Justiça Restaurativa é um movimento subversivo a serviço grupos internacionais que pretendem solapar a soberania nacional, com o aval da ONU. São os mesmos grupos que, de um lado, propalam a teoria da vitimização do bandido e, de outro, infundem na população o senso de que o Estado é impotente para o enfrentamento da criminalidade. Usam e abusam das estatísticas, manipulando-as para inflar a violência contra minorias e a população carcerária. Operam amiúde para criar um ambiente de descrédito

nas instituições para, em seguida, surgir com fórmulas mágicas que, a bem da verdade, são meros exercícios linguísticos que não guardam relação com a realidade.

# Legitimidade do uso de força letal por agentes de segurança pública<sup>1</sup>

**Cleber de Oliveira Tavares Neto**

Procurador da República e ex-Delegado de Polícia

**Douglas Santos Araújo**

Procurador da República e Mestre em Direito Penal pela UERJ

**RESUMO:** A conduta típica que se enquadra tanto como legítima defesa quanto como estrito cumprimento do dever legal deve ser tratada como dever legal devido à especificidade desta excludente. O policial em serviço que usa de força letal em legítima defesa própria ou de terceiro o faz no estrito cumprimento do dever legal de preservar a ordem pública e a incolumidade de pessoas. Se o uso de força letal como primeiro recurso contra suspeitos portando arma de fogo for a única opção que atenda à proporcionalidade no caso concreto, será dever legal do policial.

**PALAVRAS-CHAVES:** Uso da força. Agentes de segurança pública. Legítima defesa. Dever legal. Ordem pública. Arma de fogo.

## ENGLISH

**TITLE:** Legitimacy of the use of lethal force by law enforcement officials.

**ABSTRACT:** Typical conduct that fits as both self-defense and strict compliance with legal duty should be treated as legal duty because of the specificity of this exclusionary. A police officer on duty who uses lethal

---

<sup>1</sup> Publicado originalmente sem notas e com adaptações em: <https://www.gazetadopovo.com.br/instituto-politeia/quando-um-policial-pode-usar-forca-letal/>

force in self- or third-party self-defense does so in strict compliance with the legal duty to preserve public order and the safety of persons. If the use of lethal force as a first resort to suspects carrying a firearm is the only option that meets proportionality in this case, it will be the lawful duty of the officer.

**KEYWORDS:** Use of force. Public security officers. Self defense. Legal duty. Public order. Fire gun.

## SUMÁRIO

1 Introdução – 2 O primado da antijuridicidade – 3 Panorama geral das excludentes de ilicitude – 3.1 Evolução normativa – 3.2 A simbiose inadequada entre a legítima defesa e estrito cumprimento do dever legal – 3.2.1 Legítima defesa – 3.2.2 Estrito cumprimento do dever legal – 4 Consequências práticas do enquadramento como estrito cumprimento do dever legal – 5 O mito da progressividade do uso da força – 6 As circunstâncias reais no uso de força letal – 7 Conclusão.

### 1 INTRODUÇÃO

O limite jurídico do uso de força letal como primeiro recurso por agentes das forças de segurança pública (em lugar de primeiramente tentar efetuar a prisão ou impedir a agressão por outros modos) sempre foi um tema espinhoso. A juridicidade da ação típica está em volta da discussão sobre a existência de um perigo atual ou iminente, a gravidade do risco para o agente de segurança pública e para terceiros, a proporcionalidade da reação, a inexistência de outros meios menos gravosos e a situação concreta do agente para analisar todas essas circunstâncias em curto espaço de tempo.

O tema volta, mais uma vez, aos noticiários com a possibilidade aventada, pelo Governador eleito pelo Rio de Janeiro, de utilização de tiros de alta precisão disparados por policiais treinados (“snipers”) para neutralizar

criminosos que estejam em vias públicas portando fuzis, especialmente em áreas conflagradas, sabidamente dominadas por organizações criminosas de tráfico de drogas. A discussão gira sobre a incidência da excludente de ilicitude de legítima defesa, notadamente a presença dos requisitos de proporcionalidade da ação e a iminência do risco de agressão.

No entanto, antes de tentarmos responder, necessário, primeiro, tentarmos compreender os exatos contornos jurídicos do problema que, a nosso sentir, parecem deslocados.

## 2 O PRIMADO DA ANTIJURIDICIDADE

A antijuridicidade é condição necessária, mas não suficiente, para que uma conduta seja qualificada como criminosa. É a contradição entre a conduta e a norma jurídica, cuja violação gera lesão a um bem jurídico, que forma a tipicidade. O injusto penal, para sua formação, precisa de um duplo revestimento, vez que além de típico deve ser antijurídico.

Em que pese relegada muitas vezes a segundo plano, sob o aspecto teleológico, a antijuridicidade é o coração do crime, possuindo primado sobre os outros elementos da estrutura dogmática. Podemos asseverar que o tipo é o corpo do crime, mas a sua alma, que é a antijuridicidade, existe antes e para além da tipicidade. Isso porque, em regra, toda conduta antes de ser prevista como criminosa, já detinha a qualidade de ilícita pelos outros ramos jurídicos. E ainda que sobrevenha uma lei que descriminalize a conduta criminosa, a sua ilicitude, normalmente, ainda permanecerá frente ao ordenamento jurídico. Não é por outro motivo que o Direito Penal possui o caráter fragmentário e subsidiário, uma vez que somente alguns bens jurídicos são selecionados para ser objeto de tutela, quando os demais ramos do direito se revelaram insuficientes para que o Estado cumpra seu dever de proteção.

O injusto penal é um ser vivo no mundo do crime. Despido do seu corpo, que é representado pelo tipo penal, o seu espírito sobrevive, mas não no mundo criminoso. Por sua vez, um fato incriminado, mas destituído de alma por ser lícito, não passa de um cadáver insepulto na terra do delito.

A ideia posta remete-nos ao gráfico exemplificado por Toledo no sentido da existência de dois círculos concêntricos em que o maior seria do injusto extrapenal (civil, administrativo etc.) e o menor representa o injusto penal cercado de maiores exigências.

### 3 PANORAMA GERAL DAS EXCLUDENTES DE ILICITUDE

A ideia sobre a existência de excludentes de ilicitude, também conhecidas como causas ou circunstâncias de justificação, causas objetivas de exclusão do crime, causas de licitude ou eximentes, só foi possível depois da sistematização da ilicitude como elemento autônomo e objetivo do delito, dissociado da tipicidade, culpabilidade e punibilidade.

No passado, as excludentes de ilicitude eram previstas juntamente com as normas que previam os crimes em espécie. De forma gradual é que as causas justificantes foram incorporadas à parte geral do Código Penal, irradiando seus efeitos a todos os crimes. A legítima defesa é a excludente por excelência. Inicialmente prevista para os crimes de homicídio, depois foi estendida para a defesa de qualquer direito agredido e incluída na parte geral dos Códigos Penais. No Brasil, não foi diferente. O livro quinto, nos títulos XXXV e XXXVIII, das Ordenações Filipinas, justificava o homicídio quando realizado em defesa da própria vida ou pelo marido contra a mulher adúltera ou seu amante<sup>2</sup>. No Código Penal de 1830, a legítima defesa ganhou foro na parte geral, ao qual voltaremos mais à frente.

---

<sup>2</sup> “[...] Qualquer pessoa, que matar outra, ou mandar matar, morra por ello morte natural. Porém, se a morte for em sua necessária defenção, não haverá pena alguma, salvo se nella excedeo a temperança, que devera e poderá ter, porque então será punido segundo a qualidade do excesso. E se a morte fôr por algum caso sem malícia ou vontade de matar, será punido, ou relevado segundo sua culpa, ou inocência, que no caso tiver.”

Do que matou sua mulher, póla achar em adultério. Achando o homem casado sua mulher em adultério, licitamente poderá matar assi a ella, como o adultero, salvo se o marido for peão, e o adultero fidalgo, ou nosso desembargador, ou pessoa de maior qualidade. Porém, quando matasse algumadas sobreditas pessoas, achando-a com sua mulher em adultério, não morrerá por isso mas será degradado para África com pregão na audiência pelo tempo, que os Julgadores bem parecer, segundo a pessoa, que matar, não passando de três annos.



Há que se pontuar que o processo de deslocamento das causas eximentes de ilicitude para a Parte Geral do Códigos Penais não pode levar a conclusões distorcidas. Primeiro, nem todas as excludentes de ilicitude podem ser aplicadas a todos os crimes, em razão do raio limitado de ação de alguns de seus requisitos. Segundo, o rol de justificantes constante no Código Penal não é exaustivo, visto que a licitude da conduta pode decorrer da incidência de outras normas extrapenais ao caso concreto. Terceiro, as causas de justificação são normais penais comuns que não se submetem à proibição de interpretação analógica. Quarto, as excludentes de ilicitude não são excludentes ou opostas entre si, podendo haver uma relação de congruência ou subsidiariedade.

O Código Penal prevê quatro causas justificantes - legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de um direito. No entanto, apesar de cada ordenamento jurídico prever espécies distintas de causas de excludentes de ilicitude, pode-se asseverar que elas podem ser divididas, ainda que formalmente, em dois grandes grupos. O primeiro agrupamento são ações acobertadas por direito ou faculdade legal titularizada pelo agente. O segundo grupo compreende ações impostas pelo ordenamento jurídico. O critério distintivo reside na discricionariedade ou não da conduta. O primeiro atua, podendo não fazê-lo. O segundo deve atuar, ainda que não o queira<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Não me refiro às tentativas de sistematização material da causas de justificação, seja na defesa de teorias monistas, as quais redirecionam a uma ideia reitora compreensiva total, ou a teorias pluralistas, como a de Mezger, com a ideia de dois princípios relativos ao “interesse preponderante” e o da “ausência de interesse” ou, ainda, na de Blei, que se escora no “princípio do direito preponderante” e no “princípio da ausência do injusto”. Jakobs ventila a existência de três princípios basilares, quais sejam: o da responsabilidade pela vítima da ofensa, o princípio da definição de interesses por parte da vítima da ofensa e o princípio da solidariedade.

Roxin, por sua vez, reconhecendo a dificuldade na sistematização, defende a pluralidade de princípios incidentes para as causas justificantes abertas, de forma a buscar a realização da ilicitude material utilizando-se dos princípios de ordenação social em que se baseiam. O penalista alemão ressalta que estes princípios são apresentados em números e combinações diferentes nas diferentes causas de justificação e operam como diretrizes interpretativas para especificar seu respectivo conteúdo. Assim, a legítima defesa poderia ser explicada por meio do “princípio da proteção” e do “princípio da prevalência da lei”. De outra banda, o estado de necessidade defensivo combina o princípio da “proteção” com o “princípio da proporcionalidade”, por exemplo.

Dentro de cada grupo, em regra, há elementos coincidentes e até especializantes, fazendo que haja uma relação de gênero e espécie e até mesmo de gradação subsidiária. Ademais, uma mesma situação fática pode preencher simultaneamente excludentes de um mesmo grupo ou excludentes previstas em grupos distintos.

No Direito Penal brasileiro, podemos concluir que a legítima defesa, estado de necessidade e exercício regular de um direito integram o grupo de eximentes dos direitos. Nas três espécies acima citadas, o ordenamento jurídico faculta a proteção de um bem jurídico contra uma lesão cuja defesa pode ocasionar lesão ou prejuízo a outros bens jurídicos. Em comum, encontra-se a discricionariedade da sua tutela pelo agente. Quando uma pessoa mata ou fere um agressor em proteção própria ou ainda quando sacrifica a vida de outro, ainda que inocente, para se salvar, está exercendo o direito natural de autopreservação. O primeiro caso está no âmbito da legítima defesa e o segundo no estado de necessidade. Da mesma forma, atuam o pai ou mãe que, no exercício do poder familiar, repreendem e castigam, de forma moderada, seus filhos.

O estrito cumprimento do dever legal é a única espécie de eximente do gênero de deveres de ação no Código Penal e, talvez por isso, mal analisado pela doutrina e jurisprudência, relegado indevidamente a situações menores que não retratam a real serventia a que se destina. Não é raro os manuais omitirem exemplos concretos de sua incidência ou, pior, repetirem os mesmos casos banais do oficial de justiça atuar na penhora de um bem particular ou do policial em efetuar a prisão em flagrante, que quase nunca geram nenhuma controvérsia digna de nota para excluir os crimes de furto e constrangimento ilegal.

A especialização das causas justificantes, inclusive com a previsão de requisitos, delineando precisos limites para a sua incidência, é importante por conferir segurança jurídica tanto ao cidadão, ao agir na sociedade, quanto ao Estado-Juiz, no momento da aplicação da lei penal. Vimos que a ausência de previsão expressa no Código Penal de excludentes de ilicitude não é fator obstativo para que se reconheça a licitude do comportamento

típico se o ordenamento jurídico como um todo autoriza a conduta do agente. No entanto, da forma como redigido o Código Penal ao prever o exercício regular de um direito como causa justificante, praticamente abarca de forma genérica todas as faculdades legais quando exercidas de forma regular. Nessa linha, embora a doutrina, praticamente quase de forma unânime, classifique o consentimento do ofendido como uma causa supralegal de excludente de ilicitude, desnecessário recorrer a esse estratagema, porque nada mais é que o exercício regular de se renunciar a um direito disponível.

Embora pouco usual, não há impedimento legal para que incida de forma cumulativa mais de uma causa justificante numa conduta penalmente típica, ressalvados os casos, como pondera ROXIN, em que uma eximente mais restritiva regule de maneira especial uma parte de uma causa justificante, de forma a conferir efeitos diferenciados quanto ao seu modo de incidência, forma ou extensão de seus efeitos, havendo uma verdadeira especialidade no sentido funcional.

### 3.1 Evolução normativa

O primeiro Código Penal brasileiro de 1830 previu na parte geral as seguintes espécies de causas de justificação:

- a) estado de necessidade;
- b) legítima defesa própria;
- c) legítima defesa dos familiares;
- d) legítima defesa de terceiros;
- e) Cumprimento do dever legal;<sup>4</sup>

<sup>4</sup> Art. 14. Será o crime justificavel, e não terá lugar a punição d'elle:

1º Quando fôr feito pelo delinquente para evitar mal maior.

Para que o crime seja justificavel neste caso, deverão intervir conjuntamente a favor do delinquente os seguintes requisitos: 1º Certeza do mal, que se propôz evitar: 2º Falta absoluta de outro meio menos prejudicial: 3º Probabilidade da efficacia do que se empregou.

2º Quando fôr feito em defeza da propria pessoa, ou de seus direitos.

3º Quando fôr feito em defeza da familia do delinquente.

Para que o crime seja justificavel nestes dous casos, deverão intervir conjuntamente os seguintes requisitos: 1º Certeza do mal, que os delinquentes se propozeram evitar: 2º Falta absoluta de outro meio menos prejudicial; 3º O não ter havido da parte delles, ou de suas familias provocação, ou delicto, que occasionasse o conflicto.

f) exercício do direito de castigar filhos, escravos e alunos.

O Código Penal de 1890 abandonou a expressão do Código anterior no sentido de que o crime seria justificável para centrar na figura do autor do crime, não qualificando como criminoso quem agir em estado de necessidade, legítima defesa própria e de terceiro<sup>5</sup>, no exercício de um ato lícito e em obediência legal<sup>6</sup>.

O Código Penal de 1940, em sua redação original estabeleceu como causas excludentes de criminalidade o estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular de direito<sup>7</sup>, que foram mantidas na reforma da parte Geral de 1984, embora com pequenas alterações no tocante ao excesso, requisitos e própria nomenclatura<sup>8</sup>.

4º Quando fôr feito em defeza da pessoa de um terceiro.

Para que o crime seja justificavel neste caso, deverão intervir conjuntamente a favor do delinquente os seguintes requisitos: 1º Certeza do mal, que se propôz evitar: 2º Que este fosse maior, ou pelo menos igual ao que se causou: 3º Falta absoluta de outro meio menos prejudicial: 4º Probabilidade da efficacia do que se empregou.

Reputar-se-ha feito em propria defeza, ou de um terceiro, o mal causado na repulsa dos que de noite entrarem, ou tentarem entrar nas casas, em que alguém morar, ou estiver, ou nos edificios, ou pateos fechados a ellas pertencentes, não sendo nos casos em que a Lei o permite.

5º Quando fôr feito em resistencia á execução de ordens illegaes, não se excedendo os meios necessarios para impedil-a.

6º Quando o mal consistir no castigo moderado, que os pais derem a seus filhos, os senhores a seus escravos, e os mestres a seus discipulos; ou desse castigo resultar, uma vez que a qualidade delle, não seja contraria ás Leis em vigor.

<sup>5</sup> Art. 32. Não serão também criminosos:

§ 1º Os que praticarem o crime para evitar mal maior;

§ 2º Os que o praticarem em defesa legitima, propria ou de outrem.

A legitima defesa não é limitada unicamente á protecção da vida; ella comprehende todos os direitos que podem ser lesados.

<sup>6</sup> Art. 27. Não são criminosos:

(..)

§ 6º Os que commetterem o crime casualmente, no exercicio ou pratica de qualquer acto lícito, feito com attenção ordinaria;

Art. 28. A ordem de commetter crime não isentará da pena aquelle que o praticar, salvo si for cumprida em virtude de obediencia legalmente devida a superior legitimo e não houver excesso nos actos ou na fôrma da execução.

<sup>7</sup> Exclusão de criminalidade

Art. 19 . Não há crime quando o agente pratica o fato:

I – em caso de necessidade;

II – em legítima defesa;

III – em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

<sup>8</sup> Art. 23 – Não há crime quando o agente pratica o fato:

I - em estado de necessidade;

II - em legítima defesa;

III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Entretanto, a aparição e evolução da nomenclatura dos vários institutos não significa que antes eles simplesmente inexistiam, ou seja, que as condutas por eles hoje albergadas eram consideradas criminosas. Peguemos, por exemplo, o estrito cumprimento do dever legal. Independentemente do nome que se dê à justificante, é óbvio que os seus mais radicais exemplos: a execução da sentença de morte pelo carrasco e o homicídio de soldados inimigos, jamais foram tomados como ilícitos. Neste ponto, faria todo sentido olhar retroativamente pela perspectiva da teoria da *ratio essendi*, porque, afinal, não poderiam considerar típica uma conduta determinada pelo ordenamento jurídico.

### **3.2 A simbiose inadequada entre a legítima defesa e estrito cumprimento do dever legal**

#### ***3.2.1 Legítima defesa***

O instinto de autopreservação tem seu reconhecimento máximo no instituto da legítima defesa, que foi a primeira causa excludente de ilicitude prevista nos Códigos Penais na parte especial e que era restrita ao crime de homicídio<sup>9</sup>. Não se trata de uma delegação do Poder Público ao particular de atuação em razão de uma necessidade de contingente. É um direito anterior, prévio, natural, que hoje se qualifica como um direito humano fundamental de lutar pela própria existência contra uma agressão injusta.

Não se trata de vingança ou punição porque a legítima defesa só incide para cessar ou impedir uma agressão, jamais para punir uma agressão passada. Da mesma forma, a sua aplicação não é subsidiária à ação do Estado em tutelar o bem jurídico agredido, isto é, não se exige que o Estado esteja

---

<sup>9</sup> Além das Ordenações Filipinas aplicáveis no Brasil desde 1603 até 1830 no que toca à parte dos crimes e das penas. Podemos mencionar, ainda, *Lex Carolina* de 1532 do Sacro Império romano germânico. A *Lei Carolina*, no art. 140, permitiu a legítima defesa contra agressões com armas à vida ou integridade física, desde que não houvesse possibilidade de fuga. O Código Prussiano de 1794 admitiu a legítima defesa de coisas, desde que não se matasse o agressor e não houvesse possibilidade de pedir auxílio de autoridade. O Código Penal de Baviera de 1813 manteve a subsidiariedade da autodefesa, sem, todavia, exigir proporcionalidade entre o dano causado e o evitado.

impossibilitado de naquele momento atuar para defender o bem jurídico agredido, já que o seu titular não está obrigado a suportar a ofensa. A legítima defesa está imbuída de ato ético positivo que inibe o Estado de impor aos seus cidadãos a observância de um quadro moral de covardia ou a resignação contra agressões injustas. Portanto, além de uma proteção individual, também possui eco no prevalecimento do Direito sobre a iniquidade.

Desde o Código Penal de 1830, a legítima defesa passou a ser aplicada a todo e qualquer direito sob ameaça, desde que observados os requisitos legais, que hoje estão previstos no art. 25 do CP, a saber: a) repelir agressão atual ou iminente, b) uso moderado dos meios necessários e c) vontade de defender direito próprio ou de terceiro.

Cai a lançar observar que a legítima defesa é o reconhecimento de um direito natural e, como tal, não pode ser imposto coativamente ao agente, sob pena de transformar um direito em um dever. Com efeito, o Estado, da mesma forma que não obriga o agente a fugir da agressão, também não o impele a reagir, não podendo deste comportamento extrair qualquer consequência negativa para a vítima. Embora evidente, grande parte da doutrina e jurisprudência vem utilizando indevidamente o instituto da legítima defesa em situações em que o agente atua em razão do dever legal de proteção a terceiros.

Um particular que atua de forma a impedir um roubo à mão armada em sua defesa ou de terceiro e que, na ação, estando preenchidos os requisitos legais do art. 25 do CP, mata o agressor, atua claramente em legítima defesa.

### ***3.2.2 Estrito cumprimento do dever legal***

Agora, troquemos o agente da situação acima por um policial. Quando um policial se vê vítima de uma agressão injusta de um assaltante que atente gravemente contra sua incolumidade física, pode, se necessário, usar força letal para afastar o risco a sua vida que estará amparado pela legítima defesa própria quando preenchidos os requisitos do art. 25 do CP. Nesse caso, em nada muda quanto à conclusão acima.

No entanto, quando o policial em razão ou no exercício de suas funções intervém para defender a vida de terceiro, ameaçada por uma agressão injusta, atua no estrito cumprimento de dever legal de proteção dos cidadãos. Reconhecer neste caso a situação de legítima defesa de terceiro é contradizer os seus próprios fundamentos e fazer tábula rasa do dever constitucional dos agentes de segurança pública.

Os agentes de segurança pública possuem, dentre de suas funções, o dever constitucional de preservar a ordem pública e assegurar a incolumidade das pessoas e do seus patrimônios previsto no art. 144 da Constituição da República Federativa (CRFB/88). Esses deveres são a contrapartida estatal ao direito fundamental à segurança, inscrito no caput dos art. 5º e 6º.

A legítima defesa é um direito, uma faculdade legal que pode ou não ser exercida. O policial, neste caso, não tem mera discricionariedade em atuar caso vislumbre que a vítima está sofrendo um sério risco a sua vida e que é possível agir, com segurança para todos, de forma a afastar a agressão injusta. Se assim não proceder, poderá inclusive ser responsabilizado funcionalmente e até como co-autor por crime comissivo por omissão, já que se encontra na posição de garantidor, na forma do art. 13, parágrafo 2º, “A” do Código Penal.

Incompreensível que parcela relevante da doutrina encaixe a situação narrada como legítima defesa de terceiro, sob o argumento de não existir no ordenamento jurídico o dever legal de matar, salvo nos casos de condenação por crime militar a pena de morte e em situações de guerra declarada. O simples fato de a atuação do policial ser vinculada, por si, afasta a legítima defesa que, como já vimos, é facultativa.

Mas não é só! O policial, ao usar de força letal para neutralizar de forma imediata a ameaça, empreende esforços para o fiel cumprimento de seu dever de proteção. Não o faz em cumprimento ao dever de matar, mas ao contrário, o faz no dever de preservar a vida. Inadequado tomar o resultado como a própria causa da ação. Se a morte do agressor resultar do dever de proteção empreendido pelo policial, não se deve tomar a consequência.

Ademais, ainda que o uso da força letal fosse apenas para resguardar a própria vida, não haveria aqui apenas a legítima defesa. A função constitu-

cional de preservar a ordem pública tem como corolário o dever de fazer cessar crimes que presencie em flagrante. O Código de Processo Penal traz como consequência desse dever a ordem de que as autoridades policiais prendam quem quer que se encontre em flagrante delito (se possível, já que o próprio código traz a hipótese da resistência). Vejam que, nesse caso, há uma especificação cada vez maior no dever do policial até chegar à situação concreta em que este verá qual a sua conduta que efetivamente realizará o dever legal de manter a ordem pública e a incolumidade de pessoas e bens.

Ora, todas as excludentes de ilicitude aceitam o resultado morte como um resultado lícitamente possível, não só em caso de legítima defesa. Os livros trazem o caso da “última tábua de salvação em naufrágio” como exemplo de homicídio em estado de necessidade. Além disso, um homicídio, inclusive doloso, pode resultar de um exercício regular de direito. O típico exemplo dos esportes de luta serve aqui perfeitamente. Se um dos atletas morre e todas as regras para o exercício regular (do direito) para a prática daquele esporte foram observadas, a intenção do outro combatente é irrelevante, se não se demonstrou através da violação de alguma regra do esporte. Podemos disfarçar que a morte se deu por caso fortuito (como queria a doutrina de Nelson Hungria), mas a verdade é que lutas são artes letais e esportes de contato são perigosos por natureza.

Em situação específica, o Código Penal também prevê a morte dolosa como exercício regular de direito. É o caso do aborto realizado por médico em situações determinadas (art. 128, II, do Código Penal). E o que é a legítima defesa senão uma espécie de exercício regular de direito? Afinal, o direito à vida, assim como à posse, obviamente incluem o direito de defendê-las. Por isso o Código Civil prevê o direito de defesa ou manutenção da posse por meio da força (que seria simplesmente legítima defesa, caso não estivesse prevista na lei civil). Além disso, ainda estende o direito de defesa temporalmente. Assim, há tanto legítima defesa quanto exercício regular de direito no caso de manutenção da posse; já no caso do desforço imediato



visando à restituição da posse, o que há é somente o exercício regular do direito previsto no artigo 1210, § 1º do Código Civil<sup>10</sup>.

#### 4 CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS DO ENQUADRAMENTO COMO ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL

Se todos os institutos possuem a mesma natureza jurídica de excludente de ilicitude, por que se discute a aplicação de um ou outro?

Para além das discussões doutrinárias acerca da adoção da teoria da ratio essendi ou da ratio cognoscendi, em que por aquela se excluiria a própria tipicidade (mas que no Brasil não é adotada), há, sim, decorrências práticas de estarmos perante um ato de autoridade pública.

Os atos das autoridades, todos sabemos, possuem presunção de legitimidade. Por isso que, juridicamente, os depoimentos dos policiais possuem peso maior do que outros testemunhos produzidos no processo penal.

Da mesma forma, a ação policial terá, normalmente, presunção de que foi feita nos estritos limites do dever legal de preservar a ordem pública e a incolumidade de bens e pessoas (inclusive de criminosos em flagrante delito). Uma ação em legítima defesa, por outro lado, coloca o agressor e aquele que se defende em patamar de igualdade, precisando a autoridade policial de mais elementos (testemunhos, evidências físicas) que comprovem as declarações da pessoa que afirma ter praticado a ação típica em legítima defesa. Embora processualmente tanto o Auto de Resistência<sup>11</sup>, relativo ao estrito cumprimento do dever legal, quanto o Auto de Prisão em Flagrante<sup>12</sup>,

<sup>10</sup> BRODT, Luis Gustavo Sanzo. Entre o Dever e o Direito. Revista da Faculdade de Direito JURIS, Rio Grande, v. 11: 299-313, 2005.

<sup>11</sup> O Auto de Resistência, mera peça inaugural do inquérito policial, assim como a Portaria e o Auto de Prisão em Flagrante, atualmente não é mais usado devido à Resolução Conjunta nº 2, entre o Conselho Superior de Polícia do Departamento de Polícia Federal e o Conselho Nacional dos Chefes de Polícia Civil, publicado no Diário Oficial da União de 04 de janeiro de 2016.

<sup>12</sup> A autoridade policial também poderia instaurar o inquérito policial por meio de Portaria para ambos os casos. Entretanto a doutrina faz essas diferenciações, não havendo dúvida de que todos possuem natureza de inquérito policial, já que todos estão sujeitos às mesmas regras procedimentais, apenas mudando a peça inaugural. Entretanto, quaisquer das situações pode ser tratada por meio de inquérito policial instaurado por Portaria, caso o réu não seja recolhido à prisão após a lavratura.

para situações de legítima defesa, possuam o mesmo destino: Ministério Público e, após, Poder Judiciário, eles se referem a situações distintas.

A jurisprudência dos vários tribunais é farta em apontar casos de ação policial que resultam em morte como sendo no estrito cumprimento do dever legal e, cumulativamente, como legítima defesa. A diferença na aplicação dos institutos é colocada de modo claro nesta decisão de rejeição de denúncia em que um policial rodoviário federal fora acusado de homicídio. Transcrevo alguns parágrafos pela clareza com que se analisaram fato e direito:

14. Nesse ponto específico, destaco que o agente de segurança, diante do diminuto tempo para decidir como atuar, conforme asserido pelos peritos, não pode hesitar em agir, no estrito cumprimento de seu dever legal - que é o de velar pela segurança da sociedade - sendo indiscutível que o receio de atuar, valendo-se dos meios necessários e conferidos pelo aparato estatal, pode acarretar o comprometimento da promoção da segurança dos cidadãos.

15. Na forma dos artigos 6º e 144, ambos da Constituição Federal, a segurança, direito social e dever do Estado, deve ser exercida também pela Polícia Rodoviária Federal, a quem incumbe resguardar as rodovias federais, mediante o uso do aparato posto à disposição do agente de segurança, inclusive, de armas de fogo, como na situação analisada.

16. Não se mostra razoável exigir-se do policial, ora acusado, que aguardasse, de modo passivo, para além do risco assumido em razão do exercício de suas atividades funcionais, a concretização do disparo de arma de fogo pelo suspeito, expondo-se a perigo concreto, para somente a partir de tal momento fazer uso da arma que lhe foi conferida para o cumprimento de seu munus que é o de garantir a segurança da coletividade.

(...)

21. Registro, por fim, que a presunção de atuação regular e de boa-fé do Policial Rodoviário Federal, que se coloca, cotidianamente, em situação de risco em proteção da sociedade, somente pode ser afastada diante de elementos concretos que evidenciem a conduta criminosa, inocorrente na espécie, repito.<sup>13</sup> (sem destaques no original)

O caso se referia a um policial rodoviário federal que, ao abordar criminosos em situação de flagrante delito, resistiram à prisão com uso de força letal. O criminoso que veio a falecer fez uso de uma arma de fogo que, porém, não chegou a disparar por falha na munição. A juíza do caso en-

<sup>13</sup> Nº 0044047-59.2012.4.01.3400 - 12ª VARA - BRASÍLIA. Decisão publicada em 23/10/2017.

tendeu que não é exigível aguardar o funcionamento da arma para só então se poder fazer uso de força letal. Superou-se, portanto, a falsa ideia de que o policial somente pode usar força letal após tentar todos os outros meios existentes.

## 5 O MITO DA PROGRESSIVIDADE DO USO DA FORÇA

Existe um mito de que o policial, ao se deparar com uma situação de flagrante delito, deve selecionar meios progressivamente mais incisivos conforme a reação do suspeito progrida em resposta à abordagem. O erro aqui está em achar que a ação do policial independe da situação concreta que já se apresenta a ele. Assim, mesmo ao se deparar com um crime em andamento com uso de arma de fogo para emprego letal imediato pelo criminoso, deveria sempre antes usar de comando verbal (dar voz de prisão ou negociar uma rendição). Nem sempre.

O próprio conceito do que seria o uso progressivo da força já desmente essa ideia, pois esta seria a “seleção adequada de opções de força pelo policial em resposta ao nível de submissão do indivíduo suspeito ou infrator a ser controlado”<sup>14</sup>.

Os modelos usados pelas polícias para avaliação da força a ser empregada pelo policial, em cada caso concreto, são muito assemelhados, sempre se apoiando implicitamente no trinômio do princípio da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade estrita. Pegando-se o modelo mais genérico, tem-se o seguinte quadro<sup>15</sup>:

---

<sup>14</sup> MOREIRA, Cícero Nunes; CORRÊA, Marcelo Vladimir. *Manual de Prática Policial*. Belo Horizonte, 2001, p. 77. Apud HEMANN, Egon Ferreira Plat. O emprego legítimo da força letal na atividade policial como medida extrema de preservação da ordem pública. Trabalho de conclusão de curso de bacharelado em Segurança Pública da Universidade do Vale do Itajaí. Florianópolis. 2007. p. 51. Disponível em <<http://biblioteca.pm.sc.gov.br/pergamum/vinculos/000001/00000110.pdf>> Acesso em 10/02/2019.

<sup>15</sup> Tabela do estudo “Abordagem Policial” retirado da decisão de rejeição de denúncia no processo Nº 0044047-59.2012.4.01.3400 - 12ª VARA - BRASÍLIA.

Nível de Resistência do Suspeito	Nível de Controle da Força usada pelo Policial
Presença do suspeito	Posição de abordagem
Resistência verbal	Comando verbal
Resistência passiva	Técnicas de condução do preso
Resistência defensiva	Agentes químicos
Resistência física ativa	Táticas físicas/outras armas
Uso de arma de fogo e força letal	Uso de arma de fogo e força letal

Demonstrando que se trata de um padrão de comportamento baseado numa simples observação da realidade, vejamos também o quadro do Departamento de Polícia de Phoenix (EUA)<sup>16</sup>:

Categorias de uso progressivo da força – Departamento de Polícia de Phoenix (EUA)	
Polícia	Suspeito
0. Ausência de força	0. Ausência de resistência
1. Presença policial	1. Intimidação psicológica
2. Comandos verbais	2. Não-submisso
3. Controle e imobilização (algemar)	3. Resistência passiva
4. Agentes químicos	4. Resistência defensiva
5. Táticas e armas	5. Atitude agressiva
6. Arma de fogo/força letal	6. Arma de fogo/resistência letal

Em quaisquer dos quadros que se olhe, é fácil observar que, ao uso de arma de fogo ou qualquer outro meio letal pelo suspeito, corresponde o uso de força letal pela polícia. Isso obviamente não quer dizer que se usará de força letal de imediato em qualquer situação em que o suspeito estiver portando uma arma letal, mas que isso, em conjunto com as demais circunstâncias (local propício ou não para abordagem, possibilidade de resistência, possibilidade de a reação matar ou ferir gravemente o policial ou terceiros etc.), será considerado pelo policial na abordagem ao escolher qual das categorias ou níveis de força empregar.

A decisão de disparo pelo policial, ou seja, o uso da força letal, também pode ser avaliada por meio do Triângulo do Tiro<sup>17</sup>, em que o policial

<sup>16</sup> Hemann. Op cit. p. 63.

<sup>17</sup> Hemann. Op cit. pp. 81-83.

avalia três itens relativamente ao agressor. Primeiro, a sua habilidade, que, no nosso caso hipotético, é a capacidade de um suspeito armado usar a arma que porta para atingir o policial ou terceiros. Segundo, a oportunidade, que é a possibilidade de o suspeito efetivamente atingir o policial ou terceiros (que no exemplo de criminosos portando fuzis em flagrante delito é larga, tendo em vista o alcance e energia dos seus projetis e a certeza da resistência no caso de aproximação policial). O terceiro item é o perigo, que é a intenção do uso de força letal pelo suspeito, gerando risco ao policial ou terceiros inocentes.



Combinando-se todas as hipóteses acima em uma situação concreta, o uso de força letal pode surgir como melhor decisão a ser tomada pelo policial e, portanto, como dever legal.

Essa visão romântica de que o uso da força deve ser progressivo e só se inicia após a resistência do agressor à prisão é, provavelmente, fruto de má interpretação de nosso Código de Processo Penal, quando fala da hipótese de resistência pelo criminoso ou terceiros no artigo 292, que gerou o Auto de Resistência para casos de tentativa de prisão que resultam em morte. Analisando friamente o texto legal<sup>18</sup>, observa-se que ele deveria ser usado para casos em que há prisão, não (somente) nos casos em que há morte.

<sup>18</sup> Art. 292. Se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas.

Entretanto, dele se extraem (erroneamente) a necessidade de primeiro se tentar efetuar a prisão apenas oralmente para só então se usar dos meios “necessários” para vencer a resistência, o que poderia ser interpretado como progressividade no uso da força.

De qualquer forma, é possível extrair desse dispositivo que é dever legal do policial usar de força contra criminosos e contra quem quer que os auxilie (embora o dispositivo empregue o verbo “poderão”, é certo que, caso não efetuem a prisão por não quererem enfrentar o perigo, o policial responderá por prevaricação ou mesmo pelo próprio crime cometido pelo agressor, na condição de garantidores). E, pela própria prática jurídica, sabemos que só se lavram Autos de Resistência quando a morte é causada por policiais no exercício da função. Portanto, o uso de força letal já é encarado pela nossa prática jurídica como cumprimento de dever legal do policial. Embora se use em alguns casos o termo “legítima defesa” e os critérios da legítima defesa ao se avaliar a conduta do policial (porque a situação fática que justifica a conduta do policial é a mesma tanto no caso da legítima defesa quanto no cumprimento do dever legal), não se desconsidera a sua especial condição de agente público no exercício de uma função constitucionalmente determinada.

Se há o dever constitucional do policial preservar a ordem pública e a incolumidade de pessoas e bens, e se há o dever de usar dos meios necessários para vencer a resistência à prisão em flagrante, devemos nos questionar se, antes de usar força letal, o agente público deve expor a incolumidade de pessoas a risco. Mais especificamente, se o risco a que pessoas próximas estão expostas é de morte, o que impede o policial de usar diretamente de força letal para neutralizar a pessoa em flagrante delito e na iminência de agredir injustamente pessoas no seu entorno?

## **6 AS CIRCUNSTÂNCIAS REAIS NO USO DE FORÇA LETAL**

Neste ponto, os requisitos da legítima defesa se somam aos deveres legais do policial para justificar o uso de força letal como primeiro recurso

em certas situações. Genericamente falando, há situações em que um crime está ocorrendo ou na iminência de ocorrer e o emprego de qualquer medida não letal (taser, mera “voz de prisão” etc) gerará risco de morte às pessoas no entorno ou ao próprio policial.

Na prática, podemos mencionar terroristas que estejam portando arma letal em situações que indiquem o seu emprego imediato ou quaisquer integrantes armados de organizações que alcançaram um ponto de não-retorno na “espiral da morte”<sup>19</sup>. Além dessas, também se vislumbram situações cotidianas hoje no Brasil: pessoas portando ostensivamente armamento de guerra em locais dominados pela criminalidade. São, por exemplo, os “soldados do tráfico”, que permanecem de sentinela prontos para defender o território de sua organização criminoso contra invasões de organizações rivais e para executar qualquer agente de segurança pública que tente se aproximar.

É necessário olhar para a realidade desses locais, saber dos conflitos anteriores, para entender que a prisão é praticamente impossível, que toda tentativa de ingresso das forças policiais leva inevitavelmente ao confronto e ao resultado morte, seja dos criminosos, seja dos policiais, seja de terceiros. Em situações como essa, o agente de segurança pública (sempre me referindo tanto ao policial individualmente quanto ao comandante de uma operação) tem que decidir de que forma cumprir o seu dever legal de fazer cessar o crime e o atentado contra a ordem pública e a incolumidade das pessoas, restituindo o direito à segurança.

## **6.1 A proporcionalidade, a ponderação de direitos e deveres e as opções do agente de segurança pública**

A primeira opção que se apresenta ao agente em uma situação real de crime é a de simplesmente se omitir. Como se sabe, a omissão da autoridade policial em enfrentar o crime é, via de regra, criminosa em si. Uma hipótese

---

<sup>19</sup> CONWAY, Flo e SIEGELMAN, Jim. Snapping - America's Epidemic of Sudden Personality Change. 2nd Edition. Kindle Edition. Capítulo 16.

legal de “não ação” seria a ação controlada prevista na lei 12.850/2013. Outras hipóteses seriam situações em que qualquer atuação do policial o colocaria em um risco desnecessário ou inútil, além do razoável mesmo àquele que se exige enfrentar o perigo, porém do qual não se pode exigir o martírio para um fim incerto. Isso se extrai do artigo 13, §2º, do CP: “podia agir para evitar o resultado”. Outras hipóteses incluiriam ponderar os direitos que podem ser atingidos em caso de ação ou omissão, que é o que se chama de “colisão de deveres”<sup>20</sup>.

Pela lógica da colisão de deveres, o agente público tem o dever de cumprir o seu mister legal, contudo, também tem o dever de não realizar condutas típicas (como qualquer outro cidadão). Assim, apenas quando o dever legal se referir, no caso concreto, a um interesse igual ou superior ao direito vulnerado é que a sua conduta estará justificada. Isso desde que o ato em si não atente gravemente contra a dignidade da pessoa humana ou que se use um ser humano como mero instrumento (o que, de uma perspectiva kantiana, seria basicamente a mesma coisa).

Como se sabe pela própria lógica do instituto da legítima defesa, o Direito dá mais valor a vida de policiais e de inocentes do que à vida de alguém que os agride injustamente (considerando aqui o suspeito, como já se disse acima, como pessoa armada e na iminência do uso ilícito de força letal).

Entretanto, ainda assim é necessário verificar se o cumprimento do dever legal do policial não poderia se dar de forma menos gravosa para o suspeito em flagrante delito. Ou seja, é necessário olhar a conduta do agente público do ponto de vista da proporcionalidade.

A ação do policial, portanto, deve ser apta a fazer cessar o crime, expondo ao menor risco possível o policial e terceiros inocentes, porém usando apenas da força necessária para que a conduta delitiva mencionada seja interrompida. Finalmente, o direito a ser sacrificado pela atuação do agente público deve ser (como já analisado pela ótica da colisão de deveres)

---

<sup>20</sup> PRADO, Luis Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 14. Ed. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. P. 330-332.



proporcional ao direito que se quer proteger. Portanto, se são as vidas do policial ou de terceiros que se busca manter intactas, juridicamente elas terão maior valor que a do injusto agressor.

Assim, podem surgir hipoteticamente mais duas opções de ação ao policial (além da primeira, de omissão). A segunda opção é, mesmo sabendo que o confronto é iminente e inevitável, tentar efetuar a prisão usando meios não letais. Considerando as tabelas do uso da força e o triângulo do tiro, percebe-se que essa opção será inadequada se o suspeito já estiver portando arma de fogo e estiver demonstrada a intenção do seu uso para resistir à prisão. Exemplificativamente, essa intenção pode ser comprovada por meio de ocorrências anteriores em que policiais, integrantes de facções rivais ou mesmo turistas desavisados foram recebidos a tiros por simplesmente entrarem no mesmo local onde se encontra o suspeito portando arma de fogo (ou seja, a intenção aqui decorre da função desempenhada pelas pessoas ilegal e ostensivamente armadas naquele local, desde que, obviamente, as circunstâncias não tenham se modificado).

Nessa segunda opção de ação tendente a tentar prender o suspeito, se a intenção de resistência letal é claramente aferível, como no caso de confrontos com criminosos em flagrante delito portando armamento bélico em locais densamente povoados, o policial viola o seu dever de preservar a incolumidade de terceiros ao expô-los a um risco maior do que o bem que se quer proteger ao não usar de força letal contra o suspeito (a vida daqueles em comparação à vida do injusto agressor). Esta alternativa só deve ser adotada se for possível tentar a captura sem expor a vida de terceiros (e a própria) a grave risco, ou se não for possível adotar desde logo a terceira opção, analisada a seguir.

A terceira opção é o uso de força letal como primeiro recurso. Ao se deparar com uma situação de confronto iminente, de injusta agressão iminente e letal por parte do suspeito e que gere riscos desproporcionais às vidas de policiais e terceiros inocentes, o policial ou o comandante da operação deverão considerar todas as hipóteses de ação visando à neutralização do agressor. Inexistindo dentre os meios disponíveis naquele momento e

local nenhum meio ou estratégia que se mostre hipoteticamente eficaz para a finalidade de capturar o suspeito sem a exposição de inocentes a risco de morte, o uso de força letal pelos agentes de segurança pública se mostra como dever legal.

Uma vez que em determinadas hipóteses o uso de força letal para neutralizar o criminoso se mostra como única opção juridicamente aceitável, a morte do injusto agressor será uma situação exemplar do estrito cumprimento do dever legal de preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas, além de efetivar os direitos fundamentais à vida e à segurança.

## 7 CONCLUSÃO

A conduta típica que se enquadra tanto como legítima defesa quanto como estrito cumprimento do dever legal deve ser tratada como dever legal devido à especificidade desta excludente.

O policial em serviço que usa de força letal em legítima defesa própria ou de terceiro o faz no estrito cumprimento do dever legal de preservar a ordem pública e a incolumidade de pessoas.

Se o uso de força letal como primeiro recurso contra suspeitos portando arma de fogo for a única opção que atenda à proporcionalidade no caso concreto, será dever legal do policial.

## REFERÊNCIAS

BRODT, Luis Gustavo Sanzo. Entre o Dever e o Direito. *Revista da Faculdade de Direito JURIS*, Rio Grande, v. 11: 299-313, 2005.

CONWAY, Flo; SIEGELMAN, Jim. *Snapping - America's Epidemic of Sudden Personality Change*. 2nd Edition. Kindle Edition. Capítulo 16.

MOREIRA, Cícero Nunes; CORRÊA, Marcelo Vladimir. *Manual de Prática Policial*. Belo Horizonte, 2001. Apud HEMANN, Egon Ferreira Plat. O

*emprego legítimo da força letal na atividade policial como medida extrema de preservação da ordem pública.* Trabalho de conclusão de curso de bacharelado em Segurança Pública da Universidade do Vale do Itajaí. Florianópolis. 2007. p. 51. Disponível em: <<http://biblioteca.pm.sc.gov.br/pergamum/vinculos/000001/00000110.pdf>> Acesso em: 10 fev. 2019.

PRADO, Luis Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 14. ed. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.



# Criminalidade – impunidade: reflexões sobre o avanço do crime no Brasil

**Silvio Miranda Munhoz**

Procurador de Justiça Substituto no RGS, designado para atuar perante os Grupos Criminais do TJ/RS  
Ex-professor de Processo Penal da Escola Superior do Ministério Público do RGS e da Universidade da Região da Campanha (Urcamp)

Artigo publicado na Revista Jurídica do Combate à Impunidade,  
em 16 de setembro de 2019

*Para que o mal triunfe, basta que os bons fiquem de braços cruzados.*  
*Edmund Burke<sup>1</sup>*

## SUMÁRIO

1 Breve esboço sobre o avanço do crime de homicídio no Brasil nos últimos 18 anos – 2 A impunidade como fomentadora da criminalidade – 3 Causas essenciais da criação do ‘estado de impunidade’ vigente no Brasil – 3.1 A leniente legislação brasileira – 3.2 A idolatria dos criminosos e a demonização da polícia – 3.3 A colaboração do Judiciário e do Ministério Público para o caos vigente – 4 Conclusão.

---

<sup>1</sup> <https://citacoes.in/autores/edmund-burke/>

## 1 BREVE ESCORÇO SOBRE O AVANÇO DO CRIME DE HOMICÍDIO NO BRASIL NOS ÚLTIMOS 18 ANOS

No período contemplado no presente estudo o crime de homicídio doloso (supressão da vida de um homem por outro, dotado de *animus necandi* – dolo de matar, seja na forma direta ou eventual) aumentou de forma impressionante, mergulhando e afogando nossa sociedade em um rio de sangue que mancha o País do Oiapoque ao Chui<sup>2</sup>. O delito de homicídio no dizer de HUNGRIA<sup>3</sup>: “É a mais chocante violação do senso moral médio da humanidade civilizada”.

No ano de 2000, foram registrados no Brasil 45.360 homicídios, sendo que este número representava 26,7 mortes por 100 mil habitantes<sup>4</sup>, de lá para cá a situação só piorou, pois no período atual,<sup>5</sup> consoante o Anuário Brasileiro da Segurança Pública (o estudo contempla os homicídios registrados no ano de 2017), foram registrados no Brasil 63.880 homicídios, representando uma mortalidade de 30,8 mortes por 100 mil habitantes. Os homicídios registrados em 2017 representam 175 assassinatos por dia, 07 por hora, caracterizando o maior número de homicídios da história, segundo o Fórum Brasileiro da Segurança Pública<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> <https://www.significados.com.br/oiapoque/>. Wikipedia: “No Brasil, a expressão “do **Oiapoque ao Chui**” é muito popular e é utilizada para definir o nível de abrangência de alguma coisa no país, algo que vai “de norte a sul” (**Chui** é uma cidade localizada no extremo Sul do Brasil, no estado do Rio Grande do Sul)”.

<sup>3</sup> Hungria, Nelson & FRAGOSO, Heleno. In Comentários ao Código Penal. Ed. Forense: Rio de Janeiro, 1981, 6. ed.; vol. V, p. 25. O parágrafo completo diz, antes da frase ‘ut retro’: “O homicídio é o tipo central dos crimes contra a vida e é o ponto culminante na orografia dos crimes. É o crime por excelência. É o padrão da delinquência violenta ou sanguinária, que representa como que uma reversão atávica às eras primevas, em que a luta pela vida, presumivelmente, se operava com o uso normal dos meios brutais e animalescos”.

<sup>4</sup> [https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics\\_crime/Dados/Numero\\_e\\_taxa\\_de\\_homicidios\\_no\\_Brasil\\_PT.pdf](https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_crime/Dados/Numero_e_taxa_de_homicidios_no_Brasil_PT.pdf)

<sup>5</sup> N.A: O período analisado no presente texto contempla a virada do século e abrange todo o período do domínio na esquerda no Brasil, a partir da primeira eleição do candidato do PT a Presidência da República até os dias atuais.

<sup>6</sup> [https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2018/08/09/brasil-bate-novo-recorde-e-tem-maior-no-de-assassinatos-da-historia-em-2017.ghtml?utm\\_source=push&utm\\_medium=app&utm\\_campaign=pushg1](https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2018/08/09/brasil-bate-novo-recorde-e-tem-maior-no-de-assassinatos-da-historia-em-2017.ghtml?utm_source=push&utm_medium=app&utm_campaign=pushg1)

No ano de 2017<sup>7</sup> o Brasil marcava presença no mapa das cidades mais violentas do mundo com nada menos que 17 cidades, com o negativo destaque para a capital do Rio Grande do Norte, Natal<sup>8</sup>, que registrava o índice macabro de 68 mortes por 100 mil habitantes, ou seja, mais que o dobro do número brasileiro.

No Brasil, segundo os dados compilados, não está sendo conferido o devido valor à regra primitiva, no dizer de NOVAIS<sup>9</sup>: “reverência pela vida. Esse deve ser o principal mantra da humanidade. É imperativo que haja comprometimento integral com o valor supremo de uma vida”. No nosso país, como visto, há uma evidente proteção deficiente (não suficiente)<sup>10</sup> do bem maior de todo ser humano, e cuja tutela e proteção abre o capítulo dos Direitos e Garantias Individuais do cidadão brasileiro, pois contemplada no *caput* do artigo 5.º de nossa Carta Magna<sup>11</sup>.

Vivemos, pois, desde os primórdios do novo século, um selvagem crescimento da violência contra a vida em nosso País, chegando ao ponto de ser possível dizer que o cidadão brasileiro, ante o medo e a insegurança, vive em verdadeiro regime semiaberto buscando cada vez mais sua proteção com cercas elétricas, grades, segurança externa, carros blindados, etc. e quando não possuem recursos para tais medidas, deixam de sair às ruas. Nos dias atuais o simples ato de pretender buscar pão na padaria, da esquina da casa, gera em nosso cidadão o temor de não retornar para o lar face o desmesurado aumento da criminalidade violenta que campeia,

<sup>7</sup> <http://www.dailymail.co.uk/news/article-5481483/42-worlds-50-violent-cities-South-America.html>

<sup>8</sup> [https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2018/08/09/brasil-bate-novo-recorde-e-tem-maior-no-de-assassinatos-da-historia-em-2017.ghtml?utm\\_source=push&utm\\_medium=app&utm\\_campaign=pushg1](https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2018/08/09/brasil-bate-novo-recorde-e-tem-maior-no-de-assassinatos-da-historia-em-2017.ghtml?utm_source=push&utm_medium=app&utm_campaign=pushg1)

<sup>9</sup> NOVAIS, César Danilo Ribeiro de. In *A Defesa da Vida no Tribunal do Juri*. Ed. Carlini & Caniato: Cuiabá-MT, 2018, 2. ed. revista, atualizada e ampliada, p. 21.

<sup>10</sup> Nesse sentido pontifica NOVAIS, César Danilo Ribeiro de. *Ibidem*, p. 104: “Não é por outra razão que toda e qualquer interpretação jurídica do tipo penal que agasalha o delito de homicídio deve ser pautada pelo princípio da máxima efetividade (proteção) do direito fundamental à vida. Isso significa dizer que a única exegese admissível é a que tenha como premissa basilar a real e efetiva proteção da humanae vitae. Interpretação que destutela ou tutela de forma insuficiente o direito à vida, será flagrantemente inconstitucional.”

<sup>11</sup> 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: [...]

transformando o Brasil sem sombra de dúvida em um país acuado pelo crime.

O problema, porém, pode ser muito maior, pois, a par do número de homicídios, deve ser cogitado, também, o fato de no Brasil, no ano de 2017, além dos homicídios mencionados haver registro acerca de 82.684 pessoas desaparecidas. A pergunta latente é quantas delas estarão mortas.

O presente trabalho, constatado o aumento persistente e acachapante de atentados à vida dos brasileiros, a partir do ano 2000 até os dias atuais, pretende discorrer sobre uma das principais causas, quiçá a principal, deste fenômeno que torna, em números absolutos, o Brasil o País que mais mata no mundo<sup>12</sup>. Sem sombra de dúvida, estamos falando da impunidade, pois não podemos olvidar que deste número assombroso dos homicídios brasileiros, somente 8% tem a autoria descoberta, e chegam a ser os autores levados a julgamento. Deve ser lembrado, igualmente, o fato de serem muitos dos fatos levados às barras dos Tribunais absolvidos.

## 2 A IMPUNIDADE COMO FOMENTADORA DA CRIMINALIDADE

A constatação acerca de ser a impunidade fomentadora do incremento da criminalidade não é conceito novo no âmbito do direito no Brasil, não vamos retroceder aos primórdios de nosso Direito Penal e Processual, nem fazer uma compilação dos lapidares autores que discorreram sobre o tema em tempos primevos, para ilustrar a afirmação trazemos à colação a lapidar frase de GUERRA<sup>13</sup>: “a minha contribuição ao tema se resume a dizer que não se deve agravar a miséria com a insegurança e estimular o crime com a impunidade”, constante da primeira edição de sua obra em 1989, ou seja, logo após a entrada em vigor da CF vigente. À evidência, dita constatação é muito mais antiga, mas não é objeto do presente trabalho incursionar no

<sup>12</sup> Importante o alerta de NOVAIS, *Ibidem*, pág. 67: “Logo, não se pode admitir a banalização dos assassinatos, como vem ocorrendo no Brasil. É o país que, em números absolutos, mais mata no mundo, mais até do que qualquer das guerras em curso no planeta.”

<sup>13</sup> GUERRA, J. B. Cordeiro. In *A arte de Acusar*. Ed. Forense Universitária: São Paulo, 1. ed. 1989, p. 61.



tempo para comprovar isso, mas, somente para não deixar escapar a oportunidade, não à toa, o autor ‘ut retro’, discorrendo acerca do tema em voga cita Montesquieu<sup>14</sup>.

Aliás, não só no meio do direito essa certeza existe, no seio da imprensa – exceto, evidentemente, naquela comprometida, cuja constante é idolatrar bandidos –, logo no início do novo século o conceito já pipocava em nossos periódicos como, por exemplo, a afirmação de SANTANA<sup>15</sup>: “mas é indeclinável concluir que se mata demais no Brasil. E a razão principal ainda é aquela aqui já definida: a pena deixou de ser intimidativa em nosso país. Os bandidos fazem o cálculo antes de matar e concluem que terão muito mais chance de escapar soltos do que cumprir a pena devida ao delito”.

Novamente, utilizando o mesmo veículo de massa, o jornalista<sup>16</sup> volta ao tema em crônica publicada em 23 de janeiro de 2002, quando pontifica:

o que está acontecendo no Brasil é que a impunidade libera os insetos bestiais dos criminosos em potencial e leva-os a crueldades inomináveis. Os bandidos não temem as penas. [...] Então a bandidagem não receia os efeitos de seus atos, se for apanhada. E quando a pena não intimida mais, quando o ladrão e o assassino perdem o medo pelo que lhes possa acontecer, zombando da lei, como acontece atualmente no Brasil, o crime fica inteiramente licenciado e passa a dominar a sociedade indefesa. (G.n.)

Igual constatação é feita pelo economista VIAPIANA<sup>17</sup>, em obra escrita em 2002, apontava: “A impunidade é uma das causas fundamentais da ‘decomposição’ da ordem social. Isso significa que as leis penais deixam

<sup>14</sup> Apud Guerra, *Ibidem*, fl. 67, onde transcreve a seguinte frase: “Que se examine a causa de todos os relaxamentos, ver-se-á que ela vem da impunidade dos crimes.”

<sup>15</sup> SANTANA, Paulo. Crônica publicada no *Jornal Zero hora*, fl. 55, em 13-02-2001.

<sup>16</sup> *Ibidem*, *Jornal Zero Hora* de 23-01-2002, fl. 55.

<sup>17</sup> VIAPIANA, Luiz Tadeu. In *Brasil Acossado pelo Crime*. Ed. Diálogo Editorial, Porto Alegre, 2002, pág. 93. Continua o autor falando no texto sobre ‘anomía’: “É comum, nos estudos sobre a criminalidade o uso do conceito de “anomía”. Ele descreve uma situação na qual a lei e a ordem deixam de se parâmetros do comportamento e das atitudes sociais. Anomia seria sinônimo da ausência de lei e de Estado, assemelhando-se ao “estado da natureza” de Thomas Hobbes, onde impera a “guerra de todos contra todos”. Na definição precisa de Dahrendorf: “Anomia é uma condição social em que as normas reguladores do comportamento das pessoas perderam sua validade. Uma garantia dessa validade consiste na força presente e clara de sanções. Onde prevalece a impunidade, a eficácia das normas está em perigo. Nesse sentido, a anomia descreve um estado de coisas em que as violações não são punidas”. (Dahrendorf, 1985, p. 28). Págs. 9/94

de cumprir duas funções básicas: a instrumental, de punir os infratores, e a simbólica, de incentivar a sociedade a respeitar as leis”.

O mesmo autor discorrendo sobre o tema e, especificamente, sobre o que acontece no Brasil, trouxe à luz, à época, uma situação real e preocupante, quando estabelece com percuciência:

O Brasil passa para a sociedade a ideia de que o crime compensa. O criminoso tem razoáveis chances de não ser apanhado pela polícia. Quando é pego, tem também boas chances de não ser julgado por causa da má qualidade técnica dos inquéritos policiais. Julgado, tem ainda a chance de ser absolvido por falhas do processo. Se condenado, pode contar com uma pena pequena. Se por acaso for preso, tem boas chances de fugir ou de receber, em pouco tempo, o benefício da liberdade condicional<sup>18</sup>. (G.n.)

Como visto, sem sombra de dúvidas, a impunidade, como dito alhures, é uma das causas, quiçá a principal, da gigantesca criminalidade suportada pela sociedade brasileira e, mais importante (por isso a citação de textos contemporâneos ao marco inicial do estudo), está diagnosticada em nosso País desde os idos do ano 2000 pela sociedade como um todo. Esta constatação deixa pendente a pergunta: o que foi feito para atacá-la nestes quase 20 anos?

Importante destacar o fato de que, já no início dos anos 2000, vicejava a errônea ideia<sup>19</sup> de ser o Brasil um país encarcerador, gerando esse fato uma superlotação prisional (protagonizada por órgãos oficiais e da imprensa engajada sempre dando voz a ‘experts em segurança’ de pouca ou nenhuma experiência na matéria). Essa manipulação da verdade persiste até os dias atuais e, em vez de atacar a causa principal detectada desde os primórdios do século, o que mais se ouve, inclusive pela voz da principal autoridade

<sup>18</sup> *Ibidem*, pág. 73.

<sup>19</sup> VIAPIANA, *ibidem*, fl. 71, já denunciava esse fato em 2002: “Outra ideia equivocada é a de que há superpopulação porque o Brasil prende mais do que deveria. O país tem 115 presos por 100mil habitantes – taxa menor que a do Chile (205), do Uruguai (190) e do Reino Unido (125). O nível é semelhante ao da Argentina (105), do Canadá (110) e da França (90). Os Estados Unidos, que têm uma das maiores taxas de presos por 100 mil habitantes (680), têm uma das menores taxas de criminalidade do mundo”. (G.n.)

de segurança no país, atualmente, Ministro Raul Jungmann<sup>20</sup>, é existir no Brasil encarceramento em massa e punitivismo exacerbado e equivocado. A erronia de tais conclusões, fruto de análise tendenciosa e ideológica dos poucos dados existentes no Brasil, é desmascarada de forma contundente nos escritos do Promotor Gaúcho CARPES<sup>21</sup>.

A ostentação dessas ideias equivocadas, à luz da realidade mundial, leva a pouca ou nenhuma intervenção no setor, como já apontava o citado VIAPIANA<sup>22</sup>, na obra:

Se o Brasil prende relativamente pouco e, ainda assim, sofre com superpopulação prisional, o problema decorre da carência de estrutura física adequada, de equipamentos modernos e de recursos humanos treinados e valorizados. Essa realidade é consequência da histórica falta de prioridade e investimentos no setor. Mesmo as escassas verbas previstas, para a construção de novos presídios ainda em 2000, no Fundo Penitenciário Nacional ainda não foram liberadas na íntegra durante o exercício.

O panorama traçado em nada mudou até os dias atuais. Pouca ou nenhuma vontade política para resolver os problemas de segurança do Brasil, provavelmente em decorrência do viés ideológico dos Governos nestes quase 20 anos – só no ano de 2017 houve a criação de um Plano Nacional de Segurança Pública, já fadado ao fracasso, mercê do contingenciamento de recursos e descontinuidade da política de segurança<sup>23</sup>–, ou seja, nada de

<sup>20</sup> Ministro da Segurança Pública, acerca do tema merece leitura as declarações do Ministro nas seguintes matérias: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=2ahUKEwjM1fCN5szdAhWGHpAKHfb0CdYQFjACegQIAxAB&url=https%3A%2F%2Fg1.globo.com%2Fpolitica%2Fnoticia%2F2018%2F07%2F20%2Fbrasil-caminha-para-se-tornar-refem-do-sistema-prisional-diz-jungmann.ghtml&usg=AOvVaw0EwE2qev2ClrtioORxgyp5> e: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjM1fCN5szdAhWGHpAKHfb0CdYQFjAAegQICBABB&url=http%3A%2F%2Fagenciabrasil.ebc.com.br%2Fjustica%2Fnoticia%2F2018-04%2Fmutirao-carcerario-deve-atender-50-mil-presos-ate-setembro&usg=AOvVaw3WCUkb-24KM4ku7tY1PsQA>

<sup>21</sup> CARPES, Bruno Amorim. <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-mito-do-encarceramento-em-massa/>, <http://www.puggina.org/artigo/outrosAutores/a-prisao-da-verdade/10797> e <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-desencarceramento-dos-numeros/>

<sup>22</sup> *Ibidem*, pág. 71.

<sup>23</sup> [https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=10&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiI-OrW7szdAhXBhJAKHfIIDV8QFjAJegQIAHAB&url=https%3A%2F%2Fndonline.com.br%2Fflorianopolis%2Fblog%2Fesplanada%2Ffatores-contribuiram-para-fracasso-do-plano-nacional-de-seguranca-publica&usg=AOvVaw2hMD\\_MrhI\\_bytdepA6bwC](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=10&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiI-OrW7szdAhXBhJAKHfIIDV8QFjAJegQIAHAB&url=https%3A%2F%2Fndonline.com.br%2Fflorianopolis%2Fblog%2Fesplanada%2Ffatores-contribuiram-para-fracasso-do-plano-nacional-de-seguranca-publica&usg=AOvVaw2hMD_MrhI_bytdepA6bwC)

novo no ‘front’ da (in)segurança pública (mesmo com o extermínio de mais de 60 mil brasileiros no ano de 2017), pois embora detectado o problema e uma das principais causas, nada se faz para atacar de forma proativa o problema, ao revés disso, continuam as fontes oficiais com seus discursos falaciosos sobre encarceramento em massa e punição errônea e exacerbada.

A soma destes fatores nos leva a dar razão para PESSI<sup>24</sup>, quando assevera estarmos presenciando, passivamente, um verdadeiro democídio: “Não é exagero dizer que, ao trair descaradamente seu dever de manutenção da segurança e ordem interna, o estamento brasileiro declarou guerra à sociedade, dando causa a um dos mais bem documentados casos de democídio<sup>33</sup> do planeta”.

### **3 CAUSAS ESSENCIAIS DA CRIAÇÃO DO ‘ESTADO DE IMPUNIDADE’ VIGENTE NO BRASIL**

Além da já mencionada falta de vontade política, incrementando e incentivando a criminalidade a ponto de vivermos no Brasil verdadeiro democídio, outras merecem ser apontadas no presente estudo para não ficar só no campo do Executivo e sua inação. Parte da culpa (ou dolo) pode, igualmente, ser imputada ao Legislativo, à imprensa, aos órgãos brasileiros responsáveis pelas estatísticas sobre criminalidade, Ministério Público e ao Judiciário<sup>25</sup>.

#### **3.1 A leniente legislação brasileira**

A legislação brasileira é leniente nas matérias voltadas ao combate do delito, à responsabilização e à incapacitação dos culpados, sendo um dos fatores responsáveis pela disseminação e aumento da criminalidade. Para

<sup>24</sup> [https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=10&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiI-OrW7szdAhXBhJAKHfILDV8QFjAJegQIAhAB&url=https%3A%2F%2Fndonline.com.br%2Fflorianopolis%2Fblog%2Fesplanada%2Ffatores-contribuiram-para-fracasso-do-plano-nacional-de-seguranca-publica&usg=AOvVaw2hMD\\_MrhI\\_bytydepA6bwC](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=10&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiI-OrW7szdAhXBhJAKHfILDV8QFjAJegQIAhAB&url=https%3A%2F%2Fndonline.com.br%2Fflorianopolis%2Fblog%2Fesplanada%2Ffatores-contribuiram-para-fracasso-do-plano-nacional-de-seguranca-publica&usg=AOvVaw2hMD_MrhI_bytydepA6bwC)

<sup>25</sup> Poder-se-ia, igualmente, falar na falida execução penal brasileira e seu insano sistema progressivo e nos problemas de nossas prisões, mas tais temáticas são amplamente discutidas e detalhadas nos artigos de CARPES, ver nota de rodapé nº 22.

ficar na área do homicídio, mote do artigo, por exemplo, no nosso Código Penal para quem suprime a vida de outrem (ataque ao bem fundamental e que necessita proteção eficiente, como dito algures), na hipótese de ser simples o homicídio, o nosso Código Penal prevê pena mínima de 06 anos – e orbitará nesse patamar ou muito próximo dele, por vivemos no Brasil ‘o fetiche da pena mínima’<sup>26</sup>. Pois bem, caso condenado (dentro do devido processo legal e respeitadas as garantias vigentes no sistema brasileiro), o Código de Processo Penal estrutura um sistema recursal, em cujo bojo são previstas 03 instâncias recursais e poderá, ainda, postular revisão criminal com a simples alegação de ser a decisão contrária à evidência dos autos, art. 621, inciso I, parte final, do CPP<sup>27</sup>. Superada a fase da formação da culpa e sacramentada a responsabilidade pelo delito e merecedor, portanto, o condenado de reprimenda, caso preso (existem milhões de mandados de prisões aguardando cumprimento no Brasil), estará sob o jugo do Juízo da Execução e começará a cumprir a pena (por ceifar uma vida humana) em regime semiaberto. Mais, cumprido 1/6 da sanção, um ano, no caso de fixado o mínimo, passa a ter direito à progressão de regime.

Com certeza, “uma das grandes dificuldades no enfrentamento da impunidade é construir um sistema punitivo mais eficaz<sup>28</sup>”, porém, este é um dos grandes entraves para o combate ao crime no Brasil. Não de hoje a cada incremento dos índices criminais é feito movimento no Congresso Nacional para reformar a legislação criminal, com o fito de torná-la mais rigorosa a fim de permitir um combate mais efetivo e ágil ao crime, mas, quase sempre, brota do seio da casa legislativa uma lei mais branda e suave, criando outras garantias ao criminoso e dificultando cada vez mais a persecução penal.

Isso está acontecendo no momento sob a égide da busca do aperfeiçoamento do sistema punitivo, com a tentativa de reforma do Código de

---

<sup>26</sup> SCHUTT, Júlia. <https://www.google.com.br/amp/s/politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/incentivar-o-criminoso-carreirista-ate-quando/%3famp>

<sup>27</sup> Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida: I – quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos;

<sup>28</sup> VIAPIANA, Luiz Tadeu, *ibidem*, p. 185.

Processo Penal, porém, aprovada como está, não ajudará em nada, ao revés disto será no dizer de GIARDIN<sup>29</sup> “a legalização definitiva da impunidade”.

Focando no atentado à vida humana o PL n° 8.045<sup>30</sup>, cria no artigo 421, novas vedações – além das já existentes – quanto à manifestação das partes em plenário. Chama atenção a contida no inciso III, que proíbe a referência aos depoimentos prestados na fase policial.

Olvidam a lógica humana e os ensinamentos da medicina legal e da psicologia judiciária, pois como assevera NOVAIS<sup>31</sup>:

qualquer elemento probatório – principalmente a prova oral – colhido no momento mais próximo à concretização do delito, guardará maior fidelidade à verdade fática. Com o passar do tempo, em razão de esquecimento, confusão, autosugestão, confabulação (falsa memória), sugestão de terceiros, receio, emprego de coação por parte de pessoas aos sujeitos do crime, a verdade tende a se esvair. É a máxima locardiana: “o tempo que passa a verdade que foge”.

Olvidam do fato de 90% ou mais dos homicídios brasileiros, nos dias atuais, estarem ligados ao narcotráfico, ou seja, implementada a nova legislação bastará aos Chefes de tráfico determinar a seus asseclas que ameacem ou, até mesmo, eliminem as testemunhas e o desiderato, a impunidade por conta da absolvição, será conquistado facilmente.

Olvidam a orientação de décadas da Corte Suprema, constitucionalmente competente para interpretar a Carta Magna, cujo teor estabelece que o Tribunal do Povo por decidir por íntima convicção julga o feito de “capa a capa”. O fato de poder – não há como saber o porquê do decidir, pois o voto não é fundamentado – julgar com base na prova policial não ofende os princípios constitucionais e infraconstitucionais asseguradores da plenitude de defesa.

<sup>29</sup> GIARDIN, Leonardo de Souza. <http://puggina.org/artigo/outrosAutores/a-legalizacao-definitiva-da-impunidade/9440>

<sup>30</sup> Projeto de Lei que estuda a reforma do CPP.

<sup>31</sup> Ibidem, pág. 114. O autor retoma o tema com proficiência nas págs. 215 a 227 em dois tópicos: “A inconstitucionalidade do art. 478 do CPP” e “A amputação da liberdade de expressão no Tribunal do Júri”.

Olvidam, de forma contraditória, o critério adotado para o restante do projeto. A leitura do relatório demonstra a utilização, como motivo para aceitar ou rejeitar emendas e propostas, o fato de estarem de acordo ou de sacordo com a jurisprudência emanada do STF. Caso aprovado o projeto, não há dúvidas, o banho de sangue continuará a sujar o solo brasileiro em detrimento da vida de milhares de cidadãos, pois os autores saberão da grande probabilidade oportunizada pela legislação de conquistarem a impunidade.

Por que acontece esse fenômeno? Mais uma pergunta a clamar resposta. Dentre inúmeros fatores possíveis de explicar a persistência do Congresso Nacional em tornar cada vez mais leniente o sistema penal, talvez um dos principais seja o fato de muitos dos componentes legislarem em causa própria (hoje, em cada três congressistas, um está submetido à investigação criminal ou processo criminal pelos mais variados crimes, num total de 172, 28% dos Deputados e 30% dos Senadores, número atualizado até 09-01-2018)<sup>32</sup>, além disto, contumazmente, tomam como base legislações de outros países de forma parcial sem cogitar a possibilidade de aplicação ao Brasil face suas peculiaridades e, muitas vezes, as copiam de forma parcial e errônea. Para copiar deviam, ao menos, imitar os sistemas que sabidamente deram resultados positivos e, modo efetivo, ajudaram no combate à impunidade e à criminalidade, como a “teoria das Janelas Quebradas”, ou a política de “tolerância zero”<sup>33</sup>.

## 3.2 A idolatria dos criminosos e a demonização da polícia

**3.2.1** A colaboração da imprensa brasileira, pelo menos nos setores engajados com o viés ideológico dominante, é, de forma costumeira, manipular a opinião pública, em verdadeira inversão de valores, vitimizando os

<sup>32</sup> [https://www.google.com.br/url?sa=t&rc=t=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwi\\_udjp3M7dAhUDkpAKHRvmBrYQFjADegQIBxAB&url=https%3A%2F%2Fnoticias.bol.uol.com.br%2Fbol-listas%2Fum-a-cada-tres-parlamentares-no-congresso-responde-a-processo-no-stf.htm&usg=AOvVaw3Dgk62i\\_XggFPWjicclZy6](https://www.google.com.br/url?sa=t&rc=t=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwi_udjp3M7dAhUDkpAKHRvmBrYQFjADegQIBxAB&url=https%3A%2F%2Fnoticias.bol.uol.com.br%2Fbol-listas%2Fum-a-cada-tres-parlamentares-no-congresso-responde-a-processo-no-stf.htm&usg=AOvVaw3Dgk62i_XggFPWjicclZy6)

<sup>33</sup> Sobre o tema, fundamental a leitura do artigo publicado pelo Procurador de Justiça do RGS, Daniel Rubim, o qual pode ser encontrado através do link: [jus.com.br/artigos/3730/janelas-quebradas-tolerancia-zero-e-criminalidade](http://jus.com.br/artigos/3730/janelas-quebradas-tolerancia-zero-e-criminalidade)

algozes e demonizando os agentes policiais, cuja função precípua é proteger a sociedade. Para demonstrar a assertiva basta descrever dois fatos e trazer a lume a repercussão na mídia televisiva.

**Fato 01:** No ano de 2015<sup>34</sup> em Salvador, Bahia, um policial militar alagoano, em férias, passeando com a família sofre uma tentativa de assalto protagonizada por dois sujeitos armados, mercê de seu preparo, consegue reagir, saca a arma e fere mortalmente os assaltantes. **Repercussão:** Ao noticiar o fato na TV Record o Jornalista diz:

agora, como eu falei sobre despreparo, um policial militar de Alagoas deu um péssimo exemplo no final de semana, aqui em Salvador. Ele estava com a família, passeando lá no Parque no Abaeté, quando, de repente, foi surpreendido por dois assaltantes. O policial, então, reagiu à ação dos bandidos, só que acabou atirando, e os dois bandidos morreram na hora. O policial militar de Alagoas, foi, encaminhado, então, para a Corregedoria de Polícia Militar aqui de Salvador prá explicar o que aconteceu, porque a gente imagina que essa não seja a recomendação da polícia né [...] reagir ao assalto já atirando [...].

O absurdo da crítica fala por si só, mas, além de injuriado, injustamente, com as pechas de despreparado e de dar mau exemplo, o policial ficou longos dois anos sob investigação, pois somente em 2017 foi reconhecido o óbvio ululante: Estava em legítima defesa própria e de terceiros, sendo o inquérito arquivado.

**Fato 02**<sup>35</sup>: Em maio do corrente ano, a cabo da Polícia Militar de São Paulo Kátia da Silva Sastre, em Suzano, aguardava a filha, junto com outras mães na saída da escola, quando surge um assaltante – com o revólver em punho – e anuncia o assalto impingindo clima de terror no local. A policial, que estava de folga, consegue sacar a arma e efetuar disparos atingindo-o

<sup>34</sup> [https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=13&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwj1qenFss\\_dAhXIDZAKHcJAAMoQFjAMegQIBhAB&url=https%3A%2F%2Fwww.jornaldacidadeonline.com.br%2Fnoticias%2F9826%2Fpolicial- protege-a-familia-impede-assalto-mata-bandidos-e-e-reprimido-pela-midia-veja-o-video&usg=AOvVaw318MkNzD8K5wBpBu-dyJ36](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=13&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwj1qenFss_dAhXIDZAKHcJAAMoQFjAMegQIBhAB&url=https%3A%2F%2Fwww.jornaldacidadeonline.com.br%2Fnoticias%2F9826%2Fpolicial- protege-a-familia-impede-assalto-mata-bandidos-e-e-reprimido-pela-midia-veja-o-video&usg=AOvVaw318MkNzD8K5wBpBu-dyJ36)

<sup>35</sup> [https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=13&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiKgpitrM\\_dAhUlvZAKHSZZCTgQFjAMegQIAxAB&url=https%3A%2F%2Fwww.em.com.br%2Fapp%2Fnoticia%2Fnacional%2F2018%2F05%2F12%2Finter-na\\_nacional%2C958294%2Fde-folga-mae-pm-reage-e-mata-assaltante-em-frente-a-escola-em-sp.shtml&usg=AOvVaw21kvzxa2\\_c\\_u6NtWT2qXInu](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=13&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiKgpitrM_dAhUlvZAKHSZZCTgQFjAMegQIAxAB&url=https%3A%2F%2Fwww.em.com.br%2Fapp%2Fnoticia%2Fnacional%2F2018%2F05%2F12%2Finter-na_nacional%2C958294%2Fde-folga-mae-pm-reage-e-mata-assaltante-em-frente-a-escola-em-sp.shtml&usg=AOvVaw21kvzxa2_c_u6NtWT2qXInu)



e impedindo o assalto. Após rendido, é levado ao hospital, mas finda por falecer. **Repercussão:** Pouco tempo depois do fato, a emissora Globo News<sup>36</sup> propõe uma enquete aos telespectadores fazendo a seguinte pergunta: “Policiais armados devem reagir a assaltos?” O absurdo da enquete proposta dispensa qualquer comentário.

Entretanto, nem tudo está perdido no Brasil, pois em decorrência do mesmo fato a HEROÍNA<sup>37</sup> foi homenageada pela sua Corporação e pelo Governo do Estado de São Paulo, recebendo flores das mãos do Governador<sup>38</sup>, que destacou sua fibra e coragem.

**3.2.2** A responsabilidade dos órgãos que coletam dados acerca da criminalidade no Brasil está na ideologização das estatísticas<sup>39</sup>. Durante o XXIII Congresso Brasileiro de Magistrados<sup>40</sup>, o Desembargador Edison Aparecido Brandão – TJSP proferiu a seguinte frase: “O Brasil é o país que mais mata no mundo. Então tinha a obrigação de, no mínimo, ser o que mais prende no mundo. Aqui, a estatística tem ideologia”.

Após a leitura da frase lapidar fomos reler as estatísticas brasileiras sobre a atuação da polícia e sua interpretação pelos responsáveis pela coleta de dados. No Atlas Brasileiro da Violência de 2017<sup>41</sup>, no tópico em que é analisada a violência policial, consta no estudo:

De fato, como se pode observar, o número de incidentes de mortes decorrentes de intervenção policial já ultrapassou o de latrocínio

<sup>36</sup> [https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=11&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwje\\_Ljmrs\\_dAhXrQZAKHZVVBWUQFjAKegQIBBAB&url=https%3A%2F%2Fportalm7.com%2Fnoticias%2Fbrasil%2Fdepois-de-ato-heroico-de-policial-globonews-cria-enquete-e-internautas-se-revoltam%2F&usg=AOvVaw3HQptbRmubldAqjnMuGhIG](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=11&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwje_Ljmrs_dAhXrQZAKHZVVBWUQFjAKegQIBBAB&url=https%3A%2F%2Fportalm7.com%2Fnoticias%2Fbrasil%2Fdepois-de-ato-heroico-de-policial-globonews-cria-enquete-e-internautas-se-revoltam%2F&usg=AOvVaw3HQptbRmubldAqjnMuGhIG)

<sup>37</sup> Acerca do mesmo fato a televisão Fox News (EUA) realizou matéria tratando a policial como heroína. Ver o seguinte Link: [HTTPS://www.gazetadopovo.com.br/rodrigo-constantino/artigos/enquanto-foxnews-trata-mae-policial-como-heroina-globonews-questiona-sua-acao/](https://www.gazetadopovo.com.br/rodrigo-constantino/artigos/enquanto-foxnews-trata-mae-policial-como-heroina-globonews-questiona-sua-acao/)

<sup>38</sup> [https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=18&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwien5bBsc\\_dAhVEHZAKHVt\\_C58QFjARegQIABAB&url=https%3A%2F%2Fveja.abril.com.br%2Fbrasil%2Fpm-que-matou-bandido-armado-em-frente-a-escola-e-homenageada%2F&usg=AOvVaw2V-EVGkkhZt9mIplyjHzhm](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=18&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwien5bBsc_dAhVEHZAKHVt_C58QFjARegQIABAB&url=https%3A%2F%2Fveja.abril.com.br%2Fbrasil%2Fpm-que-matou-bandido-armado-em-frente-a-escola-e-homenageada%2F&usg=AOvVaw2V-EVGkkhZt9mIplyjHzhm)

<sup>39</sup> N.A: Sobre o tema com o título de ‘Ideologização da Estatística’, escrevi um artigo que foi publicado. Podendo ser acessado por intermédio do link: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-ideologizacao-da-estatistica/>

<sup>40</sup> Realizado em 24/26 de maio de 2018, em Maceió – Alagoas.

<sup>41</sup> Atlas da Violência 2017, estudo realizado pelo IPEA e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, [www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/2/2017](http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/2/2017).

(roubo seguido de morte), o que demonstra [...] que práticas letais de agentes estatais não configuram um desvio individual de conduta, mas sim um padrão institucional de uso da força pelas polícias. (G.n.)

Percebam, o número de mortes decorrentes de intervenções policiais (3.320) é descontextualizada, ou seja, não considerada em relação ao número geral de mortes violentas 61.283, mas, comparada só com um dos componentes deste número, o latrocínio, e deste desvirtuamento os responsáveis pelo estudo tiram uma conclusão: “a polícia brasileira é violenta...”

Caso analisada corretamente, no contexto das 61.283 mortes ocorridas no ano de 2015, com certeza, a conclusão seria outra, somente em torno de 5% podem ser imputadas à intervenção policial, ou seja, a bandidagem é responsável pelos outros 95% dos óbitos de cidadãos brasileiros.

Isso sem ponderar o fato de que muitas mortes geradas pela intervenção policial não podem ser consideradas como crime, pois praticadas sob o abrigo da legítima defesa ou do estrito cumprimento do dever legal, como salienta PEREIRA<sup>42</sup> em artigo intitulado “o mito da polícia bandida”.

A quem serve esse desserviço, prestado por parte da mídia e dos responsáveis pelos dados estatísticos? É outra pergunta inquietante. O importante para o presente ensaio, porém, é consignar o impacto causado pela bandidolatria<sup>43</sup> e demonização da polícia no combate ao crime e no incremento da impunidade. Porque ao mesmo tempo que incentiva os “bandidolatrias de plantão” a criarem teses e mais teses absurdas para a proteção dos criminosos (já ouvi ‘expert’ pregando que o policial só pode atirar após o criminoso dar o primeiro tiro. E se ele acertar o tiro?), apequena, achincalha e serve de desincentivo para a força policial, que quando atua e consegue resultado é execrado por alguns órgãos em Rede Nacional. Isso não o fará pensar antes de agir? Não o fará talvez virar às costas para o crime em curso, em vez de impedi-lo? É isto que quer e é disto precisa a Sociedade Brasileira?

<sup>42</sup> PEREIRA, Fábio Costa. “O Mito da Polícia Bandida”. Artigo publicado na Revista A Força Policial. Ed. n.º 01, 2017. [http://revistafpolicial.policiamilitar.sp.gov.br/?page\\_id=3802](http://revistafpolicial.policiamilitar.sp.gov.br/?page_id=3802).

<sup>43</sup> Para perfeita análise do conceito recomendável a leitura das obras: MORAES JR., Volney Corrêa Leite de e DIP, Ricardo. In *Crime e Castigo* – Reflexões politicamente incorretas. Ed. Millennium: Campinas-SP, 2002; e PESSI, Diego e GIARDIN, Leonardo de Souza. In *Bandidolatria e Democídio*. Ed. Resistência Cultural: 1. ed., 2017. (Esta última obra está atualmente na 3. ed.)

### 3.3 A colaboração do Judiciário e do Ministério Público para o caos vigente

O judiciário e o Ministério Público colaboraram diretamente para o fomento da impunidade e, via de consequência, incentivo à criminalidade, desde priscas eras quando começou – a semente foi plantada no RGS, mas pela realidade de hoje é perceptível que, como uma praga, se disseminou em todo Brasil –, o então chamado movimento do direito alternativo<sup>44</sup>, doutrina, ou melhor, ideologia<sup>45</sup>, baseada no garantismo<sup>46</sup> penal negativo<sup>47</sup>, fomenta o ativismo judicial e o ‘falso humanitarismo’, ou seja, cria, prega e aplica, de forma cada vez mais iterativa e costumeira, teses visando, unicamente, a impunidade ou a mínima punição para os delitos, cujas circunstâncias não permitam a absolvição.

O panorama criado permitiu, não diria o surgimento – sempre existiram esparsas manifestações desse pensar –, o crescimento e a expansão

<sup>44</sup> N.A: Discutir direito alternativo, garantismo, humanitarismo, etc, neste tópico, não significa pregar a extirpação das garantias processuais, nem pregar condenações injustas, conquistadas ao arripio dos direitos e garantias existentes (não conheço nenhum juiz ou promotor que sequer pense em tal absurdo), mas sim apontar os excessos de uma exacerbação indevida e infinita das garantias, no mais das vezes em ofensa ao texto legal, em criticar o humanitarismo caolho, que só consegue ver um lado da relação – o criminoso – esquecendo a vítima, sua família e a sociedade como um todo e assim por diante.

<sup>45</sup> OLIVEIRA, Gilberto Callado de. In *A Verdadeira Face do Direito Alternativo*. Ed: Juruá, Curitiba, 2012, págs. 63-64, denunciava: “Quando o primeiro grupo de magistrados se reuniu, na sede da Ajuris (Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul), para pensar o direito comprometido com o novo modelo de sociedade, conforme relata o líder da corrente, Amilton Bueno de Carvalho, foram convidados somente juízes ‘socialistas’ sob o pretexto de que, no período da ditadura militar, ‘ser socialista representava perigo’. Era na verdade uma exigência ideológica ser juiz socialista”.

<sup>46</sup> SCHUTT, Júlia, em brilhante artigo, detona a teoria baseada na doutrina de Luigi Ferrajoli, ao demonstrar o desconhecimento do criador sobre os frutos de sua obra – mais de 60.000 mortos no Brasil no ano de 2017: [https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&resrc=s&source=web&cd=7&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjxgZjN\\_d3dAhVBipAKHYbFBvgQFjAGegQIBxAB&url=https%3A%2F%2Fpolitica.estadao.com.br%2Fblogs%2Ffausto-macedo%2Fferrajoli-e-o-legitimo-pai-do-garantismo-penal-praticado-no-brasil%2F&tsg=AOvVaw1XS4-7vNjiCpzzIGsPwFvd](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&resrc=s&source=web&cd=7&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjxgZjN_d3dAhVBipAKHYbFBvgQFjAGegQIBxAB&url=https%3A%2F%2Fpolitica.estadao.com.br%2Fblogs%2Ffausto-macedo%2Fferrajoli-e-o-legitimo-pai-do-garantismo-penal-praticado-no-brasil%2F&tsg=AOvVaw1XS4-7vNjiCpzzIGsPwFvd)

<sup>47</sup> FINGER, Julio Cesar. In Ministério Público, *Reflexões sobre princípios e funções institucionais (O Ministério Público Pós 88 e a Efetivação do Estado democrático de Direito: Podemos Comemorar?)*, organizador RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. Ed: Atlas: São Paulo 2010, págs. 85-93. Na pág. 91, o autor expõe o seguinte conceito: “Por outro lado, tem-se encontrado, por parte dos juízes, em tendência crescente, um abrandamento na aplicação da lei penal, inclusive afastando regras por inconstitucionalidade. Essa vertente do Direito Penal praticado entre nós vem sendo denominado de “garantismo negativo”, ao passo que a vertente oposta, a que vem sendo defendida pelo Ministério Público é a do “garantismo positivo.””

do laxismo penal, como apontava em 2002 MORAES JR<sup>48</sup>: “acontece que, velas enfunadas pelos ventos da moda, o esnobismo laxista andou a correr mundo, fez fortuna, impôs-se como moeda corrente, deu-se foros de cidadania, fincou estacas no autodesignado Direito Penal moderno”.

O laxismo penal é definido por MORAES JR<sup>49</sup> como: “tendência a propor a) solução absolutória, mesmo quando as evidências do processo apontem na direção oposta ou b) solução benevolente, desproporcionada à gravidade do delito, às circunstâncias do fato e à periculosidade do condenado, tudo sob o pretexto de que, vítima do fatalismo socioeconômico, o delinquente sujeita-se, quando muito, a reprimenda simbólica”. Exemplos de laxismo penal são comuns e reiterados no Rio Grande do Sul, quer em primeiro quer em segundo grau e, muito pior, muitas vezes com a compreensão, complacência e apoio dos órgãos ministeriais que, por idênticas razões, depõem as armas, abandonam a briga e acatam as decisões ao não manejar os recursos previstos no estatuto de regência. Além disso, tal prática se espalhou pelo País criando um ambiente altamente permissivo a incentivar e premiar a criminalidade violenta.

Como dito, exemplos abundam tal qual o acórdão em que o iniciador do movimento no RGS<sup>50</sup> nomina o réu como sendo o Príncipe<sup>5152</sup> do processo, demonstrando seu total desprezo pelas demais pessoas envolvidas num fato ocorrido no mundo real, no qual a ordem social foi quebrada e alguém sofreu sério prejuízo. Decisões como estas arrepiam qualquer aplicador sério do

<sup>48</sup> MORAES JR, Volney Corrêa Leite de e DIPP, Ricardo. In Crime e Castigo Reflexões Politicamente Inconcretas. Ed. Millenium: Campinas, SP, 2002, p. 5.

<sup>49</sup> Idem, pág. 3.

<sup>50</sup> Vide nota de rodapé n.º 46.

<sup>51</sup> TJRS, CP nº 699286597, Quinta Câmara Criminal, Relator Des. Amilton Bueno de Carvalho, 30 de junho de 1999. Consta no corpo do acórdão: “Entendo que a finalidade do processo penal, ao contrário do que a maioria diz, não é a busca da confusa, inalcançável e retórica ‘verdade real’. O que se procura é um julgamento justo ao ‘príncipe’ – o réu. O discurso da verdade real perseguida a qualquer preço sempre foi a fonte teórica dos mais esdrúxulos procedimentos, inclusive de tortura (ver idade média inquisitória e alguns porões policiais atuais).” N.A: Do teor do texto abrolha o evidente viés ideológico.

<sup>52</sup> N.A: Quando ouço falar em Príncipe sempre lembro a advertência que ECO coloca na boca do seu personagem Baudolino: “Quod Principi plaquit legis habet vigorem: ‘tudo ao que ao Príncipe apraz tem vigor de Lei’”. ECO, Umberto. In Baudolino. Ed. Record: Rio de Janeiro, 2016, 10. ed. p. 57 (a primeira edição do livro remonta ao ano de 1968).

direito que, além da preocupação das garantias do réu, possua capacidade de retirar os antolhos e consiga enxergar, igualmente, a vítima ou sua família e, nunca esqueça a sociedade.

Só para não passar em branco, recorde alguns outros julgamentos capazes de demonstrar o absurdo das decisões laxistas, como, por exemplo, a situação em que presa em flagrante delito<sup>53</sup> uma mulher de 19 anos, na pacata cidade de Pelotas, portando 4 tijolos e porções fracionadas de maco-nha pesando 4.716kg, 58g de cocaína em forma de ‘crack’, dois fuzis, farta munição e demais apetrechos para traficância. Porém, a 3ª Câmara Criminal do TJ/RS entendeu inexistir ‘perigo à ordem pública’ e concedeu a ordem de ‘habeas corpus’ para soltá-la; ou aquele outro caso em que o cidadão é apanhado com a boca na botija satisfazendo sua lascívia ao efetuar toques íntimos e praticar sexo oral com uma infante de 05 anos de idade<sup>54</sup>, mas sob os fundamentos de a pena prevista ser excessiva, de não haver a menor sido violentada, mas sim seduzida e outros argumentos, igualmente absurdos, a 8ª Câmara Criminal do TJ/RS desclassificou o fato para corrupção de menores<sup>55</sup>.

<sup>53</sup> HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PERIGO EM CONCRETO. DESPROPORCIONALIDADE DA MANUTENÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. 1. No caso, embora não seja insignificante a quantidade de droga apreendida na posse da paciente (4 tijolos e porções fracionadas de maco-nha, no total aproximado de 4.716kg; 58g de cocaína em forma de crack; dois fuzis e demais apetrechos, somadas às informações obtidas pela autoridade policial, sejam elementos suficientes para caracterização do *fumus commissi delicti*, não são o bastante para evidenciar a existência do perigo na liberdade do paciente (*periculum libertatis*). 2. Por conseguinte, ausente a demonstração do *periculum libertatis*, e considerando as condições pessoais favoráveis da acusada, que possui 19 anos, e é primária, e é acusada de suposta prática de delito cometido sem violência contra a pessoa, mostra-se impositiva a concessão da ordem. (...) CONCEDERAM PARCIALMENTE A ORDEM, POR MAIORIA (HABEAS CORPUS. TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL. N.º 70073293425. COMARCA DE PELOTAS).

<sup>54</sup> Apud PESSI, Diego e GIARDIN, Leonardo de Souza, in *Bandidolatria e Democídio*. Ed. Resistência Cultural: São Luiz, MA, 1. ed., 2017, pp. 39-41.

<sup>55</sup> Decisão tomada pela 8ª cc na apelação nº 70007781917. Neste caso, porém, o MP recorreu e a decisão foi revertida pelo STJ, consta do acórdão: “Recurso especial. Penal. Atentado violento ao pudor. Perfeita configuração. Desclassificação para corrupção de menores. Alegação de excesso na pena cominada. Impossibilidade. Crime cometido contra criança de cinco anos de idade. Consentimento. Inexistência. Presunção de violência. Caráter absoluto. 1. A desclassificação do tipo penal previsto no art. 214 do código penal, para o crime de corrupção de menores (art. 218 do código penal), sob o mero fundamento de “excesso de rigor” da pena cominada ao atentado violento ao pudor, é decisão nitidamente contra legem, a merecer pronta cassação desta corte. 2. [...]. 3. O consentimento de criança de cinco anos é irrelevante para a formação do tipo penal, pois a proibição legal é no sentido de coibir qualquer prática sexual com pessoa nessa faixa etária. 4. A violência presumida, prevista no art. 224, alínea a, do código penal, tem caráter absoluto, afigurando-se como instrumento legal

Paramos por aqui, pois o desiderato é só exemplificar e não de passar pente fino nas inúmeras decisões aberrantes em nosso Tribunal, com este objetivo seria necessário um livro, talvez com mais de um volume.

Somente é possível se descerrarem as cortinas de tal cenário no Brasil por viger no seio do Judiciário e do Ministério Público a errônea ideia de ser absoluto o princípio da independência judicial/independência funcional. Tal entendimento permite a criação de ‘seres acima do bem e do mal’ cuja única preocupação é julgar de acordo com sua consciência ‘para não dizer ideologia’, não importando a Constituição Federal, as leis, a sociedade, as vítimas ou os milhares de órfãos e viúvas criados no Brasil por 60.000mil homicídios/ano. O ‘Ser’ e sua consciência são autossuficientes e fazem vista grossa para o mundo ao seu redor.

Não à toa DALLARI<sup>56</sup> asseverou “independência não significa liberdade absoluta”, porque, à evidência, a garantia cujo fito é proteger a sociedade, existência de um promotor ou juiz independente não atrelado, nem jungido por pressões externas, não pode criar, em contrapartida, órgão atuante acima ou ao arrepio das leis e da Constituição Federal. Com proficiência disse GARCIA<sup>57</sup> “é inconcebível que seja divisada a existência de direitos absolutos em um Estado democrático de Direito”.

Sobre a temática da independência funcional lapidar é a frase proferida pelo, então, Ministro Paulo Brossard, cujo teor desnuda o absurdo de ser encarado o princípio como absoluto ao criar a seguinte imagem: “se nós não conciliarmos esse princípio com o da hierarquia, vamos estabelecer uma espécie de ‘monarquia’, uma série de ilhas que não chega sequer a formar um arquipélago”. É o que temos hoje, cada um (seja Juiz ou Promotor) puxa

---

de proteção à liberdade sexual do menor, em face de sua incapacidade volitiva. 5. Recurso provido para restabelecer a sentença de primeiro grau [...]” (REsp 714.979/RS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 09/08/2005, DJ 05/09/2005, p. 476)

<sup>56</sup> DALLARI, Adilson Abreu. In *Ministério Público, Reflexões sobre princípios e funções institucionais* (artigo Autonomia e Responsabilidade do Ministério Público), organizador RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves. Ed: Atlas: São Paulo 2010, p. 44. No mesmo local o autor estabelece: “[...] a ‘independência funcional’, que deve ser entendida como liberdade de atuação dentro dos quadrantes da ordem jurídica, dentro dos limites estabelecidos pelas Constituição e pelas leis em geral.” (G.n.)

<sup>57</sup> GARCIA, Emerson. In *Ministério Público: Organização, Atribuições e Regime jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3. ed., 2008, pp. 62-65.

para seu lado, possui a sua ilha de consciência (ideologia) e quem paga é a sociedade Brasileira, que assiste impotente o país se encaminhando para o abismo.

As citações feitas, “mutatis mutandis”, servem igualmente para falar sobre a “independência judicial”, mas, acerca deste, salutar e merecedora de nota a lição de BACIGALUPO<sup>58</sup>, o qual, em palestra proferida no Brasil, apontava a discussão corrente na Europa, cujo teor versava acerca de o Juiz que descumpra seu dever de agir conforme a lei merecer punição administrativa e penal ou tão somente administrativa. O Autor entendia ser desnecessário penalizar a conduta do Juiz que descumpra a lei, sendo suficiente a punição administrativa, mas deixava como mensagem a seguinte advertência: “Que o sujeito que se opõe a uma lei é um rebelde, um juiz que escapa à Lei, a torce ou a deturpa, porque Ela, como ela é, não se encaixa na forma de sua filosofia, é um falsário” (tradução nossa).” (G.n.)<sup>59</sup>

Claro, como sabido, muitas vezes as leis são inconstitucionais ou podem permitir mais de uma forma de interpretação, porém, a Constituição Federal atribui competência ao STF de estabelecer a constitucionalidade das leis e ao STJ de ditar a interpretação da legislação infraconstitucional. Uma vez – utilizados os mecanismos legais, súmula vinculante, recursos com repercussão geral, etc. –, batido o martelo por qualquer das Cortes, o repúdio a tal decisão é um desserviço à nação e denota somente como dito em grave advertência feita pelo STJ<sup>60</sup> para a 7ª CC do TJRS:

<sup>58</sup> BACIGALUPO, Enrique. Magistrado Del Tribunal Supremo de España e Catedrático de Derecho Penal. In *La responsabilidad penal de jueces y fiscales en el Estado Democrático de Derecho*. Palestra proferida no 1º Congresso Mundial do Ministério Público, sediado em São Paulo nos dias 20 a 23 de setembro de 2000. N.A.: Na oportunidade o signatário – participante da mesa – recebeu das mãos do palestrante o “Resumen de la Ponencia”, o texto foi ‘scaneado’ e disponibilizado em: [https://drive.google.com/drive/folders/1SqU1SWxN5ylvz\\_p9T2g5ePrpNJKXOLQy?usp=sharing](https://drive.google.com/drive/folders/1SqU1SWxN5ylvz_p9T2g5ePrpNJKXOLQy?usp=sharing)

<sup>59</sup> Texto original: “Que el súbdito que se alza contra una ley es un rebelde, um juez, que elude La Ley, la retuerce o la tergiversa, porque Ella, tal como es, no encuadra em la forma de su filosofía, es un falsario” (G.n.)

<sup>60</sup> RECLAMAÇÃO. CABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. MOMENTO CONSUMATIVO. APELAÇÃO. JUÍZO DE RETRAÇÃO. MANUTENÇÃO DE ENTENDIMENTO CONTRÁRIO À TESE FIRMADA EM RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PEDIDO PROCEDENTE. (...) 2. A tese estabelecida no Recurso Especial Repetitivo n. 1499.050/RJ foi a de que “consume-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem, mediante o emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida a perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desviada”. (...) 3. É injusticável

é injustificável que, depois de firmadas teses em recurso representativo de controvérsia, se persista na adoção de um entendimento incompatível com a interpretação dada por este Superior Tribunal. Nenhum acréscimo às instituições e ao funcionamento do sistema de justiça criminal resulta de iniciativa desse jaez, que apenas consagram resistência estéril a uma necessária divisão de competência entre órgão judiciários [...]. (G.n.)

Urge, destarte, que as Corregedorias e Conselhos Superiores de ambas as instituições, a par de outras atividades, com objetivos nem sempre tão relevantes para o tecido social, prestem este relevante serviço à Nação, fazendo seus membros entenderem a relatividade dos mencionados princípios, cujos conteúdos exigem se verguem à Constituição federal e ao império das Leis. Não esqueçamos a sábia advertência de MORAES JR. “Justiça Penal perdida no desvio do fatalismo sócio, complacente, timorata, incapaz de distinguir entre a crueldade do bandido e o sofrimento da vítima hesitante no momento de segregar o facínora, não é justiça viva, mas demissionária, abdicante, morta”.

#### 4 CONCLUSÃO

Como demonstrado, a Constituição Federal foi despida do seu traje de gala na questão das garantias fundamentais. A primordial, sem a qual as demais sequer existem, a inviolabilidade do direito à vida, não encontra repúdio nos governantes das últimas duas décadas, pois em vez de combater a causa principal do assassinato anual de mais de 60 mil brasileiros, ficam criando discurso para tergiversar a discussão, como “encarceramento em massa” e “punitivismo exacerbado”. Enquanto não abandonarem tais falácias e criarem um “plano de estado” sério, não “plano de governo” para combater a impunidade, não existem dúvidas, os números vão aumentar e

---

que, depois de firmadas teses em recurso representativo de controvérsia, se persista na adoção de um entendimento incompatível com a interpretação dada por este Superior Tribunal. Nenhum acréscimo às instituições e ao funcionamento do sistema de justiça criminal resulta de iniciativas desse jaez, que apenas consagram resistência estéril a uma necessária divisão de competências entre órgãos judiciários, com base na qual cabe ao Superior Tribunal de Justiça a interpretação do direito federal e ao Supremo Tribunal Federal a interpretação da Constituição da República. STJ, (Reclamação nº 33.862 – RS. Acórdão publicado no DJE de 16-08-2017).



se o descaso continuar chegaremos ao caos que, com certeza, é o retorno à vingança privada, aliás, estamos muito perto disto, a cada dia emerge com mais intensidade esse sentimento na voz do povo, talvez por perceber a nudez da nossa Carta Magna na temática posta.

A par disto é necessário com urgência buscar um tratamento justo da nossa mídia e, igualmente, dos órgãos responsáveis pelas estatísticas criminais em nosso país, o criminoso não pode mais ser tratado como “mocinho” e os nossos agentes de segurança serem diuturnamente tachados como “demônios”. Ninguém em nosso país deseja uma polícia “acima da lei”, ao contrário disso, queremos as forças policiais agindo no limite estrito da lei e que, quando cometidos excessos, sejam punidos. O grande problema no Brasil é que, pelo tratamento conferido, muitas vezes nossa polícia parece estar “abaixo da lei”. Não esqueçam. As forças policiais são o último anteparo a nos separar do caos e impedir a queda no abismo que está próximo, ou vamos esperar as mortes atingirem 100 mil anuais para enxergar o óbvio ululante.

O laxismo penal precisa ser combatido urgente e seriamente, e para isto é necessário raspar o verniz e perceber os matizes existentes abaixo, qualquer que seja o ângulo das “doutrinas/ideologias” adotadas, seja o “garantismo negativo” ou qualquer outra. Não podemos cair no discurso evasivo de a prisão não resolver o problema, para tanto basta buscar os paradigmas corretos, por exemplo, os EUA, com a aplicação das mencionadas teorias das “janelas quebradas” e “tolerância zero”, aumentou-se a taxa de encarceramento, muito superior à do Brasil, porém, os níveis de criminalidade regrediram para os registrados nos anos 80, *id est*, prisão resolve sim e ‘desencarceramento mata’ de verdade!

São medidas urgentes, não há dúvida, pois o caos está próximo e a grande maioria da população brasileira – honesta e ordeira –, que não rouba, não estupra, não comete crimes, mas, principalmente, não mata, não aguenta mais!.. Precisamos atacar o problema das mortes violentas no Brasil para ontem, sob pena de sucumbirmos à bandidagem. É hora de descruzarmos os braços...

## REFERÊNCIAS

- BACIGALUPO, Enrique. La responsabilidad penal de jueces y fiscales en el Estado Democrático de Derecho. Disponível em: [https://drive.google.com/drive/folders/1SqUISWxN5ylvz\\_p9T2g5ePrpNJKXOLQy?usp=sharing](https://drive.google.com/drive/folders/1SqUISWxN5ylvz_p9T2g5ePrpNJKXOLQy?usp=sharing).
- CARPES, Bruno Amorim. *O Estadão*. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-mito-do-encarceramento-em-massa/>, <http://www.puggina.org/artigo/outrosAutores/a-prisao-da-verdade/10797> e <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-desencarceramento-dos-numeros/>.
- DALLARI, Adilson Abreu. *Ministério Público*, Reflexões sobre princípios e funções institucionais (artigo Autonomia e Responsabilidade do Ministério Público), organizador RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. São Paulo: Atlas, 2010.
- ECO, Umberto. *Baudolino*. 10. ed. Rio de Janeiro: Record, 2016.
- FINGER, Julio Cesar. O Ministério Público Pós 88 e a Efetivação do Estado democrático de Direito: Podemos Comemorar? in: *Ministério Público*, Reflexões sobre princípios e funções institucionais, organizador RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 85-93.
- GARCIA, Emerson. In *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 3. ed., 2008.
- GIARDIN, Leonardo de Souza. A legalização definitiva da impunidade. *Puggina.org*. Acesso em: <http://puggina.org/artigo/outrosAutores/a-legalizacao-definitiva-da-impunidade/9440>.

GUERRA, J. B. Cordeiro. *A arte de Acusar*. 1. ed. Ed. São Paulo: Forense Universitária, 1989.

HUNGRIA, Nelson & FRAGOSO, Heleno. *Comentários ao Código Penal*. 6. ed. Vol. V. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1981.

MORAES JR., Volney Corrêa Leite de e DIP, Ricardo. *Crime e Castigo – Reflexões politicamente incorretas*. Campinas-SP: Editora Millennium, 2002.

MUNHOZ, Silvio Miranda. A ideologização da estatística. *O Estadão*. Blog do Fausto Macedo. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-ideologizacao-da-estatistica/>.

NOVAIS, César Danilo Ribeiro de. *A Defesa da Vida no Tribunal do Júri*. 2. ed. Cuiabá: Carlini & Caniato, 2018.

OLIVEIRA, Gilberto Callado de. *A Verdadeira Face do Direito Alternativo*. Curitiba: Juruá, 2012.

PEREIRA, Fábio Costa. “O Mito da Polícia Bandida”. *Revista A Força Policial*. Ed. n. 1, 2017. Disponível em: [http://revistafpolicia.policiamilitar.sp.gov.br/?page\\_id=3802](http://revistafpolicia.policiamilitar.sp.gov.br/?page_id=3802).

PESSI, Diego e GIARDIN, Leonardo de Souza. *Bandidolatria e Democídio – ensaios sobre garantismo penal e a criminalidade no Brasil*. São Luís: Livraria Resistência Cultural, 2017.

RUBIN, Daniel Sperb. *Jus.com.br*. Disponível em: [jus.com.br/artigos/3730/janelas-quebradas-tolerancia-zero-e-criminalidade](http://jus.com.br/artigos/3730/janelas-quebradas-tolerancia-zero-e-criminalidade).

SANTANA, Paulo. Crônicas publicadas no *Jornal Zero Hora*, fl. 55, em 13-02-2001 e 23-01-2002, fl. 55.

SCHUTT, Júlia Flores. *O Estadão*. Disponível em: <https://www.google.com.br/amp/s/politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/incentivar-o-criminoso-carreirista-ate-quando/%3famp>.

SCHUTT, Júlia Flores. Disponível em: [https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=7&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjxgZjN\\_d3dAhVBIpAKHYbFBvgQFjAGegQIBxAB&url=https%3A%2F%2Fpolitica.estadao.com.br%2Fblogs%2Ffausto-macedo%2Fferrajoli-e-o-legitimo-pai-do-garantismo-penal-praticado-no-brasil%2F&usg=AOvVaw1XS4-7vNjiCpzzIGsPwFvd](https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=7&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjxgZjN_d3dAhVBIpAKHYbFBvgQFjAGegQIBxAB&url=https%3A%2F%2Fpolitica.estadao.com.br%2Fblogs%2Ffausto-macedo%2Fferrajoli-e-o-legitimo-pai-do-garantismo-penal-praticado-no-brasil%2F&usg=AOvVaw1XS4-7vNjiCpzzIGsPwFvd).

VIAPIANA, Luiz Tadeu. *Brasil Acossado pelo Crime*. Porto Alegre: Diálogo Editorial, 2002.

# A via espúria do ramo volicional da defesa de insanidade no Direito brasileiro

**Carlos Eduardo Fonseca da Matta**

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo,  
designado junto à 3ª Procuradoria de Justiça

Artigo publicado no site do Ministério Público do Estado de São Paulo,  
em 16 de março de 2002

Desde logo, acentuo que este é apenas um dos vários itens que fizeram parte das propostas concernentes à criminalidade violenta que tive ocasião de apresentar como resultado da formação de comissão especial no âmbito do Egrégio Colégio de Procuradores de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Tais propostas foram aprovadas, à unanimidade, em reunião especial de tal órgão colegiado (v. Propostas para reduzir a criminalidade violenta. htm).

São elas fruto de exame da legislação americana e européia, que, muito ao contrário do que dizem alguns, essencialmente diferente é, em vários aspectos de grande relevância, das leis brasileiras.

Permito-me, *cum bona venia e brevitatis causa*, dada a simplicidade da questão transcrever, a respeito, trecho de parecer que exarei sobre o tema:

Elucidativo se revela o exame da questão pertinente à insanidade mental à luz do direito comparado, dado o deplorável estado de atraso e extremada ineficiência e permissividade da legislação brasileira a respeito.

Assim, nos Estados Unidos da América, em **1983**, isto é, já há

quase vinte anos, a “Associação Psiquiátrica Americana” (American Psychiatric Association), a “Associação Médica Americana” (American Medical Association) e a “Ordem dos Advogados dos Estados Unidos” (American Bar Association), todas no mesmo ano, **tornaram público seu repúdio ao chamado teste ou padrão “duplo” de insanidade.**

Isto é, aquele através do qual admite-se a insanidade mental do acusado não só pela demonstração de que este “por severa doença ou defeito mental, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato”, como ainda permitia-se sua irresponsabilidade penal sob a assertiva de que “seria incapaz de determinar-se de acordo com esse entendimento”, o chamado “ramo volicional” do parâmetro.

Tal repúdio se deve à constatação de que **não existe critério algum de caráter científico que permita afirmar objetivamente se alguém efetivamente tem, ou não, condições de determinar-se de acordo com o entendimento que faça da natureza ilícita do ato.**

Em outras palavras, **toda vez que um psiquiatra se aventura a lançar, em um laudo pericial, a assertiva de que um determinado réu “é incapaz de determinar-se com esse entendimento” nada mais está a fazer do que um juízo essencialmente subjetivo e insuscetível de demonstração e comprovação de caráter científico ou objetivo!**

Bem por esta razão, já em 1984, o governo federal americano aprovou o Insanity Defense Reform Act (“Lei de Reforma da Defesa de Insanidade, em tradução livre *verbum pro verbo*) em que o espúrio braço volicional foi revogado de sorte que, desde aquela data, em solo intolerante para com a criminalidade e cioso dos direitos humanos do cidadão, só se admite a exceção de insanidade se: o réu puder comprovar, “por prova clara e convincente (note-se mais uma vez: não só clara e não só convincente: há pleonismo de ênfase) que, à época da comissão dos atos que constituem o crime, por resultado de uma doença ou defeito mental severo, era incapaz de compreender a natureza e qualidade ou ilicitude de seus atos”. (grifo nosso)

Com efeito, é este o teor da legislação federal americana pertinente (atualizada até 23 de janeiro de 2001):

\* United States Code

\* TITLE 18 - CRIMES AND CRIMINAL PROCEDURE

\* PART I - CRIMES

\* CHAPTER 1 - GENERAL PROVISIONS

Sec. 17. Insanity defense

\* (a) Affirmative Defense. - It is an affirmative defense to a prosecution under any Federal statute that, at the time of the commission of the acts constituting the offense, the defendant, as a result of a severe mental disease or defect, was unable to appreciate the nature and quality or the wrongfulness of his acts. Mental disease or defect does not otherwise constitute a defense.

\* (b) Burden of Proof. - The defendant has the burden of proving the defense of insanity by clear and convincing evidence.” (grifo nosso)

Este é o parâmetro que hoje vigora não só na legislação federal americana como naquela da imensa maioria de seus Estados, sendo raros (se é que porventura ainda existam alguns) aqueles que admitem a frouxa e essencialmente subjetiva, abertamente corruptível, válvula de escape do indigitado ramo ou braço volicional.

Nas palavras do emérito Professor **STEVEN EMANUEL**, Harvard Law School, J.D. 1976, em sua obra “Criminal Law”, Emanuel Law Outlines, Inc., Third Edition, 1992, o repúdio do teste de capacidade da vontade do agente se deve a:

**a. Limits of psychiatry:** That even most psychiatrists ‘now believe that they do not possess sufficient accurate scientific bases for measuring a person’s capacity for self-control or for calibrating the impairment of that capacity’. Lyons, supra. As one writer put it, there is ‘no objective basis for distinguishing between offenders who are undeterrable and those who are merely undeterred, between the impulse that was irresistible and the impulse not resisted, or between substantial impairment of capacity and some lesser impairment.’ 69 A.B.A.J. 194, at 196 (1983).

**b. Fabrication:** That the volitional prong increases the risk of fabrication, since it is easier to feign an inability to ‘help oneself’ than it is for one to feign an inability to tell right from wrong.

**c. Reasonable doubt:** That in those jurisdictions requiring proof of insanity beyond a reasonable doubt (originally including all federal courts, but since changed by statute; see *infra*), proof beyond a reasonable doubt that the defendant lacked substantial capacity to conform his conduct to the requirements of the law is virtually impossible. (grifo nosso)

A meu ver, data maxima venia, de novo, a sobriedade do enfoque norte-americano desafia uma revisão da postura que aqui se tornou ordinária e inquestionada quanto a tema de tamanha relevância para segurança e tranqüilidade da sociedade.

Certo é que, em nosso país (como, é claro, alhures) vige o princípio do livre convencimento do juiz, mediante o qual não está ele adstrito às conclusões do perito.

*Etenim*, reza o Código de Processo Penal: “Art. 182. O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.”

Conforme sábia máxima: *errare humanum est; perseverare in errore insanum.*

Ainda que tarde, em nossa combalida pátria, a mudança legislativa conveniente, cômico dos modernos avanços científicos, haverá o Poder Judiciário de portar-se de acordo com a majestade das funções que lhe são confiadas.”

Tais são “as” *summae res* do tema, que me levam a sintetizar e concluir a tese nos seguintes termos:

Considerando as conclusões adotadas em 1983, e ainda hoje vigôrantes, pela “Associação Psiquiátrica Americana” (American Psychiatric Association), pela “Associação Médica Americana” (American Medical Association) e pela “Ordem dos Advogados dos Estados Unidos” (American Bar Association), que tornaram público seu repúdio ao chamado teste ou padrão “duplo” de inimputabilidade, a partir da constatação de que não existe critério algum de caráter científico que permita afirmar, objetivamente, se alguém efetivamente tem, ou não, condições de determinar-se de acordo com o entendimento que faça da natureza ilícita do ato criminoso;

Considerando a reforma desde aquela época das leis federal e estaduais americanas que, de conseguinte, excluíram a possibilidade de utilização do chamado ramo volicional da defesa de insanidade;

Considerando-se que, conquanto não tenha ainda sido modificada a lei brasileira neste ponto, possível é levar tais fatos em conta por força do princípio do livre convencimento do juiz previsto no art. 182 do CPP;

Considerando que tal via espúria da defesa de insanidade é utilizada como forma de obtenção de impunidade para perigosos criminosos, que assim mantêm a ordem pública sob constante e iminente agressão;

**É DE SE CONCLUIR** pela necessidade de sustentação imediata de tal concepção científica, i.e., de que não é possível admitir a irresponsabilidade penal do agente com fundamento em sua pretensa incapacidade de determinar-se de acordo com o entendimento que faça da natureza ilícita do ato criminoso.



Artigos de grande repercussão



# Brasileiros, acalmem-se! Coringa não deixará Gotham City

**Harley Wanzeller**

Magistrado federal trabalhista, escritor  
e membro do Movimento de Combate à Impunidade

Artigo publicado no Estadão, Blog do Fausto Macedo,  
em 20 de outubro de 2019

Em lançamento recente do circuito hollywoodiano, a vida de Coringa, ou “Joker”, estrelado por Joaquim Phoenix, é retratada como a verdadeira “saga” do vilão mais temido de Gotham City, o único capaz de tirar o sono do homem morcego. É mais uma estória que se constrói pela curiosidade suscitada em nossas mentes quando nos deparamos com frases como “toda história tem dois lados”, ou “você sabe o que o levou a fazer isso?”, ou “você teve a ‘empatia’ suficiente para entender o que leva um ser humano a praticar tais coisas?”.

Não que estas reflexões devam ser descartadas de plano. Não se trata da falta de interesse em ver os dois lados de uma moeda, ou insistir em “ter aquela velha opinião formada sobre tudo”.

Mas quando nos deparamos com a ficção, devemos ter em conta que, em abstrato, as mensagens e valores expostos pela obra ficcional buscam encontrar acolhida no íntimo do público que consumirá o enredo.

Como Aristóteles e outros vários filósofos e pensadores identificaram, seja na era antiga ou na moderna, a poética constitui a porta de entrada para a formação do convencimento do ser humano, sendo capaz, inclusive,

de modificar padrões comportamentais que, executados amiúde, modificam os próprios padrões culturais que nos guiam.

A poética é o primeiro passo que devemos utilizar na busca da verdade. Daí conseguimos extrair, por exemplo, o impacto que as belas lições deixadas por C.S.Lewis, J.R.R.Tolkien e G.K. Chesterton tiveram na formação daqueles que incessantemente buscam o caminho da verdade, e sofrem as agruras do enfrentamento da ressignificação dos valores, promovida pelo marxismo cultural.

A indústria cinematográfica vive deste poder e sabe, como ninguém, explorá-lo.

Então, o que a estória de Coringa (ou “Joker”) nos ensina?

Nada!

Pelo menos, nada de novo pois, lembre-se, estamos no Brasil.

Infelizmente, ao ver a estória de um bandido contada de maneira épica, a sociedade brasileira enfrenta a dura realidade do espelho diante de si.

A retórica da criminologia sob o enfoque da visão do bandido é a nossa regra. Estamos cansados de escutar máximas como “você não tem empatia pela vida daquele que cometeu um erro?”, ou mesmo a mais direta bravata “ele é vítima da sociedade!”. E há cansaço nos dois sentidos do termo, pois ouvimos ininterruptamente estes discursos e estamos, de igual forma, cansados de seus resultados, apesar de sabermos que tais reflexos seriam abundantemente comemorados por Luigi Ferrajoli, como de fato o são pelos fofos garantistas gerados a partir de seus estudos.

Como fica a empatia pela vida que se perdeu em decorrência da violência de um bandido?

Bom. No contexto do filme, a identidade maligna de “Joker” é solememente ignorada, dando-se importância única às dificuldades que o “pobre” palhaço mal compreendido teve no curso de sua formação, e na demência decorrente destas dificuldades. O argumento sai da figura do bandido e das consequências de seus atos, deslocando-se com velocidade imperceptível para a vitimização da figura do bandido.

Sem querer dar “spolier”, a mensagem é bem clara: “Joker” não teve culpa! A culpa foi de todos – da mãe, da rejeição social, dos ricos, dos “mauricinhos”, dos comediantes, dos psicólogos, dos psiquiatras, da polícia, do governo, do sistema – menos de “Joker”.

A retórica bandidólatra consegue isso! Transforma um bandido em herói de resistência contra um “sistema opressor”. Estes valores robustecem a formação de opinião e acabam sendo internalizados por nós todos, sem a menor cerimônia. Aliás, nem mesmo nos damos conta das modificações que nos ocorrem e, como num passe de mágica (ou de poética), acabamos tendo mais “empatia” pelo criminoso do que pela vítima.

Assim foi feito com a massa que defende “Joker”. A massa que o transformou em ídolo e chefe político de Gotham City.

Imagino se “Joker” vivesse em um campo de concentração, sofrendo das mesmas mazelas experimentadas por Viktor Frankl. O que ocorreria com o desafortunado palhaço que nega o fato da vida ser uma somatória de sua própria existência aliada às circunstâncias que ele próprio vive? Por graça e obra divinas, Viktor Frankl utilizou as dificuldades como circunstâncias propícias para a busca da verdade, e hoje temos os estudos sobre logoterapia consolidados nos mostrando que, ao fim e ao cabo, as dificuldades são exatamente aquilo que nós permitimos que sejam em nossas vidas, podendo funcionar como uma corda atrelada a um balão de gás, segurada com toda força possível, ou uma pedra amarrada no calcanhar.

A cultura da vitimização mostrou seus resultados em “Joker”, personagem que, por suas escolhas ou omissões, deixou-se acorrentado a uma pedra enorme, trazendo consigo muitos outros que preferem a covardia da vitimização do que o enfrentamento da realidade.

No Brasil, nada é diferente.

Na verdade, Gotham City é uma cidade fictícia, com personagens fictícios que estão aí para nos lembrar de um país detentor de uma taxa de homicídios superior a 60.000/ano; de um país sempre atento para a proteção do bandido, e que sofre de amnésia quando se tenta proteger a vítima; de um país que recentemente legalizou a perseguição das autoridades que, ao invés

de terem independência necessária para a ultimar a proteção da sociedade, estarão agora ocupando os bancos dos réus, bastando para isso um simples estalar de dedos dos bandidos (refiro-me à Lei de Abuso de Autoridade); de um país onde a busca do bom, do belo e do verdadeiro cede espaço à busca do nada.

Diante disso, fiquem tranquilos!

“Joker” jamais sairá de Gotham para nos perturbar.

O Brasil é demais para ele.

# Os números do sistema prisional e a persistência dos fatos

**Bruno Carpes**

Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul  
Membro do Núcleo de Pesquisa e Análise da Criminalidade da Escola de Altos  
Estudos em Ciências Criminais

Artigo publicado na Gazeta do Povo, em 15 de setembro de 2019

Recentemente, a nova gestão do Ministério da Justiça emitiu seus dois primeiros relatórios sobre os dados prisionais brasileiros, que cobrem o período de dezembro de 2016 a julho de 2017. Não obstante a evolução metodológica e a maior clareza na coleta de dados, mediante especificação dos critérios adotados, os relatórios persistem no erro de tratar como “preso” todo apenado vinculado aos regimes semiaberto (praticamente falido) e aberto (este praticamente inexistente).

Tenho feito várias críticas ao total desencontro entre os dados divulgados pelo Conselho Nacional do Ministério Público (com dados divulgados até 2015), pelo Conselho Nacional de Justiça e pelo Ministério da Justiça, o que dificulta sobremaneira uma análise criteriosa a respeito dos números prisionais. O que agora chama a atenção é o desencontro entre os relatórios anteriores e os da nova gestão do Ministério da Justiça – ou seja, a contradição manifesta entre dois documentos oriundos do mesmo órgão federal.

O novo relatório confirma o que denunciávamos em 2017: a utilização do expediente de diminuir o número de vagas do sistema prisional para

inflar artificialmente as taxas de uma superlotação em si mesma preocupante, a fim de sensibilizar o público em geral e a classe política em particular para que aderissem à agenda do desencarceramento em massa. No intervalo de um semestre, surgiram, *ex nihilo*, quase 100 mil vagas, diminuindo-se em 35% o índice de superlotação nacional. Tal diferença já era perceptível anteriormente quando comparados os números do CNMP e do CNJ, mas, desta vez, o mea culpa realizado pelo próprio ministério é um avanço que merece ser saudado.

Outro fato curioso é de que, entre junho e dezembro de 2016, houve diminuição do número total de apenados no país e, se comparado o período de um ano (até junho de 2017), o número se manteve estável, ao contrário do crescimento médio dos anos anteriores. Contudo, não se verificou nos registros do mesmo período diminuição no número de crimes perpetrados, o que poderia justificar tal estabilização. Sobram três hipóteses: ou o Poder Judiciário, em média, diminuiu o número de decretos prisionais; ou a polícia efetivou menos prisões; ou a nova gestão do Ministério da Justiça apurou erro nos números anteriormente divulgados.

Outro aprimoramento do relatório reside na diferenciação entre pardos e negros, que possibilitou análise mais precisa sobre a persistente acusação de “racismo endêmico” no sistema judiciário brasileiro: verifica-se no relatório que negros também são minoria no sistema prisional. Na contramão de discursos de setores ideologizados, o número de brancos presos chega a ser equivalente ao dobro do número de presos negros. Há de se lembrar sempre que o crime não tem cor e, por consequência, as prisões são realizadas em razão da conduta desviante do criminoso, e não pela cor de sua pele.

Outro grande avanço, como eu já defendia desde 2017, foi a correta definição de presos provisórios para fins estatísticos, isto é, somente aqueles sem condenação. Desta forma, apontou-se que 33,29% dos apenados encontram-se aguardando julgamento, o que deixa o Brasil em 89.º lugar no mundo em número de presos provisórios, abaixo de países como Nova Zelândia, Dinamarca, Bélgica, Suíça e Canadá, por exemplo. Ou seja, comparativamente, o Brasil não tem muitos presos provisórios.



Afora os presos provisórios, o novo relatório passou a tratar os demais apenados como sentenciados, e não mais como presos definitivos. Assim, os números trazidos a respeito de cada regime prisional e de prisões provisórias permitem que se verifique o número de pessoas realmente encarceradas, isto é, aquelas que se encontram sentenciadas em regime fechado e aguardando julgamento. Somam-se 558.275 pessoas presas, gerando a taxa de 267 pessoas presas para cada 100 mil habitantes, deixando o país com maior número de assassinatos e crimes violentos do planeta na 44.<sup>a</sup> posição no mundo e na 6.<sup>a</sup> posição entre os 13 países da violenta América do Sul.

Mais claro e metodologicamente aperfeiçoado – atentando-se a algumas de nossas críticas passadas –, o relatório novamente demonstra que inexistente encarceramento exagerado ou em massa no país da “bandidolatria”. Por conseguinte, causa espanto a insistência de setores da academia, da imprensa e do mundo jurídico em afirmar que o nosso sistema penal atual privilegia a prisão em vez de medidas alternativas, tal como sustentado, recentemente, pelo representante do Conselho Nacional de Justiça em audiência pública promovida na Câmara dos Deputados para debater a famigerada audiência de custódia. Um agente público que ocupa um posto de tamanha relevância não pode desconsiderar o fato de que apenas 2,69% das penas brasileiras estipulam regime inicial fechado, e nem que levantamentos completos, como o do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, sob o “guarda-chuva” do CNJ, demonstram que em 2015 apenas 5,36% dos processos daquele estado versavam sobre réus presos.

É claro que no plano teórico, doutrinário, das ciências humanas, a liberdade de cátedra e de contraposição na busca da síntese deve ser sempre bem-vinda, visando a debater o fundamento e as consequências do instituto da prisão. Nesta ordem, o novo relatório traz novos dados que permitem aprofundar o debate e desmitificar falsas conclusões, especialmente nos órgãos públicos ligados ao sistema judicial. O que não se concebe é que órgãos públicos – especialmente aqueles ligados ao sistema judicial – coloquem suas idiosincrasias acima do escopo das suas funções, nem da análise esmerada dos números que estão à sua disposição em favor de narrativas sem qualquer

amparo na realidade. Como observou o grande John Adams, os fatos são coisas teimosas que não se submetem a nossos desejos.

# Diário para Zé Manés

**Rodrigo Merli Antunes**

Promotor de Justiça do V Tribunal do Júri de São Paulo  
Pós-graduado em Direito Processual Penal – Escola Paulista da Magistratura  
Coautor da obra “O Tribunal do Júri na visão do juiz, do promotor e do advogado”

Artigo publicado no Estadão, Blog do Fausto Macedo,  
em 16 de setembro de 2019

Dias atrás, terminei de ler um livro sobre célebres criminosos que estão presos em Tremembé-SP. O autor, também detido, deu para sua obra um nome parecido com o deste artigo, o qual, no entanto, acabei por aproximar à realidade mais latente. Decidi ler o livro para saber o que um dos detentos andava dizendo sobre mim, pois, afinal de contas, eu é que fui o responsável por sua acusação ao longo de seu respectivo processo. No entanto, o que mais me chamou a atenção na obra não foi isso, mas, sim, o grau de desinformação prestada pela mesma.

Recentemente, parece que a venda do livro foi proibida, isso por força da ausência de autorização dos entrevistados na divulgação de seus relatos. Entretanto, melhor seria que a proibição tivesse se dado por conta dos absurdos e das mentiras que ele contém. A obra é uma verdadeira glamourização de criminosos. Todos eles, na visão do autor, são educados, solidários, respeitosos e bondosos. Todavia, paradoxalmente, estão presos por estuprar, roubar e matar pessoas de diferentes perfis.

Mas isso não é o pior.

O estarrecedor é o nível de desconhecimento em relação a temas ligados ao encarceramento no Brasil, ao número de presos provisórios aqui existentes, ao perfil dos frequentadores de nossos presídios, aos fatores desencadeadores da violência, aos custos de nossos presos, dentre outras coisas más. De acordo com o autor, o Brasil é um país que prende muito e por um longo tempo. No entanto, fico me perguntando como isso é possível se não elucidamos cerca de 92% dos crimes de homicídio; se no Estado do Rio de Janeiro apenas 2% dos crimes de roubo possuem autoria conhecida; e se todos os nossos detentos podem progredir de regime com o cumprimento, via de regra, de apenas 1/6 da reprimenda imposta, quando em outros países não muito rígidos o mínimo exigido é de ao menos 1/2, 2/3, 5/6, etc (Argentina, Uruguai, Chile e Portugal).

Como podem observar, parece que o autor não está muito bem informado em relação ao assunto. Já quanto ao tema relacionado aos presos provisórios, denuncia o escritor que nós possuímos cerca de 40% de detentos aguardando julgamento, situação esta que, para ele, configura o mais arrebatado absurdo. Bem, em primeiro lugar, esse número não chega a tal patamar.

Ademais, ao contrário dos outros países, no Brasil se computa como preso provisório não somente aqueles que ainda não foram condenados em primeira instância, mas também todos aqueles já sentenciados, mas que aguardam o resultado de seus infinitos recursos por três ou quatro instâncias. Se utilizássemos o mesmo critério das outras nações (preso provisório é somente aquele que ainda não foi condenado sequer em primeiro grau de jurisdição), fatalmente seríamos um dos países com menos presos provisórios no globo. De qualquer forma, ainda que se queira considerar esse percentual inflado e com critérios equivocados, é fato que, mesmo assim, tal índice não difere muito de outras nações de primeiro mundo, tais como a Holanda, a Suíça, a Itália e a Dinamarca.

Enfim, mais uma vez equivocado o nobre político e escritor detido. E os comentários acerca do perfil de nossos presos, então? Bem, quanto a este ponto, o autor da obra se superou por completo. Aduz ele em seu referido diário que a maior parte dos presos do Brasil é composta por cidadãos

primários, tendo eles praticado crimes sem violência ou grave ameaça à pessoa. Pelo amor de Deus! Nunca vi tamanho absurdo em 16 (dezesesseis) anos de Ministério Público.

Atualmente, só se encontra preso em nosso país quem for autor de crime de homicídio, estupro, roubo, tráfico de drogas e/ou quem reiterar em práticas delitivas. Todo o restante dos criminosos responde ao seu processo em liberdade, sendo certo que, mesmo depois de condenados, ainda cumprem suas penas em regime aberto e/ou prestando serviços à comunidade. Dos 1.050 (mil e cinquenta) tipos penais existentes em nossa legislação, apenas 28 (vinte e oito) obrigam o juiz a fixar o regime inicial fechado para cumprimento da sanção. De todos os crimes capitulados em nossas leis, cerca de 50% admitem transação penal, 25% admitem a suspensão condicional do processo e quase 5% são passíveis de penas restritivas de direitos. Como é possível, então, com todos esses dados, afirmar que nossas prisões estão cheias de detentos primários e praticantes de crimes de menor potencial ofensivo? Impossível! Somente a ignorância e/ou a má-fé são capazes disso.

E o que dizer ainda de suas opiniões quanto às causas que fazem as pessoas delinquirem? Bem, como não poderia deixar de ser, aqui o lugar comum do autor é novamente insuperável. De acordo com ele, é a pobreza, a falta de educação e a desigualdade que fazem o sujeito praticar crimes. Bem, para começo de conversa, interessante observar que, no local onde ele escreveu seu livro, a última coisa que existe são pessoas miseráveis, incautas, ignorantes ou analfabetas. Em Tremembé, só existem presos famosos e/ou de classe média ou classe média-alta, já tendo passado por ali o médico Roger Abdelmassih, o ex-seminarista Gil Rugai, o policial militar reformado Mizael Bispo, além de Alexandre Nardoni, Guilherme Longo, Cristian e Daniel Cravinhos, bem como o ex-diretor da Dersa Paulo Preto e o ex-banqueiro Edemar Cid Ferreira. Somente isto já bastaria para demonstrar que não é a pobreza e/ou a desigualdade que faz a pessoa delinquir, mas, sim, a sua decisão individual, esta totalmente independente das condições sócio-econômicas geralmente invocadas. Aliás, nada mais preconceituoso do que dizer que os pobres são, invariavelmente, criminosos.

E o curioso é observar que a turminha do politicamente correto não se insurge contra isto, fazendo até mesmo coro em relação a tal assertiva estapafúrdia. Mas, é certo que existe ainda mais. Se pegarmos alguns países com índices de desenvolvimento humano infinitamente inferiores aos do Brasil, constataremos mais uma vez que pobreza e desigualdade não são determinantes para a criminalidade. Nações como a Etiópia, Madagascar e Nigéria, por exemplo, apesar de muito mais pobres do que nós, possuem índices de criminalidade absolutamente invejáveis para nossos padrões. Como se tal não bastasse, lembro ainda que, na grande crise de 1929, os EUA tiveram cerca de 30 milhões de pessoas desempregadas em todo o território, mas nem por isso os índices de violência e criminalidade aumentaram. Em outras palavras, o que faz o sujeito delinquir não são fatores externos, mas sim o caráter e a decisão individual de cada qual. O que pode mudar, dependendo da riqueza ou da pobreza de uma nação, é o tipo de criminalidade praticada (violenta ou de colarinho branco), mas não a criminalidade em si considerada. Esta sempre será fruto da vontade do indivíduo.

Por fim, necessário combater ainda a questão dos custos do cárcere. Para o autor do tal diário, o Estado gasta muito dinheiro com os presos, sendo mais produtivo e econômico substituir o encarceramento por medidas cautelares alternativas e/ou por penas restritivas de direito. Ora bolas, tudo isso já existe em demasia, consoante ressaltado linhas atrás. No entanto, ainda que assim não fosse, cumpre ressaltar ao escritor custodiado que é muito mais barato manter um criminoso preso, do que deixá-lo a solta no convívio da sociedade. Cada malfeitor detido significa cerca de 15 (quinze) delitos patrimoniais a menos. E manter os criminosos reclusos significa uma economia da ordem de 20 (vinte) vezes mais.

Apesar dos gastos com o sustento dos detentos serem altos, os custos da criminalidade são muito maiores com eles soltos. Estima-se que gastemos hoje no Brasil cerca de 10% de nosso PIB (400 bilhões de reais) somente com os efeitos da violência praticada (sistema de saúde, sistema previdenciário, segurança privada, seguros etc).

Enfim, de todas as assertivas lançadas pelo tal escritor, nenhuma

delas se sustenta após se obter um mínimo de conhecimento de causa. Mas, para isso, é preciso fazer uma pesquisa séria e consultar os doutos na matéria. Se formos dar ouvidos a qualquer um, certamente as conclusões serão equivocadas. Aliás, já que o autor do tal diário parece estar com tempo para ler, uma vez que está detido por crimes diversos, sugiro então que devore os textos de Gary Becker, Steven Levitt, Thomas Sowell, James Q. Wilson, Stanton Samenow, Claus Roxin, Pery Shikida, Diego Pessi, Leonardo Giardin e Bruno Carpes. Afinal de contas, se ignorar todos eles, fatalmente continuará passando vergonha.

De quebra, poderia também o ex-prefeito ler direito as Escrituras Sagradas. Ao invés de usar o santo nome de Deus em vão, deveria aprender que todo aquele que passa a mão na cabeça do ímpio será amaldiçoado e causará a indignação dos povos, ao passo que aquele que condena o culpado terá vida agradável e receberá grandes bênçãos (Pv, 24: 24-25).





# Pisoteando juízes e promotores

**Associação Nacional de Membros do Ministério Público Pró-Sociedade**

Artigo publicado no Blog do Fausto Macedo,  
em 10 de setembro de 2019

Juiz “de piso”... Procuradores de “escalão inferior”. Não, não é força de expressão. É força de opressão: querem humilhar quem trabalha na mais importante expressão da justiça – o primeiro grau, que atende diretamente as pessoas, mesmo as mais simples.

Acho que vocês ainda não entenderam. Sabe aquele filme “o Império contra-ataca”? Pois bem, estão contra-atacando. O “Império” não vai deixar barato. Vai querer pegar para exemplo quem ousou lutar contra a impunidade. E já que hoje não podem espalhar pedaços de juízes e promotores espartilhados pelas estradas e cidades de Minas, como fizeram com Tiradentes, tentarão despedaçar as instituições e o moral dos corajosos. Querem impedir que volte a haver qualquer resquício de coragem, atacando com violência os atuais corajosos. Querem um futuro de tranquilidade para que façam em paz o que desejarem.

Funciona assim: você cria uma lei que é um verdadeiro Estatuto da Impunidade, com uma denominação pomposa de “nova lei do abuso de autoridade”, para fingir que querem impedir abusos. Essa lei coloca toda e qualquer atitude de combate ao crime sob pena de ser declarada criminosa, dependendo de quem vai interpretar: e lembrem que, acima da primeira instância, há vários julgadores que não são juízes de carreira. Alguns de notório saber jurídico. Outros: de notório poder político. Mesmo de carreira,

alguns são “garantistas”, que é o nome bonito, o canto da sereia que atrai os incautos, mas significa, na prática, que priorizam o criminoso sobre a vítima e a Sociedade. Com isso, se Promotor, Policial ou Juiz agirem na direção de prender, investigar, processar, condenar ou algo assim, acabarão sendo punidos penalmente ou tendo que passar o tempo todo se defendendo, deixando de trabalhar por você e gastando todo o salário em advogados.

Caso se livrem do processo penal, sempre haverá maneira de dizerem que agiram de forma incompatível com o cargo e serem punidos, muitas vezes ficando suspenso por 3 meses e até perdendo o cargo. Ah, você achava que, como pena máxima, só podia aposentar e que isso era um privilégio? Mentiram para você! Os Conselhos encaminham decisões para Tribunais e Procuradores-Gerais para que iniciem, nos Tribunais, ações para perda de cargo de Promotores e Juízes. Outros processos também permitem que tribunais os demitam. Após conselhos de disciplina e de justificação ou outros processos, isso também pode acontecer com policiais militares. A vitaliciedade só garante que a decisão final tenha que ser de Tribunal competente para tal. E estão querendo acabar com a vitaliciedade com uma emenda que quer colocar todos de joelhos, obedientes, submissos.

Mesmo que se livrem dos dois (processo criminal e processo administrativo), agora haverá a resolução, que está quase pronta, para os juízes não poderem se manifestar publicamente, cassando o direito à liberdade de expressão que atualmente pela Constituição só pode sofrer restrições no caso dos militares, pela questão do poder constituinte originário da hierarquia e disciplina. Com a expedição da resolução, o juiz se tornará um cidadão menor, sem direito algum. O mesmo pode vir a acontecer com os promotores e, aí, criminosos e seus defensores poderão dizer o que quiserem, influenciando livremente a opinião pública e, assim, quem combate o crime estará amordaçado, sem poder se expressar, inferiorizado em relação ao crime, que tem toda a vantagem em uma guerra, em que ele pode tudo, e a Sociedade não pode nada: uma guerra assimétrica.

E a Sociedade? Ah, para eles a Sociedade é só um detalhe: cabe-lhes pagar impostos e obedecer.

Mas você ingenuamente dirá: a Sociedade pode se expressar! Tem certeza? Com aquele famoso inquérito sigiloso, a CPI das “fake News” (você acha mesmo que o problema será com as falsas? E quem decidirá qual é falsa?) e o poder de criar crime por jurisprudência, violando até cláusula pétrea, você realmente acha que a Sociedade poderá alguma coisa?

“Em nosso país, temos essas três indescritíveis coisas preciosas: a liberdade de expressão, a liberdade de consciência e prudência de nunca praticar nenhuma delas.” (Mark Twain)









Este periódico foi impresso em Brasília, em outubro de 2018, pela Marina  
Artes Gráficas e Editora Ltda.

O papel do miolo é o Offset 90g, e o da capa é o *Duo design* 250g.

Visite o site da Revista do MPM: <https://revista.mpm.mp.br/>